

Cambios a la normativa penal introducidos por la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana aprobada en Uruguay

Changes to the criminal regulations introduced by the Marijuana Market Regulation and Control Law approved in Uruguay

DIEGO SILVA FORNÉ*

Resumen

El artículo relata la evolución del derecho penal uruguayo relativo a las drogas hasta la adopción del actual régimen, que introduce cambios trascendentes en las figuras delictivas respecto de las drogas ilícitas en general, así como particularmente en cuanto a la regulación del mercado de la marihuana, lo que ha hecho que el modelo uruguayo sea observado hoy con gran atención a nivel internacional.

Abstract

The article reports on the evolution of the Uruguayan criminal law on drugs until the adoption of the current scheme, which introduces transcendent changes in the criminal figures regarding illicit drugs in general, as well as particularly regarding regulation of the marijuana market, which has made the Uruguayan model today is observed with great international attention.

* Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz, España. Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Investigador responsable del *Grupo de Estudios en Política Criminal*, de dicha universidad. Director de la *Revista de Derecho Penal*, Uruguay. Co-redactor de la Ley N° 19.172, de *Regulación y Control del Mercado de la Marihuana*, Uruguay. Contacto: dsilvaf2@gmail.com

Palabras clave

Estupefacientes, delitos de drogas, cannabis, regulación del mercado de la marihuana, tenencia y consumo de drogas ilícitas.

Key words

Narcotics, drug offenses, cannabis, regulation of the marijuana market, possession and consumption of illicit drugs.

Sumario

1. Evolución del marco normativo uruguayo en materia de drogas ilícitas hasta la sanción de la Ley N° 19.172, de *Regulación y Control del Mercado de la Marihuana*. 2. La gestación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana. 3. Cambio de paradigma: nueva política para la marihuana y la tutela penal de la Salud Pública; 3.1. Por qué el cannabis: droga blanda por excelencia y estricto control estatal; 3.2. Por qué no se afecta la salud pública; 3.3. Salud pública y salud privada. 4. Las ideas centrales que introduce la Ley en lo que tiene que ver con la tenencia de estupefacientes para consumo personal. 5. Aproximación al marco regulatorio del cannabis en la Ley N° 19.172: principales aspectos de la regulación legal de la plantación, cultivo, cosecha y comercialización de estupefacientes. Régimen para la marihuana; 5.1. Investigación científica y elaboración de productos terapéuticos de utilización médica. Previsión para el cannabis; 5.2. Otros fines. Concepto de cannabis psicoactivo; 5.3. Semillas de cannabis; 5.4. Autocultivo. Cultivo doméstico. Consumo compartido en el hogar. Presunción de destino lícito; 5.5. Clubes cannábicos; 5.6. Expendio de cannabis psicoactivo. 6. Modificaciones introducidas a los delitos de drogas. El destino como clave de la licitud. 7. Nuevos paradigmas que consagra la Ley N° 19.172; 7.1. La inserción en la Ley N° 19.172 del nuevo paradigma sanitario; 7.2. El modelo de reducción de daños; 7.3. El enfrentamiento al narcotráfico y el crimen organizado.

1. Evolución del marco normativo uruguayo en materia de drogas ilícitas hasta la sanción de la Ley N° 19.172, de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana

La normativa penal uruguaya en relación a las drogas ilícitas, anterior a la vigencia del modelo legislativo basado en las Convenciones de Naciones Unidas de 1961, 1971 y 1988, se basaba en dos disposiciones: un artículo del Código Penal de 1934 referido al comercio de la coca, opio o sus derivados fuera de las circunstancias

previstas reglamentariamente (art. 223, derogado expresamente en 1974) y la Ley N° 9.692, de 1937, que estableciera el monopolio del Estado para la importación de estupefacientes, controles administrativos a las droguerías, farmacias y laboratorios, así como sanciones penales al respecto. El anterior Código Penal de 1889 no contenía disposiciones específicas relativas a drogas, sino únicamente algunas previsiones relativas a la salud y alimentación públicas genéricamente referidas a “sustancias alimenticias o mercancías peligrosas para la salud”.

Hasta la sanción del Decreto-ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, *de Estupefacientes*, la aplicación judicial de la normativa penal a las drogas ilegales resultó prácticamente inexistente, sin perjuicio de su eventual utilización como mecanismo de control policial respecto de sectores especialmente vulnerables o vinculados a la “mala vida”¹. Dicha normativa no preveía la utilización de la respuesta penal para los consumidores, ni tampoco respecto de la tenencia de droga para consumo personal, pues como se sostuviera entonces en la doctrina uruguaya, “...quien la tiene para sí, jamás puede poner en peligro la Salud Pública”².

Como consecuencia de la implementación a nivel internacional del modelo convencional de control de sustancias psicoactivas a impulso de los Estados Unidos y a través del marco de las Naciones Unidas, a inicios de la década de los 70’ del siglo XX Uruguay comienza a analizar la modificación de su normativa en relación a dichas drogas, siguiendo la tendencia imperante en la región. En 1973 una Comisión integrada por representantes políticos y académicos elabora un proyecto de ley al respecto, que no obtiene sanción al producirse el golpe de estado en julio de ese año. La dictadura militar retoma la iniciativa, adoptando el proyecto que lo precediera en lo sustancial pero agravando las penas, así como refiriendo las conductas delictivas a las sustancias emergentes de las listas de las convenciones internacionales. En forma concomitante, Uruguay ratifica la Convención Única de 1961 (Nueva York) y su Protocolo de 1972, en julio de 1974 (Decreto-ley N° 14.222, de 11.07.1974), así como el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 (Viena), en mayo de 1975 (Decreto-ley N° 14.369, de 08.05.1975).

La legislación que emergió de ese marco, el referido Decreto-ley N° 14.294, se caracterizó por la dureza de las penas de los delitos, existiendo una única figura delictiva -la prevista por su artículo 35- compatible con el procesamiento sin prisión

1 Sobre la insignificante aplicación de la normativa penal relativa a estupefacientes anterior al Decreto-ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, véase en detalle SILVA FORNÉ, DIEGO, *Drogas y Derecho Penal en el Uruguay: Tolerancia. Prohibición. Regulación*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016, pp. 168 y ss.

2 RETA, ADELA, *Derecho Penal. Segundo Curso*, Tomo II, Montevideo, Oficina de Apuntes del Centro Estudiantes de Derecho, 1960, p. 52.

y la excarcelación provisional. En mérito a la sistemática defectuosa de la ley, la doctrina inspiró a la jurisprudencia a seguir el camino de canalizar las conductas vinculadas al *cannabis* a través de la referida previsión; ello tuvo como consecuencia que el draconiano régimen legal fue atemperado en su interpretación a partir de la obra de Adela Reta al respecto³, la que marcó la jurisprudencia en la materia hasta la sanción de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998, que modificaría el objeto material de dicha figura delictiva.

Pese a la gravedad de las penas, el Decreto-ley mantuvo la disposición del proyecto de 1973, en cuanto consagraba expresamente -conforme la posición de Reta, que ya sustentara respecto de la legislación anterior- que no se castigaba la tenencia de drogas ilícitas cuando ésta fuere para consumo personal.

La discusión se produjo doctrinaria y jurisprudencialmente respecto a qué cantidades podían considerarse que eran exclusivamente para consumo personal, dado que la norma hablaba de "cantidad mínima". Así, conforme el criterio que adoptara cada juez, la interpretación que se hiciera variaba de un tribunal a otro, lo que desde el punto de vista práctico podía implicar un castigo oblicuo para el consumidor cuando a juicio de la sede judicial interviniente la cantidad de sustancia ilícita habida no encuadraba en el concepto que el Juez en cuestión caracterizase como "mínima".

Ya restablecido el régimen democrático, la jurisprudencia comenzó a adoptar también a instancias de la doctrina, el concepto de "consumo grupal" distinguiéndolo del suministro de estupefacientes. De esta manera, las situaciones de consumo colectivo -particularmente características tratándose de *cannabis*- se entendieron como amparadas en la disposición de la ley relativa al consumo personal.

En 1994 Uruguay ratifica la Convención de Viena de 1988 (Ley N° 16.579, de 21.09.1994), y cuatro años después se modifica la legislación sobre estupefacientes a través de la Ley N° 17.016, por un lado para introducir las modificaciones legislativas que reclamara dicha convención en lo que tiene que ver con lavado de activos, cooperación internacional, medidas cautelares y régimen de control de precursores químicos, en tanto por otro lado se redujo el mínimo de pena de las figuras delictivas ya existentes, por lo que todas ellas -los delitos de drogas en sentido estricto- resultaron compatibles con la excarcelación provisional⁴.

3 RETA, ADELA, "La Ley N° 14.294 sobre comercialización y uso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", en *Anuario de Derecho Penal Uruguayo*, N° 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1976, pp. 287 a 308.

4 El Código Penal uruguayo prevé dos penas privativas de libertad: la pena de prisión – entre tres y veinticuatro meses – y la pena de penitenciaría – entre dos y treinta años –. El artículo 27 de la Constitución uruguayo, establece: "En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar

En relación a la tenencia de drogas para consumo personal, se modificó la redacción de la disposición, haciendo referencia entonces a “cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal”, lo que permitió una mayor latitud a los jueces para valorarla. Sin embargo, se mantuvieron criterios muy dispares entre los distintos tribunales en cuanto a su determinación.

En cuanto al autocultivo de cannabis, si bien la doctrina había señalado ya desde la década de los ochenta del siglo XX que tratándose de una conducta destinada al consumo personal, no debería ser castigada en tanto no existía afectación a la Salud Pública⁵, la jurisprudencia se mantuvo muy reticente al respecto, efectuándose numerosos procesamientos por cultivo de escasas plantas aún cuando resultara evidente que estuvieran destinadas al consumo personal o doméstico.

2. La gestación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana

La legislatura que se iniciara en 2010 se encuentra con un clima social en el cual desde hacía años se movilizaban diversas organizaciones de la sociedad civil así como sectores juveniles de partidos políticos de izquierda, en el sentido de auspiciar la creación de un marco normativo para el autocultivo de cannabis. En 2011, el Diputado del partido de gobierno (Frente Amplio) Sebastián Sabini, tras un importante proceso de elaboración y búsqueda de consensos a nivel parlamentario, presenta un proyecto de ley al respecto el 13 de julio de 2011 a consideración de la Cámara de Representantes, suscrito por otros legisladores de su partido y algunos integrantes de partidos de la oposición. El proyecto en lo central estaba destinado a regular el autocultivo de cannabis y su tenencia: se autorizaba el autocultivo de cannabis psicoactivo para consumo personal o doméstico (ocho plantas) así como se regulaba su tenencia con igual fin, tanto el porte -estableciendo una cantidad básica cuya tenencia no pudiese considerarse delictiva (25 gramos de marihuana)- así como la cosecha del autocultivo o del correspondiente a una asociación de consumidores.

Otro aspecto de gran trascendencia del proyecto lo constituía la modificación de las previsiones generales sobre tenencia de estupefacientes contenidas en el artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294 en la redacción dada por la Ley N° 17.016⁶, al no calificar

pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley”.

5 En tal sentido se manifestaría RETA, ADELA, en su artículo “Análisis de los resultados de la aplicación de la Ley N° 14.294 sobre estupefacientes y psicotrópicos”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1981, pp. 39 y ss.

6 Véase el apartado 4 de este trabajo.

la cantidad que se poseyese para consumo personal, encomendando la valoración de dicho extremo al Juez conforme las reglas de la sana crítica.

La *Exposición de Motivos* del proyecto reconocía que el consumo de cannabis psicoactivo era una práctica social extendida y aceptada por importantes sectores de la población, que a su vez se trataba de una actividad lícita al amparo de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución uruguaya⁷, y sin embargo la lógica del sistema prohibicionista obligaba a los consumidores a tener que recurrir a la ilegalidad para acceder a la marihuana. Al mismo tiempo, señalaba la inseguridad jurídica emergente del régimen de valoración judicial de las cantidades destinadas a tenencia para consumo personal, a partir de la disímil interpretación que las sedes judiciales hacían de su “razonabilidad”, al amparo de un régimen sentado en la convicción moral del magistrado.

En 2012 sin embargo, el Poder Ejecutivo anuncia un conjunto de medidas que pretendió articular diversos enfoques sobre seguridad ciudadana, denominada *Estrategia por la vida y la convivencia*. Se trató de un heterogéneo conjunto de propuestas y medidas con las cuales el gobierno buscaba dar respuesta a distintos fenómenos de violencia que visualizaba a nivel social, articulando algunas propuestas alternativas al tradicional y manido punitivismo. Incluiría entre sus puntos la iniciativa estatal para regular y controlar la marihuana a todos sus fines (científicos, terapéuticos, recreativos), descartando la vía prohibicionista por considerarla suficientemente probada y correlativamente fracasados todos sus objetivos, si bien estableciendo estrictos controles y límites. De esta manera, dicha herramienta se presentaría como una alternativa para enfrentar su tráfico ilícito, con el propósito de arrebatarle al crimen organizado buena parte de su negocio al pasar a regular estatalmente y bajo consistentes reglas, el mercado del cannabis psicoactivo.

Sin embargo, esta iniciativa legislativa estaría contenida en un proyecto de ley de artículo único que la bancada del partido de gobierno en el Poder Legislativo consideraría insuficiente, para lo cual durante varios meses se elaboraría una redacción alternativa, la que finalmente sería presentada por la bancada del Frente Amplio en la *Comisión Especial de Drogas y Adicciones, con fines legislativos* de la Cámara de Representantes, en noviembre de 2012. A partir de allí los legisladores inician la discusión del texto, al cual se irían incorporando algunas modificaciones y agregados fruto de las negociaciones tendientes a obtener los votos necesarios

7 Constitución de la República Oriental del Uruguay, *Artículo 10*. “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

para la aprobación del proyecto. Fue sancionado parlamentariamente el 10 de diciembre de 2013 y su promulgación como Ley N° 19.172, se produjo el 20 de diciembre de dicho año⁸.

3. Cambio de paradigma: nueva política para la marihuana y la tutela penal de la Salud Pública

3.1. Por qué el cannabis: droga blanda por excelencia y estricto control estatal

La estrategia desarrollada por la Ley parte de la base de que el cannabis forma parte de las llamadas comúnmente “drogas blandas”, esto es, sustancias que pueden resultar perjudiciales para la salud pero cuyo consumo tiene consecuencias negativas similares a las vinculadas a productos o sustancias de venta legal y consumo masivo. El Informe en Mayoría de la *Comisión Especial de Drogas y Adicciones, con fines legislativos*, al elevar al pleno de la Cámara de Representantes el proyecto aprobado en la Comisión⁹, tuvo especialmente en cuenta la información disponible sobre los efectos del cannabis en las principales revistas científicas arbitradas a nivel mundial en el período 1990-2012, con profusión de datos verificables, de los cuales surge que el cannabis no cuenta con efectos tan negativos para la salud como los resultantes del consumo de tabaco o alcohol.

Y el hecho de que no se registren muertes directamente vinculadas con el consumo de cannabis *en el mundo*, es una demostración irrefutable de la errónea calificación de esta sustancia en el sistema convencional internacional. Paralelamente, se trata de una especie vegetal que cada vez más en el mundo es utilizada con finalidades terapéuticas. Su uso ha formado parte también de rituales o prácticas de consumo para diversos fines en culturas ancestrales.

No olvidemos que el cannabis es la droga ilegal más consumida en el mundo. Conforme el *Informe 2015 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías*, en la Unión Europea se constata que 78,9 millones de personas (rango 15-64 años) han consumido cannabis alguna vez en su vida, lo que representa el 23,3% de esa franja de la población de la U. E.¹⁰, cifra que experimenta un leve aumento en el Informe 2016 de

8 Sobre el proceso legislativo, véase SILVA FORNÉ, DIEGO, “La aprobación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 21, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2013, pp. 577 y ss.

9 Distribuido 2284/2013, de 6 de agosto de 2013, Carpeta 1288/2013, *Comisión de Salud Pública* de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay, pp. 23 y ss.

10 *Informe Europeo sobre Drogas 2015. Tendencias y novedades*. Observatorio Europeo de las Drogas y las

la misma fuente, donde en esta franja etaria se informa para dicha pauta la suma de 83,2 millones de personas (24,8% de la población en ese rango, si bien las encuestas consideradas para el informe no son de este último año). Curiosamente, este observatorio internacional no releva información relativa al tabaco, al alcohol o a los psicofármacos.

En España, el consumo de cannabis alguna vez en la vida durante el año 2013 se situó en el 30,4% de la población, y si se atiende a la franja comprendida entre 15 a 34 años, el porcentaje sube al 40,2% de la población española¹¹. La *Sexta Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Hogares 2016* realizada por la Junta Nacional de Drogas, indica que en Uruguay con datos correspondientes a 2014, el 23,3% de las personas entre 15 y 65 años han probado marihuana alguna vez en su vida¹². Evidentemente, el derecho no puede desconocer la realidad.

3.2. Por qué no se afecta la salud pública

El modelo aprobado para el cannabis regula sus diferentes usos, por lo cual tiene por objeto tutelar la Salud Pública. En efecto, ésta puede verse afectada cuando existan para el consumo de la población, sustancias sobre las cuáles no se ejercita ningún tipo de control sobre su contenido y calidad, como sucede actualmente en el régimen resultante de la prohibición respecto de las drogas ilícitas.

Por ello, los consumidores de marihuana se veían expuestos no solamente a tener que vincularse con el mercado negro, con la estigmatización y riesgos inherentes al contacto con actividades al margen de la ley, sino además a no tener ningún tipo de garantía en relación a la sustancia que adquieren, la cual puede estar contaminada o adulterada, con riesgo para su salud¹³.

En este punto el legislador uruguayo no ha innovado, sino continuado con una

Toxicomanías, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2015, disponible en http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_239505_ES_TDAT15001ESN.pdf.

- 11 *Consumo, percepciones y opiniones ante las drogas*, Programa de Encuestas sobre Alcohol y Drogas en España (EDADES), Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPNSD), 2015, disponible en http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/2015_Informe_EDADES.pdf.
- 12 *Sexta Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Hogares 2014*, Junta Nacional de Drogas, Observatorio Uruguayo de Drogas, disponible en http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/VI_encuesta_hogares_2014_sintesis.pdf; http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/201609_VI_encuesta_hogares_OUD_ultima_rev.pdf.
- 13 SILVA FORNÉ, DIEGO, "Aproximación a los principales aspectos de la ley de regulación y control del mercado de la marihuana aprobada en Uruguay", en Gimbernat Ordeig, Enrique; Gracia Martín, Luis; Peñaranda Ramos, Enrique; Rueda Martín, M^a Ángeles; Suárez González, Carlos; Urquiza Olaechea, José (Editores), *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política Criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, Tomo II, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2014, pp. 596 y ss.

tradición legislativa en la materia: la regulación como mecanismo de tutela de la Salud Pública ya estuvo presente cuando el Estado uruguayo asumió el monopolio del alcohol en la década del '30 del siglo XX¹⁴.

Las figuras delictivas previstas por el Código Penal uruguayo en relación a la tutela de la Salud Pública (*Delitos contra la Salud Pública*, Título VII del Libro Segundo del Código Penal) comparten la característica de ser figuras de *común peligro*. Ello implica que la tutela jurídico penal de la Salud Pública requiere que existan conductas que pongan en riesgo en forma genérica e indiscriminada a las personas; la población se encuentra en riesgo en tanto existen productos o sustancias para consumo humano expandidas en forma peligrosa para la salud sin los debidos controles, o contaminadas o adulteradas. Y como vimos, la legislación prohibicionista invocando la tutela de la Salud Pública termina poniéndola en riesgo, al determinar la creación de un mercado negro que pone a disposición del mercado sustancias sin ningún tipo de control.

Por consiguiente, la producción y expendio en forma controlada de cannabis, lejos de poner en riesgo la Salud Pública, contribuye en forma sustantiva a mejorarla al permitir el control sanitario de la sustancia que se pondrá a disposición de los consumidores, desplegando al mismo tiempo mecanismos informativos así como ofreciendo asistencia desde el punto de vista sanitario.

Por otra parte, el autocultivo de cannabis, tratándose efectivamente de cultivo para consumo personal, no puede generar riesgo alguno para la Salud Pública; al contrario, quien cultiva plantas para su consumo personal evita introducirse en el mercado negro para proveerse de la sustancia que desea consumir, lo que le reduce sustancialmente los riesgos inherentes a aquél. Y con las previsiones y controles contenidos en la Ley, su cumplimiento asegura un conocimiento cabal de la sustancia así como que el destino de lo producido sea para quienes lo cultivan, no evadiendo del ámbito de su salud privada.

3.3. Salud pública y salud privada

En un Estado social y democrático de Derecho como el emergente de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, el ámbito de la salud privada de

14 En la discusión parlamentaria de la Ley N° 8.764, de 15 de octubre de 1931, se diría: "...se considera pues, como un principio higiénico, el hacer llegar al pueblo, los alcoholes de bebidas a los grados de pureza más altos posibles"; es que entonces el comercio ilícito del alcohol repercutía "... también sobre la salud pública pues el comerciante o industrial que desafía las penalidades de estas leyes no se detiene, para lograr sus beneficios, ante las malas condiciones higiénicas que resultan de sus fraudes. Sólo mediante un contralor centralizado y competente pueden reducirse al *minimum* las facilidades para esas operaciones dolosas..."; *Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay* N° 7.577, 107ª Sesión Ordinaria, 9 y 10 de octubre de 1931.

las personas forma parte de su esfera de autodeterminación. Se trata de las *acciones privadas de las personas*, que como tales, se encuentran exentas "...de la autoridad de los magistrados", tal como nos recuerda el artículo 10 de la Carta.

Corolario de ello es que la autolesión no constituye delito (artículo 44 del Código Penal uruguayo)¹⁵, por lo que la autopuesta en peligro que puedan efectuar las personas adultas en relación a su salud forma parte de sus decisiones libérrimas, expresión de su autonomía moral.

El consumo de drogas ilegales es una actividad lícita, a pesar de que pueda acarrear daños a la salud, así como los pueden generar el consumo de tabaco, de alcohol, de psicofármacos, de cloruro de sodio o de alimentos ricos en colesterol o grasas trans.

Por consiguiente, el expendio controlado a personas adultas de cannabis inclusive con fines recreativos, aún cuando pudiere tener consecuencias negativas para su salud, se ubica en el ámbito de la salud privada de los consumidores, y no en la esfera de tutela de la Salud Pública asignada a la ley penal.

4. Las ideas centrales que introduce la Ley en lo que tiene que ver con la tenencia de estupefacientes para consumo personal

En cuanto al régimen general, para los delitos de estupefacientes se sustituye el régimen de tenencia de drogas ilícitas para consumo personal previsto por el artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294, en la redacción dada por la Ley N° 17.016. La fórmula original instaurada por el referido artículo 31, establecía: "*Quedará exento de pena el que tuviera en su poder una cantidad mínima, destinada exclusivamente a su consumo personal*".

La redacción dada por la Ley N° 17.016 modificaría el alcance de la cantidad que pudiere tener el consumidor consigo, dado que la terminología empleada por el Decreto-ley N° 14.294 amparaba interpretaciones sumamente restrictivas, lo que no condecía con la lógica de la disposición. En mérito a ello, se pasa de "cantidad mínima" a "cantidad razonable": "*Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el Juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que la han formado*".

No obstante como se advertirá, se incorporaría el criterio de la *convicción moral*

15 Código Penal uruguayo, *Artículo 44*: (Lesión consensual) "No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros".

del Juez en cuanto al destino del estupefaciente que el consumidor tuviere consigo, si bien requiriendo la fundamentación de las razones que llevaron a dicha convicción; pese a dicha pauta, consagró un relevante ámbito de discrecionalidad.

La aplicación de esta disposición a lo largo de los años sería fuente de grave inseguridad jurídica, en tanto emergieron sustanciales disparidades de criterio entre las distintas sedes judiciales, llevando a numerosos procesamientos francamente irracionales. A ello contribuiría también la cultura exegética de buena parte de los operadores judiciales, fomentada a su vez por gran parte de la Academia, olvidando que las figuras delictivas deben analizarse a la luz del bien jurídico que pretenden tutelar, esto es, la Salud Pública, y a través de conductas que generen peligro común.

La redacción prevista ahora por el artículo 7º de la Ley N° 19.172, introduce importantes cambios, dando nueva redacción al artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294¹⁶:

- Se abandona la anacrónica redacción que amparaba la consideración de la tenencia de drogas ilícitas para consumo personal como una causa de impunidad; en efecto, el paradigma exegético imperante al que ya se ha hecho referencia, absolutamente dominante en doctrina y jurisprudencia uruguayas, llevaba a ignorar el claro precepto constitucional (Art. 10) ya citado.
- No se califica la cantidad de la sustancia que se poseyere para consumo personal, debiendo valorar el Juez dicho extremo conforme con las reglas de la sana crítica. La modificación introducida permitirá que los magistrados evalúen si las cantidades de drogas ilícitas poseídas, pueden corresponder a las modalidades y hábitos de consumo de la persona en cuestión, los que pueden resultar sensiblemente diferentes para cada caso (si se trata de un consumidor esporádico, social, habitual o se está frente a un caso de consumo problemático, que podrá ser más o menos grave; si el consumo

16 Decreto-ley N° 14.294, en la redacción dada por la Ley N° 19.172, *Artículo 31*: “El que sin autorización legal, importare, exportare, introducir en tránsito, distribuyere, transportare, tuviere en su poder no para su consumo, fuere depositario, almacenare, poseyere, ofreciere en venta o negociare de cualquier modo, alguna de las materias primas, sustancias, precursores químicos y otros productos químicos mencionados en el artículo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en este, será castigado con la misma pena prevista en dicho artículo. Quedará exento de responsabilidad el que transportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere una cantidad destinada a su consumo personal, lo que será valorado por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de ello, se entenderá como cantidad destinada al consumo personal hasta 40 gramos de marihuana. Asimismo, tampoco se verá alcanzado por lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo el que en su hogar tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere la cosecha de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo obtenidas de acuerdo con lo dispuesto en el literal E) del artículo 3º de la presente ley, o se tratare de la cosecha correspondiente a los integrantes de un club de membresía conforme con lo previsto por el literal F) del artículo 3º de la presente ley y la reglamentación respectiva”.

para ese individuo suele ser individual o grupal; si obtiene la sustancia cada vez que desea consumirla o la acopia; la frecuencia con que consume; la constitución física del individuo; su sensibilidad a los principios activos; etc.).

- Como se verá, para el cannabis psicoactivo se prevé que la tenencia de hasta cuarenta gramos se entenderá destinada al consumo personal, así como la cosecha de hasta seis plantas en el caso de autocultivo o la cantidad respectiva tratándose de la cosecha correspondiente a un club cannábico, conforme presunciones en favor de consumidor, como se verá más adelante¹⁷.

5. Aproximación al marco regulatorio del cannabis en la Ley N° 19.172: principales aspectos de la regulación legal de la plantación, cultivo, cosecha y comercialización de estupefacientes. Régimen para la marihuana.

En cuanto a disposiciones penales, los artículos 5 a 7 de la Ley N° 19.172 sustituyen el texto de los artículos 3, 30 y 31 del Decreto-ley N° 14.294 en la redacción que les diera la Ley N° 17.016. Centraremos nuestra atención en lo que refiere a la regulación relativa al cannabis psicoactivo, a efectos de poder luego determinar el alcance de las figuras delictivas, siguiendo el esquema de una contribución previa¹⁸.

El régimen penal de los estupefacientes construido por el Decreto-ley N° 14.294 y sus leyes modificativas, se remite como se dijo a las listas de las convenciones internacionales de Naciones Unidas, con un tratamiento diferencial según las listas de que se trate (artículos 1º, 5º y 6º)¹⁹; a su vez, el Poder Ejecutivo tiene la prerrogativa

17 SILVA FORNÉ, DIEGO, "La aprobación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana", cit., pp. 577 y ss.; SILVA FORNÉ, DIEGO, "Principales aspectos de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana aprobada en Uruguay", en Goite Pierre, Mayda (Coord.) *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan Terradillos Basoco*, Serie Ciencias Penales y Criminológicas N° 5, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana - Unión de Juristas de Cuba, Editorial Unijuris, La Habana, 2015 (publicación digital).

18 SILVA FORNÉ, DIEGO, "Sobre cultivo, tenencia y consumo de marihuana y sus garantías, en el nuevo régimen de la Ley N° 19.172", *Revista de Derecho Penal*, N° 22, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014, pp. 172 y ss.

19 Decreto-ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, *Artículo 1º*: "Será monopolio del Estado la importación y exportación de las sustancias contenidas en las listas I y II de la Convención Única de Nueva York de 1961, ratificada por la ley 14.222 de 11 de julio de 1974, así como de las sustancias contenidas en la lista I del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas realizado en Viena, Austria, en febrero de 1971, y aquellas que conforme a los estudios o dictámenes de la autoridad sanitaria nacional o recomendaciones de Organismos Internacionales, el Poder Ejecutivo resuelva incluir, excluir o trasladar en las mismas". *Artículo 5º*: "Las sustancias a que se refiere el artículo 1º así como las drogas sicotrópicas de las listas II, III y IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas realizado en Viena, Austria, en febrero de 1971,

de modificar las sustancias a que refieren los artículos de la ley (erróneamente refiere a modificar las “listas”)²⁰ -con flagrante quiebre del Principio de Legalidad-, si bien se ha limitado a incorporar por Decreto las modificaciones que a las listas han hecho los órganos de Naciones Unidas.

El artículo 5º de la Ley Nº 19.172 sustituye el texto del artículo 3º de la legislación de estupefacientes, esto es, del Decreto-ley Nº 14.294, de 31.10.1974, en la redacción que le diera el artículo 1º de la Ley Nº 17.016, de 22.10.1998. Se sigue la misma sistemática de los textos anteriores en cuanto al establecimiento de la prohibición de plantación, cultivo, cosecha y comercialización de determinadas plantas, y a continuación la determinación de las excepciones a ésta, que en la legislación anterior comprendía el supuesto previsto en el entonces primer inciso del artículo 3º y actualmente se desagra en diversas excepciones ordenadas en literales²¹.

solamente podrán ser utilizadas con fines terapéuticos o de investigación científica. No podrán ser vendidas, entregadas o suministradas sin la previa presentación de la receta médica, odontológica o veterinaria original, de acuerdo a la reglamentación que se dictará. Las recetas deberán conservarse por el término de dos años por lo menos. En lo que respecta a las sustancias de la lista I del referido Convenio de Viena, se tendrán especialmente en cuenta las previsiones del artículo 7º del mismo”. *Artículo 6º*: “La importación y exportación de las sustancias contenidas en las listas II, III y IV del Convenio de Viena, Austria, de febrero de 1971, así como la de los preparados comprendidos en las listas III y IV de la Convención Única de Nueva York de 1961, solamente podrán realizarse previa autorización del Ministerio de Salud Pública, la que se otorgará en un formulario especial para cada importación o exportación, en el que se indicará la denominación internacional de la sustancia, la designación de la misma en la lista nacional, la cantidad que ha de importarse o exportarse, la fórmula farmacéutica, nombre y dirección del importador y exportador y el período dentro del cual ha de efectuarse la operación. Antes de concederse una autorización de exportación se exigirá la presentación de la documentación que acredite la autorización de importación por parte de las autoridades competentes del país de destino”.

- 20 Decreto-ley Nº 14.294, en la redacción dada por la Ley Nº 17.016, *Artículo 15*: “El Poder Ejecutivo podrá modificar o ampliar el contenido de las listas y tablas a que refiere la presente ley, incluyendo o excluyendo sustancias o trasladándolas de una a otra, con los asesoramientos previos que en ella se determinan. Las listas y tablas a que refiere la presente ley, se consideran partes integrantes de la misma”.
- 21 Decreto-ley Nº 14.294, en la redacción dada por la Ley Nº 19.172, *Artículo 3º*: “Quedan prohibidos la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización de cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes y otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica, con las siguientes excepciones: A) Cuando se realicen con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica. Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública y quedarán bajo su control directo. Tratándose específicamente de cannabis, las plantaciones o cultivos deberán ser autorizados previamente por el Instituto de Regulación y Control de Cannabis (IRCCA), y quedarán bajo su control directo, sin perjuicio de los contralores que la legislación vigente otorga a los organismos correspondientes en el ámbito de sus respectivas competencias. B) La plantación, el cultivo y la cosecha así como la industrialización y expendio de cannabis psicoactivo con otros fines, siempre que se realice en el marco de la legislación vigente y con autorización previa del IRCCA, quedando bajo su control directo. Se entiende por cannabis psicoactivo a las sumidades floridas con o sin fruto de la planta hembra del cannabis, exceptuando las semillas y las hojas separadas del tallo, incluidos sus aceites, extractos, preparaciones de potencial uso farmacéutico, jarabes y similares,

La primera frase del artículo tercero, que reitera la idea contenida en su redacción anterior, ha sido entendida como que refiere a las sustancias de las listas de las Convenciones de Naciones Unidas a que remite la ley, pese a la difusa y genérica referencia a "...cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes y otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica"; en ese sentido, tal ha sido la interpretación pacífica de la doctrina y la jurisprudencia uruguayas.

Veamos pues las excepciones a la prohibición de plantación, cultivo, cosecha y comercialización, en lo que pueda tener que ver con el objeto de esta contribución.

cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1% (uno por ciento) de su volumen. C) La plantación, el cultivo y la cosecha así como la industrialización y comercialización de cannabis de uso no psicoactivo (cáñamo). Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y quedarán bajo su control directo. Se entiende por cannabis de uso no psicoactivo (cáñamo) a las plantas o piezas de la planta de los géneros cannabis, las hojas y las puntas floridas, que no contengan más de 1% (uno por ciento) de THC, incluyendo los derivados de tales plantas y piezas de las plantas. Las semillas de variedades de cáñamo no psicoactivo a utilizar no podrán superar el 0,5% (cero con cinco por ciento) de THC. D) La plantación, el cultivo, la cosecha, el acopio para fines de investigación así como la industrialización para uso farmacéutico, siempre que se realice en el marco de la legislación vigente y acorde a lo que establezca la reglamentación, debiendo contar con autorización previa del IRCCA quedando bajo su control directo. E) La plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar. Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales. F) La plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo realizados por clubes de membresía, los que serán controlados por el IRCCA. Dichos clubes deberán ser autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación vigente, y en la forma y condiciones que establecerá la reglamentación que se dicte al respecto. Los clubes de membresía deberán tener un mínimo de quince y un máximo de cuarenta y cinco socios. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de la recolección de la plantación un máximo de acopio anual proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el uso no medicinal de cannabis psicoactivo. G) El IRCCA otorgará licencias de expendio de cannabis psicoactivo a las farmacias (de acuerdo con el Decreto-Ley N° 15.703, de 11 de enero de 1985 y sus leyes modificativas) conforme las condiciones establecidas en la legislación vigente y el procedimiento y requisitos que estableciere la reglamentación. El expendio de cannabis psicoactivo para consumo personal requerirá que se acredite en el registro correspondiente según lo establecido en el artículo 8° de la presente ley, conforme a las estipulaciones legales, en tanto el expendio para uso medicinal requerirá receta médica. El expendio de cannabis psicoactivo para uso no medicinal no podrá superar los 40 gramos mensuales por usuario. Toda plantación no autorizada deberá ser destruida con intervención del Juez competente. El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones de los literales precedentes, inclusive los mecanismos de acceso a las semillas, el que siendo destinado a plantaciones de cannabis psicoactivo para consumo personal en el marco de la legislación vigente, se considerará en todos los casos como actividad lícita. Dicha reglamentación es sin perjuicio de los contralores que la legislación vigente establece para toda plantación o cultivo que se realice en territorio nacional, en lo que resultare aplicable. Asimismo, la reglamentación establecerá los estándares de seguridad y las condiciones de uso de las licencias de cultivos para los fines previstos en los literales precedentes. La marihuana resultante de la cosecha y el cultivo de las plantaciones referidas en los literales B), D) y E) del presente artículo no podrá estar pensada".

5.1. Investigación científica y elaboración de productos terapéuticos de utilización médica. Previsión para el cannabis.

La excepción del literal A) refiere a "...exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica", lo que no resulta novedoso en tanto se trata de fines compatibles con aquéllos previstos por las convenciones internacionales en la materia. La oración que sigue en el mismo literal dice que "Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública y quedaran bajo su control directo", no habiendo cambios en este punto entonces en relación al texto que lo precedió.

El segundo inciso del literal A) es el que incorpora las previsiones específicas a la regulación del cannabis y aquí se introduce la competencia del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) en cuanto a la autorización y control respectivos. La referencia que se hace a los contralores que la legislación vigente otorga a otros organismos en el ámbito de sus respectivas competencias, tiene que ver con la normativa general que regula las actividades de plantación, cultivo, cosecha y comercialización de especies vegetales en general, como ser, los cometidos que al respecto tuviere el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, el Instituto Nacional de Semillas, o los Gobiernos Departamentales por ejemplo, en todo aquello que no hubiere sido atribuido específicamente al IRCCA.

Lo característico entonces del literal A) es el destino de investigación científica y la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica, los cuales tratándose de las plantas comprendidas en las listas de las convenciones de Naciones Unidas a que refiere el Decreto-ley N° 14.294, siempre van a requerir autorización previa, sea cual fuere aquélla de que se trate. En general la autorización previa estará a cargo del Ministerio de Salud Pública, y cuando se tratare de cannabis psicoactivo para los fines indicados, la autorización previa estará a cargo del IRCCA.

Conforme lo señalado entonces, el literal A) comprenderá la producción de marihuana medicinal, o más específicamente, los usos terapéuticos del cannabis psicoactivo, reconociendo lo que han sido los avances en este campo en las últimas décadas y su cada vez más extendida utilización en el mundo.

En cuanto al literal D), parecería que es el producto de un error de redacción, porque carece de contenido propio; véase que comprende "La plantación, el cultivo, la cosecha, el acopio para fines de investigación así como la industrialización para uso farmacéutico, siempre que se realice en el marco de la legislación vigente y acorde a lo que establezca la reglamentación, debiendo contar con autorización previa del IRCCA quedando bajo su control directo". Pero estas actividades ya están comprendidas en el literal A).

El Decreto del Poder Ejecutivo 46/015, de 04.02.2015, ha intentado fundamentar esta distinción, al considerar que el literal A) del artículo 3º referiría a “especialidades vegetales” en tanto el literal D) refiere a “especialidades farmacéuticas” como algo diferente a los “productos terapéuticos de utilización médica” -que inclusive ya estaban originariamente previstos en el Decreto-ley Nº 14.294-, lo que no deriva del texto legal, si bien parece un intento razonable de dotar de contenido a la disposición referida.

5.2. Otros fines. Concepto de cannabis psicoactivo.

En el literal B) la previsión refiere a “La plantación, el cultivo y la cosecha así como la industrialización y expendio de cannabis psicoactivo con otros fines”; dentro de los “otros fines” es que ingresan los fines recreativos, por lo cual el literal B) va a dotar de contenido a su vez al literal G), en tanto éste prevé el expendio de cannabis a través del sistema de farmacias. Por otra parte, los fines recreativos también se encuentran comprendidos en otros literales, a saber los literales E) y F), como se verá más adelante. En el caso del literal B), también la autorización previa corresponde al IRCCA, así como el control de las actividades respectivas.

Tiene gran importancia práctica la definición de cannabis psicoactivo; al expresar “se entiende por cannabis psicoactivo” implícitamente está delimitando el objeto material de las actividades relativas a éste. Como surge de la lectura del segundo inciso del literal B), el *cannabis psicoactivo* a los efectos de la legislación uruguaya, comprende:

- a. Las sumidades floridas de la planta hembra del cannabis; podrán tener o no fruto y se exceptuarán sus semillas y las hojas separadas del tallo. No comprende la variante de cannabis sin potencial psicoactivo significativo (cáñamo), a la que refiere el literal C).
- b. Los aceites, extractos, preparaciones de potencial uso farmacéutico, jarabes y similares de cannabis, cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1% de su volumen.

Esto nos permitirá arribar a conclusiones de particular relevancia práctica, en tanto asignan un significado específico a las disposiciones de los literales E), F) y G); a través de estas modalidades de obtención de cannabis psicoactivo podrá producirse tanto una como otra variante, es decir, las sumidades floridas que habrán seguido el proceso de cosecha, secado, etc., así como los aceites, extractos, jarabes y similares.

Sin embargo, los Decretos del Poder Ejecutivo uruguayo Nº 120/014 y 46/015, reglamentarios de la ley, no han regulado los aspectos administrativos relativos a los aceites, extractos, jarabes y similares, por lo que tratándose de éstos habrá que remitirse únicamente a las disposiciones legales.

5.3. Semillas de cannabis

El penúltimo inciso de la nueva redacción del artículo 3º hace especial referencia a las semillas de cannabis, de donde surge que el Estado deberá a través de la reglamentación de la ley, determinar mecanismos de acceso lícito a semillas de cannabis psicoactivo, así como que la tenencia de semillas destinada a plantaciones de cannabis psicoactivo para consumo personal "...se considerará *en todos los casos* como actividad lícita". El énfasis utilizado por el legislador en este punto no puede pasar desapercibido para el intérprete.

Con esta disposición seguramente se pretende evitar que la tenencia de semillas de cannabis psicoactivo sea tipificada como acto preparatorio de alguna de las figuras delictivas de la legislación de estupefacientes, conforme la previsión del artículo 37 del Decreto-ley N° 14.294, que excepcionalmente lo reprime para estos delitos²². Siendo evidente el propósito de la ley de garantizar la libertad e intimidad de los consumidores de estupefacientes al amparo del mandato constitucional frente a eventuales situaciones de exceso o abuso en procedimientos policiales o judiciales, el precepto aparece como una forma de recordar que las semillas de cannabis no están comprendidas por las listas de las Convenciones de Naciones Unidas²³, al tiempo que la propia ley prevé la licitud de determinadas plantaciones de cannabis psicoactivo para las cuales va a ser necesario disponer de semillas.

A su vez, esta oración establece que *el acceso* a las semillas con destino a plantaciones de cannabis psicoactivo para consumo personal, en sí mismo es una actividad lícita, debiendo el Poder Ejecutivo garantizar mecanismos lícitos de acceso a

22 Código Penal uruguayo, *Artículo 7*: (Del acto preparatorio de la conspiración y de la proposición) "La proposición, la conspiración y el acto preparatorio, para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley los pena especialmente. La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del delito. La proposición se configura, cuando el que ha resuelto cometer el delito propone su ejecución a otra u otras personas. El acto preparatorio se perfila cuando el designio criminal se concreta por actos externos, previos a la ejecución del delito". Decreto-ley N° 14.294, *Artículo 37*: "El delito tentado se castigará con la misma pena que corresponda al delito consumado. El acto preparatorio será castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado, pero el Juez podrá elevarla hasta la mitad, tomando en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del agente".

23 Las Convenciones de Naciones Unidas no refieren a las semillas sino a la planta, sus sumidades floridas, sus hojas, su resina, extractos y tinturas: Así, véase artículo 1, lits. b), c) y d); artículo 2, párrafo 7; artículo 28; Listas I y IV; Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, con las modificaciones introducidas por el Protocolo de Ginebra de 1972. El Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 no hace referencia a vegetal alguno sino únicamente a los principios activos. La Convención de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en el literal b) de su artículo 1, hace referencia a la "planta de cannabis". Y cuando las Convenciones han querido hacer referencia a las semillas de cannabis, así lo han hecho pero no para prohibirlas (véase artículo 1º, literal b) y artículo 28, párrafo 2, de la Convención Única de 1961).

través de disposiciones de carácter reglamentario. A nivel internacional se advierte la existencia de una amplia oferta de semillas de cannabis -basta con entrar en internet para verlo, o adquirir cualquier publicación especializada de las que se venden en los quioscos- cuya comercialización según el ordenamiento jurídico de que se trate, se ampara en fundamentos de diversa índole; por consiguiente, la disposición pretende asegurar que el acceso a las semillas por parte de los cultivadores domésticos no sea objeto de intervención de las autoridades tratándose de plantaciones para consumo personal, por lo que a lo sumo el Poder Ejecutivo podrá por vía reglamentaria regular los mecanismos de acceso a las semillas²⁴.

5.4. Autocultivo. Cultivo doméstico. Consumo compartido en el hogar. Presunción de destino lícito.

El literal E) comprende la “plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar”.

Resulta interesante formular la precisión de que a través de este literal se regula no el “autocultivo” de cannabis sino el *cultivo doméstico*. Téngase presente entonces que se trata de hipótesis que pueden diferenciarse, en tanto podría haber autocultivo de cannabis que no fuere doméstico.

¿Esto implica que la existencia de autocultivo de cannabis en forma no doméstica, tenga necesariamente carácter delictivo? De ninguna manera. Habrá que resolver el punto conforme los principios generales.

Si el individuo cultiva para sí cannabis psicoactivo en forma no doméstica (en un predio donde no habita, o en la azotea del edificio donde trabaja, por ejemplo) y lo hace en forma tal que no pone en peligro la Salud Pública (porque cuenta con acceso exclusivo y obtiene solamente lo necesario para su consumo, o porque en su actividad al respecto no tiene contacto con otras personas, o porque el cultivo tiene un propósito botánico y no ofrece posibilidad de ser cosechado por terceros, u otras hipótesis de similar tenor que pudieran imaginarse), se tratará de una actividad indiferente para la normativa penal, conforme el requerimiento de común peligro que tienen los delitos en la materia, y en el marco de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución uruguaya.

Ello a su vez resulta corolario de la aplicación del Principio de Lesividad, en tanto no existe afectación al bien jurídico protegido; el tema no es menor desde el punto de vista práctico, pues el mero incumplimiento de obligaciones formales en tanto no

24 Así, pueden consultarse los artículos 46 a 50 del Decreto 120/014, de 06.05.2014, y artículos 36 y 37 del Decreto 46/015, de 04.02.2015, disponibles en www.presidencia.gub.uy o en www.ircca.gub.uy.

constituya actividad que genere riesgo para la Salud Pública a través de hipótesis de común peligro, carece de relevancia jurídico penal. Podrá constituir eventualmente una infracción administrativa y las consecuencias devendrán en su caso en ese ámbito.

Pasemos ahora entonces a la previsión del literal E). Lo que se acaba de analizar es un dato relevante en cuanto al alcance de la excepción: ésta expresa “plantación, cultivo y cosecha *domésticos*”, entonces si es doméstico está circunscripto al ámbito domiciliario. ¿Cuál es su alcance? Si tomamos como referencia el concepto de domicilio emergente del artículo 294 del Código Penal uruguayo²⁵, comprenderá el ámbito de la morada y sus dependencias.

Esta previsión tiene a su vez, varias complejidades más; en primer lugar, no se requiere para esta actividad de autorización previa, a diferencia de las hipótesis anteriores. Lo que sí se va a requerir es el registro, aunque se trata de un requisito administrativo y sobre cuyo alcance habrá que detenerse más adelante.

El destino de esa plantación, cultivo y cosecha es el consumo personal o el consumo compartido en el hogar. En relación al consumo personal, poco cabe agregar en tanto se trata de una actividad lícita al amparo de lo establecido por el artículo 10 de la Constitución de la República.

Recordemos también que conforme a desarrollos jurisprudenciales que cuentan ya con varias décadas de aplicación pacífica en el Uruguay -si bien con matices en cuanto a su alcance, conforme con el entendimiento de las diferentes sedes judiciales-, el consumo grupal de estupefacientes es una modalidad de consumo personal, y por tanto, atípico. Tratándose de cannabis psicoactivo, se trata de la sustancia por excelencia en la cual el consumo grupal es característico.

A ello obedece seguramente la inclusión en este literal del otro destino que mencionábamos, el del *consumo compartido en el hogar*. El consumo compartido es una modalidad de consumo colectivo que cuenta con numerosas referencias en el derecho comparado; comprende supuestos de invitación mutua entre consumidores, invitaciones socialmente aceptadas en ese ámbito, así como consumos en régimen de comunidad, -en definitiva, supuestos de lo que nuestra jurisprudencia considera consumo grupal-, cuya atipicidad se fundamenta en la ausencia de peligro para el bien jurídico tutelado²⁶.

25 Código Penal uruguayo, Artículo 294: “(Violación de domicilio) El que se introdujera en morada ajena, o en sus dependencias, contra la voluntad expresa o tácita del dueño o del que hiciera sus veces o penetrare en ella, clandestinamente o con engaño, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. La misma pena se aplicará al que se mantuviera en morada ajena, contra la voluntad expresa del dueño o de quien hiciera sus veces, o clandestinamente o con engaño”.

26 MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN/SOTO NAVARRO, SUSANA, “El uso terapéutico del cannabis y la creación de

El consumo grupal -como ya vimos, lícito- es usual tratándose de cannabis e inclusive forma parte de la vida de relación de sus consumidores, constituyendo un mecanismo de interacción y relacionamiento social tan frecuente y socialmente aceptado como lo es el consumo colectivo de alcohol entre quienes beben ya sea social, recreativa o habitualmente.

Y si el consumo grupal es una actividad lícita y la plantación, cultivo y cosecha domésticos en el marco de la ley también, el destino de tales actividades tiene que comprender el consumo grupal en la forma que se da habitualmente en la vida cotidiana, pues de lo contrario la regulación jurídica estaría desconociendo nada menos que los datos de la realidad.

Por ende, el destino de consumo compartido en el hogar comprendería el consumo de quienes habitan ese domicilio así como también el de quienes ocasionalmente visiten ese hogar (familiares, amigos, etc.), en el ámbito doméstico; la opción más sistemática entonces para su determinación espacial, abarcará la morada y sus dependencias.

Ahora bien, si el consumo compartido en el hogar es una modalidad del consumo grupal, el cual es pacíficamente aceptado por doctrina y jurisprudencia uruguayas como conducta atípica, ¿cuál es el sentido de la inclusión de esta previsión legislativa?

Persigue una finalidad garantizadora, al igual que se hizo con el establecimiento de presunciones para la tenencia de determinadas cantidades de marihuana; se busca proteger la libertad e intimidad de las personas frente a eventuales procedimientos policiales excesivos y/o abusivos. De esta manera, con la inclusión de esta previsión se procura garantizar la tutela del hogar de los cultivadores domésticos de cannabis.

En definitiva:

- El consumo de estupefacientes en general y de cannabis en particular, son actividades lícitas.
- También lo es el consumo grupal de estupefacientes en tanto modalidad de consumo personal, y además usual tratándose de cannabis.
- Quien cultiva domésticamente cannabis puede tenerlo consigo para consumirlo en el lugar que sea (salvo las prohibiciones administrativas que al

establecimientos para su adquisición y consumo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* Nº 7, 2ª época, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 49 y ss. Más contemporáneamente, Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS/MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, “Licitud de la autoorganización del consumo de drogas”, en *Jueces para la Democracia* Nº 75, Madrid, 2012, pp. 60-63; DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Transmisiones atípicas de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 13 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, “La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-22, 2015, <http://criminet.ugr.es/recpc>; en todos los casos con indicación de jurisprudencia del Tribunal Supremo español y los vaivenes experimentados al respecto.

respecto hubiere, como por ejemplo las aplicables relativas al tabaco, cuyo incumplimiento por ende, podrá generar exclusivamente responsabilidad administrativa), y en forma individual o grupal. Esto implica que si el cultivador doméstico decidiera consumir colectivamente el cannabis que produce, respetando las características de esta modalidad, en ningún caso podría imputársele un delito de suministro de estupefacientes, y teniendo en su poder hasta cuarenta gramos, cuenta con una presunción a su favor de que la tenencia es para consumo personal (en cualquiera de sus modalidades).

- A ello se adiciona la garantía de la previsión expresa del consumo compartido en el hogar (modalidad de consumo grupal, el cual -recordemos- es un concepto no recogido expresamente en la ley sino de creación -más bien, de reconocimiento- jurisprudencial), garantizando a los cultivadores y recordando al operador judicial y policial que los habitantes de esa morada donde se cultiva domésticamente cannabis, pueden consumir colectivamente entre sí o inclusive con terceros el producido de su actividad, en el ámbito doméstico. Esta previsión nos recuerda que dicha hipótesis de consumo colectivo es una actividad lícita, dado que destinándose lo producido domésticamente al consumo personal o compartido en el hogar, no existe peligro alguno para la Salud Pública, requisito constitutivo de los delitos en materia de estupefacientes, figuras de común peligro. A la vez, opera la presunción a favor de los habitantes de esa morada, de que el acopio de hasta 480 gramos anuales de marihuana por cada uno de ellos, es para consumo personal en cualquiera de sus modalidades.
- Sin embargo, como acaba de verse, la garantía establecida por la presunción de tenencia para consumo se circunscribe a 480 gramos de marihuana por cada uno de las personas que habitando la morada, la consuman. Esto implica que si bien pueden cosecharse y acopiarse cantidades superiores de marihuana en tanto estén destinadas al consumo personal o compartido en el hogar, la presunción beneficia un monto calculado sobre la base del número de los moradores consumidores; ello es coherente con las finalidades de la ley en tanto se ampara a los consumidores pero también se evita promover aquél. Si participaren en el consumo compartido en el hogar otras personas que no lo integran, no serán tenidas en cuenta no obstante para la determinación del monto de marihuana que puede acopiarse en dicho hogar amparada por la presunción de destino; los cultivadores domésticos podrán consumir en forma compartida en el

ámbito hogareño su producido con estos visitantes o invitados, pero la presencia de éstos no incrementará el monto de marihuana que para ese hogar se encuentre abarcada por la presunción de destino referida.

Con lo anterior ya entramos al análisis de la segunda frase del literal E). En la primera oración se estableció una de las excepciones a la prohibición, que es la relativa a la plantación, cultivo y cosecha domésticos de cannabis destinado al consumo personal o compartido en el hogar; por consiguiente, todo cannabis de efecto psicoactivo que se plante, cultive y coseche en forma doméstica con los destinos referidos, constituye actividad lícita.

El centro de la cuestión es la verificación de que *el destino* de las actividades sea el permitido por la ley y amparado por la Constitución. A efectos de evitar que procedimientos judiciales o policiales en la determinación de tales extremos cometan excesos o abusos, se establece una garantía a través de la formulación de una presunción simple de tales destinos, que beneficia a quienes desarrollan estas actividades por hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo (esto es, que encuadren en el concepto que a tales efectos brinda el literal B) del artículo 3º de la propia ley) y por hasta 480 gramos anuales por persona del producto de la recolección de la plantación doméstica.

Se llega a la conclusión de que los 480 gramos corresponden a cada persona consumidora de la morada, teniendo en cuenta que es una cantidad equivalente a la que la propia ley prevé para el expendio a través del sistema de farmacias: allí la ley prevé hasta 40 gramos mensuales por usuario, es decir, 480 gramos anuales.

El principio general entonces que establece la ley en cuanto a la plantación, cultivo y cosecha domésticos de cannabis psicoactivo destinado al consumo personal o compartido en el hogar, es que no existe límite alguno en cuanto a la cantidad, siempre que se destine a tales fines; el destino es la única condición. Esta fue a su vez la voluntad expresa del legislador, en tanto así quedó dicho en la Exposición de Motivos del proyecto de Autocultivo de Cannabis de 2011, en el informe en mayoría de la *Comisión Especial de Drogas y Adicciones* de la Cámara de Diputados, y extensa y reiteradamente, durante la discusión parlamentaria de la ley²⁷.

27 *"No está en el espíritu del presente proyecto de ley que las personas no puedan tener mayores cantidades a las establecidas, siempre y cuando las mismas tengan como objetivo el consumo personal o social"; "Exposición de Motivos" del proyecto de ley Plantación y consumo de cannabis. Normas, Comisión Especial sobre Adicciones, Consecuencias e Impacto en la Sociedad Uruguaya, Carpeta N° 958 de 2011, Repartido N° 629, julio de 2011, Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, XLVIIa. Legislatura, p. 5; "Informe en mayoría de la Comisión Especial de Drogas y Adicciones con Fines Legislativos de la Cámara de Representantes", proyecto de ley Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción,*

Ello surge como evidente, en tanto la ley a continuación establece una presunción relativa a cantidades, pero precedida por la frase *sin perjuicio de ello*, es decir, *no obstante de que sea lícita la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos para consumo personal o compartido en el hogar*. La presunción simple, dice: “Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales”.

La presunción opera en el sentido de que la existencia de estas cantidades no debería movilizar en modo alguno la intervención de las autoridades competentes a no ser que existan consistentes elementos de juicio que señalen que esas cantidades o esas plantas se tienen para una finalidad diversa a la prevista por la ley en este literal²⁸.

adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución, Carpeta N° 1288/2013, Distribuido N° 2284/2013, Comisión de Salud Pública, Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay, XLVlla. Legislatura, p. 39. “En la actualidad los ciudadanos viven una situación de inseguridad jurídica dado el marco establecido por la Ley N° 17.016 de estupefacientes, donde queda establecido que el consumo de sustancias no es penado, mientras que los procedimientos para acceder a las sustancias sí lo son. Por otra parte queda a discrecionalidad del magistrado y su convicción moral la cantidad para consumo personal; el criterio de razonabilidad del magistrado genera un amplio margen de resoluciones disímiles para situaciones similares (. . .) La presente ley busca en este plano, evitar esta discrecionalidad por parte de los magistrados que genera inseguridad jurídica, y establecer mecanismos claros para el acceso al cannabis, especificando la cantidad que se puede plantar para el consumo propio así como estableciendo parámetros claros en relación a su tenencia destinada al consumo personal. Cabe destacar que no se encuentra en el espíritu de la presente culpabilizar a los magistrados de la situación generada, ya que las subjetividades son parte de la condición humana, al contrario, se trata de dotar a los mismos de un elemento objetivo que racionalice los procedimientos y procesamientos. Se entiende que las cantidades de cannabis a que refiere esta ley son las habituales para consumo personal constituyéndose como una referencia, sin perjuicio de la valoración de la prueba que en cada caso debe realizarse. Asimismo, busca romper la necesidad de recurrir a un mercado negro del narcotráfico, al posibilitar los cultivos, lo que conllevaría un doble beneficio, a saber, por un lado, la certeza de la calidad de lo que se está consumiendo y, por el otro, el alejamiento de otras drogas, potencialmente más peligrosas, que son ofrecidas en aquel ámbito. No está en el espíritu del presente proyecto de ley que las personas no puedan tener mayores cantidades a las establecidas, siempre y cuando las mismas tengan como objetivo el consumo personal o social (. . .) Asimismo, se modifican los criterios que deben aplicar los magistrados ante situaciones en que se superen los límites de tenencia establecidos como básicos por la ley, debiendo entonces fundar sus decisiones en criterios de valoración conforme las reglas de la sana crítica”; *Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay* N° 3874, XLVII Legislatura, Cuarto Período Ordinario, 35ª sesión (extraordinaria), 31 de julio de 2013. En detalle sobre el punto, véase en DIEGO SILVA FORNÉ, *Drogas y Derecho Penal en el Uruguay: Tolerancia. Prohibición. Regulación*, cit., Capítulo Sexto, I, apartado b.3.1., pp. 328 y ss.

28 Se trata por ende, de una presunción simple. Recordemos que ya el codificador uruguayo señalaría que las presunciones absolutas no son de recibo en materia penal; en IRURETA GOYENA, JOSÉ, “Notas explicativas del autor al proyecto de Código Penal”, Nota al artículo 26, en MALET VÁZQUEZ, MARIANA/SILVA FORNÉ, DIEGO, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado*, con la colaboración de LACKNER, RICARDO Y ACOSTA, NATALIA, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria,

Nos encontramos frente a mecanismos de garantía que se han estructurado como presunciones simples, instituto reconocido por el derecho positivo y que cuenta con regular acogimiento en la legislación penal.

Véase a su vez que la presunción es acumulativa: comprende las plantas y el producto de la recolección, ambas cosas. Ahora bien, no se trata de cualquier planta ni en cualquier etapa de su desarrollo; debe tener capacidad de producir efectos psicoactivos, con lo cual la presunción refiere a plantas hembra y en estado de floración, conforme lo previsto en el segundo inciso del literal B), por lo que seguramente los cultivos domésticos que se realicen deberán tener más plantas a efectos de poder obtener algunas que alcancen esas características y estado de desarrollo.

En cuanto al producto de la recolección como también parte integrante de esta presunción de destino, los 480 gramos anuales por consumidor doméstico refieren en forma clara al producto útil de aquélla, con lo que a los efectos de su determinación habrá que descontar no solamente la eliminación de las partes de la planta no útiles (conforme la definición contenida en el segundo inciso del literal B) sino también la pérdida de agua que se produce a través del proceso de secado, utilizado para la disponibilidad para su consumo. Recordemos por otra parte, que la marihuana no podrá estar prensada, conforme lo preceptuado por el inciso final de este artículo.

Otro aspecto que habrá de plantearse refiere al alcance de la presunción en cuanto al número de plantas, es decir, si es por domicilio o por persona. A nuestro juicio esta presunción legal de destino ampara hasta seis plantas con las características referidas, *por cultivo doméstico*, esto es, por domicilio donde se desarrolla esta actividad. Fundamos esta conclusión en que -como veremos a continuación- si la ley previó que los clubes cannábicos puedan tener hasta cuarenta y cinco miembros y pueden plantar hasta noventa y nueve plantas, existe un criterio de proporcionalidad que hace razonable la lectura que propugnamos en este punto. Todo ello sin perjuicio de que en relación a los clubes cannábicos la legislación es mucho más restrictiva.

5.5. Clubes cannábicos

En efecto, conforme lo previsto por el literal F), los clubes de membresía tienen claramente determinadas las cantidades de plantas que podrán cultivar y el acopio de marihuana que podrán efectuar, lo cual es coherente con el carácter de sociedades civiles que habrán de darse, pues como personas jurídicas tienen un objeto determinado, en este caso estrictamente acotado por el legislador.

En este punto se diferencian notoriamente de la regulación prevista para las personas físicas, pues como el consumo personal es una actividad lícita, el legislador no puede fijarle a ellas un límite sino que crea una presunción de destino en relación con las cantidades de marihuana que tendrán en su poder o respecto a lo que cultivan.

Adviértase que para los clubes de membresía, como personas jurídicas, la redacción del literal F) es notoriamente diferente. En primer lugar, deberán ser autorizados por el Poder Ejecutivo (esto es, constituirse en personas jurídicas) y a su vez por el IRCCA, conforme lo establecido por el literal D) del artículo 28 de la Ley N° 19.172. Por otra parte, respecto de estas entidades está establecido un límite en cuanto a la plantación de noventa y nueve plantas, evidentemente que conforme con el concepto de cannabis psicoactivo del segundo inciso del literal B); habrá de tratarse entonces de hasta noventa y nueve plantas aptas para la cosecha del producto allí descripto.

A su vez, podrán acopiar hasta 480 gramos anuales de marihuana por socio, dado que la referencia a “la cantidad que se estableciere para el uso no medicinal de cannabis psicoactivo” son los 40 gramos mensuales por usuario determinados por el tercer inciso de la nueva redacción del artículo 3° citado, conforme el artículo 5° de la Ley N° 19.172. Por ende, no podrán acopiar marihuana por encima de dichas cantidades.

Como entes ideales entonces y como es lógico, respecto de los clubes no existe presunción que los beneficie. Quienes cuentan con una presunción de destino respecto de la tenencia de marihuana, son sus socios; a ellos los beneficia la presunción contenida en el tercer inciso del artículo 31 del Decreto-ley N° 14.294, en la redacción dada por la Ley N° 19.172, como se verá más adelante.

5.6. Expendio de cannabis psicoactivo

El literal G) refiere al expendio de cannabis psicoactivo a través del sistema de farmacias, para lo cual el IRCCA les otorgará licencias en la forma que establezca la reglamentación. Aquí la ley hace referencia genéricamente al Decreto-ley N° 15.703, *de Farmacias*, y sus leyes modificativas.

El segundo inciso del artículo 3° en la redacción dada por la Ley N° 19.172, establece que el expendio de cannabis psicoactivo para consumo personal, requerirá que se acredite estar registrado el usuario conforme lo previsto por el artículo 8° de la Ley N° 19.172²⁹. Por consiguiente, el expendio de cannabis psicoactivo para fines

29 Ley N° 19.172, *Artículo 8°*: “Tratándose de cannabis, el Instituto de Regulación y Control del Cannabis llevará sendos registros para las excepciones previstas en los literales A), B), C), D), E), F) y G) del artículo 3° del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 5°

recreativos (comprendido en el “uso no medicinal” a que refiere el siguiente inciso) requerirá la acreditación previa por parte del usuario de estar registrado en el IRCCA y no podrá superar los cuarenta gramos mensuales, en tanto el expendio para uso medicinal requerirá receta médica.

6. Modificaciones introducidas a los delitos de drogas. El destino como clave de la licitud.

Los artículos 6º y 7º de la Ley Nº 19.172 sustituyen respectivamente el texto de los artículos 30 y 31 del Decreto-ley Nº 14.294 en la redacción que les había dado la Ley Nº 17.016. Se trata de cambios de importancia, como veremos a continuación.

La clave interpretativa decisiva para excluir estos delitos respecto de conductas lícitas, ha pasado a ser *el destino* de las sustancias; la cantidad ha dejado de ser un dato especialmente relevante para una incriminación delictiva, por lo cual el intérprete ahora tiene vedado el simplista recurso hermenéutico de deducir *destinos* de *cantidades*, sin contar con otras pruebas incriminatorias. Pues no está de más ratificar el punto, ya que en tanto rige en el ordenamiento jurídico uruguayo el Principio de Presunción de Inocencia por mandato constitucional y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la incriminación delictiva deberá estar fundada en prueba suficiente en relación al destino ilícito de las sustancias, el que no podrá deducirse exclusivamente de la cantidad de aquéllas, dado que expresamente el legislador ha derogado la calificación que el texto anterior hacía de ésta *respecto de cualquier sustancia* cuando estuviere destinada al consumo personal en el artículo 31, y no la ha fijado tampoco *respecto del cannabis* en el segundo inciso del artículo 30, que se remite a la primera oración del literal E) del artículo 3º del Decreto-ley Nº 14.294 en su redacción vigente.

Dos conclusiones pueden entonces adelantarse:

- a. El sistema uruguayo de control penal de las drogas no ha establecido un régimen tasado de cantidades para penalizar la tenencia; la criminalización de ésta únicamente emerge de su destino ilícito y la *tenencia de cualquier cantidad para consumo personal de cualquier droga, es lícita*;

de la presente ley. Las características de dichos registros serán objeto de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. La información relativa a la identidad de los titulares de los actos de registro tendrá carácter de dato sensible para lo establecido en los literales E) y F) del artículo 5º de la presente ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley Nº 18.331, de 11 de agosto de 2008. El registro del cultivo, según la legislación vigente, será requisito indispensable para poder ampararse en las disposiciones de la presente ley. Cumplidos ciento ochenta días desde la puesta en funcionamiento del referido registro, el que no tendrá costo para los usuarios y se hará para asegurar la trazabilidad y control de los cultivos, solo se admitirán registros de plantíos a efectuarse”.

- b. La solución legislativa uruguaya permite al consumidor acopiar la o las drogas que consume, dado que el legislador consagró expresamente esta facultad a efectos de reducir al máximo el contacto del consumidor con el narcotráfico, por lo cual *el almacenamiento de drogas ilícitas para consumo personal, es una actividad lícita*.
- c. La determinación de la licitud del destino respecto de la tenencia de cualquier droga competará al Juez; en el caso del cannabis, las autoridades policiales o judiciales únicamente podrán intervenir cuando se superen las cantidades respecto de las cuales existe una presunción de destino lícito, salvo que existieren fehacientes elementos de juicio que muestren que se tenía la sustancia para traficar.

En el artículo 30 se incorpora un segundo inciso relativo a la marihuana. La fórmula legal ahora habla de exención de responsabilidad, en lo que como señaláramos en una contribución previa, se trató de una fórmula de compromiso a nivel parlamentario a efectos de evitar en el texto la utilización de términos derivados de vocablos como “legitimidad” o “licitud”³⁰. Conforme la estructura de la ley y una lectura conjunta de la nueva redacción dada a los artículos 3º, 30 y 31 del Decreto-ley N° 14.294 por la Ley N° 19.172, se trata de supuestos de atipicidad, en tanto al no encontrarse prohibidos por el artículo 3º, son actividades lícitas.

La hipótesis de atipicidad contenida en el artículo 30 comprende todas las excepciones concernientes a la producción de cannabis psicoactivo derivadas de la nueva redacción dada al artículo 3º.

Es importante señalar a su vez que la segunda frase de este inciso dispone que tratándose de cultivos domésticos, la valoración del destino previsto por la ley para esa hipótesis -a saber, consumo personal o compartido en el hogar- para aquéllos casos en que se hubieren superado las cantidades amparadas por la presunción de destino con que cuenta esa modalidad de producción de marihuana, habrá de hacerse por el Juez competente conforme las reglas de la sana crítica. Y se trata de un dato que no es menor, en tanto nuevamente la ley persigue asegurar el respeto de los derechos de los productores domésticos de cannabis, reafirmando lo que no es sino el principio general de valoración de la prueba en materia procesal penal.

La nueva redacción dada al artículo 31 modifica decisivamente la previsión contenida en su segundo inciso, utilizando a semejanza del caso anterior, la fórmula de exención de responsabilidad. Con ello, declara que el transporte, tenencia,

30 SILVA FORNÉ, DIEGO, “La aprobación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana”, cit., p. 582.

depósito, almacenamiento o posesión de cualquier estupefaciente en la cantidad que fuere, en tanto estuviere destinado al consumo personal de la persona, se trata de situaciones atípicas, y por ende, lícitas. Adviértase entonces el cambio radical, a efectos de que no queden dudas para las autoridades administrativas, policiales o judiciales, de que la cantidad de sustancia no está calificada por adjetivo alguno, habiéndose abandonado la consideración de que debiera ser “razonable”; si efectivamente se trata de una cantidad destinada al consumo personal, sea cual fuere el volumen, constituye actividad lícita.

El aspecto central y la clave interpretativa de las figuras delictivas, conforme la estructura de la Ley N° 19.172, es *el destino de las sustancias*, lo que resulta particularmente relevante en este artículo. La interpretación sistemática de los artículos 3º, 30 y 31 del Decreto-ley N° 14.294 en la redacción dada por la Ley N° 19.172 determina que las conductas previstas por estos últimos artículos, en tanto estén destinadas *al consumo personal en sus diferentes modalidades, son lícitas*. Tratándose de cannabis psicoactivo a su vez, los consumidores se verán beneficiados con presunciones de destino conforme las cantidades previstas por la ley; pero por encima de tales cantidades, en tanto las conductas se lleven a cabo respecto *del propio consumo*, individual o grupal, personal o compartido en el hogar, siguen siendo actividades lícitas.

Véase que esta modificación legislativa no constituirá una innovación sino la subsanación del retroceso padecido tras la sanción de la legislación especial sobre estupefacientes. En efecto, como vimos anteriormente comentando el texto del artículo 223 del Código Penal de 1934, Reta diría respecto a toda sustancia estupefaciente: “... si nos referimos al objeto jurídico de tutela, que es la salud pública, veríamos que (...) quien la tiene para sí, jamás puede poner en peligro la salud pública”³¹.

Corresponderá entonces a la Sede judicial la valoración de este destino conforme las reglas de la sana crítica (tratándose de cannabis, recién al exceder las cantidades fijadas en la ley), por lo que ya no será posible obrar como se hiciera en numerosos fallos cuestionables dictados al amparo del régimen anterior de la convicción moral, cuya aplicación muchas veces terminaba imputando residualmente “tenencia no para consumo” en base a inferencias propias del juzgador que no podían deducirse del material probatorio disponible.

El tercer inciso de la nueva redacción del artículo 31 refiere exclusivamente al cannabis psicoactivo, y lo hace a efectos de establecer una presunción de destino similar a la edictada en el literal E) del artículo 3º. La primera oración de este inciso

31 RETA, ADELA, *Derecho Penal. Segundo Curso*, Tomo II, cit., p. 52.

dispone que el transporte, tenencia, depósito, almacenamiento o posesión de hasta cuarenta gramos de marihuana se entenderá destinado al consumo personal.

Nuevamente nos encontramos con un mecanismo de garantía similar a los que ya hemos comentado previamente, a efectos de evitar intromisiones en la vida privada de las personas salvo que se contara con pruebas fehacientes de que el destino fuera diverso al consumo personal en cualquiera de sus modalidades (individual, grupal, compartido en el hogar); una intervención de la autoridad que no contare con sólido respaldo probatorio en cuanto a la existencia de un destino ilícito respecto de la cantidad de marihuana indicada por la norma o menor, podría dar lugar a responsabilidad jurídico penal según el exceso o abuso que se cometiere (delitos de violencia privada, violación de domicilio, pesquisa o abuso de funciones por ejemplo, podrían eventualmente imputarse en el caso)³².

La segunda oración del tercer inciso del artículo 31 extiende la presunción de destino lícito para las acciones comprendidas en los verbos nucleares de la figura, respecto de los supuestos de cultivo doméstico y clubes de membresía, pero lo hace con una técnica defectuosa. En efecto, se trata de la misma presunción de destino para consumo personal que la dispuesta por la oración precedente, tal como surge del empleo del término “asimismo”, pero se hace reiterando algunos de los supuestos contenidos en el segundo inciso del artículo, que como vimos, refiere a situaciones lícitas, y por tanto, atípicas.

Esta interpretación resulta ineludible, en tanto las conductas referidas al cultivo doméstico ya están comprendidas en la presunción de destino establecida por la segunda oración del literal E) del artículo 3º, restando únicamente establecer la presunción de destino para la cosecha de un club cannábico, efecto que finalmente se logra mediante una lectura armónica de las distintas disposiciones de la ley referidas, pese a la equívoca terminología empleada.

32 Código Penal uruguayo: *Artículo 288*. (Violencia privada) “El que usare violencia o amenazas para obligar a alguno a hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”. *Artículo 294*. (Violación de domicilio) “El que se introdujera en morada ajena, o en sus dependencias, contra la voluntad expresa o tácita del dueño o del que hiciera sus veces, o penetrare en ella, clandestinamente o con engaño, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. La misma pena se aplicará al que se mantuviere en morada ajena, contra la voluntad expresa del dueño de quien hiciera sus veces, o clandestinamente o con engaño”. *Artículo 287*. (Pesquisa) “El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por la ley, ordenare o ejecutare una inspección o registro personal, será castigado con tres a doce meses de prisión”. *Artículo 162*. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley) “El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables)”.

El desarrollo que aquí se hace de la presunción de destino para los cultivos domésticos alcanza la tenencia, depósito, almacenamiento o posesión en el hogar de hasta 480 gramos anuales por integrante consumidor de dicho domicilio; véase que ello ya emerge implícitamente de la presunción edictada por la segunda oración del literal E) del artículo 3º.

Tratándose de clubes de membresía, la presunción alcanzará para las mismas conductas hasta 480 gramos anuales de cannabis psicoactivo por socio, lo que parece referir al local de la institución; ello resulta coherente con la presunción de destino lícito establecida por la oración inicial de este inciso, que abarca el transporte, la tenencia, el depósito, el almacenamiento y la posesión de hasta cuarenta gramos de cannabis psicoactivo. Avala esta interpretación que el legislador en esta segunda oración omitió el verbo “transportar” para ambas situaciones, lo que parece entonces delimitar la presunción de destino por tales cantidades al domicilio donde se desarrolla el cultivo doméstico y a la sede del club de membresía; para el transporte se aplicará entonces la presunción de destino lícito por hasta cuarenta gramos de marihuana.

Recordemos una vez más que el segundo inciso del artículo 31 ha reconocido la licitud del transporte, tenencia, depósito, almacenamiento o posesión de cualquier cantidad de sustancias estupefacientes, siempre que fuere destinada al consumo personal del individuo en concreto de que se trate, destino que en su caso será evaluado por el Juez conforme las reglas de la sana crítica; sobre esto no puede haber dos opiniones. Las presunciones de destino lícito establecidas por la Ley N° 19.172 tratándose de marihuana, se encuentran delimitadas conforme los parámetros y con el alcance expuestos precedentemente.

7. Nuevos paradigmas que consagra la Ley N° 19.172

Como hemos visto, la Ley N° 19.172 recoge y se inspira en concepciones *pro-homine* ya contenidas en la Constitución de la República; así el concepto de persona humana libre y responsable, que emerge de los artículos 7 y 72 de la Carta³³, con la garantía a su vez de la autonomía individual y límite a la intervención estatal que asegura el artículo 10.

Por otra parte, también la Ley explicita en su articulado otros fundamentos que

33 Constitución de la República Oriental del Uruguay: *Artículo 7º*. “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”. *Artículo 72*. “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

habrán de ser tenidos por el intérprete y el aplicador del derecho, como el que tiene que ver con que la *ratio* de los delitos de drogas es el enfrentamiento al narcotráfico y al crimen organizado.

7.1. La inserción en la Ley N° 19.172 del nuevo paradigma sanitario

Una noción de Salud Pública compatible con la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos es aquella que, abandonando un modelo transpersonalista que ignoraba la libertad y autonomía individuales, reconoce un conjunto de condiciones que *posibilitan* la salud de las personas, lo que se conecta entonces con un Estado con rol regulador y garantizador de condiciones sanitarias, como prestaciones públicas, que ambienten el desarrollo en armonía bio-psico-social que los coasociados han escogido para alcanzar su plenitud y bienestar personales.

No en vano el artículo 3° de la Ley N° 19.172 reconoce el derecho “al más alto nivel posible de salud”, así como a “la prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades” pero “garantizando el pleno ejercicio de sus derechos y libertades consagradas en la Constitución de la República, con sujeción a las limitaciones emergentes del artículo 10 de la misma”.

Por ende, la Ley N° 19.172 y las modificaciones que introduce a la legislación de drogas, debemos entenderlas inspiradas en el nuevo modelo sanitario que ya hemos visto en este trabajo, donde lo central es la persona humana y sus decisiones vitales informadas, abandonando el tradicional paternalismo terapéutico en que se asentaba la vieja legislación represiva y medicalizante característica del primer tercio del siglo XX, que continuó permeando nuestra legislación anterior de drogas.

No es admisible por ende modelo sanitario ni política de promoción de salud de la población que no se asiente en el respeto de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Carta Fundamental; primera clave interpretativa a que habrá de acudirse entonces, para la aplicación de los delitos de drogas conforme el nuevo paradigma sanitario que ya venía recogiendo el legislador nacional y que ahora expresamente lo hace al orientar las políticas públicas en materia de drogas.

7.2. El modelo de reducción de daños

El artículo 1° de la Ley encarta las medidas tendientes a proteger, promover y mejorar la Salud Pública en materia de cannabis, “mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños (...) que promueva la debida información, educación y prevención” sobre sus consecuencias y riesgos. Nos encontramos por

ende, en el marco del modelo de reducción de daños; se ha abandonado la fracasada utopía transpersonalista del “mundo sin drogas”, así como ya se abandonó la del “mundo sin enfermedades”, por irracionales e inalcanzables, además de generar incontable multitud de daños mucho más graves que los que se pretendían evitar. El modelo de reducción de daños es una alternativa sanitaria pragmática, que respeta la autonomía personal y las decisiones individuales.

Conforme informa la *Junta Nacional de Drogas* de Uruguay, “el Modelo de intervención de Reducción de Riesgos y Daños es un marco conceptual y referencial que incluye a todas aquellas estrategias, ya sea en el área de tratamiento prevención y reinserción social, que tienen como finalidad disminuir de una manera jerárquica y variada, los efectos negativos del uso de drogas ya sea a nivel individual, en el entorno o de terceros”³⁴. Como puede verse, se trata de reconocer las diferentes situaciones que se dan en la realidad y articular estrategias para que sean los propios individuos, en caso que deseen obtener apoyo asistencial, quienes se aproximen voluntariamente a éste.

Se parte de la base -y sobre ello se insistió intensamente en las Exposiciones de Motivos de los proyectos de ley, en el Informe en Mayoría de la Comisión de Adicciones con Fines Legislativos de la Cámara de Representantes, y en el debate parlamentario- que se debe distinguir claramente entre consumidor de drogas y consumidor problemático de drogas; que el consumo de drogas -legales o ilegales- no implica enfermedad ni adicción de por sí; que existen consumidores ocasionales, eventuales, sociales y habituales, que no tienen problemas de adicción. Y que a su vez en caso de que ésta existiere, deben abrirse los canales para que la persona voluntariamente se acerque al sistema sanitario. A ese respecto, entre los objetivos que se fija esta política en relación a los consumidores problemáticos de drogas, se encuentran: disminuir la morbi-mortalidad de los usuarios de drogas; disminuir o minimizar el deterioro psicosocial; mejorar la calidad de vida de los usuarios de drogas; establecer contacto entre el mayor número posible de usuarios y los servicios sanitarios; incrementar la retención de los usuarios en tratamiento; respeto de los Derechos Humanos y la Inclusión social. Ello se fundamenta a su vez, en que cuando se dan casos de usuarios de drogas que necesitan asistencia sanitaria, muchas veces no llegan a los servicios de salud o no están dispuestos a tratarse en un momento dado, en tanto la oferta asistencial a que han acudido maneja una estrategia que es solo abstencionista, lo que puede no ser lo que el consumidor quiere o necesita. Por consiguiente, los enfoques de reducción de riesgos y daños desde lo asistencial

34 Véase en la *web* de la Junta Nacional de Drogas de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay, <http://www.infodrogas.gub.uy>, consultada el 31.10.2015.

trabajan con los usuarios sin exigir un consumo cero, priorizando el amparo a su salud por encima de no consumir, permitiéndoles en forma no autoritaria su inserción en el sistema sanitario³⁵.

A su vez, al referirse la Ley en su artículo 4º al abordaje del uso problemático de sustancias psicoactivas, lo hace remitiéndose a las medidas que buscan educar, concientizar y prevenir acerca de los riesgos que puede acarrear el consumo de cannabis en particular, así como priorizando “la promoción de actitudes vitales, los hábitos saludables y el bienestar de la comunidad”.

Por consiguiente, el enfoque paternalista en que se basó el discurso construido por la Academia y la Judicatura en torno al Decreto-ley Nº 14.294 y la Ley Nº 17.016, ha de ser abandonado. El consumidor de drogas ilegales -así como también el de drogas legales, mucho más extendidas y probadamente mucho más dañosas para la salud de la comunidad- no es un “enfermo” al que hay que tutelar contra su voluntad. Los operadores jurídicos entonces podrán encontrarse con asuntos a su consideración que involucren personas que reconozcan o argumenten que consumen drogas, pero no por ello serán etiquetados en forma degradante como el ‘enfermo’, el ‘adicto’, el ‘drogadicto’ o el ‘toxicómano’. Y si efectivamente fueren consumidores problemáticos de alguna o algunas sustancias en cuya relación se ha entendido necesaria el conocimiento por parte de la autoridad policial y eventualmente de la Justicia penal, se tratará de personas que merecen se les garantice “el pleno ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en la Constitución” conforme expresa el artículo 3º de la Ley Nº 19.172, y no un trato basado en prejuicios y preconceptos discriminatorios y estigmatizantes.

7.3. El enfrentamiento al narcotráfico y el crimen organizado

También la Ley Nº 19.172 persigue con las medidas que adopta tanto a nivel penal como extra-penal, “reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado” (artículo 4º). Es que la Ley advierte -y se expresa en todas los informes e instancias a que nos hemos referido- que el problema que el Estado quiere enfrentar no es combatir ‘los vicios sociales’ sino precisamente el narcotráfico y el crimen organizado.

Ello necesariamente ahora que está plasmado a nivel normativo, deviene también en clave interpretativa de los delitos de drogas, en tanto -y como reclamara desde hace décadas buena parte de la doctrina nacional- la *ratio legis* de la anterior legislación también era el enfrentamiento al narcotráfico, pese a lo cual nuestra jurisprudencia mayoritaria -abrevando en la más conservadora doctrina- continuó reprimiendo en

35 <http://www.infodrogas.gub.uy>, consultada el 31.10.2015.

función de burdos argumentos de literalidad o a través de la imposición de posturas morales propias del sentenciante, todo tipo de conductas que estaban destinadas en última instancia al consumo personal (individual o colectivo) de drogas.

Hoy ello ya no es posible. Ha quedado suficientemente claro que el propósito del legislador nacional es el enfrentamiento al narcotráfico y el crimen organizado, por lo que tales consideraciones habrán de ser imperativamente tenidas en cuenta para la intelección teleológica de las figuras delictivas a que nos referimos, y condicionante para la incriminación delictual.

Bibliografía

- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS / SÁNCHEZ, JUAN MUÑOZ, "Licitud de la autoorganización del consumo de drogas", en *Jueces para la Democracia* N° 75, Madrid, 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Transmisiones atípicas de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN / SOTO NAVARRO, SUSANA, "El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 7, 2ª época, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, "La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-22, 2015.
- RETA, ADELA, "La Ley N° 14.294 sobre comercialización y uso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", en *Anuario de Derecho Penal Uruguayo*, N° 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1976.
- RETA, ADELA, "Análisis de los resultados de la aplicación de la Ley N° 14.294 sobre estupefacientes y psicotrópicos", en *Revista de Derecho Penal*, N° 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1981.
- RETA, ADELA, *Derecho Penal. Segundo Curso*, Tomo II, Montevideo, Oficina de Apuntes del Centro Estudiantes de Derecho, 1960.
- SILVA FORNÉ, DIEGO, *Drogas y Derecho Penal en el Uruguay: Tolerancia. Prohibición. Regulación*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- SILVA FORNÉ, DIEGO, "Principales aspectos de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana aprobada en Uruguay", en Goite Pierre, Mayda (Coord.) *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan Terradillos Basoco*, Serie

Ciencias Penales y Criminológicas N° 5, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana - Unión de Juristas de Cuba, Editorial Unijuris, La Habana, 2015 (publicación digital).

SILVA FORNÉ, DIEGO, "Sobre cultivo, tenencia y consumo de marihuana y sus garantías, en el nuevo régimen de la Ley N° 19.172", *Revista de Derecho Penal*, N° 22, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

SILVA FORNÉ, DIEGO, "La aprobación de la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana", en *Revista de Derecho Penal*, N° 21, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2013.