

Maestría de derecho penal

Universidad de Belgrano

Carrera 555

Alumno: Luis Alberto Giménez

DNI 14619170

Tutor: Dra. Patricia Llerena

Los delitos del tráfico de estupefacientes. Una visión
integradora.

Los delitos del tráfico de estupefacientes.

Una visión integradora.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: OBJETO Y MÉTODO

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: OBJETO

Este trabajo se encuentra centrado en un estudio sistemático de la denominada problemática de la droga y su impacto en la legislación penal.

Si bien el tema ha sido objeto de numerosos estudios, la pretensión del presente será exponerla de un modo integral, a través de algunos de sus aspectos que se consideran esenciales.

Se parte de la idea de que no puede abordarse el problema de tráfico de estupefacientes analizando únicamente los tipos penales referidos al tema, sino que su estudio exige principalmente entender el fenómeno desde la perspectiva de política criminal, sus aspectos criminológicos, y también –de no menor importancia- cuáles son las herramientas utilizadas en su investigación. Pues todos estos factores se condicionan entre sí, de modo tal que resulta muy difícil comprender unos sin los otros.

En la primera parte del trabajo se abordarán los aspectos de la política criminal de la droga desde distintos puntos de vista: social y criminológico; económico y político.

La intención es ubicar el fenómeno de la droga para analizarlo en todas sus dimensiones. Como se verá se parte de la convicción de que no todo lo que se dice sobre el “flagelo de la drogadicción” es verdad, y que la pretensión de reducirlo a la legislación penal no sólo resulta manifiesta-

mente insuficiente, sino que detrás de ese discurso se esconden intereses políticos y económicos que no siempre se explicitan.

También señalar que la importación de soluciones aplicadas en otros países, especialmente cuando provienen de una distinta tradición jurídica, puede resultar peligroso, y atenta contra la posibilidad de resolver de manera más ajustada el problema en nuestro país.

En el segundo capítulo se realiza una profundización del análisis sobre bien jurídico que se señala como el que da sustrato a los tipos penales referidos a la problemática. Ello se realiza mediante el estudio reflexivo de los distintos discursos expuesto tanto por la dogmática penal y también por la jurisprudencia.

En un tercer momento se realizará la caracterización de los delitos de peligro abstracto, pues resulta indispensable, ya que de modo general (y casi automático) se les asigna esta naturaleza. También se procurará hacer pie en las decisiones de los tribunales argentinos en lo que al punto se refiere.

En el capítulo cuarto se aborda el tráfico de estupefacientes, como verdadero problema. En una primera parte se analizan los delitos de “tenencia” como presupuesto de la mayoría de las figuras penales; y en un segundo momento se realiza el estudio de las acciones contenidas en el artículo 5º inc. C) de la ley 23737. Se profundiza únicamente este artículo, pues supone una pluralidad de acciones, que abarcarán mayoritariamente los supuestos delictivos contenidos en la ley, amén de señalar que se trata de la herramienta más utilizada por la jurisprudencia nacional.

Finalmente, se abordarán algunas de las problemáticas vinculadas a la investigación de los delitos de tráfico. Ello así, pues creemos que no pueden escindirse las herramientas de investigación de la dogmática penal, ya que ello puede determinar resultados disvaliosos.

Se han escogido algunas de las técnicas más utilizadas: el arrepentido y la intervención telefónica; y otras no tan usadas: el agente encubierto y la entrega vigilada; en el convencimiento que son las más apropiadas, y que bien utilizadas podrían aportar las soluciones más satisfactorias en una verdadera lucha contra el tráfico.

El propósito ha sido brindar una visión integral, reduciendo el dramatismo y las expectativas que se ponen en el combate del narcotráfico, y en la convicción de que la dogmática penal y procesal no pueden estar escindidas de la realidad.

B. ÍNDICE

Capítulo I p. 9

Introducción: Estado de situación

A- Enfoque General. Intereses en conflicto. Elementos para el diseño de una política criminal que los contemple desde una perspectiva realista.

B- El enfoque económico

C- El contexto internacional

Capítulo II p. 45

El bien jurídico

A- Consideraciones generales

B- El Estado y la protección de Bienes Jurídicos

C- La relación entre el bien jurídico y el hecho

D- La salud pública como bien jurídico

E- La salud pública en el ámbito de los estupefacientes

F- La proyección internacional y su vinculación a la determinación de un bien jurídico tutelable

Capítulo III p. 77

A- Estado de la discusión sobre los delitos de peligro abstracto

 A.1 Introducción

 A.2 Los delitos de peligro

A.3 Peligro concreto y peligro abstracto

B- Delitos vinculados al tráfico de estupefacientes

C- Algunas ideas a modo de conclusión

Capítulo IV

p. 110

Los tipos penales

A- Consideraciones generales

B- Los tipos penales en concreto

B.1 La tenencia simple

B.2 El tráfico de estupefacientes

B.2.a Consideraciones generales

B.2.b La finalidad de tráfico

B.2.c El elemento subjetivo distinto del dolo: la denominada ultraintención.

B.3 Los delitos que se regulan en el artículo 5º inc. C) de la ley 23737

Capítulo V

p. 147

La investigación de los delitos de tráfico

A- Introducción

B- técnicas particulares del derecho de drogas. Su impacto y recepción en la jurisprudencia

B.1 El arrepentido

B.2 Agente encubierto

B.3 Intervenciones telefónicas

B.4 Entrega vigilada

Bibliografía

Capítulo I

Introducción: Estado de situación

A- Enfoque General. Intereses en conflicto. Elementos para el diseño de una política criminal que los contemple desde una perspectiva realista

La cuestión de la utilización de drogas¹ es analizada desde diversas perspectivas que abarcan la legal (prohibicionismo vs. legalización), la médica (adicción como enfermedad y políticas de reducción de daños), la económica (reivindicación del derecho a las drogas como expresión de la pro-

¹ Preferimos denominar al fenómeno: consumo de drogas, sean lícitas o ilícitas, procurando realizar así una descripción lo más objetiva posible, aún en la conciencia, como refiere De Munck (Jean, “*La consommation de drogues dans le conflit des normes*”, Communications, Année 1996, Volume 62, Numéro 1, p. 27 – 461996 –publicado por www.persee.fr- consultado el 16 de febrero de 2010) que ello no es posible pues los mundos tienen una naturaleza eminentemente práctica, “*es un artefacto construido en vista de responder a finalidades y necesidades humanas, y no es jamás pura descripción de la realidad*”.

piedad privada o prohibicionismo en tanto la droga se presenta como factor de opresión del proletariado), moral y religioso (la lucha entre el bien y el mal), etc.

Cada una de ellas aborda el tema según sus principios y criterios.

Una de las principales dificultades, precisamente, para encontrar puntos de acuerdo, se verifica en el hecho de que muchos de estos discursos resultan incompatibles entre sí. Especialmente si se repara que algunos esconden las verdaderas razones de sus formulaciones externas.

Refiriéndose a las drogas, Rosa del Olmo explicaba que lo importante no es ni la sustancia ni su definición, ni –mucho menos- la capacidad de alterar de algún modo al ser humano², sino el discurso que se ha construido en torno a ella. *“De ahí que se hable de la droga y no de las drogas. Al agruparlas en una sola categoría se pueden confundir y separar en prohibidas o permitidas cuando sea conveniente”*.

Pues así es posible generar un discurso no sólo sobre las características de las sustancias, sino también, sobre las del actor (consumidor o traficante), *individuo que se convertirá en ese discurso en la expresión concreta y tangible del terror*. De este modo cada uno de los involucrados podrá construir su propio discurso: el médico se referirá al “enfermo” al que hay que tratar y rehabilitar; el juez verá al “perverso” al que se debe castigar como escarmiento.³

² Del Olmo, Rosa, 1998, p. 3

³ Del Olmo, ob cit, p. 4. Siempre el discurso tenderá a establecer la polaridad *bien-mal* que el sistema social necesita para crear consenso en torno a los valores y normas que le son funcionales para su conservación.

Así, la toxicomanía está lejos de ser una construcción simple: ella depende de las estructuras pragmáticas de inteligibilidad puestas en obra por reencontrar lo real, es decir, los mundos⁴.

El significado mismo del término “toxicomanía”, además de sus modalidades, depende de esquemas categoriales dentro de los cuales ese término es formulado. De este modo, la categoría toxicomanía no se construye de la misma manera si nos referimos a una versión médica del mundo o a una versión penal.

En el primer caso, la categoría se construye en referencia a las otras categorías: lo normal y lo patológico, la cura o la salud, etc.

En el segundo caso, la categoría toma sentido encuadrándose en un universo o co-significante de las categorías como delincuencia, tráfico, orden público, etc.

A partir de esa premisa: de la pluralidad de las versiones del mundo, De Munck construye tres “axiomas” que resultan útiles para el análisis:

1) Toda versión de un mundo es un mundo, y no hay más mundo que no sea una versión del mundo. Ya que es imposible hacer una distinción a priori entre el mundo y sus versiones.

2) Los mundos tienen una naturaleza fundamentalmente práctica. Un mundo es un artefacto construido en vista de responder a finalidades y necesidades humanas, y no es jamás pura descripción de la realidad. Depende de valores prácticos que se mezclan a sus conceptos constitutivos, al punto que su parte descriptiva y su parte evaluativa devienen indiscernibles.

⁴ De Munck, ob cit.

3) *La construcción de un mundo implica, al menos implícitamente, una versión de su propia operación.* Construir un mundo quiere decir enlazar una continuación infinita de operaciones cognitivas y prácticas. Es decir que el mundo incluye implícitamente, como uno de sus componentes inalienables, una teoría de él mismo.

Desde esta perspectiva el problema de la toxicomanía puede también ubicarse al interior de diferentes “mundos” de pertinencia. La pregunta que entre los intervinientes en toxicomanía se repite es: ¿son enfermos, víctimas o delincuentes?, ¿son consumidores, propagadores de un virus, excluidos, etc?

De este modo De Munck pone en claro un punto que no puede ser descuidado a la hora de abordar el tema: la toxicomanía, como problema de regulación, es el problema de la intersección de las múltiples prácticas que se originan en estos mundos.⁵

Los diferentes actores de esta problemática, intentarán construir un discurso [un mundo] común para procurar dar una respuesta satisfactoria. No obstante la respuesta común se encontrará sesgada por los diferentes discursos que confluyen entre sí, y condicionada por los intereses que predominen en cada momento.

⁵ Así plantea: ¿cómo diferentes mundos de tratamiento de la droga pueden converger en una misma matriz regulatoria? ¿Cómo los actores, se refieren a los mundos diversos, pueden ellos ponerse de acuerdo por coordinar sus acciones sobre el terreno de las prácticas concretas? Mediante la fabricación de un mundo común, artefacto cognitivo-práctico situado el mismo en la interfaz de estos diferentes mundos.

Uno de los aspectos que sobresale, y que será materia particular de este estudio es el fenómeno que se produce en torno al comercio de las drogas.

En orden a éste, conviene reparar en que la prohibición de las drogas⁶, tanto en nuestro país como en el mundo es percibida por la generalidad de la gente como una forma adecuada de reaccionar frente al fenómeno de su comercialización y consumo⁷.

Señala Hügel que *“los “logros” de las actividades policiales contra el narcotráfico encuadran en las tapas de los diarios (con mucho éxito) tanto en la capital como en el interior, mientras que la situación social y de*

⁶ Hügel, 1997, p.4.

⁷ Ello no importa aceptar que el orden social surge del “consenso”. En ese sentido afirma Bordieu que *“...el fundamento posible de la ley sólo puede buscarse en la historia que, precisamente, aniquila cualquier forma posible de fundamento. En el principio de la ley no hay más que arbitrariedad y artificiosidad, la ‘verdad de la usurpación’, la violencia sin justificación”*. Agregando a renglón seguido: *“Quien quiera ‘examinar el motivo’, la razón de ser, y profundizar en ella ‘hasta la raíz’ es decir, fundamentar la ley remontándose hasta sus inicios, como hacen los filósofos, jamás descubrirá otra cosa que esa especie de principio de sinrazón suficiente”* (Bordieu, Pierre “Meditaciones Pascalianas”, Anagrama, Barcelona, 1999). También Pegoraro: *“...lo que existe en la realidad es un orden impuesto por medio de la violencia de la ley”* (cfr. “Hablemos del delito... y de la sociedad: la compleja relación entre el orden normativo y la realidad social”. En “Violencia y Sistema Penal”, dir. Bergalli, Rivera Beiras, Bombini. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 174).

*salud de los consumidores no es considerada como objeto de un debate necesario y, por consecuencia, recibe escasa atención”.*⁸

Algunos componentes del uso de drogas parecen estar ausentes en las ecuaciones jurídicas. Como señala Olivienstein⁹ la dialéctica, “droga-no droga”, remite a algo mucho más generalizable en la existencia de los seres humanos: a la dialéctica del placer y el dolor que opone felicidad y frustración con un pago posterior de altísimos niveles de sufrimiento.

Sin embargo, no resulta claro por qué, pese a tal circunstancia, el fenómeno de la drogadicción se extiende a escala planetaria, y en particular entre la juventud de los países occidentales, en muchos casos relacionado con la insatisfacción de la gente y la pérdida de confianza en el futuro. En opinión del médico francés, la razón para dejar la droga irá unida a esa idea de placer que procura la droga a la persona. “La rehabilitación –agrega-comienza cuando la persona deja de recibir placer con la droga y comienza a tenerlo por otras vías.”¹⁰

No obstante, consideramos que este no es un punto de fácil verificación en la práctica de la administración de justicia que tiende a desenten-

⁸ Hügel, *ob cit* , p. 4

⁹ Oliveinstein Claude, Entrevista al diario El País 25/12/1979, consultado en http://elpais.com/diario/1979/01/25/sociedad/286066811_850215.html, el 26/2/2010.

¹⁰ La voluntad de cambio de quien acude a la rehabilitación obedecerá a diversas razones. El placer que proporciona la droga no es indefinido. Lo que sigue es un displacer muy considerable. La ausencia de droga remite a otra carencia mucho más arcaica, a la pérdida del paraíso primitivo. “No se puede encontrar el paraíso”. Oliveinstein, entrevista citada.

derse de los problemas “vitales” de los sujetos criminalizados y se siente satisfecha con su “envío a especialistas”.

Es que no puede escindirse el fenómeno del uso de drogas de la realidad estructural de la sociedad. Así Martuccelli habrá de señalar que: *“La principal contradicción del capitalismo es el consumo, que te dice que la vida es ahora y el placer es fácil y se puede tener todo lo que quieras. A la vez, el mundo del trabajo te exige disciplina, obediencia y espera. Esa contradicción cultural es lo que provoca ese tipo de fenómenos que pueden llegar a crear serios problemas de integración social”*.¹¹

La proliferación de simplificaciones y banalidades uniformizantes acerca de las drogas, la toxicomanía y la figura de los usuarios caracteriza a los diversos discursos en el campo del uso de drogas¹².

Por otra parte no se aborda el análisis del uso de drogas en nuestro tiempo como un fenómeno de la civilización. Pierre Rosanvallon advierte sobre este punto *“¿acaso no es para intentar mitigarlo [el padecimiento psíquico al que se vienen refiriendo] que se desarrolla el uso creciente de toda clase de medicamentos –somníferos, tranquilizantes y antidepresivos-, de los que se espera una ayuda para hacer frente a todas las nuevas exigencias y responsabilidades que pesan sobre nosotros?”*¹³.

La toxicomanía ha evolucionado en los últimos treinta años de manera considerable. Hoy no se consumen drogas para evadirse sino para ser

¹¹ Danilo Martuccelli “El poder jamás ha podido infiltrarse en la conciencia de las personas”, reportaje en www.elciudadano.cl, consultado 16/2/2010.

¹² Quevedo Silvia, “Sobre simplificaciones y banalidades. La toxicomanía ...un caso ejemplar”. En Conocente, Miguel-Kameniecki, Mario (compiladores). Adicciones. Desde el fantasma del flagelo a la dimensión de la pregunta. Letra Viva, Buenos Aires, 2007, pág. 55.

¹³ Fitoussi- Rosanvallon, 1997; p. 47. “

más fuerte y para sentirse a gusto consigo mismo.¹⁴ Y este problema se expresa en la tensión a la que la sociedad somete a sus miembros. Y la simple despenalización de las drogas planteará dificultades temibles pues supone un aumento de libertad de personas capaces de gobernarse a sí mismos¹⁵.

A esta altura pueden ensayarse dos observaciones: por un lado resulta claro que el consumidor de drogas no tiene el mismo *status* social de aquél que trafica; por otro, la representación social está centrada en el narcotraficante como el instrumento de lucha contra el mal, debido a un discurso político y jurídico en términos de guerra. Sin embargo, ello no fue siempre así.

Recuerda Rosa del Olmo que hacia la década de los cincuenta la utilización de opiáceos no era motivo de gran preocupación en los Estados Unidos pues estaban confinados a guetos urbanos; mientras que comenzaba a ser percibido como una amenaza social en Inglaterra, en donde los adictos eran vinculados a la emigración negra de las Antillas y del oeste de África, y vistos como depravados sexuales. Mientras que a nivel internacional los organismos de las Naciones Unidas comenzaban a realizar observaciones

¹⁴ Fitoussi-Rosanvallon, *ob cit*, pág. 57. Así señalan que como la sociedad no ofrece a la interiorización nada valioso que no sea uno mismo, serán los psicotrópicos los que van a permitir el “autoconsumo de sí”. Ello –sumado a la impotencia de las familias y los entornos sociales para contener– desemboca en el fortalecimiento de la función de “asilo social” de la prisión, y servirá para explicar la elevación de las estadísticas penitenciarias: las cárceles están cada vez más pobladas de individuos a los cuales no se sabe darles un lugar en la sociedad y que no logran encontrar uno por sí mismo.

¹⁵ Fitoussi-Rosanvallon, *ob cit*,

en el marco de la salud pública. Se esbozaban los modelos ético-jurídico y médico-sanitario. En la década del sesenta, por el contrario, se percibe la droga como problema. Se habla de “dependencia” y se afianza el modelo médico-sanitario. Es el auge de la industria farmacéutica, especialmente en los países desarrollados (creación de las drogas psicodélicas) y, por otra parte, el fenómeno sale de los guetos y se extiende a las clases medias. El estereotipo moral (lucha entre el bien y el mal) cobra virtualidad. Hacia el final de la década se afianza un doble discurso: el médico-jurídico (un híbrido del modelo médico-sanitario y el modelo ético-jurídico) que permitirá establecer la *ideología de la diferenciación*, tan necesaria para poder distinguir entre consumidor y traficante: entre enfermo y delincuente. En la década de los setenta, con la difusión de la heroína (sumado a algunos problemas internos y externos de los Estados Unidos) comienza a desarrollarse el discurso político en Norteamérica, que será exportado a los países de América Latina. Hacia los ochenta el discurso experimenta un giro. El adicto, sin dejar de ser tratado como un enfermo, pasa a ser un *cliente-consumidor* y cobra especial interés la droga que proviene del extranjero. **El problema de la droga devino un problema económico financiero de magnitud** (surge el problema del lavado de dinero y los narcodólares), en desmedro de la cuestión de la salud pública.¹⁶

¹⁶ Del Olmo, 1998. Este panorama es el que sintéticamente planteaba la criminóloga venezolana, quien al final de su obra advertía “*Pero el discurso de la droga oculta los aspectos económicos y políticos del continente que impiden resolver el problema, y que deben ser estudiados con detenimiento. Será la única forma de comprender por qué miles de habitantes del continente se ven obligados en estos momentos a formar parte de las transnacionales de las drogas en sus diferentes niveles*”, p. 81.

La cuestión de la representación social no debe ser descuidada.¹⁷ **Si bien la penalización que se impone al consumo de drogas (ilícitas) no es universal ni propia de todos los tiempos¹⁸, aparece a los ojos de la ciudadanía como si lo fuera.** A ello se suma que el Estado y sus instituciones promueven habitualmente ese punto de vista, lo que no constituye un dato menor, pues el ciudadano toma la “doctrina oficial” como verdad¹⁹.

¹⁷ No puede perderse de vista que los acontecimientos que interesan al hombre son recontextualizados por las técnicas y modalidades informativas, haciendo que el observador esté psicológicamente instalado en el lugar donde los hechos ocurren, si bien –en muchos casos- ignorando datos esenciales para comprender cabalmente la información. Los medios habrán de incidir psicológica, cultural e ideológicamente sobre la sociedad; y la percepción subjetiva de amenazas o males inminentes genera reclamos de protección a las autoridades (cfr. Elbert, Carlos Alberto –Director- obra de elaboración colectiva; “Inseguridad, víctimas y victimarios”; B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 203 y ss.

¹⁸ En este sentido y sobre la evolución histórica de las drogas se pueden ver las obras ya citadas de Rosa Del Olmo y Hügel. También, desde otra perspectiva: López, 2007, p. 117 y ss.

¹⁹ Léo Strauss, “Persecución y arte de escribir”, citado por Héctor López, ob cit. *“Una proposición emitida por un individuo ordinario puede ser mentirosa, pero la verdad de una proposición emitida por un hombre responsable y respetado, y por lo tanto, en particular por un hombre que ocupa una alta posición de responsabilidad o de prestigio, es moralmente cierta. Estos dos entimemas conducen a la siguiente conclusión: la verdad de una proposición que es constantemente repetida por el jefe del gobierno, y que nunca es contradicha, es absolutamente cierta”*.

La lectura de los periódicos de circulación masiva, como la actividad de radio y televisión permiten afirmar que una de las principales cuestiones que ocupa a la actividad comunicativa de los medios son hechos de carácter criminal. Dicho protagonismo, con el fin de garantizar la atención de la audiencia, genera que la captación del fenómeno criminal –o de sus propuestas de solución- resulten en general inexactas, poco plurales y, muchas veces, adulteradas por los intereses particulares de los medios y de aquellos que los controlan.²⁰

Conforme lo que venimos señalando en esta primera parte creemos oportuno recordar que el proceso penal tiene como objetivo probar que el acusado cometió o no cometió determinado acto, y en su caso determinar el tipo de delito y la pena que corresponda;²¹ aun cuando seamos conscientes como cuerpo social, de que “la condena y el castigo” no acarrearán automáticamente el bien social²², sino que es menester analizar la ley más allá de su mero cumplimiento. En esta orientación, y antes de pasar al aspecto económico, destacar que no deberían perderse de vista, al diseñar las políticas vinculadas a la utilización de estupefacientes, que el logro de la supresión absoluta del consumo constituye una utopía irrealizable, que la “salud eterna” no constituye una meta razonable (ni siquiera bajo el pretexto de erigirla como aspiración), y que deben extremarse los cuidados para evitar que se desarrollen medidas que importen intolerancia respecto del modo de vida que algunos ciudadanos pretenden abrazar, especialmente para no convertirlos en “chivos expiatorios” que enmascaren otros problemas sociales tan o más graves que el del consumo de estupefacientes.

²⁰ Torres, 2008, pp. 94-95.

²¹ Mead, George H. “La psicología de la justicia punitiva”, *Delito y Sociedad*, Revista de Ciencias Sociales, nº 9/10, 1997.

²² Mead, ob cit.

B- El enfoque económico

El problema económico es una cuestión relativamente reciente. Es un segundo mundo, (De Munck) que se impone a nosotros en vista de la estructuración de un sector próspero de la economía mundial: el narcotráfico.

Si bien hasta la década del setenta la economía de la droga fue relativamente controlable pues la represión permitía interrumpir su progresión, se conjugaron dos fenómenos que cambiaron ese estado de cosas.

Por una parte, la globalización de la economía financiera internacional, agrandó la movilidad general de los capitales, ubicándolos fuera del control de los gobiernos nacionales los narco-capitales acumulados por las organizaciones criminales cada vez más poderosas. Por otra parte, se registró en el curso de los últimos veinte años un movimiento profundo de “desformalización” de la economía en los países subdesarrollados e industrializados, que hizo cada vez menos clara la frontera entre el sector formal, mixtura de reglas de mercado y de reglas jurídicas, y el sector informal, mixtura de reglas de mercado y de reglas de proximidad (confianza, familia, comunidad, etc.) (Mingione, 1991). El sector ilegal, antaño claramente identificado por oposición al sector formal-legal, se diluyó ahora en el sector informal, mucho más amplio que aquél. En este último el mercado de la droga reclutó, esencialmente, sus consumidores, sus productores y sus vendedores.

La economía de la droga aparece ahora como una estrategia de supervivencia económicamente racional para toda una parte de la población precarizada por la restructuración postindustrial. De manera tal que resulta

imposible dejar de considerar las consecuencias de la política en materia de estupefacientes sin tener en cuenta este factor.

Baratta²³ habrá de señalar que el discurso sobre los aspectos económicos de la penalización de la droga se refieren a las “relaciones funcionales” de la penalización con el sistema político-económico en su conjunto, con el comportamiento de los sujetos económicos según la “racionalidad” del sistema y las exigencias de su reproducción. Entre ellos destaca la variable artificial del aumento –de más de mil veces- del precio “en la calle” de las sustancias en comparación con lo que podría ser su valor en un mercado sin prohibición legal. Se trata de un elemento estructural que se constituye en la raíz de una buena parte de los “efectos secundarios de la droga”.

Baratta subraya el hecho de que los efectos secundarios de la droga – es decir aquellos que son resultado de la criminalización- serían bastante más importantes que los primarios, ya sea respecto de los consumidores como de la sociedad en totalidad. En relación a los primeros: la marginalización, entendida como aislamiento social, la represión y estigmatización consecuente. En cuanto a los segundos: el sufrimiento del ambiente social que rodea al sujeto droga-dependiente (familiares y allegados) y su eventual marginalización. A ello, cabe agregar, el efecto negativo sobre el sistema de la justicia penal, con la polarización (tanto a nivel nacional como internacional) de sus recursos, fijando metas irrealizables; o sobre otros sistemas como el terapéutico-asistencial y el informativo educativo.²⁴

²³ Baratta Alessandro. “Une politique rationnelle des drogues? Dimensions sociologiques du prohibitionnisme actuel”. *Déviance et société*, Année 1990, Volume 14, Numéro 2 p. 157 – 178. Consultado 20/2/2010

²⁴ De Munck (ob cit), por su parte, señala el hecho de que es posible interrogar las políticas regulatorias desde el punto de vista de sus costos, indi-

No puede pasarse por alto, como señala Aguirre, que “por primera vez en la historia de nuestras comunidades nacionales, el viejo axioma del positivismo sociológico, basado en la esperanza supuesta de una correlación más o menos coincidente entre metas y medios, entre esfuerzos individuales y logros, ha sido puesto seriamente en crisis. Es importante adelantar de qué manera, entonces, ciertas incertidumbres vinculadas a las sociedades post-industriales de este margen (miedo al otro, miedo al futuro, desprecio por la suerte del otro, inexistencia de un pensamiento alternativo, fin de la historia, debilitamiento de los lazos de solidaridad fugacidad de las situaciones, desmoralización) se tocan en algún punto con las nuevas expresiones delictivas, sus causas y consecuencias. El inexorable tránsito hacia la desocupación y el sub-consumo, la retirada desprolija de un estado en pleno proceso de desintegración no ya del escenario político, sino también de la prestación de servicios esenciales (históricamente asumidos por el estado de bienestar), privó a millones de personas del acceso a la salud, al empleo a la educación, a la vivienda e, incluso de la posibilidad de competir con mediano éxito en un mercado saturado de ofertas respecto de un desenfrenado consumismo. Este proceso ha generado la conciencia plena y el sombrío pronóstico de que la realización de las metas personales va a depender casi siempre de factores extraños al <<esfuerzo individual>>”²⁵

El problema de la droga resulta inescindible de su aspecto económico, y en este ámbito, es necesario remarcar el notable crecimiento del mercado a partir del fenómeno conocido en los últimos veinte años como “la globalización”. Así como dicho fenómeno supuso el aumento de transac-

viduales y sociales. Nuevas correlaciones pueden aparecer, por ejemplo aquella que une mercado negro con la ausencia de control de la calidad del producto, y, por consecuencia, aumento de la peligrosidad-potencial.

²⁵ Aguirre, Luis Eduardo, 2005, p 37.

ciones comerciales lícitas a escala planetaria, también implicó el crecimiento de los negocios ilícitos, entre ellos el narcotráfico (Fukumi, 2008).

Como señala Sayaka Fukumi, desde el punto de vista económico, las drogas son una de las mercancías que reflejan la verdadera naturaleza del sistema capitalista: el mecanismo de mercado, si no hubiera demanda no habría oferta.

Existen, usualmente dos aproximaciones para el control de la droga: la reducción de la demanda o la reducción de la oferta. El primero (reducción de la demanda) es enfatizado por la Unión Europea. El segundo, es el que los Estados Unidos de Norteamérica sostiene fuertemente.

Las diferentes políticas de estos dos actores proviene de su percepción sobre el tráfico de cocaína y la comprensión de su naturaleza.

El impacto del problema de la droga es único para cada uno de los actores. Y el grado de impacto depende de las debilidades de cada uno de ellos, ya sea en lo político, económico o en su integración social.

Esto diferencia la amenaza constituida por el tráfico de cocaína de las amenazas de seguridad tradicionales (como la guerra), que afectan a las víctimas de una manera similar (destructiva). La característica principal de las amenazas no tradicionales es que “Impacta de modo diferente en los diferentes actores”.

Las organizaciones criminales transnacionales son diferentes en estructura, medida, escala, apariencia y membresía: no hay un solo modelo que las defina, cada una es única a su manera. Inclusive el modo en que operan es diferente.

No obstante comparten algunas características:

- Las Organizaciones Criminales Transnacionales (OCT) frecuentemente consisten en pequeños grupos criminales con una división de tareas en sus negocios.

- Dependen de la cooperación entre grupos para funcionar.

- Estos grupos tienden a estar enraizados en una comunidad en particular o en un área, y se forman con delincuentes de la misma región o con lazos de sangre.

- El nivel de organización puede variar según el grupo en una estructura jerárquica conocida como “patrón-cliente” a una fluida y dinámica red de base.

- Estas conexiones endebles de los grupos criminales hace que toda la red comercial funcione sin demasiada dependencia de un solo grupo y, entonces permite que la operación continúe aun cuando se produzca una irrupción de las agencias de seguridad.

- Estas estructuras permiten a las OCT ser flexibles y altamente adaptables a los cambios de situación en los que operan.

Entre las dificultades que Fukumi señala para combatir el narcotráfico se encuentran, entre otras: que las organizaciones criminales transnacionales se esconden bajo corporaciones de negocios; también, como los negocios ilícitos requieren un entorno permisivo (es decir en el que las restricciones legales sean mínimas), las OCT apoyan ciertos regímenes y partidos políticos, inclusive golpes de estado en orden a asegurar que los gobiernos no interferirán en sus negocios. En otros casos “compran” aduaneros u oficiales de justicia. La corrupción es una característica siempre asociada con las operaciones de las OCT.

Al concebirse el tráfico de drogas como una “amenaza”, se plantea el estudio del fenómeno desde los aspectos que hacen a las funciones esenciales del Estado, esto es económico, político, orden público y seguridad, y diplomático.

El tráfico de cocaína crea varios niveles de daño al estado, ya sea según el ámbito en el que impacta, pero también, según el Estado en sí.

También debe considerarse la “incidencia de la política prohibicionista sobre las políticas del Estado”.

El narcotráfico constituye una amenaza mayor que si fuera exterior supondría una respuesta militar. Pero por su naturaleza (velada en lo transnacional e interior) merece una respuesta distinta. Sin embargo, se responde con las mismas herramientas que se utilizan para la criminalidad común, las que son manifiestamente insuficientes.

Los estados responden, usualmente, a las amenazas de seguridad por medios militares. Sin embargo, desde la finalización de la guerra fría han surgido nuevas amenazas las que han generado un rango más amplio de respuestas. La respuesta de los estados a la amenaza del crimen organizado transnacional varía. Por otra parte, existen voces que señalan que el Estado actual, en tanto “Estado de Seguridad” tiene como idea conducente ésta, y no la de la libertad, la igualdad o la solidaridad.

La definición de un enemigo y la lucha contra él, constituiría un método de unificación y recuperación de la confianza de la gente en su gobernante. “La ilusión de una seguridad sin fisuras es un pilar fundamental de la dominación política”²⁶. Así, la guerra y su justificación devienen en una y

²⁶ Sofsky, Wolfgang; “Sicherheit, Schriftenreihe del Vontobel-Stiftung, n° 1700, 2005, p. 53, citado por María Laura Böhm, “Políticas de seguridad y

la misma cosa. Se lucha contra el enemigo que pone en peligro la seguridad. De modo tal que “siempre hay un enemigo útil: los pobres, las drogas, los desocupados, los terroristas, el mal llamado crimen organizado, el inmigrante indocumentado, etc. Se trata, en todos los casos, de cosificaciones retóricas y personificaciones de fuentes de inseguridad –por lo tanto, limitadoras de la libertad- que pueden ser instrumentalizadas con éxito” (Böhm, ob cit, p. 113).

El derecho penal, no ha podido escapar a esta lógica, y se le quiere asignar un rol preventivo en la lucha contra la inseguridad. Pero, cabe aclarar, con una concepción de seguridad que parece comprender la integridad física y el dinero como los únicos bienes. “El sujeto protegido por las políticas de seguridad actuales es un *animal rentable*: sólo cuenta como cuerpo adinerado o endeudado, empleado, pagador de impuestos, en todos estos casos el Estado lo entiende económico y protegible” (Böhm, ob cit)²⁷

neoliberalismo”, consultado en www.infojus.gov.ar/pdf_revistas/Derecho_Penal_A1_N1PDF 1 de julio de 2013.

²⁷ La autora subraya la insuficiencia de este tipo de políticas de seguridad que desconoce la construcción de ésta en un sentido más amplio e integral que debería practicarse mediante la promoción de entendimiento entre naciones y religiones, mediante el estudio y tratamiento de las carencias estructurales y la falta de contención frecuente en la franja etaria adolescente, mediante la disminución de la corrupción institucional y de la desregulación económica, mediante la adopción de políticas inmigratorias integradoras y reguladas, mediante el sano funcionamiento de las instituciones judiciales como paso fundamental para el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad (ob cit, p. 117).

El tráfico de drogas afecta las actividades económicas a través de su poder financiero, y el poder financiero permite corromper funcionarios públicos a fin de asegurar que sus actividades no sean interferidas.

El desarrollo de mercados de la droga puede conducir a la competencia entre traficantes de drogas. Esa competencia puede generar violentas disputas entre ellos.

También las presiones internacionales sobre el estado para controlar las drogas y la limitación a su soberanía que se deriva de la prohibición de las drogas. La conformidad con las normas internacionales y las presiones de otros estados pueden afectar las decisiones que tome sobre el tema de las drogas.

A partir del momento en que la amenaza del comunismo desapareció de las esferas políticas y de seguridad, hubo movimientos para incluir asuntos no convencionales dentro de la esfera de seguridad, tal como medio ambiente, crimen organizado e inmigración. El rápido proceso de la globalización produjo alarma sobre la potencial amenaza del fenómeno transnacional e incrementó la necesidad de reconceptualizar la seguridad.

Desde una perspectiva “realista”, dice Fukumi, la seguridad se encuentra estrechamente relacionada con el daño físico al estado y un estado basado en la sustentabilidad de sus territorios. La principal amenaza de seguridad son la guerra y la invasión de otros países. Strange²⁸ argumenta que para el estado, los territorios y los recursos están directamente relacionados con su fuerza, y que es percibido como poder. En este sentido, el interés del estado es obtener poder, y mantenerlo —el poder es la meta de los intereses nacionales.

²⁸ Strange, S; “States and Markets”, 1988, London. Citado por Fukumi, p. 23.

Los neo-realistas, por su parte, difieren de los realistas en que ven la estructura del sistema internacional como el principal determinante de la acción del estado. El concepto de balance de poder ha sido tomado más allá del desarrollo del concepto de sistema internacional. Waltz²⁹ argumenta que el poder del estado es un medio para perseguir una posición influyente en el sistema internacional y, debido a ello, no es solamente la fuerza militar sino también la combinación de los recursos económicos y políticos.

Ambos (realistas y neo-realistas) conciben la seguridad en términos de supervivencia de los estados en un mundo anárquico a través de la lucha por el poder, y las amenazas a la seguridad nacional emergen de los deseos de otros estados de expandir su poder a través de la obtención de más recursos disponibles fuera de sus propios territorios.

Este es un aspecto que no puede ser descuidado a la hora de tratar de comprender las políticas internacionales tanto de los países centrales como de los organismos internacionales en los que éstos gravitan de manera preponderante. Pues aun las decisiones de la Organización de las Naciones Unidas estarán sesgadas por los intereses de cada uno de ellos y por la lucha de poder que se menciona³⁰.

El final de la guerra fría trajo una expansión de la interpretación de la seguridad. Durante los años ochenta del siglo pasado hubo una inclinación

²⁹ Waltz, K. "Man, the State and War, 1959, New York: Columbia Press. Citado por Fukumi, p. 23.

³⁰ Sobre retórica de las Naciones Unidas en este ámbito: Charles, Molly, "La reducción de demanda de drogas de las Naciones Unidas: un éxito o una percepción sesgada"; en "Drogas y Prohibición", coord.. Juan Gabriel Tokatlian; ed. Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2010, p. 57.

para expandir la discusión de la idea de “seguridad del estado” a “seguridad de la gente” (pueblo) ya sea de modo individual o colectivo.

Una amenaza a la seguridad de la sociedad se convierte en cualquier amenaza que afecta los valores morales tradicionales y la cultura en la sociedad. Puede conducir a un colapso de confianza en la comunidad debido a las diferencias morales y de disciplina entre los miembros de la sociedad. Según estos nuevos términos, amenazas de seguridad no tradicionales, como las drogas, pueden dañar a la sociedad minando y desacreditando la moral y los valores (Fukumi, 2008, p. 25).

Por lo tanto el tráfico internacional de drogas no es de naturaleza gubernamental o militar.

Desde la perspectiva realista, el crimen organizado transnacional y el tráfico de drogas no son reconocidos como un asunto de seguridad ya que no constituyen una amenaza física al Estado. La amenaza constituida por amenazas de seguridad no tradicionales no es directa para la supervivencia física del estado, sino más bien una amenaza a la función del Estado (Fukumi, 2008, p. 27).

Por ejemplo, el aumento de las actividades criminales mina el respeto público por la ley el orden. Este tipo de debilidad del estado también influye sobre la representación del estado en la arena internacional. Ello porque las funciones y estructuras del estado, tanto como sus creencias políticas sobre el gobierno del estado, son vistas como una demostración de la calidad de ese estado, y crea la expresión institucional de ese estado.

Los argumentos de los post-positivistas (para quienes no existe la verdad objetiva) reclaman que una amenaza no existe a menos que una cosa sea interpretada y reconocida como tal. Nada es un riesgo en sí mismo,

no existe el riesgo objetivo (Ewald³¹). Cualquier cosa puede ser un riesgo, depende en cómo se analice el peligro. El temor es creado por la exagerada percepción de un fenómeno (Mitsilegas³²).

La conceptualización de las amenazas es, por lo tanto, crucial porque podría tener influencia sobre los intereses del estado y sobre los elementos culturales además del impacto actual sobre el fenómeno.

Por ejemplo, un estado puede escoger un fenómeno como amenaza porque sirve como una conveniente herramienta política.

Según Christie y Bruun, las drogas ilícitas son un “buen” y “muy útil” enemigo porque no ponen en peligro “los intereses de los grupos de poder”³³.

Las drogas ilícitas no están relacionadas con los beneficios de ellos en las actividades económicas legales, tal como corporaciones o (grupos de) lobbies. El gobierno, por lo tanto, puede ser libre de ataduras de esos grupos de interés, y mantiene flexibilidad en las decisiones que toma referidas a los asuntos de las drogas. Como dicen Bullington et al. y Carpenter³⁴, la flexibilidad en la toma de decisiones y la naturaleza de las drogas le

³¹ Ewald, F. “Insurance and Risk”, in Burchell G., Gordin, C., and Miller, P. (eds) “The Foucault Effect: Studies in Governmental Rationality, 1991, University of Chicago Press. Citado por Fukumi, p. 28.

³² Mitsilegas, V., Rees, W. and Monar, J., The European Union and Internal Security: Guardian of People?, 2003. Citado por Fukumi, p. 28.

³³ Christie. N and Brunn, K, Der Nuetzliche Feind: Die Drogenpolitik und ihre Nutzniesser, 1991. Citado por Fukumi, p. 29.

³⁴ Bullington, B. and Block, A.A., A Trojan horse: Anti communism and the war on drugs; 1990. Carpenter, T.G., Bad Neighbbor Policy: Washing-

permiten al gobierno usar la amenaza de drogas en tiempos diferentes para hacer sus políticas de acuerdo a las circunstancias internacionales.

El presidente de los EEUU tiene la responsabilidad de determinar y fijar las prioridades en cuanto a las amenazas de seguridad nacional. En consecuencia, las prioridades de los EEUU en materia de seguridad pueden diferir de tiempo en tiempo. Fue el comunismo durante la Guerra Fría y vinieron a ser las drogas y el terrorismo en la era posterior a ésta. Durante la era de la Guerra Fría, los Estados Unidos no le dieron prioridad al control de la droga sino a las amenazas comunistas no obstante se enunció durante el gobierno de Nixon la “guerra contra las drogas”.

Según Treaster³⁵ la falta de esfuerzos en el control sobre las drogas en el Caribe en 1984 se debió a que el comunismo aparecía como una preocupación mayor para el gobierno de los Estados Unidos.

La administración de Clinton, en la post Guerra Fría, continuó incrementando el presupuesto para el control de drogas en Latinoamérica y en otras partes del mundo durante los ocho años de su gobierno. Además enfatizó la política de reducción de la demanda a través del tratamiento a los adictos.

La administración de G. W. Bush no bajó de categoría el significado de las drogas en cuanto a la seguridad nacional hasta el 11 de septiembre de 2001. Desde el ataque terrorista de esa fecha, las drogas dejaron de ser la prioridad nacional en materia de seguridad, y en su lugar la guerra contra el terror se convirtió en el mayor y significativo asunto de estado.

ton's futile war on drugs in Latin America, 2003. Citados por Fukumi, p. 29.

³⁵ Treaster, J., Jamaica, Close USS Ally, Does Little to Halt Drugs, New York Times, 10 September 1984. Citado por Fukumi, p. 29.

En resumen, la amenaza no tradicional a la seguridad necesita ser conceptualizada en un sentido más amplio que aquel de la amenaza tradicional para incluir peligros sobre aspectos intrínsecos a la actividad estatal.

Una amenaza no tradicional puede ser definida como aquél fenómeno que amenaza a la identidad estatal y mina la calidad/condición del estado. La identidad del estado es expresada en la forma de políticas de gobierno que reflejan la ideología y las creencias del estado (o del gobierno) y son percibidas como la representación del estado por los otros estados. Identidad del estado y calidad son conceptos intercambiables, en el sentido de que el mal funcionamiento del estado puede afectar su identidad, por ejemplo, un estado desestabilizado e inhabilitado para mantener el orden puede minar su estatus en la comunidad internacional (Fukumi, 2008, p.31).

El tráfico internacional es un negocio que desarrolla redes de trabajo, y las organizaciones de traficantes pueden tener gran cantidad de riquezas a su disposición.

No obstante, la mayor amenaza está constituida por su habilidad financiera y sus esfuerzos por proteger sus negocios de las fuerzas de la ley y de organizaciones rivales.

El impacto del tráfico de cocaína debe analizarse en relación a las diversas actividades del estado. La aproximación que sigue Fukumi se deriva de los trabajos de Lupsha³⁶, quien investigó cuatro aspectos de los asuntos de estado: económico, político, violencia y seguridad, y relaciones diplomáticas. Aspectos elegidos para analizar las funciones diversas que

³⁶ Lupsha, P.A. “Transnational Organized Crime versus de Nation-State”, en *Transnational Organized Crime*, vol. 2, n° 1, Spring, 1996. Citado por Fukumi, p. 32.

son afectadas por las actividades de las organizaciones criminales. Aunque Lupsha enfatiza los tres primeros.

En orden al impacto económico, debe tenerse en cuenta que el crimen organizado transnacional genera más riqueza que muchas de las mayores corporaciones multinacionales del mundo. Esa riqueza circula en el sistema económico lícito con implicancias negativas y positivas, e influencia tanto el mercado nacional como el internacional. La penetración de las OCT en el sistema económico y financiero lícito puede afectar las actividades económicas legítimas. Las ganancias ilícitas deben ser “lavadas” antes que los criminales pueden usarlas en el sistema económico lícito. Este proceso se llama “lavado de dinero”, y las OCT compran compañías legales y realizan otro tipo de inversiones como parte de su esquema.

El “lavado” *per se* no trae implicancias negativas para los bancos ya que les provee negocios. Además, la política de transparencia que algunos gobiernos están impulsando no estimula el negocio bancario porque no solamente las empresas ilegales sino también la mayoría de las corporaciones legales son reacias a revelar sus circunstancias financieras. El lavado provee enormes sumas de dinero extranjero (la mayor parte dólares norteamericanos) al sistema financiero nacional e internacional. Estas grandes sumas de narco-dólares circulan en la economía nacional pueden ser una ventaja o una desventaja para el estado, especialmente para los estados débiles. Esa circulación de dólares en los mercados nacionales (generada por actividades ilícitas) puede crear una ficción de fortaleza económica y llevar a una apreciación de la moneda por sobre otras. Por ejemplo, Bolivia a fines de los ochenta experimentó una baja tasa de cambio debido a los narco-dólares, y sus industrias perdieron competitividad en los mercados domésticos e internacionales (Fukumi, 2008, p. 33).

Los delincuentes buscan obtener acceso y beneficios del sistema económico lícito. Así, las organizaciones criminales invierten y compran algunas corporaciones y fábricas legales. Sostenidas con ganancias ilícitas, las OCT frecuentemente comercian con elementos contrabandeados y pueden suministrar mercancías a precios más bajos que aquellos de las empresas legítimas. El negocio del contrabando incrementa la circulación de artículos que no pagaron impuestos, y menoscaba la competitividad de las corporaciones legales en los mercados. Los gobiernos pierden, en consecuencia, grandes cantidades de ingresos (rentas) y el crecimiento sano de la economía nacional puede ser afectado (ídem, p. 34).

Los esfuerzos para combatir el crimen organizado transnacional tienden a ser a largo plazo y con extensos proyectos, y costosos para los gobiernos. En el caso de aquellos relacionados con las drogas los gobiernos pueden necesitar trabajar tanto en programas de reducción de la oferta y la demanda para conseguir un control efectivo.

Los costos de los proyectos incluyen no solamente los gastos de los proyectos en sí, sino también las pérdidas causadas por la quiebra de las organizaciones criminales. Los estados con gran dependencia de las OCT referidas a industria, y en particular aquellos en vías de desarrollo, pueden enfrentar grandes pérdidas económicas anuales, y desempleo. Además, para llevar a cabo las operaciones de las fuerzas de la ley, es necesario equipo adecuado, como helicópteros y armas. El equipo militar es caro, especialmente para estos estados, y de acuerdo con Ball³⁷, esos gastos militares tienen un efecto negativo sobre el crecimiento de la economía.

³⁷ Ball, N., *Security and Economy in the Third World*, 1988, Princenton University Press, pp. 163-167. Citado por Fukumi, p. 35.

Desde la perspectiva económica las OCT pueden dañar al estado a través de la penetración y control del sistema económico y financiero nacional.

En el ámbito político, la corrupción (a través de los sobornos) y la amenaza le permiten a las OCT disfrutar de protección de las instituciones gubernamentales y asegurarles su posición en los mercados. El riesgo de corrupción es particularmente alto en el sector judicial, y también en los sectores financieros y bancarios para las operaciones de lavado de dinero (Fukumi, ob cit, p. 35). La corrupción mina la legitimidad de los estados. Un estado legítimo espera la obediencia del pueblo en razón de su propia “corrección y ajuste a derecho” y porque el pueblo crea en su autoridad moral. Un gobierno corrupto pierde su legitimidad.

En el orden de la violencia y la seguridad, sigue explicando Fukumi, las OCT están frecuentemente asociados a la violencia en diferentes formas. Ello puede conducir a un incremento en el uso de la violencia por otros actores no estatales, como grupos revolucionarios, y ocasionalmente por organizaciones legítimas, como representantes sindicales. Las OCT usan violencia, no sólo para derrocar gobiernos, sino también para intimidar y manipularlos para su interés. El uso de la violencia por parte de las OCT además desafía la soberanía estatal, es decir su monopolio del uso de la violencia. El uso privado de la violencia afecta tanto a los ciudadanos como al estado, tanto física como psicológicamente y el gobierno pierde la habilidad de proveer el sentido de seguridad a la mayoría de la nación.

La violencia, en relación al tráfico de drogas, se puede categorizar en tres formas: narcoterrorismo, asesinatos e intimidación, y demostraciones de grupos políticos.

El uso de violencia e intimidación por parte de las OCT mina el orden público, la seguridad de los particulares y de la comunidad debido a la falta de habilidad del gobierno de asegurar la seguridad del pueblo (Fukumi, 2008, p. 37-39).

En el ámbito diplomático, las organizaciones criminales transnacionales traen aparejados problemas en la órbita internacional, ya que los países en los que operan se encuentran limitados, para su persecución por los límites nacionales. Esto genera situaciones complejas con los otros estados, y la necesidad de preparar regulaciones y leyes más severas.

La soberanía es el punto fundamental de las relaciones entre estados. Su protección es esencial para sobrevivir y exige el reconocimiento por parte de los otros estados soberanos.

En cuanto a este punto existen actualmente numerosos tratados y convenciones que tienen por objeto el crimen organizado transnacional. Y aun cuando las leyes internacionales no tienen fuerza coercitiva, existen presiones de otros estados sobre aquellos que no las cumplen.

El estado moderno tiene una soberanía limitada debido a la interdependencia, pero los estados en vías de desarrollo sufren mayores restricciones que aquellos desarrollados.

Ello así, fundamentalmente porque la ayuda y asistencia, y las relaciones comerciales pueden ser usadas como incentivos para el cumplimiento.

De no cumplir se corre el riesgo de quedar aislado de la comunidad internacional.

El hecho de tener que aceptar normas internacionales y ajustar su comportamiento a las mismas, puede considerarse como una afectación y

un debilitamiento de la soberanía del Estado. Es, desde esta perspectiva, que también puede afirmarse que el OCT erosiona la soberanía estatal.

Las implicancias globales del OCT sobre los estados no se ven con toda claridad. Máxime si se repara que el grado de impacto depende de cada estado según sus estructuras políticas y económicas.

El uso de violencia por parte de los criminales es, tal vez el efecto más visible e incrementa la incertidumbre sobre la seguridad pública en la comunidad, y sobre el sistema de justicia debido a la incapacidad de controlar a los criminales.

Como consecuencia la identidad del Estado puede verse afectada, y producir una impresión negativa en la comunidad internacional (Fukumi, 2008, p. 41).

C- El contexto internacional

El nacimiento del régimen internacional del control de drogas puede ubicarse, hace más de cien años, con las actividades de la Comisión Internacional del Opio (Shangai, 1909), que fueron seguidas por una serie de protocolos y convenciones que culminaron en la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

Los usos de las drogas fueron uno de los temas de análisis en las Conferencias sobre Drogas auspiciadas por la Liga de Naciones durante la década de 1920. Se discutió especial e intensamente el problema del “uso legítimo” del opio. Particularmente si los usos recreativos o experimentales eran legítimos. Finalmente, prevaleció la opinión de limitar el uso de las

drogas a “usos médicos y científicos” (Thoumi, en Tokatlian 2010, p.29). Este paradigma prevaleció e inspiró la Convención Única de 1961.

Así surge la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) con la finalidad de regular y controlar la utilización de las drogas que alteren el estado mental, en cuanto a sus usos médicos y de investigación. Entre las consecuencias de esta política de exclusión de cualquier uso ajeno a los mencionados se menciona: 1. La imposibilidad de tratar de manera diferente las drogas blandas y duras; 2. No es posible separar a los usuarios de los adictos (dado que no se permite el uso recreativo o experimental); 3. La definición de uso médico se determina por estándares médicos occidentales validados por la OMS, con la consiguiente exclusión de todo criterio distinto (vgr. medicinas alternativas; usos en culturas no occidentales, etc.)³⁸; 4. Se tomaron decisiones importantes, como la inclusión

³⁸ Existen seis razones principales para el consumo de drogas en las sociedades antiguas y modernas. La más significativa era el alivio del dolor. Antiguos manuscritos indios y chinos recomendaban la inhalación o ingesta de cannabis para una serie de enfermedades como gota, cólera, tétano, neuralgia y para el dolor del parto. Recalcando el valor medicinal del cannabis, la farmacopea de los Estados Unidos recomendaba como tratamiento primario de más de 100 enfermedades in sus publicaciones entre 1850 y 1937. A causa de la presencia de 46 alcaloides que incluyen los analgésicos codeína y morfina, el opio fue también valorado para tratamientos médicos comenzando con los persas y griegos. Luego los comerciantes griegos introdujeron el opio en sur de Asia, la droga fue usada en la práctica médica en India y China, de acuerdo con los registros que datan del 400 DC (cfr. Buxton, Julia; “*The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime*”; University of Bradford, en Policy Reserarch Working Paper WPS4553; p.3 -<http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-4553->).

de diversas plantas y sus derivados, sin profundizar los estudios (Thoumi, en Tokatlian 2010, p. 30).

No obstante para la época de la Convención Única, el consumo de drogas no era tan importante. La cuestión cambia hacia la década del sesenta. La Convención sobre sustancias sicotrópicas de 1971 es una respuesta al gran incremento del uso de drogas en los sesenta (teniendo en cuenta que para ese entonces había habido un auge de las drogas sintéticas y de laboratorio)³⁹.

A su turno, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 fue una respuesta al gran incremento del tráfico internacional de drogas que se desarrolló a partir de la década de 1970. Ella se concentra en el tráfico y brinda directrices para la cooperación internacional, los decomisos y expropiaciones de bienes, la extradición y otras formas de cooperación entre las Partes de la Convención. Por primera vez, apunta Thoumi (en Tokatlian 2010, p. 31), se obliga a las Partes a criminalizar todos los aspectos del tráfico ilícito de drogas: cultivo, fabricación, distribución, venta, posesión, lavado de dinero, etc.⁴⁰

Diez años después, la Asamblea General Extraordinaria de la ONU sobre drogas, reunida en Nueva York abordó seis puntos principales: reducción de la demanda; eliminación de cultivos; lavado de dinero; precursores químicos, drogas de síntesis; y cooperación judicial (UNGASS-

³⁹ Sinha, Jay “The History and development of the leading international drug control conventions”; Prepare for the Senate special committee on illegal drugs, 21 February 2001; Parliamentary Research Branch, p. 2 (Biblioteca del Parlamento de Canadá).

⁴⁰ También es la primera vez que aparece el concepto de lavado de dinero y activos en un documento de la ONU.

1998). Señalándose como aspecto más destacable la iniciativa de destinar esfuerzos en frenar el aumento de la demanda por drogas centrando la actuación de los gobiernos también en la prevención del consumo (Corrêa, 2010, p. 40)⁴¹.

En 2007 se suscribe el “Consenso de Roma” que importa la cristalización de una perspectiva más humanitaria⁴² y de búsqueda de mayor eficacia concreta para la solución de los problemas sociales vinculados con el uso y abuso de sustancias por parte de los droga-dependientes. Allí se enuncia que es menester la elaboración de un nuevo compromiso humanita-

⁴¹ Explica también Corrêa que si bien el consumo de drogas no es nuevo, el problema a nivel mundial es relativamente reciente y la epidemia de consumo de psicotrópicos existe hace solamente 40 años. Ob cit, p. 41.

⁴² La Guía Práctica para una Política Humanitaria de Drogas define este concepto en los siguientes términos: *“Una política humanitaria de drogas es un medio realista y pragmático para ocuparse del consumo de drogas y de sus consecuencias tanto en la sociedad como en sus miembros. Se basa en un conocimiento y una comprensión amplios de los motivos de salud, sociales y económicos que hay detrás del uso de las drogas y pretende solucionar las causas de raíz del consumo y la producción. Asimismo su objetivo no es sólo limitar los daños del consumo en los individuos y la sociedad, sino garantizar que las respuestas políticas no acrecientan los daños ocasionados por las propias drogas. Es un enfoque contrario al de las políticas basadas en el castigo, que sólo tratan los síntomas del problema de la droga y no abordan las causas de su uso. La criminalización de los consumidores viene a añadirse al daño ya provocado por las drogas, porque aliena, estigmatiza y empuja a los usuarios y a los pequeños productores y traficantes hacia los márgenes de la sociedad y hacia las redes criminales ilegales”*.

rio sobre la política de drogas basado en la razón y en la compasión, donde no se permite el uso de la fuerza, ni la influencia de las ideologías, ni tampoco la discriminación y la estigmatización. En segundo lugar se enfatiza que los programas integrales de reducción de daños, que incluyen terapias de sustitución y enfoques humanitarios, son elementos esenciales de la política de drogas, por ser la mejor forma de lograr los objetivos de aliviar el sufrimiento y llegar a los más vulnerables (Cuñarro, 2010, p. 139).

Por otra parte en el Informe Mundial sobre drogas, de la UNODC del año 2009, se expresó que “no debe sacrificarse la salud pública por la seguridad pública” y que debía favorecerse “el acceso universal al tratamiento de la drogodependencia” como “uno de los mejores modos de reducir el mercado ilegal de drogas”⁴³.

Precisamente en la Declaración de Oporto se destacó el fracaso de las políticas públicas en materia de drogas, al no haberse logrado los fines pretendidos de la disminución del consumo de sustancias estupefacientes, ni llegado a criminalizar a las grandes organizaciones criminales. Allí se subrayó que la transnacionalización de los fenómenos delictivos lograron importar e imponer desde figuras penales hasta técnicas legislativas ajenas a los Estados receptores, lo que conforma una colonización legislativa que desatiende las particularidades delictivas de cada país.⁴⁴

⁴³ Declaración de Oporto, documento de Magistrados Latinos sobre políticas públicas en materia de drogas y derechos humanos, 2009.

⁴⁴ Inclusive se señala que los tribunales han sido saturados con pequeños casos, sin que lleguen los más graves, tanto referidos a los delitos de tráfico o lavado, cuanto a los delitos de corrupción cometidos por los funcionarios. También se advierte sobre la sobrepoblación carcelaria a partir de los casos nimios e insignificantes, y el desgaste del sistema judicial.

D- A modo de síntesis

Como puede apreciarse en una primera aproximación el fenómeno del narcotráfico se encuentra atravesado por cuestiones políticas, económicas y criminológicas que exceden notablemente la geografía de un solo país, y se extienden a todo el mundo.

Sin embargo, la tarea que se ha encarado de erradicación de las drogas parece encontrarse condicionada fundamentalmente por razones económicas, principalmente de los países centrales que expresan su preocupación tanto por la fuga de capitales, como por los daños económicos que el dinero producto del comercio de las drogas trae aparejada por las distorsiones que provoca en sus mercados.

Es preciso, por ende, tener en cuenta estos factores, pues ha existido una fuerte influencia (colonización como algunos la llaman) de estos factores y estos países en el diseño de las normas internacionales que son de las que abrevia, de modo directo, nuestra legislación nacional.

Por otro lado, ha prevalecido en América Latina, y en particular en la República Argentina, el modelo de combate norteamericano, sin que se hayan explorado en demasía la experiencia de políticas de reducción de daños, que podrían mejorar considerablemente los aspectos sanitarios que la ley dice proteger.

Capítulo II- El bien jurídico.

A- Consideraciones generales

La inclusión de un capítulo destinado al bien jurídico implica tomar posición acerca de un punto que es materia de discusión en la dogmática penal. No sería éste el lugar apropiado para profundizar sobre ella, no obstante es menester precisar el alcance de algunas de las ideas, pues ellas brindan el marco de referencia necesario para la comprensión del resto de las que serán utilizadas en el presente trabajo.

En esta línea, no resulta ocioso recoger la advertencia sobre la involución de la teoría del bien jurídico mediante el proceso de abstracción e idealización que bajo el imperio de la filosofía neokantiana privó al mismo de cualquier finalidad limitadora (Falcone-Caparelli, 2002, p. 34). Aunque también deben ser anotados los riesgos de extremar la dimensión social de los bienes jurídicos, pues podría conducir a ideas que -prescindiendo de ellos- solamente contemplen la "dañosidad social", atendiendo las necesidades del conjunto social y olvidando al individuo (Falcone-Caparelli, 2002, p. 35).

La ley penal -enseña Ferrajoli- tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por los efectos lesivos hacia terceros, ya que solamente ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. El doble límite a la potestad prohibitiva del estado surge del "*principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales*"⁴⁵ del que derivan el principio de la pena mínima necesaria y el de la máxima economía en la configuración de los delitos⁴⁶ (Ferrajoli, 1998, p. 465), y con cita a Beccaria expresa que el riesgo de quebrantar este principio

⁴⁵ "*nulla lex poenalis sine necessitate*"

⁴⁶ "*nulla poena sine necessitate*" y "*nullum crimen sine necessitate*"

*"Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos"*⁴⁷. Por lo tanto, si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones justificadas por su absoluta necesidad son "las prohibiciones mínimas necesarias" (Ferrajoli, 1998, p. 466)⁴⁸.

Este es un aspecto relevante en esta materia pues, como más adelante se verá, gran parte del tratamiento, doctrinario como jurisprudencial, sobre estupefacientes enfatizan el cumplimiento de la ley (penal) como instrumento del "combate contra las drogas" sin interrogación alguna sobre su necesidad o racionalidad, tanto en cuanto a las descripciones típicas, como al monto de las penas. Inclusive al referirse al bien jurídico "salud pública" se encuentran interpretaciones confusas que oscurecen los alcances y necesidad de la protección.

b- El Estado y la Protección de Bienes Jurídicos

Enseña Bustos Ramírez (1987, p. 32) que el Estado, a través de la pena, ha auto constatado su propia existencia –es decir: su poder-. Pero, como señala el profesor chileno, el Estado no es un ente abstracto sino uno realmente existente y, por consiguiente, esa auto constatación será la de un

⁴⁷ Beccaria, "De los delitos y las penas", XLI, p. 105, citado por Ferrajoli (1998) p. 465 nota 18. Donde, la la referencia, cita a Montesquieu "las leyes inútiles debilitan a las necesarias", "Obras completas" L. XXIX, cap XVI p. 401.

⁴⁸ Es decir *"las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal."* (Ferrajoli, ob cit)

determinado sistema, que es actualmente la de un sistema democrático. Del cuál emerge la función de la protección de bienes jurídicos, que se convierte en la *conditio sine qua non* de la pena. Se trata de una categoría crítica del sistema que constituye su fundamento pero también su límite⁴⁹.

En este sentido, sostiene Zaffaroni que los actuales estados de derecho constitucionales prohíben al legislador y al juez imponer pena por una conducta que no lesione un bien jurídico –*principio de ofensividad*-. Aclarando que, por lo general, los autores derivan éste del *principio del estado de derecho*, pues es la expresión constitucional de la separación iluminista entre lo ilícito y el pecado (entre el derecho y la ética), que prohíbe al estado entrometerse en la moral individual o sancionar, lo que denomina, *dictaduras éticas*, pues la función del estado de derecho es preservar y garantizar, precisamente los espacios de autonomía moral.⁵⁰

No obstante habrá que admitir, como advierte Nino, que no cabe identificar a la democracia con los principios liberales. Pues, al ser la pri-

⁴⁹ "lo único que hace el ordenamiento jurídico es recoger una determinada relación social en forma concreta y simbólica (vida, salud individual, honor, libertad). Como relación social el bien jurídico implica una determinada posición de los individuos entre sí y una intermediación con otros entes u objetos que se dan entre ellos. Es decir, es un proceso de comunicación y participación. Por eso tendrá siempre el carácter dialéctico. En definitiva, entonces, podemos decir que el bien jurídico es una síntesis normativa concreta de una relación social determinada y dialéctica" (Bustos Ramírez, 1987, p. 33).

⁵⁰ Zaffaroni, E. R. "Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones"; en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Año II, núm. 3, abril 2012; p. 3 y ss.

mera un procedimiento (regla de la mayoría) resulta difícil identificar el vínculo entre dicho proceso y su resultado (Nino, 2008, p. 14). En tanto núcleo del poder estatal (y su más enérgica arma a disposición de los gobiernos) la justificación del Derecho Penal está intrínsecamente conectada con la justificación de la existencia de los gobiernos. Un gobierno no está *per se* auto justificado, sino que su justificación depende de que ayude a materializar ciertos principios morales o evaluativos⁵¹.

Estos principios serán limitaciones envueltas en un sistema liberal de Derecho Penal.⁵²

Como apunta Alcácer Guirao, al concepto material de hecho punible -y al bien jurídico de modo particular- podrá asignársele carácter liberal cuando plasme, o sea adecuado para plasmar, los principios básicos del liberalismo político. Aunque no se dé así una respuesta completamente satis-

⁵¹ El problema de la determinación de cuáles son los principios y como justificar su imposición a aquellos que no los comparten es ajeno al presente trabajo, pero no deja de ser uno de los puntos que deben ser analizados con precaución especialmente por el derecho penal por la energía de su respuesta. La idea del consentimiento (hipotético o efectivo) a la que se recurre habitualmente, como apunta Nino, puede resultar insuficiente (Nino, 2008, p. p. 15 y ss.), pues es principio elemental que para justificar la asunción de obligaciones y responsabilidades, éste debe darse, y quien no lo da no se encuentra sujeto a ellas.

⁵² Zaffaroni recuerda la paradoja de Radbruch: *el derecho es moral, justamente porque es la posibilidad de lo inmoral. Sin esa posibilidad no hay espacio para la elección de la conducta y, por ende no hay mérito moral. Quien hace lo moral porque no tiene otro remedio, no tiene ningún mérito moral.* (Zaffaroni, “Apuntes...” *ob cit*, nota 3).

factoria (Alcácer Guirao, 2003, p. 75). No obstante es posible fijar ciertos presupuestos desde los cuales podrá referirse un concepto material de delito desde una óptica liberal ⁵³.

El primer postulado del liberalismo es la prioridad axiológica de la libertad de la persona (Alcácer, 2003, p. 76), que conlleva a que el Estado deba limitar su reducción (de la libertad) al mínimo imprescindible, a fin de proteger -a la vez- la libertad de terceras personas. Con la aclaración, como apunta Donna, que el discurso de libertad es vacío si no se piensa en relación a un sujeto libre (Donna, 2006-I, p.33)⁵⁴. Así, la idea clave será que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tienen lugar en la vida social), es decir que determinados objetos se convierten en bienes jurídicos en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad (Silva Sánchez, 1992, p. 271).

Ahora bien, retomando el pensamiento (liberal) de la idea -por cierto kantiana- de la protección de la libertad se deriva que lo protegido por las normas jurídico-penales tiene que centrarse en los *intereses fundamentales* del ciudadano, en las condiciones esenciales que le permitan desarrollar su

⁵³ Según la metáfora del contrato social, comenta Alcácer, los ciudadanos habrían cedido un margen de su originaria libertad en aras de establecer un marco de cooperación en el que pudieran desarrollarse pacíficamente sus intereses.

⁵⁴ Dice Donna que “*Al admitir la conciencia libre del sujeto frente al Estado y dejar ello reservado a Dios, la Norma Fundamental toma claro partido por una concepción del ser humano como persona, dato éste que ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni menos aún la doctrina podrían dejar de ver*” (ob cit, p. 34).

libertad en la sociedad. De ello se sigue, en segundo lugar, que la prohibición de conductas tendrá que fundarse en la noción del daño a estas condiciones esenciales de la libertad, pero con exclusión de las convicciones morales vigentes en el grupo social y "de climas morales o afectivos no reconducibles a la libertad" (Alcácer, 2003, p. 78).

Puesto que es postulado del Estado Liberal el de su neutralidad en la órbita de estas representaciones (morales o religiosas). Explica Ferrajoli que la separación entre derecho y moral es un principio político del liberalismo moderno que sirve para justificar la autonomía recíproca de las dos esferas. Con arreglo a esta opción laica y liberal, el derecho y el estado no poseen ni encarnan valores meramente en tanto tales, y tampoco deben tener fines morales desvinculados de del interés de las personas y *"menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta en favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y seguridad"* (Ferrajoli, 1998, p. 222). Esta doctrina impacta en el ámbito del derecho penal postulando que éste no tiene la misión de imponer o de reforzar la moral (cualquiera sea ella) sino solamente la de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros. Para la prohibición de una acción no es suficiente que sea considerada inmoral o reprobable en cualquier sentido; sino que debe dañar (necesariamente) bienes jurídicos ajenos (Ferrajoli, 1998, p. 223).

Señala Zaffaroni que el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional⁵⁵ consagra el más importante de los límites materiales al poder

⁵⁵ Art. 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados"*.

criminalizante primario y secundario, y a la injerencia coactiva del estado en general (Zaffaroni, 2000. p. 119). De él se derivan como postulados: que le está vedado al estado establecer una moral; que, por el contrario, debe garantizar un ámbito de libertad moral; y que las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Esto último significa que *no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)*⁵⁶. Esta afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo –conflicto jurídico- es lo que legitima la intervención punitiva y se enuncia como *principio de lesividad*.

Sin embargo, habrá de advertir Zaffaroni, no cabe equipar el bien jurídico lesionado con *el bien jurídico tutelado*, pues este último concepto importa la confiscación de un conflicto por parte de la agencia política criminalizante. De modo tal que la lesión o peligro debe ocurrir en la realidad social y no verificarse solamente a través de la ley (Zaffaroni, 2000, p. 121)⁵⁷. De hecho, advierte sobre la confusión que se genera al deducir que si para ejercer poder punitivo se exige un bien jurídico lesionado, es porque éste tiene por función la tutela de bienes jurídicos; y critica la expresión *bien jurídico tutelado* al considerarla redundante, ya que la idea de *bien*

⁵⁶ Zaffaroni, 2000, *ob cit*, p. 120.

⁵⁷ El énfasis que pone el profesor argentino en este punto se vincula a la necesidad de que la idea del *bien jurídico tutelado* no degluta y neutralice el efecto limitante de la del bien jurídico afectado o lesionado. Pues al invertir los términos genera la idea de que todo bien jurídico demanda tutela, de modo que se minimiza la lesión en detrimento de la violación a la norma legal, y así el derecho penal pasa a garantizar la validez de expectativas normativas y, en consecuencia, lo único relevante es la voluntad del estado.

jurídico lleva consigo la idea de protección jurídica (constitucional, civil, laboral, etc) y es independiente de la ley penal (que no crea los bienes)⁵⁸.

En otro orden, sostiene Nino, refiriéndose al principio de autonomía personal, que en él convergen tanto la democracia como el liberalismo pues mientras la justificación de democracia mostraría que la razón para observar las visiones de la mayoría sobre cuestiones de moral intersubjetiva no se extiende a los ideales personales, el principio liberal implícito en la práctica de la discusión moral que está incorporado en la democracia, recomienda no interferir con decisiones individuales relativas a esos ideales (Nino, 2008, p.23).

De esta convergencia deriva una consecuencia fundamental para el Derecho Penal: el castigo no está justificado cuando esté orientado a prevenir la autodegradación de las personas antes que daños a terceros⁵⁹. En este punto Nino es preciso al postular que solamente -las que denomina- las pautas de moral pública o intersubjetiva pueden ser objeto de homologación jurídica, y lo que está vedado es que el Estado se arrogue la misión de hacer efectivos los ideales de excelencia humana o virtud personal -lo que críticamente denomina "perfeccionismo"- (Nino, 2005, p. 312). Pues si bien algunas acciones autodegradantes pueden tener efectos para terceros, no puede admitirse que cualquier efecto nocivo puede alegarse⁶⁰.

⁵⁸ Zaffaroni, "Apuntes ..." *ob cit*, p. 4.

⁵⁹ Y en este punto señala, Nino, que su relevancia es esencial a la hora de cuestionar la legitimidad de leyes que estipulan la punibilidad de actos como la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

⁶⁰ Lo contrario importaría legitimar la intervención estatal -incluida la penal- en temas como el consumo de alcohol o de tabaco, obligando a las per-

El daño a terceros debe ser, en el sentido que se viene desarrollando, substancial, lo que debe ser apreciado en confrontación con la centralidad que la acción interferida tiene para el plan de vida elegido por el individuo, cualquiera sea el valor de ese plan.

Otro aspecto es que no puede computarse como daño, a los fines de justificar la interferencia estatal, aquel que una acción produce sólo porque ella induce la ejecución de otra acción voluntaria del mismo o de otro agente (la que produce directamente el daño en cuestión). Talla aquí el principio de dignidad de la persona que proscribe concebir a las acciones voluntarias como meros fenómenos naturales que no pueden ser fuentes de responsabilidades (Nino, 2005, p. 306). Este es un aspecto importante, pues en materia de drogas se razona así cuando se dice que el consumo es perjudicial para terceros porque algún agente adulto puede decidir voluntariamente imitar al consumidor, o el mismo consumidor puede luego cometer un delito para procurarse nueva droga. Pero el daño, como subraya Nino, habrá de encontrarse en las acciones voluntarias que están directamente relacionadas con él⁶¹.

sonas adictas a no consumir. O impidiendo a un progenitor abandonar un trabajo si éste interfiere con la economía familiar (Nino, 2008, p. 62-63).

⁶¹ Nino advierte también sobre algunos de los argumentos utilizados para justificar la interferencia estatal en materia de drogas. Así, el referido a que la adicción reduce notablemente las posibilidades de los individuos de elegir cursos de acción y planes de vida, que evidencia un argumento paternalista para impedir el consumo. Y señala que las circunstancias que pueden hacer que un individuo adulto atente conscientemente contra su autonomía mediante el consumo de drogas no parecen justificar una intervención punitiva, aunque sí otros mecanismos menos restrictivos de libertad como el

Finalmente, el principio del daño lleva a la introducción de un criterio que permita la graduación valorativa del delito en función de la mayor o menor intensidad de ese daño; y permitirá establecer una relación de proporcionalidad entre el daño y la pena en el momento de su determinación.

Delimitado entonces el concepto del bien jurídico, debería operar como criterio de interpretación de los tipos legales (Alcácer, 2003, p. 79).

c- La relación entre el bien jurídico y el hecho

Uno de los aspectos vinculados al principio de protección al bien jurídico es el de la delimitación estricta del "suceso desagradable" que debe ser evitado por medio del derecho penal.

ofrecimiento de un tratamiento médico adecuado, proporcionar información científica relevante, combatir las organizaciones que pueden ejercer ascendencia compulsiva hacia el consumo de drogas, proteger especialmente a los menores, etc. Y en orden a los argumentos vinculados a la protección social en relación a las acciones de consumo subraya cinco reglas ineludibles para su apreciación: a) no es posible que el legislador presuma *iuris et de iure* que se da un cierto daño o peligro para terceros, convirtiendo esa presunción -sin verificación- en la punición de la conducta, b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad, d) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido, y e) no es posible computar como daños los que surgen de la punición misma de la actividad en cuestión (Nino, 2005, p. 310-311).

En este sentido explica Schünemann que en todas las sociedades totalitarias se ha tratado siempre de imponer coactivamente determinadas formas de vida, o aun cuando dicho contenido haya variado de una a otra el principio de sumisión del pueblo al dictado de una pequeña clase dominante ha permanecido siempre igual (Schünemann, 2007, p. 9).

De este modo, sigue diciendo el profesor de Múnich, las persecuciones de cristianos en el imperio romano eran relativamente racionales, ya que la adoración del emperador (que los cristianos rechazaban) era un instrumento de poder importante, incluso indispensable, frente a la anarquía con que los cristianos amenazaban. Y otro tanto puede afirmarse en relación a la imposición de normas sobre vestimenta en las sociedades estamentales pre-modernas a través del derecho penal, o la persecución de herejes y brujas que expresaban una ideología totalitaria y atávica de la magia más primitiva.

Así, encuentra Schünemann, que es a partir de la mitad del siglo XVIII que Cesare Beccaria y Karl Ferdinand Hommel postulan la limitación de todo poder punitivo estatal a la prevención de los llamados "daños sociales" y tachan como tiranía inaceptable en el contrato social toda utilización del derecho penal destinada a imponer meras formas de vida⁶².

⁶² Es decir la imposición coactiva de una ideología determinada (cfr. Schünemann, ob cit, p. 12). En otro trabajo destaca Schünemann que la idea de que el "riguroso medio" del Derecho Penal no puede ser utilizado por el Estado para el fin político que quiera fue desarrollada en la época de la Ilustración. Formulada por primera vez por Beccaria y recogida por Hommel, Feuerbach y Birnbaum como tema central de la legislación penal, aun cuando con la preponderancia del positivismo legislativo, el derecho penal no fue visto tanto como una limitación a la discrecionalidad del legis-

En este sentido, sostiene Silva Sánchez que la idea de dañosidad social se halla especialmente marcada por su finalidad coyuntural: concretamente, la de excluir del ámbito jurídico-penal los hechos exclusivamente inmorales. De este modo, los conceptos sociológicos de bien jurídico tienen como *lei motiv* la separación de Moral y Derecho (Silva Sánchez, 1992, p.269).

Ahora bien, en este punto es menester señalar que la condición de afectación a un bien jurídico no es lo mismo que una afectación directa del individuo, sino que esta puede ser también indirecta. Aunque ello plantea el problema de dónde fijar el límite: en qué punto de la repercusión indirecta sobre el individuo cabe entender que ya no se dan las condiciones para la protección penal, dada la ambigüedad del término “indirecto” (Silva Sánchez, 1992, p. 272).⁶³

lador, cuanto un instrumento de interpretación legal. Destacando que la discusión central que continúa es si el "bien jurídico" debe reflejar un criterio de lesividad social o preferirse la idea de "bien jurídico" desarrollada por Birnbaum, y utilizado en la fórmula de la *ultima ratio* como requisito fundamental del Derecho Penal; o, por el contrario, si el concepto de bien jurídico debe servir sólo como etiqueta para los fines del legislador. (Schünemann, 2009-I, 223).

⁶³ Silva incorpora la idea de una “dañosidad social cualificada” en atención a la gravedad de la sanción penal. Concuerda con aquellos que, dado que la sanción penal afecta derechos consagrados constitucionalmente (y en virtud de la idea de proporcionalidad) exigen que el Derecho Penal se limite a la protección de valores consagrados constitucionalmente. Aunque advierte sobre la amplitud que puede tener este marco, por lo que postula acotarlo a

El tipo objetivo no comprueba o imputa cualquier pragma sino un "pragma conflictivo" (Zaffaroni, 2000, 423). Es por ello que se torna necesaria la verificación de la conflictividad que es impuesta por el objetivo político acotante de la construcción. Esta es la función de la tipicidad conglobante: comprobar la *lesividad* y su *pertenencia* a un agente. Pues, como indica Zaffaroni, "los conflictos penalizados sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que *no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien*" (Zaffaroni, 2000, 433). Se trata de una función normativa que se cumple al verificar que el pragma reúne los caracteres particulares exigidos por el tipo sistemático y que, además, viola norma que se deduce del tipo -antinormatividad- (ídem). Este último análisis debe efectuarse considerando que el orden jurídico debe ser contemplado en su totalidad y, en especial, respetando los principios de coherencia y no contradicción⁶⁴.

partir de los principios político-criminales que deberían inspirar el ejercicio del *ius puniendi* (Silva 1992, p.274/275).

⁶⁴ Así, explica Zaffaroni, "la consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo limita su alcance en función de otras normas del universo u orden normativo del que forma parte, excluyendo la lesividad cuando: (a) no haya afectación del bien jurídico o la misma no sea significativa; (b) la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia; (c) la exteriorización la conducta del agente encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta; (d) medie un acuerdo o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo; (e) el resultado no exceda el marco de la realización de un riesgo no prohibido.

Por otra parte, no está de más recordar que “*la ley penal no tutela la vida, la propiedad, etc., sino sólo prohíbe bajo amenaza de pena algunas conductas que las ofenden. No hay tutela integral de ningún bien jurídico, sino sólo el requerimiento de que la conducta expresamente señalada (típica) lo ofenda en la particular forma que el tipo particulariza.*”⁶⁵

d- La salud pública como bien jurídico

La *salud pública* no es un concepto exclusivo de la ley 23.737. Siempre han existido en las leyes penales disposiciones vinculadas a la protección de este bien.

Ella es entendida como un valor comunitario, con sentido de dimensión social, que apunta no a la salud individual sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente. Se persigue la protección del bienestar físico y psíquico de la colectividad; del estado sanitario de la comunidad.

⁶⁵ Zaffaroni, “Apunte...” *ob cit*, p. 4. En este punto explica Zaffaroni que lo único que exige el tipo es que se lo ofenda y si el poder punitivo –que con esa condición se habilita, agrega- lo tutela o protege –juicio fáctico- no lo sabemos, porque depende de una verificación en el plano de la realidad social, y aquí el *salto lógico* es más bien una caída del trapecio de juegos circenses de la más cerrada normatividad, pues esconde una ficción: solamente si se presume *iuris et de iure* que la pena cumple una función preventiva se podrá afirmar la *tutela penal al bien*. Por lo tanto, concluye, sostener una tesis preventiva y al mismo tiempo afirmar que no interesa el dato social (óntico) al respecto revela un normativismo tan radical que raya en el solipsismo jurídico.

La salud pública es un interés supraindividual de titularidad colectiva y de naturaleza difusa (D'Alessio, 2009-II p.967). De este modo, acciones como el envenenamiento, la adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales⁶⁶ deben causar un peligro para la salud; esto es, deben tener la potencialidad de provocar o favorecer enfermedades o consecuencias físicas anormales en individuos indeterminados (D'Alessio, *ob cit*) eliminando el bienestar de estos.

En este sentido, explicaba Núñez (Núñez, 1992, p. 112) que los delitos contra la salud pública implican atentados contra el bienestar físico de las personas, animales o vegetales en general, y es por ello que son incluidos dentro de los delitos contra la seguridad común.

Según Soler (Soler, 1992, p. 648 # 129) por su misma naturaleza el bien jurídico de la seguridad se vincula muy estrechamente con la idea de peligro común. Mientras un hecho solamente se manifiesta bajo la forma de lesión a un derecho singular de una persona o de su propiedad, no puede hablarse de delito contra la seguridad. Esta última está afectada solamente cuando se crea *peligro común*, o bien en la medida en que una lesión inferida contiene como en potencia los más variados peligros ulteriores, o bien en la medida en que la lesión descubre los peligros preexistentes para otros bienes que permanecían latentes hasta el momento en que la lesión los reveló.

La distinción es importante siempre en esta materia, y en cuanto atañe a la salud pública no debe ser descuidada en momento alguno, porque es

⁶⁶ Art. 200 del Código Penal: "*el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas*".

lo que distingue un atentado a la vida y a la salud de un atentado a la salud pública.

Para la existencia de un delito contra la salud pública *es indispensable la existencia de un peligro común para las personas*, un peligro indeterminado. Como en otros casos, la existencia del peligro para las personas es suficiente para la caracterización del hecho, pues lo que es sólo un peligro mirado desde cierto punto de vista, es ya una lesión, considerado en relación con la *seguridad*, la cual resulta efectivamente disminuida por la sola existencia de la indefinida posibilidad de daños.

En los casos en que el resultado se concrete en una lesión, dice Soler, importará más el valor sintomático de ésta que el aspecto material de ella en cuanto a detrimento (Soler, *ob cit*).

Ahora bien, estás ideas sobre la *salud* no es posible trasladarlas sin más al ámbito de las drogas, pues éstas (las drogas) no representan en sí mismas un objeto riesgoso que materialice el peligro solamente con la voluntad del autor del hecho. En efecto, es el uso que alguien puede hacer de la droga lo que genera el peligro para la salud. Y es este un aspecto que no debería perderse de vista al momento de analizar la cuestión.

En este sentido, el peligro generado por la droga para la salud pública resulta similar, en cierto sentido, al de la provisión de medicamentos sin la receta respectiva (drogas legales) y no al de la contaminación o envenenamiento de una fuente de agua, pues en este caso quien beba de la misma normalmente no tendrá conocimiento de tal circunstancia. Por el contrario, quien usa o abusa de las drogas tienen, ordinariamente, conocimiento y consciencia de lo que hace.

Cabe hacer hincapié en el hecho de que los criterios de salud y enfermedad obedecen también a pautas culturales⁶⁷; y ello nos obliga a no aceptarlos naturalmente o acríticamente. La salud se asocia con la “normalidad”, como expresión de la “norma social” o con sentido estadístico, produciéndose desplazamientos que implícita o explícitamente equiparan este término con “salud mental”, desde un criterio puramente adaptativo al sistema social. De modo tal que según esta perspectiva ser normal *implica tener comportamientos conformes a los marcos sociales. El desviado de la norma será entonces considerado anormal, enfermo o desadaptado*” (Ventre, 2001, p. 96).⁶⁸

En la medicina se define a la enfermedad como desviación del promedio empíricamente comprobable del estado físico o de la función de los órganos del cuerpo humano. Implican trastornos en el normal desarrollo de ciclos vitales, en órganos y sistema de órganos a través de un estímulo que conlleva a un anormal y temporario perjuicio de las funciones físicas y/o del estado psíquico o, dado el caso, a modificaciones físicas perceptibles, o en casos extremos, a la muerte.⁶⁹ Sin embargo, a partir del desarrollo de nuevos enfoques teóricos en las ciencias sociales —explica Hügel— se problematizó y cuestionó la unilateralidad del modelo médico debido a su

⁶⁷ Señala Ventre que las cualidades de las sustancias, las características específicas de los sujetos o las oportunidades no hacen posible la figura social del “drogadicto” si ésta no estuviera previamente establecida como tal. Y que en otras formas socioculturales no tenía existencia, no porque no hubiera uso y abuso de ciertas sustancias, sino porque las prácticas humanas no eran calificadas y evaluadas en esos términos (Ventre, 2001, p. 96).

⁶⁸ Y en esta línea se pregunta si la subjetividad que instaura el capitalismo global como *normal* es lícito considerarla saludable.

⁶⁹ Brockhaus Enzyklopädie, 1990, vol 12; citado por Hügel, 1997, p. 23.

asiento sólo en lo físico. La aparición de enfermedades vinculadas a los factores psicosociales que rodean la existencia del hombre (enfermedades de la civilización) contradecía el enfoque primitivo. A ello se sumó el hecho de que la enfermedad, desde la perspectiva social se volvía relevante, pues sus consecuencias podían afectar a otros en sus intereses. Y así los estudios sociológicos llegan a describir la enfermedad en relación a los aspectos sociales como una forma de “comportamiento desviado (Hügel, 1997, p. 24).

Desde esta perspectiva se analiza la enfermedad como una desviación a las normas vigentes que provoca reacciones sociales, con el fin de controlar ésta (Hügel, *ob cit*). El comportamiento desviado es una “infracción del reglamento”, un producto de interacciones entre una persona que realiza una acción y personas que debido a sus normas reaccionan en relación a ésta; ya sea en la vertiente funcionalista que describe la enfermedad como desviación disfuncional a la capacidad productiva, o la del etiquetamiento, que afirma que el comportamiento desviado se constituye a partir de la reacción social hacia la enfermedad: “comportamiento desviado es el que la gente etiqueta como tal” (Hügel, *ob cit*)⁷⁰. Por otro lado el hecho de que se infrinja el “reglamento social” justifica la adopción de acciones adecuadas para eliminar el estorbo –*control social*–.

Y evidentemente, como señala Hügel, existe una diferencia entre el trato con enfermos y otras formas de comportamiento desviado: a los primeros se los pone bajo tratamiento, mientras que a los otros se los considera criminales y se los encarcela.⁷¹

⁷⁰ La enfermedad es una etiqueta social y no solamente un hecho médico.

⁷¹ En este sentido, por ejemplo, la definición del alcoholismo como una enfermedad influyó y determinó en gran medida la supresión de la prohibi-

e- La salud pública en el ámbito de los estupefacientes

e.1- Durante la vigencia de la ley 20771 la Corte Suprema había señalado, que los delitos allí contenidos no tutelaban la integridad personal, sino esencialmente la salud pública, e incluso la “seguridad nacional”⁷².

Para la mayor parte de los autores la salud pública es el bien jurídico esencialmente protegido por casi todas las disposiciones de esta ley, por cuanto las conductas vinculadas con el tráfico y con la posesión de drogas tóxicas representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población en general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado (D'Alessio, 2010-III p. 1017).

Para quienes sostienen esta perspectiva, si se tiene en cuenta la ampliación de la óptica tradicional de la salud pública a partir de los criterios suministrados por la OMS, aquella no resultaría solamente comprometida cuando se manifiesta una verdadera y propia enfermedad en el sentido clásico del término, sino también cuando viene, en cualquier modo y medida, turbado el bienestar, entendido como *equilibrio de los componentes físicos, mentales y sociales*; de modo que la peligrosidad de las sustancias estupefacientes ha de ir referida no a la posibilidad de inferir una enfermedad en sentido patológico, sino que basta una perturbación o alteración de las fun-

ción del alcohol en los Estados Unidos en el año 1933. La redefinición del alcohólico como enfermo no redujo solamente las sanciones y las leyes, sino también la disposición pública de tolerar la etiqueta criminal de este comportamiento (Hügel, 1997, p. 27).

⁷² Fallos 292:534; 300:254; 308:1392.

ciones físico-psíquicas o sociales, cuyo normal y armonioso desarrollo representa el sustrato de la salud para deducir que ésta puede resultar perjudicada (D'Alessio, 2010-III). En consecuencia, cualquier tipo de sustancia catalogada como estupefaciente, ocasionaría un irregular desarrollo de la persona en relación con el contexto social (aparte de los daños psicofísicos que pueden producir en el usuario), que integraría un verdadero ataque a la salud, lo que, unido al alarmante índice de difusión que alcanzan estos productos y al peligro que representa para toda la humanidad, haría que la promulgación de leyes prohibitivas y represivas del tráfico resultara totalmente justificada para tutelar la salud de la población en general, es decir, de un número indeterminado de personas.

Por otro lado, parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha considerado un ámbito de tutela mucho más amplio que el aquí señalado, con especial sustento en las sucesivas Convenciones Internacionales relacionadas con la materia, en cuyos preámbulos se busca resguardar tanto la salud física y moral de la humanidad como así también las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad⁷³. De este modo son catalogados como verdaderos acontecimientos pluriofensivos⁷⁴ llegando a poner en peligro la soberanía de los estados (Mahiques, p. 70), y con cita de la CSJN en Montalvo (fallos 313:1333): *"resguardar la salud pública en sentido material como objeto inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad,*

⁷³ con cita a la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes, aprobada en Nueva York el 1961/03/30 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena el 1988/12/19.

⁷⁴ D'alessio, 2010, III, según Laje Anaya, y su cita, p. 40

abarcando la protección de valores morales, de la familia, la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta la humanidad toda ..."

Para Laje Anaya los delitos referidos al tráfico de estupefacientes, comprometen o afectan al *bienestar general*, porque son susceptibles de ocasionar un malestar general: perjuicio en vez de beneficio, peligro y no seguridad. Así, en un sentido amplio, afirma que todo lo relativo al narco-tráfico *pone en peligro la seguridad del bienestar general; del bienestar que es común a todos y que, como tal, a nadie en particular pertenece* (Laje Anaya, 1998, p. 35). De ahí concluye que se trata de delitos que ofenden la seguridad común, al poner en peligro la salud pública. Lo ofendido es *“la salud física y moral de la población (de la humanidad), en razón de que el consumo no medicamentado de estupefacientes, constituye un mal grave para los individuos no sólo en el orden puramente material, sino por las consecuencias que acarrea en el plano psicológico, y por constituir un factor degradante de la propia personalidad en cuanto se halle referida a la relación de las personas con el mundo de los valores”* (Laje, ob cit, p. 37). De modo tal que el autor entiende, prácticamente, que es la supervivencia misma de la humanidad la que se encuentra en juego.

e.2- El problema de la adicción y la droga

Al hablar de la salud pública y su afectación por la utilización y difusión de sustancias estupefacientes no debería pasarse por alto la comprensión del problema que, en definitiva, parece dar el mayor sustento a la utilización de la herramienta penal, esto es el de la adicción. Entiéndase bien, no se trata de decir que tanto la doctrina como la jurisprudencia persiguen la penalización del adicto, pues se cuidan muy bien de así afirmarlo. Mas el

problema, “el mal”, al que se alude como producto de la utilización de estupefacientes no es otro que el del sujeto sometido, casi esclavizado, a una sustancia que lo dominaría.

Señala Héctor López que los psicoanalistas han hecho frente a las adicciones desde siempre. Así, apunta, los textos clásicos y modernos han mostrado un interés y una preocupación constantes por interpretar teóricamente el problema y por encontrar formas de afrontarlo en la clínica. De todos modos, advierte una distinción a tener en cuenta: ni la adicción es siempre a un químico-tóxico, ni la ingesta tóxica implica necesariamente adicción. Y, por otra parte, señala que no es posible afirmar que exista un tratamiento específico para las adicciones, ni que el psicoanalista conduzca la cura con el fin explícito de la supresión del hábito (López, 2007, p. 13).

Es de hacer notar que desde la perspectiva que analiza, las adicciones no se explican por la sustancia u objeto al que se fija la satisfacción, sino por la operación inconsciente que la determina. De modo que la especificidad de los efectos de una sustancia, incluso su grado de nocividad, y hasta su propiedad adictiva, dependen de un factor subjetivo en el caso del consumo privado, o del contexto simbólico si se trata de un rito o de una ceremonia, más que de su propiedad estrictamente química (López, 2007, p. 14)⁷⁵. Y si bien hay diferentes formas y grados de toxicidad, incluso de nocividad, en la serie metonímica de los “objetos” capaces de producir adicción, el analista no define a un sujeto por su adicción sino por su estructura inconsciente, donde la droga ocupa un lugar de **efecto** y no de causa. Re-

⁷⁵ Explica entonces que para que un objeto adquiriera una propiedad “adictógena” se requiere algo más que su cualidad química: *requiere del desplazamiento significativo por el cual dicho objeto pasa a ocupar un lugar en el deseo de otra cosa del sujeto.* (López, ob cit, p. 14.).

cordando que Freud, al mencionar los diferentes objetos que sirven de remedios al “dolor de existir” establece que el objeto médico es a la vez el más poderoso y el más perjudicial (López, 2007, p. 14).⁷⁶ La característica descrita del que utiliza la droga para evitar el dolor de existir, lleva a modificar el enfoque no suponiendo ya un sujeto que goza sino enfrentarse a un sujeto que sufre⁷⁷.

Esta idea se torna relevante pues en el ámbito médico-legal y en el jurídico se maneja **el prejuicio de que el mal está en la droga y que la cura se alcanzaría con la limpieza del cuerpo y el abandono del hábito.**

Ahora bien, si el problema no está necesariamente en el objeto sino en el sujeto, toda nuestra legislación (nacional e internacional) y toda la actitud judicial en torno a las drogas podrían entrar en una crisis profunda. Y si bien no puede sin más pensar en la derogación de los delitos vinculados a los estupefacientes, al menos habría que reflexionar si no requieren una reformulación para que la definición del delito a través del bien jurídi-

⁷⁶ A riesgo de invadir otras áreas del conocimiento, pero en el afán de comprender “la realidad” por respeto a las estructuras lógico-objetivos, parece apropiado profundizar algunas de estas ideas. Así, explica López que Freud sostiene que la pérdida inevitable de la felicidad (de goce) que acarrea la cultura (la castración) promueve en los hombres dos diferentes actitudes: para algunos el rechazo de esa pérdida y por lo tanto la insistencia en gozar; mientras que otros se contentan con evitar el dolor de existir por medio de algún subterfugio. En este segundo ámbito se ubica la intoxicación por drogas.

⁷⁷ Señala López que este giro en el modo de pensar lleva a no enfatizar la supresión de la droga para “acotar el goce”, propio del enfoque moral, y sí priorizar el cuidado analítico por instalar la transferencia.

co permita una acción más racional, la que puede traducirse tanto en la fijación de penas que guarden una relación más apropiada con la de otros delitos que sí configuran un daño concreto.

En el ámbito específico de la legislación nos dice López que el hecho de la penalización que se impone socialmente al consumo de drogas (ilícitas) no es ni universal ni propia de todos los tiempos, sino una condición contingente aunque a los ojos de la ciudadanía aparezca como universal y sempiterna (López, 2007, p. 117).

Este es un aspecto sobre el que advierte Zaffaroni: *“Es demasiado infantil pretender resolver la proteica realidad de los tóxicos con la fórmula simplista de la habilitación de poder punitivo. Sin embargo, a lo largo de la historia se ha pretendido demasiadas veces apelar políticamente a este simplismo, siempre con resultados dañosos para la sociedad. La relación tóxico-delito tiene dos vertientes: por un lado, el efecto criminógeno del consumo; por otro, la criminalidad vinculada al comercio o tráfico. En cuanto al primero y en contra de la verdad televisada, el tóxico de mayor efecto criminógeno en el país no está prohibido, sino que es resultado del abuso de una tóxico social que es el alcohol.”*⁷⁸

Desde una perspectiva opuesta al prohibicionismo Tomás Szasz advierte sobre el “grave error” de conceptualizar determinadas drogas como “enemigo peligroso” al que se debe *atacar y eliminar*. Su argumento consiste en que, así como socialmente aceptamos otros bienes peligrosos, bajo el presupuesto de aprender a manejarlos competentemente, otro tanto debería ocurrir con las drogas. *“¿Por qué deseamos las drogas? [señala] Básicamente por las mismas razones por las que deseamos otros bienes.*

⁷⁸ “La Política criminal de la droga”, autores varios, Directora Mónica Cuñarro, prólogo de E. Raúl Zaffaroni.

Deseamos drogas para mitigar nuestros dolores, curar nuestras enfermedades, acrecentar nuestra resistencia, cambiar nuestro ánimo, colocarnos en situación de dormir, o simplemente sentirnos mejor, de la misma manera que deseamos bicicletas y automóviles, camiones y tractores, escaleras y motosierras, esquís y columpios, para hacer nuestras vidas más productivas y más agradables. Cada año, decenas de miles de personas resultan heridas y muertas a consecuencia de accidentes asociados con el uso de tales artefactos. ¿Por qué no hablamos de ‘abuso de esquí’ o de un ‘problema con las motosierras’? Porque esperamos que quienes usan dichos equipos se familiarizarán por sí mismos con su uso y evitarán herirse, a sí mismos o a otros. Si se lastiman a sí mismos asumimos que lo hacen accidentalmente, y tratamos de curar sus heridas. Si lastiman a otros por negligencia los castigamos mediante sanciones tanto civiles como penales. En vez de resolver, éstos son, brevemente, medios con los que tratamos de adaptarnos a los problemas que presentan potencialmente los aparatos peligrosos de nuestro entorno. Sin embargo, tras las generaciones que han vivido bajo una tutela médica que nos proporciona protección (aunque ilusoria) contra las drogas peligrosas, no hemos logrado cultivar la confianza en nosotros mismos y la autodisciplina que debemos poseer como adultos competentes rodeados por los frutos de nuestra era fármaco-tecnológica” (Szasz, 2001, p. 26).

Agudamente apunta que “el Jardín libre de drogas” es o bien una ilusión infantil o bien un campo de concentración mental, y evoca que mientras Hitler no bebía ni fumaba, Churchill pasó buena parte de su vida adulta con etanol corriendo por sus venas, y Roosevelt raramente posó para un fotografía sin un cigarrillo en sus labios. Y subraya que el debate actual sobre drogas “se basa en la incuestionable premisa de aceptar la legitimidad de las leyes antidroga, cuyo objetivo manifiesto es proteger adultos

legalmente capacitados de sus propias decisiones sobre el uso de determinadas drogas” (Szasz, 2001, p. 148-149).⁷⁹ Agrega, “mientras más [se] ignoren las dimensiones morales del problema, más tendrán que exagerar sus aseveraciones fraudulentas sobre el peligro de las drogas [...], sostengo que es moralmente absurdo –y en una sociedad libre, también políticamente ilegítimo– privar a un adulto en particular de determinadas drogas porque podría valerse de ellas para matarse, y aún más absurdo e ilegítimo privar a todos los adultos de ciertas drogas porque algunos podrían intentar matarse con ellas. De hecho, ello equivaldría a tratar a las personas como si fueran pacientes con tendencias suicidas, y los políticos como si fuesen psiquiatras encomendados con la misión de evitar suicidios.”⁸⁰

Existen algunos componentes del uso de drogas que parecen estar ausentes en las ecuaciones jurídicas. Como señala Olivienstein⁸¹ la dialéctica, droga-no droga, remite a algo mucho más generalizable en la existencia de los seres humanos: a la dialéctica del placer y el dolor que opone felici-

⁷⁹ Es preciso advertir que Szasz es fuertemente crítico de la posición anti-prohibicionista que pretende trasladar el eje de la discusión a la órbita médica. Así califica de patraña pseudomédica a quienes aseveran “curar adictos es un problema médico, no represivo” –Campbell–, pues a su entender ello supone ignorar el hecho de que pueden existir adictos que no quieran ser curados de un hábito que no desean dejar (Szasz, *ob cit*, p. 150).

⁸⁰ Szasz, Thomas; “Teología de la medicina, Barcelona, Tusquets, 1991. Citado por Benegas, 2006, p. 141.

⁸¹ Olivienstein Claude, Entrevista al diario El País 29/12/09, consultado en http://elpais.com/diario/1979/01/25/sociedad/286066811_850215.html, el 26/2/2010.

dad y frustración con un pago posterior de altísimos niveles de sufrimiento. Sin embargo, no resulta claro por qué, pese a tal circunstancia, el fenómeno de la drogadicción se extiende a escala planetaria, y en particular entre la juventud de los países occidentales, en muchos casos relacionado con la insatisfacción de las gentes y la pérdida de confianza en el futuro. En opinión del médico francés, la razón para dejar la droga irá unida a esa idea de placer que procura la droga a la persona. “La rehabilitación –agrega– comienza cuando la persona deja de recibir placer con la droga y comienza a tenerlo por otras vías.”⁸² No obstante, este no es un punto de fácil verificación en la práctica de la administración de justicia que tiende a desentenderse de los problemas “vitales” de los sujetos criminalizados y se siente satisfecha con su “envío a especialistas”.

Por otra parte, hace ya bastante tiempo atrás, advertía Alesandro Barratta, sobre la necesidad de distinguir los efectos primarios y secundarios de las drogas. Por los primeros entendía aquellos producidos por la naturaleza propia de las sustancias psicotrópicas independientemente de la penalización de su uso. Por los segundos, los efectos debidos a la criminalización. Así explicaba que los efectos negativos, que pueden constituir el fundamento legítimo de una política preventiva, educativa y de información, son los perjuicios para la salud del consumidor y el riesgo de dependencia;

⁸² La voluntad de cambio de quien acude a la rehabilitación obedecerá a diversas razones. El placer que proporciona la droga no es indefinido. Lo que sigue es un displacer muy considerable. La ausencia de droga remite a otra carencia mucho más arcaica, a la pérdida del paraíso primitivo. “No se puede encontrar el paraíso”.

sin embargo, éstos son comunes tanto a las drogas ilegales como a las legales⁸³.

Asimismo, no todos los efectos de todas las sustancias psicotrópicas son negativos, pues como se sabe depende no solamente de la naturaleza farmacológica, sino de otra serie de factores, como la importancia del consumo, las condiciones en las cuales se encuentra el consumidor, las condiciones y el contexto social en el seno del cual se efectúa el consumo. Nadie podría, en nuestra cultura negar el efecto positivo de un buen vaso de vino o de una taza de café.⁸⁴ Ahora bien, en este punto advierte Baratta, que según el resultado de estudios consagrados a los efectos secundarios de las sustancias prohibidas, los efectos secundarios toman, en relación a los primarios, una mayor importancia, tanto para los consumidores cuanto para la sociedad.

En este sentido, señala que una característica común a todos los efectos secundarios es que han sido calificados como negativos desde todo punto de vista. Son los “costos sociales” de la penalización de la droga. Y estos costos se derivan en parte de la criminalización oficial, y en parte de la reacción informal, es decir de la actitud negativa del público, provocada por la penalización y sostenida por la acción de los medios masivos de comunicación⁸⁵.

La lectura de los periódicos de circulación masiva, como la actividad de radio y televisión permiten afirmar que una de las principales cuestiones

⁸³ Baratta, Alessandro, “Une politique rationnelle des drogues? Dimensions sociologiques du prohibitionisme”, en *Deviance et société*, Année 1990, volume 14, numéro 2, p. 157-178 (versión on line en www.persee.fr).

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ *Ídem*

que ocupa a la actividad comunicativa de los medios son hechos de carácter criminal, y dicho protagonismo con el fin de garantizar la atención de la audiencia, genera que la captación del fenómeno criminal –o de sus propuestas de solución- resulten en general inexactas, poco plurales y, muchas veces, adulteradas por los intereses particulares de los medios y de aquellos que los controlan.⁸⁶

Y así se arriba a un punto que debería, si no constituir una advertencia, al menos provocar una reflexión: subraya Baratta que muchos de los efectos negativos de las drogas que fueron interpretados como efectos primarios, son en realidad secundarios. *“En realidad, como ya ha sido demostrado, la mayoría de las repercusiones, las más graves de la droga sobre la salud y sobre el estatus social del toxicómano dependen de las circunstancias en las cuales se produce el consumo de drogas ilícitas en el contexto de un régimen prohibicionista: la calidad de la sustancia, que no está sometida a ningún control, ya que es el objeto de un mercado ilegal, las condiciones de higiene y de vida en las cuales se produce el consumo, que se agregan a los efectos primarios, el precio elevado de las drogas que favorece la inserción de una parte de los toxicómanos en el contexto penal del tráfico practicado por éstos para proveerse de la sustancia o induce a otros comportamientos ilícitos con la misma finalidad”*⁸⁷.

⁸⁶ Torres, Sergio Gabriel. “Derecho Penal de Emergencia- Lenguaje, discurso y medios de comunicación. Emergencia y política criminal. Consecuencias en la actualización legislativa”. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 94-95.

⁸⁷ ídem. Agrega Baratta que se ha demostrado, por investigaciones sociológicas que por efecto de la represión y la estigmatización la situación psí-

También, esta estigmatización del adicto se proyecta sobre el ambiente social en el que se desenvuelve, de modo tal que los familiares y personas cercanas resultan objeto de marginación.

f- La Proyección internacional y su vinculación a la determinación de “un bien jurídico tutelable”

Otro aspecto a considerar en este ámbito es el vinculado a la debilidad del Estado individual frente a la globalización y donde, por presión de los Estados Unidos el Derecho Penal de drogas se ha extendido merced a convenciones internacionales. Aquí, destaca Schünemann "como en el consumo de drogas se trata de una mera puesta en peligro, el Derecho Penal, fuera de la protección de los jóvenes, no se dirige a la protección del bien jurídico, sino que ha sido instrumentalizado para imponer un concepto determinado de sociedad. *Así, mediante la colonización de los ordenamientos jurídicos de todos aquellos Estados que no tienen un problema similar de drogas, en los que las drogas son consideradas más positivamente que el alcohol, o en los que se habría preferido una concepción médica para luchar contra las drogas frente a la represión de carácter penal, con lo que el crimen organizado ha sido realmente favorecido en su existencia y despliegue conforme a las leyes de la rentabilidad*" (Schünemann, 2009-II, p. 68).

quica de los tóxicodependientes criminalizados se transforma, muy frecuentemente, en el sentido del estereotipo dominante hoy día.

Capítulo III- Naturaleza jurídica del delito

1- Estado de la discusión sobre los delitos de peligro abstracto.

a- Introducción

La criminalización primaria, tal como es concebida por el legislador, se cristaliza en un *núcleo* de tipos penales que exigen lesiones a derechos y libertades básicas (como la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la propiedad, etc.) y un *conjunto periférico* en los que la punición se **anticipa** a las conductas lesivas (Zaffaroni, 2000, p. 775). Esta anticipación supone que el tipo no exige la lesión efectiva sino solamente el peligro de lesión.

Hirsch advierte que las prescripciones penales para cuya realización no es necesaria ninguna lesión al bien jurídico -basta con la dirección hacia una situación de peligro o con un obrar arriesgado hacia su conclusión- han ido en aumento en el último siglo (Hirsch, 2011, p.61), como consecuencia del desarrollo de la técnica que trajo aparejadas nuevas fuentes de peligro. Entre ellas los accidentes producto del tránsito automovilístico, pero también, la manipulación de explosivos, radioactivos u otras sustancias portadoras de peligro.

Señala Donna que la llamada “sociedad de riesgo” a la que se refiere Ulrich Beck, produce que el Derecho Penal recurra a los delitos de peligro y dentro de ellos a los delitos de peligro abstracto, según un razonamiento que al constatar la existencia de peligros particulares y generales producidos por la sociedad misma, debido a su propia estructura, postula la necesidad de abandonar a la percepción del bien jurídico individual y, de cara al futuro, perseguir la misma creación de los riesgos. Y así, con cita de Hassemer, explica que según esta tesis la población de las sociedades occidentales se encuentra frente a grandes riesgos, como graves abusos, destruc-

ción del ambiente a nivel internacional, riesgos monetarios, colapso económico, criminalidad organizada, corrupción, terrorismo. Grandes riesgos que se caracterizan por no ser dominables, por ser devastadores cuando se concretan, por ser vagos, opacos, es decir, por no ser tangibles dado que son más una sombra que un objeto (Donna, 2008-II, p.419).

En este sentido para Zaffaroni la legislación contemporánea tiende a minimizar el bien jurídico, mediante la proliferación de tipos del llamado *peligro abstracto* y además, en la *sociedad del riesgo* de la revolución tecnológica, mediante la tipificación de actos de tentativa e incluso preparatorios; y sobre este aspecto advierte que todo debilitamiento del bien jurídico importa un paralelo deterioro de su objetividad, lo que se agrava hasta el extremo de que no solamente se ha confiscado a la víctima, sino que se la suprime y reemplaza por el uso de *intereses difusos* y de *delitos de peligro común* (Zaffaroni, 2000, p. 122).

Hirsch, por su parte, ubica la expansión de los delitos de peligro en el transcurso de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, recuerda que su inclusión fue principalmente en la categoría de las infracciones, diversa del derecho penal criminal. Entonces, ese derecho penal subsidiario o especial, no tenía mucha importancia para la ciencia del derecho penal, que –al igual que en el presente– concentra su interés en los delitos de resultado. En la actualidad se habla de delitos de idoneidad, de peligrosidad y de puesta en peligro potencial, sin que se profundice demasiado en ellos, lo que le resulta lamentable porque se trata de una problemática límite del derecho penal criminal, que queda analizada sobre un fundamento poco preciso (Hirsch, 2011, p. 77).

Otro aspecto de la cuestión es explicado por Cornelio Prittwitz, quien afirma el surgimiento de un Derecho Penal del riesgo que deja de lado su carácter fragmentario y toma un carácter expansivo. Y sobre esta condi-

ción de expansión afirma que se desenvuelve en tres campos. Por una parte en el acogimiento de nuevos “candidatos” en el ámbito de los bienes jurídicos, tal como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital, etc. En segundo lugar, se expresa en el adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible. Finalmente, la reducción de las exigencias para la reprochabilidad⁸⁸. Y un aspecto interesante es el que plantea al afirmar que en este ámbito una de sus características es que el comportamiento que habrá de ser tipificado no se considera previamente como inadecuado socialmente, sino que se esta consideración desvalorada por la sociedad se consigue a partir de su criminalización⁸⁹. De este modo la motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos –en general ya penalizados- sino de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que sólo cuando se analizan superficialmente, resultan inofensivos. No contravienen la ética más inmediata –que impregna la moral social- sino una mucho más lejana, menos relevante en la conformación de conductas, cuya peligrosidad surge por un efecto de acumulación, es decir por su consideración en una perspectiva temporal más amplia⁹⁰.

En este punto señala un aspecto relevante, especialmente de cara la juzgamiento de estos comportamientos, pues admite que ante la duda se afecta antes a comportamientos conformes con el sistema que a comportamientos desviados, lo que muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, siendo con frecuencia los destinatarios idóneos de esta nuevas formas sólo aquellos que disponen

⁸⁸ Prittwitz, Cornelius; “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, en *Crítica y justificación del Derecho Penal*; citado en Donna, 2008-II, p. 415.

⁸⁹ Ídem

⁹⁰ Ídem

ya de determinadas posiciones de poder⁹¹. De lo cual, concluye Prittwitz, que este nuevo derecho penal serviría a fines legítimos, necesarios y justos. No obstante, habrá de advertir que esta tarea emprendida por el derecho penal para la preservación de la sociedad del riesgo, lo sobrepasa; y pronostica efectos colaterales contra-productivos, pues al no atajar las causas estructurales –sistémicas- que conducen al fracaso del Derecho Penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional⁹².

En este punto parece llevar razón Demetrio Crespo al señalar que se plantea una tensión entre ser y deber ser que se proyecta en el Derecho Penal en la delimitación entre funciones y fines del mismo. De modo que al tiempo que los fines legitiman su intervención, las funciones pueden entrar en disonancia con ellos y contribuir a lo contrario. “Ésta es una problemática subyacente al debate acerca de la seguridad y la libertad en el Derecho penal porque, como veremos después, tras los actuales modelos político-criminales de la seguridad se albergan funciones simbólicas vinculadas a determinadas exigencias sociales, que no se corresponden con la finalidad básica del Derecho penal del hecho, a la que algunos renuncia, consistente en la protección de bienes jurídicos”, para recordar luego, con Alcacer Guirao que lo que caracteriza a la institución social de la pena y confiere a la discusión sobre la misma hondas raíces éticas es su carácter de doble filo respecto a la libertad individual, que por un lado protege de forma colectiva, pero que por otro vulnera con su imposición. Y con cita a Zaffaroni afirma que la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad. “Esta discusión sobre la legitimidad del Dere-

⁹¹ Ídem

⁹² Ídem, p. 417.

cho penal se plasma en el binomio prevención-garantías, en permanente conflicto (a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías; y mayor maximización de las garantías, menor funcionalidad preventiva)”, binomio tras el cual encuentra las dos tradiciones éticas esenciales: la utilitarias y la kantiana (Demetrio Crespo, 2006, p. 507, en Cancio Meliá-Gómez Jara).

b- Los delitos de peligro

Conforme un criterio tradicional la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro finca en el hecho de que el objeto de la acción sea dañado o sólo puesto en peligro en su integridad (Roxin, 2000, p.403; Hirsch, 2011 p. 77; Bacigalupo, 1999, p. 231).

Según Maurach la lesión y el peligro se diferencian en cuanto a la intensidad del perjuicio del bien jurídico (Maurach, 1994-I, p. 283). Así, por lesión se entiende el daño real que se produce en un bien jurídico, una pérdida directa de valor de un bien jurídico [protegido penalmente], mientras que en los casos de peligro, dice el profesor de Múnich, que será menester distinguir entre el peligro abstracto y concreto. Así sobre la base de la “peligrosidad abstracta” el legislador prohíbe ciertas acciones que pueden calificarse peligrosas según la experiencia general; en cuanto al peligro concreto, será el juez quien determine, basándose en las características individuales del hecho, si cierto bien jurídico se ha visto en una situación de peligro efectivo, para así analizar si se ha cumplido el respectivo elemento típico (Maurach *ob cit*).

Günther Jakobs, al analizar el problema de la “realización del tipo”, parte de la premisa que todo delito debe -por el principio del hecho- evidenciar un resultado exterior a la psique del autor; y en el caso de los delitos de resultado, además, debe producirse un resultado condicionado por la ejecución de la acción. Y por resultado se designaría una alteración com-

pleta en el objeto de actuación, importando solamente en los delitos de lesión un daño -al objeto del ataque-; y en otros casos, en lugar de la modificación, la mera puesta en peligro concreta de dicho objeto (Jakobs, 1997, p. 205). Es menester recordar que para el profesor de Bonn el bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica (Jakobs, 1997, p. 58), y desde esa perspectiva el comportamiento que constituye una perturbación social puede consistir en un daño en el bien jurídico, en el abandono irreversible del papel del autor, o en la ocurrencia de un suceso perturbador de la paz jurídica.

No sólo se considerará que existe ataque, sin embargo, cuando se produzca la lesión⁹³, sino que ello ocurrirá cuando -anticipadamente- el autor se arroga una organización que no le está asignada (Jakobs, 1997, p.59)⁹⁴. Sin embargo, no es este el único supuesto de anticipación. Ella también existe cuando en lugar del bien jurídico o en lugar de la institución de la que es propio un determinado papel, se protegen independientemente, como viene de un ámbito previo, ya las condiciones de existencia del bien o de la institución. Y en este ámbito, explica Jakobs, no se trata de que el

⁹³ En los delitos propios de lesión, según el discurrir de Jakobs, la ley describe solamente el resultado cuya producción está prohibida; en ellos el autor debe determinar qué comportamiento podría realizar el resultado y evitar esas formas de comportamiento (Jakobs, 1997, p. 206).

⁹⁴ Allí señala Jakobs que “[S]e trata del problema de la determinación del comienzo de la tentativa y de la punición de los *actos preparatorios* (...), donde la solución se puede formular con el lema de que tanto al autor como a la víctima le está garantizado un ámbito de organización propio; consiguientemente, la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada”.

autor respete demasiado poco el bien jurídico o la institución en la que desempeña su papel, “*sino de que, sin consideración a la capacidad del participante concreto, se ha de garantizar determinados estándares*” (Jakobs, 1997, p. 59).

Para Zaffaroni, por el contrario, no existe tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico –principio de lesividad-, no obstante que dicha lesión puede constituir una en sentido estricto o en un peligro (Zaffaroni, 2000, p. 468). Y sobre este tópico advierte que un caso particular de inadmisibilidad constitucional lo proporciona la llamada *legislación penal simbólica*⁹⁵. En la cual uno de sus rasgos característicos suelen ser bienes jurídicos manifiestos poco definidos y colectivos, como el medio ambiente, la economía, la circulación de alimentos, las sustancias peligrosas, la seguridad pública, el orden público, el crimen organizado, etc.; y afectaciones por vía del llamado *peligro abstracto*. Aunque reconoce que, en realidad, en la legislación penal simbólica no hay lesión al principio de lesividad, pues se trata de casos en los que se observan dos bienes jurídicos. Uno manifiesto, que es el enunciado, pero que es sin embargo secundario; y otro latente, que es el real, y que consiste en el prestigio del estado como proveedor de soluciones a los conflictos. Y aunque confiesa su incapacidad respecto del bien jurídico manifiesto, pretende que sigue siendo útil, porque su único objetivo es salvar la imagen pública de la capacidad resolutoria del estado (Zaffaroni, 2000, p. 468).

⁹⁵ Se trata de casos en los que es claro que las normas que se establecen no tendrán eficacia para contener o paliar el fenómeno que se quiere abarcar, pero se pretende legitimar el ejercicio del poder punitivo mediante la invocación de la función de *Paidéia* que, supuestamente, tendría la criminalización primaria. Y en lo que lo esencial sería tranquilizar a la opinión pública y proveer, de este modo, al clientelismo político (Zaffaroni, *ob cit*).

En esta línea, explica que en las últimas décadas las legislaciones han reproducido los tipos de peligro o de adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a la lesión, lo que ha complicado seriamente el tema, pues el ámbito de lo criminalizado excede notoriamente el de los tipos de peligro tradicionales. Y en cuanto a su clasificación, enuncia los criterios corrientes de: peligro concreto y peligro abstracto. Estos últimos caracterizados según dos criterios predominantes: para algunos son tipos en los que el peligro se presume *iuris et de iure*; para otros, son tipos en los que basta que exista un *peligro de peligro* (o riesgo de riesgo); a los que, sin embargo, encuentra inaceptables desde el punto de vista constitucional⁹⁶ (Zaffaroni, 2000, p. 469).

Es una manifestación más de lo que Baratta denominaría “la administrativización del sistema penal”, como emanación de un Estado de la prevención que asume, por sí mismo, la distribución de los bienes producidos en la sociedad civil, el control de su producción, y la administración de los riesgos que la acompañan. En el ámbito del derecho penal se expresa en la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias a normas y a funciones administrativas. El Estado ha pasado de ser garante de la certeza del Derecho, a ser garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan. Hay una “dinamización de los bienes jurídicos” – expresión que va con la transformación de los sistemas penales, que se relaciona al desarrollo de técnicas de imputación de responsabilidad penal

⁹⁶ El rechazo desde la perspectiva constitucional para de la base de que en el derecho penal no resultan admisibles las presunciones *iuris et de iure*. Como tampoco es razonable pensar en *peligro de peligro*, pues si se los confronta con supuestos de tentativa, nos hallaríamos ante supuestos en los que se triplica el peligro.

que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta, en las cuales no se ha realizado todavía una lesión efectiva del bien tutelado. La anticipación de la esfera de punibilidad y la aceptación que ella goza entre la opinión pública, señalan igualmente una tendencia hacia una nueva forma de “personalización” de la antijuridicidad distinguida por una mayor relevancia de los elementos subjetivos de los tipos penales, por un mayor empleo de elementos normativos en su formulación, por una tendencia del Derecho Penal a controlar no sólo la conducta, sino también la lealtad del sujeto al ordenamiento y al Estado⁹⁷.

⁹⁷ Baratta, Alessandro. “*Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal-Lineamientos para una teoría del bien jurídico*”; en “Justicia y sociedad”, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, año III, n° 5, agosto de 1994; pp. 75/91. “*La relación entre funciones instrumentales y funciones simbólicas del Derecho Penal se ha vuelto (...) un punto central en la discusión sobre los sistemas punitivos y las políticas criminales en Europa. Esta relación se vuelve cada vez más incierta y contradictoria. Las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra obscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha contra la criminalidad organizada, en el control de las tóxico dependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor*”. (ob. cit., p. 89 —el subrayado es nuestro—).

En definitiva, Zaffaroni habrá de afirmar que “el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real” (ídem).

c- Peligro concreto y peligro abstracto

c.1- Dentro categoría de los injustos que no requieren resultado de lesión, la diferenciación más frecuente ha sido la que los divide entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Los primeros requieren que en el caso particular se haya producido un peligro **real** para un objeto protegido por el tipo respectivo. Roxin lo ejemplifica, como el más importante en la práctica, con la puesta en peligro del tráfico viario, en el que, además de las peligrosas formas de conducción [allí descritas] se requiere –adicionalmente- que de ese modo sean puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor. Desde esa óptica puede sostenerse que se trata de delitos de resultado, “resultado de peligro” en lugar de “resultado de lesión” (Roxin, 2000, p. 404; en el mismo sentido Cerezo Mir, 2006, p. 119).

En este grupo de casos el peligro deberá comprobarse conforme una prognosis objetivo-posterior (*ex ante*), de tal manera que si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro (Roxin, 2000, p.404).⁹⁸

⁹⁸ En este punto señala Roxin que “*Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un*

Sin embargo, advierte Roxin que la cuestión de cómo ha de estar configurado y como debe comprobarse ese resultado de peligro concreto, está poco clara. En la jurisprudencia -cita el profesor alemán- se dice en una ocasión (BGHSt. 18, 272) que el concepto de peligro escapa a una “descripción científica exacta” y que es “predominantemente de naturaleza fáctica, no jurídica”; y en otra sentencia se dice que el concepto de peligro concreto “no se puede determinar con validez general, sino sólo según las circunstancias particulares del caso concreto” (BGHSt. 22, 432). De todos modos, extrae dos presupuestos de un peligro concreto generalmente reconocidos: ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro; a lo que se suma que la acción inculpada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. Sin embargo, explica, el punto débil de esta solución radica en que, para enjuiciar el peligro próximo o la probabilidad de una lesión, la misma sólo puede remitir a la experiencia de la vida del juez y por tanto no puede indicar ningún criterio objetivo⁹⁹. Se inclina por la “teoría normativa

“resultado de peligro concreto” y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas ex post” (2000, p. 404).

⁹⁹ Destaca Roxin (2000, p. 404) que Horn funda la “teoría científico-natural del resultado de peligro”, que acepta la existencia de un peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero ésta ha dejado de producirse sólo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales (“como por un milagro”, o debido a un azar enigmático). Pero lo cierto es que con ello se estrecha demasiado el concepto de peligro concreto, pues sólo con investigar posteriormente de modo suficiente (casi) todo es explicable según las ciencias naturales. Además los resultados de dicho enjuiciamiento científico-natural no son siempre convincentes. Así,

del resultado de peligro”, que ha sido teóricamente desarrollada sobre todo por Schünemann, pero de la que también cabe encontrar puntos de arranque en la jurisprudencia. La misma parte —en tanto en cuanto de modo similar a Horn— de la base de que existe un peligro concreto allí donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad; pero a diferencia de aquél, determina el concepto de causalidad, no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino por una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. Por tanto, todas aquellas causas salvadoras que se basan en una destreza extraordinaria del amenazado o en una feliz e indomitable concatenación de otras circunstancias no excluyen la responsabilidad por el delito de peligro concreto. En consecuencia, en el caso del cambio de rasante habría que castigar al conductor que realiza el adelantamiento temerario incluso aunque el conductor que venía de frente se hubiera salvado por una artística destreza como conductor muy por encima de las capacidades normales o por una repentina ráfaga de viento; pues esas son circunstancias en las que nadie puede confiar (Roxin, 1997, p. 406).

p. Ej. Si en el caso del cambio de rasante propuesto por Horn hubiera sido inevitable el choque con un vehículo que viniera de frente y finalmente se evitara sólo porque una imprevisible ráfaga de viento echara a un lado al vehículo que venía de frente, no se comprende bien por qué va a haber que negar la existencia de un peligro concreto sólo porque el originamiento de dicha ráfaga y su efecto son susceptibles de una posterior explicación científico natural. Cerezo Mir también critica el intento de Horn de determinar el concepto de peligro desde un punto de vista *ex post* y con base en la concepción de la causalidad como “condición conforme a una ley”, pues restringe en exceso el concepto al aceptar el resultado de peligro sólo cuando “el resultado” no se hubiera producido de modo inexplicable (Cerezo, 2006, p.123).

De modo similar a Schünemann procede Demuth, que entiende el peligro como “crisis aguda” del bien jurídico; y según su teoría esa crisis se produce “cuando se ha sobrepasado el momento en el que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas defensivas normales” (Roxin; ídem).

Para Jakobs el peligro concreto constituye resultado porque es algo más que ejecución de una acción en una determinada situación subjetiva: es la producción de una situación de peligro para un objeto, susceptible de ataque, determinado. Se trataría de aquello que “no es improbable” de acuerdo con el juicio del “mejor observador posible” (Jakobs, 1997, p. 206).

Según Hirsch el bien jurídico debe encontrarse en el ámbito influenciado por el peligro (vgr. La vida de una persona determinada debe ser amenazada de forma concreta¹⁰⁰). Así la creación de la situación de peligro representa un resultado, de la misma manera que la lesión en el delito de resultado. Ese resultado de peligro deberá ser evaluada desde el punto de vista del objeto amenazado (y no desde el del autor) y su existencia se tendrá por verificada cuando una evaluación objetiva de un experto lleva al resultado de que en el momento en el cual el objeto entra al ámbito del acontecimiento causal es de suponer que existe la posibilidad de la lesión de un determinado objeto (Hirsch, 2008, p. 13).

¹⁰⁰ Y da como ejemplo el §315 y siguientes del Código Penal alemán, que requiere que el autor ponga en peligro la vida o el cuerpo de otra persona o cosas de valor importante a través de una acción contraria a las reglas del tránsito vial.

c.2- En los delitos de peligro abstracto el peligro es únicamente *ratio legis*, se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. Por lo tanto el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido, es decir el peligro no es un elemento del tipo (Cerezo Mir, 2006, p. 119).

Para Roxin delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto la evitación de concretos peligrosos y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo (Roxin, 1997, p. 407)¹⁰¹.

Esta característica, es decir, la presunción de peligro *iuris et de iure*, fue ya objetada por Binding, quien los consideró como delitos de pura desobediencia¹⁰². Bacigalupo, trae el pensamiento de Arthur Kaufmann, en

¹⁰¹ Así, ejemplifica, el incendio de un edificio, cuyo efecto de daños ya está abarcado por el § 305 [Código Penal Alemán], se castiga en el § 306 como delito grave con una pena especialmente elevada, porque el legislador quiere prevenir los peligros para vidas humanas que pueden surgir del incendio. Pero el tenor literal del precepto se cumple también aunque en el caso concreto estuviera excluida una amenaza para la vida. Esto puede poner a los delitos de peligro abstracto en colisión con el principio de culpabilidad. [con cita a Arthur Kaufmann, JZ 1963, 432]. (Roxin, *ob cit*).

¹⁰² La cita a Binding (“*Die Normen un irhe übertretung*”) está tomada de Bacigalupo “Derecho Penal-Parte General”, § 41, n° 467. Binding llega a la conclusión de que los delitos de peligro abstracto no solamente serían tipos sin lesión, sino inclusive tipos sin peligro, pues al juez, al momento

el sentido de que existe una incompatibilidad entre los delitos de peligro abstracto y el principio de culpabilidad, sobre la base de la falta de relevancia del peligro para decidir sobre la tipicidad del comportamiento¹⁰³.

Por otro lado, señala Bacigalupo –citando el punto de vista de Schröder- que si la *praesumptio juris et de jure* de la peligrosidad de la acción fuera el problema, la objeción podría superarse si se admitiera sencillamente la prueba en contrario del peligro representado por la acción, de forma de excluir la tipicidad en los caso en los que la acción no hubiera representado peligro alguno (Bacigalupo, 1999, p. 234). Sin embargo, la solución de Schröder no podría postularse con carácter general para todos los delitos de peligro abstracto; y en este sentido, el propio Schröder señala que existen dos tipos de delitos de peligro abstracto ya sea que el peligro esté determinado (como el caso del incendio agravado del § 306 del Código Penal alemán; o se encuentre indeterminado, como las infracciones punibles de las prescripciones del tráfico, la tenencia no autorizada de armas y explosivos y el tráfico de drogas prohibidas (Bacigalupo, 1999, p. 235). Ello así por cuanto “la dirección en la que puede producirse el peligro captado por la ley es tan poco determinada que su prueba no puede admitirse”¹⁰⁴. Sin embargo, como observa Bacigalupo, ello importaría admitir que existen tipos penales que protegen bienes jurídicos que pueden ponerse en peligro

de juzgar no tendría en cuenta siquiera la comprobación de que la acción excluía el peligro.

¹⁰³ De manera que la creencia –correcta o errónea- de que su acción no representa peligro alguno no beneficia al autor. Es decir que también la culpabilidad se presume sin prueba en contrario, o es inclusive fingida (Kaufmann, citado por Bacigalupo, *ob cit*).

¹⁰⁴ Schonke - Schröder, “*Strafgesetzbuch, Kommentar*” citado por Bacigalupo, *ob cit*.

de una manera indeterminada, lo que no resultaría compatible con el principio de legalidad (Bacigalupo, 1999, p. 235).

Para Roxin en este grupo de casos -como prototipo del cual puede considerarse al §306 (CPA)-, se reconoce hoy en la ciencia que hay que ponerlos en concordancia con el principio de culpabilidad, pero existe polémica sobre la clase de la necesaria restricción. Cita también a Schöder y su propuesta de admisión de la “prueba en contrario de la no peligrosidad”, “si el tipo sirve para proteger determinados objetos concretables, en los que en el caso concreto se puede comprobar con seguridad si efectivamente han sido puestos en peligro. Pero esto es impracticable pues una condena ante un resultado probatorio poco claro contravendría el principio *in dubio pro reo*; pero si se quisiera exigir del tribunal la comprobación de que el objeto cuya protección es el motivo del legislador ha sido efectivamente puesto en peligro, entonces se transformaría el delito de peligro abstracto en uno de peligro concreto. Cramer ha intentado precisar el peligro abstracto como “probabilidad de un peligro concreto”. Pero ello acabaría desembocando sólo en un peligro concreto de intensidad menor y difícilmente determinable.

La más convincente es la idea, sigue señalando Roxin, desarrollada sobre todo por Horn y Brehm, de hacer depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes (o sea, de un “peligro de resultado” sin necesidad de un “resultado de peligro”), de tal manera que los delitos de peligro abstracto representarían entonces tipos de imprudencia sin consecuencias (Roxin- 1997, p. 407/408).

Schünemann ha modificado ese punto de partida en el sentido que la cuestión no depende de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente (en su caso incluso inidónea). Según esto

habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro. Esta posición se puede aprobar, pues lo que precisamente sigue siendo adecuado a la culpabilidad, es lo que más se aproxima a la decisión del legislador descuidando el principio de culpabilidad. Frisch aboga por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por delitos de aptitud, que acentúan la concreta aptitud *ex ante* de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar” Esta es una concepción tendencialmente digna de aprobación, pero que ya se puede realizar ampliamente conforme al Derecho vigente si se hace depender la punibilidad de los delitos de peligro abstracto de la “imprudencia sin consecuencias” anteriormente descrita (Roxin- 1997, p. 408).

Dentro del grupo de los delitos de peligro Cerezo Mir, también menciona la moderna distinción enunciada como delitos de aptitud para la producción de un daño (Escrivá Gregori)¹⁰⁵ o de peligro abstracto-concreto (Schröder)¹⁰⁶: figuras delictivas en las que se prohíbe la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado (Cerezo Mir, 2006, Temas-III p. 120). Y cita como ejemplo en la ley española, la mayor parte de los delitos contra la salud pública, y entre ellos los referidos al tráfico de drogas (art. 368 a 371 CPE). De cualquier manera, para Cerezo, no dejan de ser delitos de peligro abstracto, ya que no per-

¹⁰⁵ Escrivá Gregori, J. M. “La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal”, Bosch, Barcelona, 1976. Citado por Cerezo Mir, 2006, Temas-III, p. 120)

¹⁰⁶ Schröder, H. “Abstrak-Konkrete Gefährdungsdelikte?”, en Juristenzeitung, 1967. Citado por Cerezo Mir, 2006, Temas-III, p. 120.

tenece al tipo la producción de un resultado de peligro, de un peligro concreto para un bien jurídico protegido.

Y sobre este punto explica que “*La preocupación básica del Derecho penal moderno sería la prevención del riesgo y no, en primer término, el establecimiento de una sanción adecuada y proporcionada a la gravedad de lo injusto culpable, con menoscabo de los principios de igualdad y proporcionalidad*” (Cerezo, 2006, Temas-III p. 128). Y luego de señalar que una de sus manifestaciones se advierte en el auge en el ámbito de los nuevos delitos contra bienes jurídicos colectivos, subraya la necesidad de que este tipo de bienes o los aquellos supraindividuales deben ser definidas con la mayor precisión posible. La primera distinción que formula es, justamente, entre los bienes jurídicos colectivos, de carácter intermedio y que resultan un instrumento para la protección de aquellos individuales; y los que son realmente supraindividuales. Así, la seguridad del tráfico o la salud pública –que en definitiva tienden a proteger la vida, la integridad corporal y la salud de las personas-. Mientras que los supraindividuales son, vgr. la fe pública (en las falsedades), la administración de justicia, la administración pública y la seguridad del Estado¹⁰⁷ (Cerezo, 2006, Temas-III 130).

Solamente los bienes colectivos representan realmente una anticipación de la protección penal. Y sobre este punto señala que no es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos de un carácter autónomo, sin referencia a los bienes jurídicos individuales, pues la lesión del colectivo, por sí sola, no revestiría gravedad suficiente –a criterio de Cerezo Mir- para constituir un ilícito penal. Por el contrario, la referencia a los bienes individua-

¹⁰⁷ Advierte Cerezo, sin embargo, que habrá bienes, como el medio ambiente, que podrán ser considerados como bien jurídico colectivo o supraindividual, en función de su concepción antropocéntrica o ecocéntrica.

les otorga a la infracción un contenido material de injusto de suficiente gravedad (Cerezo, 2006, Temas-III p. 131)¹⁰⁸.

Desde la perspectiva del principio de legalidad, al decir de Cerezo Mir, los delitos de peligro abstracto no presentarían inconvenientes ya que el legislador puede describir la acción prohibida de un modo preciso. Incluso, desde esta perspectiva, sigue explicando Cerezo –con cita a Schünemann- este tipo de delitos son más satisfactorios que los delitos imprudentes de resultado, en los que la conducta prohibida no está descripta en el tipo y es el juez el que generalmente tiene que fijarla a posteriori (Cerezo, 2006, Temas-III p. 136).

En los delitos de peligro abstracto el contenido material de lo injusto se cifra en el desvalor de la acción. Se castigan ciertas conductas porque generalmente ponen en peligro el bien jurídico. De este modo, mantiene una conexión con el principio de lesividad. Por otro lado, el dolo –en tanto conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo- no va referido al peligro al bien jurídico (pues la producción de un resultado de peligro no pertenece, como ya se señaló, al tipo), ni siquiera tiene que abarcar necesariamente la conciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción; y contrariamente al pensamiento de Roxin, no aprecia Cerezo Mir una infracción del principio de culpabilidad, por cuanto al ser la culpabilidad la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, sólo se daría un infracción indirecta del principio por falta del objeto de reproche si en la

¹⁰⁸ Es de destacar que Cerezo Mir sostiene la protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos y supraindividuales puede ser llevada a cabo, incluso de un modo más eficaz, por otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho Civil, el derecho Mercantil y especialmente el Derecho administrativo sancionatorio (*ob cit*).

conducta realizada no pudiera apreciarse un contenido material de injusto (Cerezo, 2006, p. 139).

Para Kindhäuser, en cambio, en los delitos de peligro abstracto puros o en los de aptitud para la producción de un daño concurre un daño *sui generis*, que consiste en el menoscabo de la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos de forma segura¹⁰⁹.

Se trata de interpretaciones restrictivas con el fin de asegurar la presencia en el caso concreto de un contenido de injusto material de suficiente entidad para satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito.

2- Delitos vinculados al tráfico de estupefacientes

Si bien no es posible realizar una generalización, cabe destacar que tradicionalmente los delitos de tráfico de estupefacientes han sido considerados de peligro abstracto¹¹⁰.

¹⁰⁹ Kindhäuser, Urs Konrad, "Gefährdung als Straftat", citado por Cerezo Mir, 2006, Temas-III p. 137, nota 44. No porque considere que en los delitos de peligro abstracto se proteja otro bien jurídico, sino que entiende que existen tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos: la lesión, el peligro concreto, y la perturbación de las condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes (Cerezo, ídem, p. 138). Aunque para Cerezo no se distingue este último del desvalor de acción.

¹¹⁰ En relación a los delitos de tráfico de estupefacientes como de peligro abstracto, explica Bacigalupo que se sitúan en una zona en la que se duda del merecimiento de pena o se llega a la conclusión de que sólo es un delito

En este sentido, tanto la figura básica o residual de la tenencia simple (art. 14 primera parte de la ley 23.737) como las figuras agravadas (del art. 5º) de tenencia con fines de comercialización, almacenamiento, transporte, siembra o cultivo, producción, extracción o preparación de estupefacientes, etc. denotan la intención del legislador de adelantar la punibilidad a cualesquiera de las etapas del proceso de producción y/o comercialización de los estupefacientes, como modo de prevenir el peligro del narcotráfico.

Se trata de figuras en las que la pura actividad y presencia del estupefaciente en poder del autor es calificada normativamente como lesiva¹¹¹.

Ya en el fallo “Dianetti” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos 302:110) –durante la vigencia de la ley 20771- afirmó que “el legislador ha querido desvincular la acción de un resultado concreto; de manera que, en ausencia de autorización, resulta suficiente para satisfacer las exigencias de la figura que se analiza la circunstancia de que las plantas o semillas puedan ser eventualmente empleadas para obtener estupefacientes, sin que quepa separar el término “utilizables” de la locución ‘para producir ...’, pues esta última concierne a la idoneidad de las plantas o semillas y no a la finalidad de la siembra o cultivo. Cabe concluir, pues, **que constituye un delito de peligro abstracto o potencial;** que se consuma con el hecho de sembrar o cultivar las especies de que se trata sin la parti-

culposo. Pues bajo tales condiciones es evidente que resulta de difícil justificación que un hecho que sólo representa un peligro más o menos remoto para la salud individual resulte en múltiples situaciones más severamente penado que el que directamente causa un mayor peligro del mismo bien jurídico (Bacigalupo, 1999, p. 237).

¹¹¹ Puricelli, 1998, p. 184;

nente autorización”¹¹² (énfasis añadido). En “Valerio” (fallos 303:1205) la Corte reiteró el carácter del delito de peligro abstracto de la tenencia ilegítima de estupefacientes. Lo peculiar es que realiza la cita de “Colavini, Ariel Omar” (del 23 de marzo de 1978; fallos 300:254) en el sentido de que allí se hubo afirmado que se traba de delitos de peligro abstracto, cuando en realidad se trató el tema de la trascendencia de los límites de la intimidad en función del planteo de la defensa de que la conducta se hallaba dentro del marco de reserva garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional (planteo que se reiterará sucesivamente en Bazterrica, Montalvo y últimamente Arriola, como ya se verá).

La Corte habrá de reiterar su posición en “Bosano” (fallos 323:3486) ocasión en la que sostiene la naturaleza de *delitos de peligro abstracto* tanto de la tenencia simple (figura básica) como de la tenencia con fines de comercialización; y, además, que es el legislador quien –en el marco del principio de legalidad- determina *ex ante*, si una conducta es peligrosa (y puede ocasionar el daño de un bien) basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acuerdo con criterios y normas de la experiencia¹¹³.

¹¹² El caso consistía –conforme surge del fallo (considerando 4º)- en que los imputados habían sembrado un lote de tierra con *cannabis sativa* – cáñamo textil- de cuya materia prima se extrae la *marihuana*. El hecho no se encontraba controvertido en este punto sino la interpretación acerca de la finalidad “de producir estupefacientes”, dado que el cultivo se realizaba con fines industriales, actividad lícita hasta la sanción de la ley 21.671 (posterior al hecho de la causa).

¹¹³ El fallo (del 9/11/2000, se refiere también a que la ley tutela la salud pública y que la presunción de peligro que contiene no resulta irrazonable en

La categorización de los delitos vinculados a las drogas (tanto en la ley 20771 como en la 23737) como de peligro abstracto, fue seguida por los tribunales inferiores sin mayores precisiones o vacilación.

Así se afirmó sin más la naturaleza de peligro abstracto tanto de la tenencia simple como de las figuras agravadas del artículo 5º de la ley 23737, desvinculándose la acción del resultado¹¹⁴. *“La tenencia de drogas es un delito de peligro abstracto que lleva inherente la transferencia del episodio a terceros, sin que sae exigible la prueba de tal extremo.”*¹¹⁵ *“La*

relación a *“los bienes jurídicos que pretende proteger”*. Esta última redacción no parece feliz, pues brinda la impresión de que además de la salud pública existirían otros bienes cuya protección tiene en cuenta la norma. En el mismo sentido fallos 321:160.

¹¹⁴ **CNCP, sala II**, registro n° 1229 (sumario 000002466 página PJN), y sus citas; registro 7910.2, 9/7/2005; **sala III**, registro n° 199.96 (sumario 00002897 página PJN); “Wasiluk, Daniel s/recurso de casación”, 17/05/2000 registro n° 260.00.3; **sala I**, registro n° 5298.1 (Boletín de la Secretaría de Jurisprudencia CNCP, tercer trimestre 2002); **sala IV**, registro 5098.4, 13/8/2003; reg. 2567, 28/4/2000; registro 3706, 19/10/2001; **CNac. Crim. Corr. Fed.**, sala 2da. 11/6/96, Vianini, José y 4/3/1996 Soria, Mario –publicados en “Compendio de Jurisprudencia ley 23737, los delitos y la investigación”, por Santiago Inchausti y Juan Mercau, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008); ídem, sala 1ra. 28/4/2000 Geninazza, Marcelo, 13/5/1993 Casasola, Karina, 5/12/1996 Malale, Sergio (CJ, ob cit). CFed. De San Martín, sala II, secretaría penal n° 4 “Luján Viveros Antoliano y otros s/inf. Ley 23737”, 3/12/2002.

¹¹⁵ CNCP, sala 1ª, “Echaide, Ariel y otro”, 8/5/1995. El criterio, referido inclusive a la tenencia para consumo, fue seguido reiteradamente por las distintas salas de la Casación. Inclusive, más recientemente, se destaca el

tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal (art. 14 de la ley 23.737) es una figura de peligro, ya que sólo requiere para su configuración la puesta en riesgo o la creación de la posibilidad de peligro para el bien jurídico tutelado: la salud pública. Cabe referir que en los delitos de peligro, en contraposición con los de lesión, el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. La criminalidad de la conducta del autor reside ya en el peligro para la salud pública que representa la sustancia alucinógena en su poder, peligro éste que siempre existe en tanto aquélla, por escasa que sea, conserve sus cualidades, naturaleza y efectos, y sea apta para ser consumida por cualquier persona. Y en este sentido cabe destacar que es el legislador quien dentro de una escala de probabilidad de lesión al bien jurídico, considera a esta conducta más próxima a la posible producción que a la posible no producción de vulneración a la salud pública. Este juicio ya tiene en cuenta la incidencia y trascendencia de la acción de terceros, por lo que deviene irrelevante su acreditación en cada caso concreto”(Voto del Dr. Mitchell, adhiere Dra. Capolupo de Durañona y Vedia; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Registro n° 5769.4). “La mera tenencia de estupefacientes constituye un delito de peligro abstracto que se consuma con sólo poner en riesgo o crear la posibilidad de peligro para el bien tutelado en la norma, el delito se forma-

criterio divergente de este Tribunal con lo decidido por la Corte Suprema *in re* “Arriola”. Así el Juez Eduardo Riggi señala (“Machado Moraes, Carlos Stovems s/rec. De casación”, sala III, registro 1291/11, del 06/09/2011) los numerosos precedentes en los que la sala que integra se pronunció en favor de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal e inclusive el resto de las salas de ese órgano mantuvo el mismo criterio (ver sus citas).

liza con la mera circunstancia de tener o suministrar la droga, por el peligro a la salud que ello origina” (Voto del Dr. Hornos, al que adhiere la dra. Capolupo de Durañona y Vedia; CNCP, sala IV, registro 8002.4).

La doctrina, por su parte, ha adherido también a este criterio (Creus, 1996; Culotta- “Régimen Penal de Estupefacientes”, p.1025¹¹⁶; Cornejo, 1994, p. 46; Puricelli, 1998, p.; Tazza, 2008, p. 79; Falcone ..., Laje Anaya, 1998, p.226).

La caracterización de los delitos de tráfico como de peligro abstracto ronda la argumentación vinculada a la probabilidad de una situación de peligro para la salud de los ciudadanos en cuanto posibles víctimas de futura drogodependencia, y en cuanto la posible subsecuente pérdida de autodirección personal o del poder de inhibición en los actuales drogodependientes¹¹⁷. En ese sentido expresa Cornejo que la droga encierra un peligro potencial de deletéreos efectos para la salud pública y la tutela legal; basado en la necesidad de desalentar la portación de estupefacientes y más generalmente de toda conducta constitutiva de la tipología propia del tráfico. Fundamentalmente encuentra la razón de ser del riesgo abstracto en el caso de la droga en “el poder toxicomanígeno” que irradia para cualquier ciudadano la posibilidad de la ingesta, aunque sea inconsciente, como también el reclutamiento de nuevos prosélitos de la adicción determinados por aquellos que lucran con tan deplorable comercio o por otros adictos que, para no sentirse marginados, deben buscar seres semejantes a ellos. En otro orden señala que, además del inicio de otros drogodependientes, la razón de la prohibición legal y de la consagración del peligro abstracto “*como particularidad característica de los injustos de tráfico de estupefacientes*” se nutre

¹¹⁶ En “Código-D’Alessio”, t. III, p. 1025

¹¹⁷ Beristain, Antonio, “La droga, aspectos penales y criminológicos”, ed. Temis, p. 45, citado por Cornejo, 1994, p. 46.

en la calidad misma de las sustancias tóxicas –estupefacientes o psicotrópicas- por cuanto cualquier individuo que de alguna manera las pueda ingerir sufrirá inmediatamente los efectos por ellas producidos. *“De allí, que la peligrosidad abstracta sirva como fundamento para la penalización de los distintos tipos penales relacionados con el tráfico de estupefacientes, ya que como insistentemente se sostuviera, las calidades propias de las distintas sustancias estupefacientes y psicotrópicas tienen una aptitud suficiente como para afectar la salud de la sociedad”* (Cornejo, 1994, p. 48).

Por su parte Laje Anaya aborda la cuestión desde la polémica suscitada desde antaño entre el hecho de tener estupefacientes para consumo personal y la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹⁸. Ubica el origen del planteo en el plenario de la Cámara Criminal de la Capital, que se expidió en relación a la ley 11.331, e interpretó que el sujeto que tenía alcaloides para consumo personal y no podía justificar legítimamente su tenencia, cometía un hecho antijurídico ya que ese destino no era suficiente para justificar la posesión o tenencia del alcaloide. Para ello se sostuvo que el núcleo del delito no violaba el artículo 19 (CN) ya que se trataba de una infracción de peligro abstracto que trascendía la intimidad protegida por la Constitución (Laje, 1998, p. 226)¹¹⁹. En este sentido habrá de interpretar que el artículo 19 describe tres tipos de bienes. Uno de carácter

¹¹⁸ En el mismo sentido Puricelli, 1998, p.76.

¹¹⁹ Asimismo Cattani, Horacio R., “El origen del control penal de las drogas”, en “La política criminal de la droga”, dir. Por Mónica L. Cuñarro; ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010; p. 216, quien comentando el plenario “González” [*“El uso personal de estupefacientes no debe considerarse como razón legítima para su tenencia”*] observa que el debate sobre la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia se inició en el mismo momento de su punición.

individual y dos de carácter social, a partir de la referencia de la ofensa al orden y la moral pública, y el perjuicio al derecho de un tercero. E interrogándose sobre el modo de “ofender” llega a la conclusión que ello puede ocurrir tanto por la destrucción como por la puesta en peligro del bien o los bienes. Y a partir de la expresión “de algún modo” deduce que sería posible que quedaran sujetas a pena aquellas manifestaciones de la voluntad que impliquen simplemente un peligro (*“es posible ofender o perjudicar poniendo al bien en peligro; tan sólo de algún modo o de alguna manera”*), caso en el cual el “castigo” adoptará un carácter preventivo, para evitar que un peligro remoto devenga concreto¹²⁰. A la vez, parte Laje de la convicción de que “la Constitución no ha concedido ni expresa ni tácitamente, el derecho de degradarse o de andar degradando a otros”; y con cita al Preámbulo, estima que el objetivo de lograr el bienestar general constituye un escollo insalvable para admitir cualquier permisividad en torno a las sustancias estupefacientes. Opone a esta idea de bienestar general la de malestar general, e infiere que ese “malestar”, en tanto constituye un “mal”, también resulta ser un “peligro”; para concluir que no se trata de intereses individuales los que están en juego, sino sociales. Y finaliza su razonamiento, acudiendo al argumento de que, quien recibe o compra el estupefaciente, ha participado del tráfico ilícito y, en su mérito, merece la pena pues, de lo contrario, se violaría el principio de igualdad ante la ley¹²¹.

Por su parte Puricelli se pronuncia en el mismo sentido, incluida la tenencia para uso personal del art. 14 segunda parte de la ley 23.737 (Puricelli, 1998, pp. 91, 159 *“El delito de tenencia de estupefacientes es de pe-*

¹²⁰ Laje Anaya, Justo; “Las acciones privadas de los hombres, dios y la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional)”, en J.A. 1990-IV-705 ss.

¹²¹ Ídem.

ligro abstracto, de suerte tal que el tipo objetivo se llena con la realización de una conducta idónea para causar peligro”, idea que extiende al resto de las modalidades como la siembra y la producción, o la tenencia de materias primas, previstas en la ley 23737).

Alejandro Osvaldo Tazza sostiene que el nuevo régimen penal presenta tres aspectos salientes: que en las regulaciones que le son propias se verifica un marcado adelantamiento de la punibilidad, de modo que en estas normas el punto de referencia no es el hecho cometido sino el futuro; que las penas que se prevén son elevadas de un modo completamente desproporcionado con relación al hecho cometido; y, finalmente, que existe una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal, que inclusive pueden llegar a ser suprimidas. A partir de allí afirma que no existe inconveniente en decir que el tipo en cuestión [tenencia con fines de comercialización de estupefacientes] representa un delito de peligro abstracto (Tazza, 2008, p. 79-80). Y agrega, que representa un acto preparatorio punible autónomamente, y no uno tentado, pues aún no se han realizado actos de ejecución del comercio o el tráfico. Esta estructura típica hace que no requiera comprobación de que alguien u otros hayan sido afectados en su salud, bastando simplemente la idoneidad genérica para crear peligros y causar daños (Tazza, 2008, p. 84). *“Específicamente en el caso de la tenencia o posesión de estupefacientes, se sanciona una verdadera situación de hecho más que una conducta puntal. La estructuración de los tipos a partir de la tenencia de objetos tiene origen en la idea de castigar peligros abstractos, es decir, prevenir situaciones en que el riesgo creado es un dato de la expe-*

riencia pero no un elemento de la conducta prohibida en sí misma, o sea del tipo” (Tazza, 2008, p. 85¹²²).

Por su parte explica Sabsay que la figura contenida en el art. 14 segunda parte de la ley 23737 define un delito de peligro abstracto, y no de daño concreto, que basa su existencia en la ponderación de los efectos que puede tener sobre la sociedad una conducta de carácter privado, por su eventual irradiación en detrimento de terceros. Y advierte “*se debe actuar con sumo cuidado pues bajo la cubierta de una supuesta actitud tuitiva que tiende a la protección de la comunidad y del supuesto consumidor, se están dando como probados una serie de extremos que se fundan más en prejuicios que en verdades incontrastables. Creemos que sólo éstas podrían llevar al Estado a penalizar este tipo de hechos, pero de ninguna manera dar por contado resultados que se asientan exclusivamente en ese tipo de presunciones que se esgrimen cual si se tratara de verdades absolutas. Fundamentalmente considerar que las personas que consumen estupeficientes no sólo se están dañando a sí mismas, sino que su accionar se constituye en un mal ejemplo que per se estimulará a otros a seguir esos mismos pasos, lo que no les hubiese sucedido de no haberse topado con el ‘mal ejemplo’... la prueba de la proporcionalidad entre medios y fines nos lleva a desconsiderar esta medida como apta en la lucha contra el flagelo*

¹²² Con cita a Barbero Santos, Marino, “Los delitos de peligro abstracto”, en “Actos y relatos de las Jornadas Internacionales celebradas en Buenos Aires en 1971”, p. 121 (cfr. Tazza, ob cit, nota 120).

de la drogadicción, la que se debe centrar en la investigación y castigo de quienes son los responsables del tráfico y el comercio de la droga ”¹²³.

Por su parte Hernán Gullco subraya los cuestionamientos constitucionales que vuelca el juez Lorenzetti respecto de los delitos de peligro abstracto, en su voto en “Arriola”. En este punto marca que el concepto mismo de tales delitos parece ir en contra del principio conforme el cual es el Poder Judicial –y no el legislador- el intérprete final de la Constitución. *“Así, si se parte de la premisa que el concepto de ‘daño a tercero’ es de naturaleza constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental), resulta correcta la conclusión del nombrado magistrado de que no son constitucionalmente válidas las conclusiones legislativas que establecen una presunción, sin admitirse prueba en contrario, de que una conducta determinada es lesiva para terceros. Tal afirmación supondría otorgarle al Poder legislativo la función de ser el intérprete final del art. 19 , CN, lo cual contradice el principio contrario enunciado por la Corte Suprema estadounidense en el caso ‘Marbury vs. Madison’ (1 Cranch 137; de 1803) y aceptado en nuestro país a partir de caso ‘Municipalidad de la Capital vs. Elortondo’ (Fallos 33:162, de 1888). Este principio fue ratificado contemporáneamente por la Corte estadounidense en su reciente decisión en el caso ‘City of Boerne v. Flores’, 521 U.S. 507 (1997). ”¹²⁴*

3. Conclusión

¹²³ Sabsay, Daniel, A. “El dilema en torno a la constitucionalidad de la tenencia de drogas para consumo personal” en el Dial.Express, año XII, n° 2742, 19/3/2009, citado por Falcone, 2011, p. 129)

¹²⁴ Gullco, Hernán Víctor, “Principios de la Parte General del Derecho Penal”, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p.200.

Como puede apreciarse las dificultades en torno a la naturaleza de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes son enormes.

Por un lado, a los escollos que plantea de por sí la existencia de un bien jurídico de naturaleza social o colectiva, cuyos contornos resultan difíciles, sino imposibles, de aprehender, debe sumarse el modo en que han sido legislados los tipos penales.

El adelantamiento de la punición a etapas preparatorias pone en crisis el sistema penal del “acto”, especialmente si se repara en que el monto de las penas es considerable (el mínimo de la tenencia con fines de comercialización es equivalente al mínimo de la tentativa de homicidio).

Se han equiparado, por vía de imaginarios daños a terceros conductas de peligro concreto con especulaciones de posibles perjuicios, sin que siquiera pueda acudirse al recurso de la prueba negativa en torno al peligro.

Se ha violado, derechamente, el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, y se ha confundido el concepto de “acciones privadas” procurando limitarlas a las que se realizan en la intimidad, fuera de espacios públicos.

Con estas herramientas, y con los límites que ello implica, se procurará realizar en el capítulo siguiente el análisis de los principales tipos penales contenidos en la ley 23.737.

Capítulo IV: Tráfico de estupefacientes.

Los tipos penales.

A- CONSIDERACIONES GENERALES

La ley 23737 prevé, a lo largo de su articulado, un compendio de tipos penales que, siguiendo los lineamientos de las convenciones internacionales, buscan agotar de un modo exhaustivo todas las conductas vinculadas al tráfico de estupefacientes.

El título de la ley es “Régimen de represión y lucha contra el tráfico de estupefacientes”, y tiene fecha de publicación en el Boletín Oficial, el 11 de noviembre de 1989.

Los primeros cuatro artículos están referidos a la reforma del art. 204 del Código Penal y la creación de tres figuras, todas vinculadas a la venta irregular de sustancias medicinales, tanto en su forma dolosa como culposa, con más la responsabilidad del director o administrador o, en definitiva, cualquiera que tenga control sobre el mismo, en los casos en que omitiendo los deberes a su cargo, permita la realización de las conductas del art. 204 o 204bis.

Inmediatamente, pasa la ley a tratar una serie de conductas que terminan por comprender cualquier intervención en la producción de estupefacientes, ya sea desde la etapa de la existencia de las materias primas destinados a ello, ya en cuanto a los elementos necesarios para su elaboración, como el acopia de todos ellos. Incluye, asimismo, todas las conductas vinculadas a la comercialización de cualquiera de ellos. A su suministro, ya sea a título oneroso o gratuito (art. 5º incs. a, b, c, d, e). También se prevé la conducta de quien, habiendo introducido estupefacientes, materias primas destinadas a la fabricación o producción, de un modo legítimo, es decir

mediante el trámite aduanero correspondiente, desviara (ilegítimamente) luego su destino de uso (art. 6º).

El supuesto de aquellos que organicen o financien cualquiera de las actividades contenidas en los arts. 5 y 6 se encuentra contemplado en el artículo 7º.

1) Los tipos penales en concreto

a- La Tenencia Simple

Señala Schroeder¹²⁵ que la conminación con pena de la posesión de objetos no es un descubrimiento del legislador moderno. Así, recuerda, la ley romana contra bandidos y envenenadores del año 81 antes de Cristo que castigó con pena de muerte la “tenencia” de veneno”, aunque es poco claro si debía probarse la existencia de intención homicida.

El derecho general prusiano (1784/98) sometía a pena la entrega, a personas no autorizadas, de objetos peligrosos (vgr. veneno o pólvora). Y ubica en la ola de atentados anarquistas de fines del siglo XIX el punto de inflexión que llevó a la creación, a lo largo de Europa, de leyes que sancionaron la posesión de explosivos sin autorización policial (ley alemana de 9 de junio de 1884).

En otro orden, los tratados y directivas internacionales previeron la punibilidad de la posesión. Así el Pacto Internacional sobre el opio de 1925

¹²⁵ “La posesión como hecho punible”, Prof. Dr. H.c. Friedrich-Christian Schroeder, en Revista de Derecho Penal 2004-2 ed. Rubinza Culzoni, p.613 y ss.

contenía la obligación de prohibir toda posesión de estupefacientes obtenidos a través de personas no autorizadas (art. 7º).

Por Recomendación núm. R (91) del 9 de noviembre de 1991, el Comité ministerial del Consejo de Europa sugirió el examen de la introducción de punición por la posesión de material de pornografía infantil. También, a modo de ejemplo, la Decisión Marco del Consejo de la Unión europea sobre “lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de 28 de mayo de 2001 exige la punición de la posesión de instrumentos de pago sustraídos, falsificados o manipulados de manera ilícita como medio para una utilización fraudulenta (art. 2º), así como la posesión de instrumentos, objetos programas informáticos y otros medios que, según su naturaleza, resulten especialmente idóneos para la comisión de falsificación o manipulación de un instrumento de pago con el fin de utilización fraudulenta, y asimismo de programas informáticos con el fin de producir perjuicio al patrimonio ajeno mediante la realización o provocación antijurídica de una transferencia de dinero (art. 4º).

Para Schroeder en la penalización de la posesión tiene lugar –de cara a los clásicos delitos de lesión y de resultado- una doble expansión y anticipación. En primer lugar cuando se sanciona la mera utilización con independencia del resultado; y la segunda cuando se somete a pena la mera posesión de determinados objetos.

El profesor alemán distingue distintos supuestos conforme los objetivos que el legislador persigue, en función de la política criminal que le toca definir.

Así, ubica en primer lugar a los que denomina “delitos puros de posesión”, en donde engloba los objetos peligrosos *per se* (como agentes patógenos, o sustancias que pueden explotar o inflamarse); otros objetos que

presentan un peligro inmediato por el uso que pueda hacer de ellos su tenedor o poseedor (como por ejemplo y esencialmente, la tenencia de armas de fuego; y finalmente, cierra el acápite, con la mención a la prohibición de drogas (vigente en el derecho alemán desde 1972, § 29, párrafo 1, núm. 3, BtMG).¹²⁶

En segundo término se ubican los delitos en los que a la posesión se suma la “*intención de utilización*”. De modo tal que, a la situación de hecho del objeto poseído debe agregarse una tendencia interna trascendente. Como ejemplo, en la legislación alemana, cita la posesión de documentos peligrosos con ánimo de distribuirlos (así el §86, párr. 1).

En tercer lugar, refiere los casos en que la posesión es considerada en función de constituir la preparación de otro delito (vgr. aquél que para la preparación de un delito con explosivos o con radiactivos custodie materiales radioactivos, explosivos u otros dispositivos especiales requeridos para la ejecución del hecho -§ 316c párrafo 4).

Otro supuesto, finalmente, lo constituye la penalización de la posesión como un modo de desalentar la producción. Este caso se ejemplifica claramente, como señala Schroeder, con la “*posesión de pornografía infantil*”; en tal sentido explica que la pornografía entrañaba un peligro de suscitar una actitud negativa o incluso agresiva con respecto a la sexualidad únicamente en el consumidor, de modo que sería punible la difusión de pornografía; sin que la mera posesión resultara suficiente. Sin embargo, la pornografía infantil supone la divulgación, no tanto de productos de masa, cuanto de videos privados de reducida tirada, y en esa medida cada adquisición y su correspondiente posesión fomenta la producción de dichas filmaciones. La conminación penal se yergue, entonces, como una protección

¹²⁶ Schroeder, *ob cit*, p. 618.

a los menores utilizados como intérpretes en dichas filmaciones. Sin desconocer que constituye un recurso para la facilitación de la prueba de la adquisición de los objetos¹²⁷.

Kiss (2011), se refiere a los delitos de tenencia como un subgrupo de los delitos de preparación (dentro del catálogo de los delitos de peligro abstracto), y los subdivide –a la vez– en tres, según el modo en que se reconduce la prohibición. En primer lugar aquellos delitos en los que se prohíbe la tenencia de una cosa cuya *utilización* puede resultar peligrosa (vgr. las armas). En segundo, los casos en que la mera *existencia* de la cosa ya es peligrosa, pero ese peligro se puede devolver a través de medidas especiales de seguridad, dentro de un cierto ámbito tolerado (vgr. los desechos radioactivos). Finalmente, aquellos en que la tenencia del objeto posee un *efecto estimulante* respecto de comportamientos no deseados (vgr. la pornografía infantil)¹²⁸.

Sea cual sea el origen de los delitos de peligro, y en particular de los de peligro abstracto, y sea cual sea la posición de la dogmática de cara a ellos, lo cierto es que es un recurso al que el legislador actual (no sólo de

¹²⁷ *Ob cit*, p. 621

¹²⁸ Kiss, al igual que Schroeder, explica que a la tenencia de pornografía se la castiga en función de desalentar la demanda. Es decir, la existencia de un mercado para la pornografía infantil es condición necesaria de los vejámenes que sufren los niños involucrados en la producción de ese material. El peligro que a su tenencia se adscribe se vincula con la estimulación de la demanda y, por ende, a la producción de nuevo material (Kiss, 20011, p. 47).

nuestro país) ha acudido frecuentemente para “dar solución” a problemas que, el derecho penal tradicional, no está en condiciones de enfrentar.¹²⁹

Apunta Falcone, con cita a Eberhard Struensee¹³⁰, que la idea de “tenencia” como acción a punir ha sido severamente cuestionado, por no constituir una conducta propiamente (Falcone, 2002, p. 169), principalmente

¹²⁹ No cabe aquí detenerse más sobre el punto pues la crítica a este tipo de soluciones se ha efectuado en los capítulos anteriores. Sólo mencionar que se ha producido un fenómeno anormal que enrarece el sistema penal, entendido globalmente. Pues a las objeciones constitucionales que muchos de estos tipos generan, se suma la imposibilidad práctica –como más adelante veremos- de llevarlos adelante. Ello, sin dejar de mencionar que tal imposibilidad se genera en muchos casos por el hecho de que el legislador dicta la norma prescindiendo absolutamente de un estudio de la realidad, tanto del problema que enfrenta como de las posibilidades reales de las fuerzas de seguridad o de las instituciones vinculadas a la administración de justicia (sea Poder Judicial, Ministerios Públicos) para atender las nuevas demandas que la ley acarrea. Ello lleva ínsito la frustración de las expectativas tanto de la comunidad como de los intervinientes, que se ven desbordados por los casos, sin poder dar una respuesta adecuada. En este sentido, las falencias de tipo constitucional que acarrearán consigo ciertas leyes ponen, en muchos casos, al operador en la disyuntiva de cumplir la ley sacrificando la ley fundamental, o cumplirla literalmente para evitar las repercusiones mediáticas, o incluso institucionales. De este modo, se ingresa a un campo donde la proliferación de decisiones contradictorias no es fruto del azar, sino del desconcierto que se genera en los operadores del sistema.

¹³⁰ Struensee, E. “Los delitos de tenencia”, en Struensee E. y Jakobs, G. “problemas capitales del derecho penal moderno”. Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pp. 107 y ss.

por el hecho de castigar la posesión en sí misma, prescindiendo de la finalidad del agente.

En realidad, tal como explica Nestler¹³¹, la posesión de un objeto no representa peligro alguno en sí, sino en función de que abre la posibilidad de que una persona lleva a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto¹³². En este sentido, según Falcone, sólo si el Estado verifica cuál es la finalidad que persigue el autor, entonces será válido sancionar la posesión como antecedente de dicha intención (Falcone, 2002, p. 172). En el caso particular de las drogas entiende que su posesión pondrá en peligro la salud pública cuando se “abra la posibilidad de una transmisión no controlada a terceras personas”, mientras que si la adquisición y posesión constituye un antecedente del consumo propio, será atípica por no afectar la salud de otros consumidores (ídem). Ello, si se tienen especialmente en cuenta que a diferencia de un arma de fuego, por ejemplo, cuyo uso pone en peligro a terceros por la sola voluntad del autor, en el caso de sustancias estupefacientes el peligro emerge de la decisión del tercero que resuelve utilizarla¹³³.

¹³¹ Citado por Falcone, 2002, p. 170, nota 58. Nestler C. “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en la obra “La insostenible situación del derecho penal”, Comares, Granada, 2000, p. 63.

¹³² Sin embargo, este pensamiento es correcto sólo en relación a algunos objetos, como ya se puntualizó. Nótese que en el caso de la pornografía infantil, no constituye ese el fundamento de punición.

¹³³ Con cita a Nestler C. (ob cit), quien sostiene que se trata de un caso de autopuesta en peligro voluntaria, por lo que la amenaza penal resulta ilegítima (cfr. Falcone, *ob cit*, p. 172).

A la hora de definir el concepto de tenencia o posesión, muchos autores han acudido a la legislación civil.

Así, para Cornejo, la tenencia es la ocupación y posesión actual y corporal de una cosa, derivado dicho sustantivo el verbo tener, cuya semántica refiere a la situación de asir o mantener asida una cosa, mantener o sostener, contener o comprender en sí, significando también, en otra acepción, guardar (Cornejo, 1994, p. 180). Para encuadrar el delito de tenencia acude al código civil en tanto allí se define la posesión como el tener, alguna persona, para sí o por otro, una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. Y cita el fallo “Fiorito, Alberto F. y otro” de la Cámara Federal de Tucumán, en el que se sostuvo dicha acepción. Equipara la circunstancia de tener una cosa bajo el poder discrecional de hacer con ella lo que plazca, con el dominio de la acción que importa la autoría.

En este sometimiento de la cosa a la voluntad y acción de la persona encuentra equivalencia con el elemento cognoscitivo y conativo del dolo que es exigible en el tipo penal de la tenencia (Cornejo, 1994, p.181). A estos elementos, agrega, “la peligrosidad abstracta de la droga” que, dado que la considera “riesgosa para la salud *per se* completa su idea sosteniendo que “su portación completa la relación bilateral entre el riesgo potencial de dicha cosa y el ánimo de poseerla”. Para concluir que “*la tenencia de estupefacientes es aquel delito que se consumó por la mera portación de la droga a sabiendas de lo que se tiene*” (Cornejo, ídem, p. 181).

Una idea similar se vuelca en la obra dirigida por Carlos Mahiques, en donde se afirma que el concepto técnico jurídico de tenencia es brindado

por el artículo 2352 del Código Civil¹³⁴. Sin embargo, los autores señalan aquí, que a poco de reparar ese concepto se advierte su insuficiencia para el derecho penal, pues resultaría inaceptable que solamente pueda ser penado quien tiene sustancias estupefacientes cuya propiedad reconoce en otro, pero no quien se comporta como propietario de las sustancias (Mahiques, 2004, p. 83). En este sentido, precisa, que la idea de tenencia, conforme la ley penal, debe ser en sentido amplio, y abarcar las situaciones que el derecho civil incluye dentro de la “posesión”¹³⁵.

En este sentido, se ha sostenido que el delito de tenencia ilegal de estupefacientes se consuma, conforme la descripción del art. 14 primera parte de la ley 23.737, con el “tener en su poder” estupefacientes; y al tratarse de un delito de peligro abstracto, ese momento consumativo coincide con el hecho mismo de tener, pues de ese modo se pone en peligro el bien jurídico tutelado (Puriccelli, 1998, p. 159).

Se trata de un delito formal, por contraposición a los materiales, ya que el resultado se alcanza coincidiendo temporalmente con la acción. El dolo exigido se satisfaría con el conocimiento por parte del autor de la calidad de estupefacientes de la sustancia detentada. Además se lo considera un tipo residual, por lo que se debería acudir cuando no fuera posible encuadrar la conducta en cualquiera de las otras previstas en la ley de estupefacientes. Para la ley, en este caso se prescinde del motivo de la tenencia, a diferencia de los otros. Y, por último, introduce Puriccelli el elemento de la

¹³⁴ “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa”.

¹³⁵ Artículo 2351 C.C. “Habrá posesión de las cosas, cuando una persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”.

“actualidad” de la tenencia, considerando que las tenencia pretéritas deben considerarse atípicas (Puricelli, ídem, p. 160).

Laje Anaya explica que la disposición del art. 14 se conforma materialmente con el hecho de tener, al que le asigna el sentido de que la sustancia estupefaciente se encuentre dentro de una esfera de custodia, de modo tal que de ella se infiera (o sea demostrativa) que alguien la tiene (pues, si no existe esta relación persona-cosa no habrá tenencia¹³⁶). Además se suma un elemento subjetivo: cual es *la vinculación* que lo coloca en condiciones de saber que efectivamente tiene y que lo tenido se encuentra bajo su poder. En síntesis “*Debe saber lo que tiene*” (Laje, 1998, 212). Esto no implica únicamente “*tener en persona*”, que hace referencia a una especie de custodia que la disposición legal no especifica. Tanto tiene el que lleva como el que conserva en un lugar fijo. La disposición en análisis exige ningún propósito trascendente al hecho de tener, pues de lo contrario se estará o en la órbita de la tenencia para consumo¹³⁷, o de la tenencia con fines de comercialización, eventualmente del almacenamiento (Laje, 1998,

¹³⁶ Ejemplifica esta verdad, casi de perogrullo, que si el imputado solamente está mirando u observando la sustancia estupefaciente que era tenida por un tercero, no la tiene. Con cita a Cámara Federal de Tucumán, L.L. 1980-C, p. 359. Sosteniendo “*sin que nadie lo tenga, el estupefaciente, como cualquier otro objeto, estará perdido*” (Laje, 1998, p.212).

¹³⁷ En un sentido muy restrictivo, entiende Laje Anaya, que “la escasa cantidad” a la que alude el segundo párrafo del artículo comentado, solamente se configura cuando lo que se tiene es suficiente para “un único consumo” (negando esta posibilidad si se trata de una cantidad que permita más de un consumo, o se trate de “dosis letales”), aunque reconoce que en algunos sistemas se fijan cantidades: 20 gramos si se trata de marihuana, y 20 miligramos de “estupefacientes” (ob cit, p. 214).

p.213). En cuanto al aspecto temporal, coincide con Puricelli en que la tenencia es un delito “*de presente*”, no consiste en haber tenido, sino en tener, es decir, un hecho actual: presente y no pasado (tener, y no haber tenido). Por otra parte, lo que se tenga debe ser estupefacientes, sin llegar a tal condición la hoja de coca¹³⁸ en estado natural o las semillas, las plantas y los elementos -precursores químicos o equipos- (Laje, 1998, 215).

En esa línea coincide Falcone, para quien no es preciso el contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión (Falcone, 2002, p. 173). Lo que da la pauta de dos tendencias que se expresarían en la “disponibilidad hipotética o ficticia” y la “disponibilidad real y actual”. Aquí Falcone explica (y parece compartir) la opinión de quienes sostienen que aquellos sujetos que en ningún momento llegan a detentar materialmente el objeto ilícito, no obstante manejar las operaciones relativas al tráfico, conviene aplicarles las categorías generales de la autoría –autoría mediata, inducción, participación necesaria- a fin de no desnaturalizar el concepto de tenencia. Y así afirma que “*el tenedor debe detentar el dominio funcional de la cosa*” (Falcone, 2002, p. 174). No obstante, existe una sutil diferencia entre la posesión material y la mencionada disponibilidad real. De modo tal que además de la primera de las situaciones, podrá predicarse la tenencia en cabeza de aquél que, sin tener la droga físicamente consigo, tenga la dispo-

¹³⁸ El denominado coqueo es una costumbre inveterada y arraigada en la población del noroeste argentino, su utilización generalizada cruza todos los sectores sociales, y llega a ser irritante la posición de quienes pregonan la necesidad de su cese. No obstante, no profundizaremos sobre el punto, dado que excede el marco del presente trabajo.

nibilidad sobre la sustancia, disponibilidad que se expresa, esencialmente en el poder de decisión sobre su destino. A ello, cabe agregar el caso de aquel que resulte coautor de una tenencia, aunque no la posea materialmente o no tenga la disponibilidad momentánea, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado (Falcone, 2002, p. 175).

En síntesis, existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que la figura que se legisló en el artículo 14 parte primera de la ley 23737 importa la posesión (no en un sentido estrictamente del derecho civil, sino como tenencia material) del material estupefaciente, o la posibilidad de disponer de la misma, al tener el conocimiento y el poder de decisión.

En otro orden, el dolo se satisface con el conocimiento de la existencia de la droga y la voluntad de poseerla en los sentidos indicados.

No requiere ninguna *ultraintención*, por ser una conducta ajena al circuito de tráfico. Sí exige que no se trate de una tenencia destinada al consumo pues en ese caso se desplaza al segundo párrafo del art. 14.¹³⁹

Tampoco, su configuración depende de la cantidad de la droga, pues la ley no dispuso cláusula al respecto. El delito se consuma en el momento.

El cese de la tenencia se producirá cuando el autor ceda la cosa a otro, o la abandone, o la destruya.

¹³⁹ En este punto es menester recordar que si bien la el artículo 14 en su segunda parte se refiere a la expresión “inequívocamente” la Corte Suprema ha dejado bien claro que la misma no puede dejar de lado el principio del “*in dubio pro reo*”.

b- El Tráfico ilícito de estupefacientes

b.1 Consideraciones generales

La ley 23.737 ha optado por incluir en un artículo un cúmulo de acciones que se vinculan necesariamente al tráfico de estupefacientes, con pretensión de exhaustividad.

Así, el artículo quinto comprende acciones que, si bien de distinta índole, tienen como hilo conductor ser parte del entramado del tráfico ilícito y la comercialización de estupefacientes.

Por otra parte su estructura participa de las características de los tipos penales con adelantamiento del momento consumativo (Mahiques, 2004, p. 86). Con ese criterio se ha pretendido cumplir con las convenciones internacionales suscriptas por la República Argentina (Convención Única de 1961, Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, y Convención de las Naciones Unidas de 1988).

El sistema adoptado busca, al decir de Falcone (y otros, 2011), evitar lagunas de punibilidad, y coincide con el modelo europeo continental que recoge “una serie de conductas en cascada que se direccionan hacia el tráfico de drogas” (*ob cit*, p. 201)¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Cita como ejemplos: el art. 73 de la ley penal italiana sobre la materia (ley 162 del 26 de junio de 1990, que actualiza y modifica la ley 685 de 1975) en la que se prevén veintidós conductas relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, relegando a una disposición ulterior (art. 75) las de importación, adquisición y posesión. En el mismo sentido cita el art. 29 de la BtMG alemana; el 27 de la SMG austríaca o el 19 apart. 1 de la BetmG suiza. En las que encuentra, como característica general que las conductas reciben la calificación de no autorizadas o no permitidas.

Como se verá, si bien dicho método pudo haber resultado eficaz, desde el punto de vista teórico, en orden al cumplimiento, por parte de nuestro país, de las exigencias impuestas internacionalmente, su aplicación en la práctica ha generado serias dificultades de interpretación, fundamentalmente entre los operadores de las fuerzas de seguridad y del sistema de Justicia en general.

La conminación penal por cualquiera de los supuestos previstos en esta norma es de reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa, lo constituye un dato que debería ser ponderado al momento de tener por configurada la tipicidad. Especialmente por cuanto en muchos de los casos la distinción con la figura de la tenencia simple solamente puede realizarse por indicios que permitan tener por acreditada la intención de ingresar al tráfico que exige la ley.

b.2 La finalidad de tráfico

El contenido del injusto de las acciones típicas recogidas reside en su naturaleza de infracciones contra la regulación jurídico-administrativa del tráfico de drogas. De modo tal que la venta o adquisición de la posesión de la droga o su transporte serán conductas punibles cuando el sujeto no disponga de la autorización pertinente (Falcone, y otros, 2011, p. 201).

De este modo, se procura desalentar el mercado ilegal de los estupefacientes, apuntando fundamentalmente a la neutralización de la oferta, con la convicción de que si ésta disminuye también lo hará el consumo.

No obstante, tal como se señaló en la primera parte de este trabajo esta es una lógica relativa y deficiente. En parte, por cuanto las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes se han estructura-

do de manera tal de utilizar, en muchos casos, como recurso humano (para el hecho mismo del transporte) a personas de sectores vulnerables que por un estipendio absurdo si se lo compara con el valor de la droga que movilizan, se avienen a arriesgar su libertad (e incluso sus vidas) para su traslado; o también para el hecho de la comercialización, se valen de “adictos” cuyo margen de autodeterminación es limitado. Por otra parte, porque las características de la demanda inelástica del estupefaciente, no logra el objetivo propuesto. Así, si se disminuye la oferta, lo que sucede es que el precio aumenta y los márgenes de rentabilidad se sostienen.

La expresión tráfico de drogas merece ser precisada, dada la amplitud con la que ha sido legislada y considerada por los operadores jurídicos.

En sentido estricto traficar implica “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías” (D.R.A.E.). Sin embargo, en nuestra materia, tomando como base la legislación nacional y las convenciones internacionales, es posible asignar al término un sentido más amplio, pues se abarca normalmente desde el cultivo de las plantas que hacen de materia prima, hasta el lavado del dinero proveniente de las etapas de producción y comercialización.

Según Sequeros Sazatornil¹⁴¹ “el concepto de tráfico excede el significado mercantilista que conlleva la acepción, entendida como comercio, negocio con dinero, compra o venta de mercaderías, permuta, especulación con ellas, etc. En el orden penal tiene un significado más amplio, que comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión, de una cosa, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella. Con di-

¹⁴¹ “El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico”, citado por Pedreira González en “El delito de tráfico de drogas”, dir. F. Javier Álvarez García, Tirant monografías 617, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 34/35.

cha acepción y sin forzar su interpretación se da cobertura a los supuestos de cesión gratuita de drogas y otros actos de liberalidad que serían de difícil inclusión en el tipo si se tradujera la expresión aludida en parámetros puramente comerciales”. Y cita al Tribunal Supremo Español (STS de 29 mayo 1991) que dice que el concepto de tráfico debe ser considerado en un “sentido vulgar”, importando ello incluir en su definición aun actos aislados, que no responderían en otro contexto a la idea de comercialización o mercantilización. A condición de que se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal que se persigue.

En la sentencia del 22 de febrero de 1997 (STS 243/1997) dice que comprende “cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hace circular lo que es simple detención de la droga, mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o detentador de la cantidad, máxima o mínima, de que se trate.” Aseverando, entonces, que en esa configuración quedarán atrapados tanto el vendedor como el donante, o cualquier intermediario que permite la transmisión del alucinógeno, siempre en la idea de facilitar, favorecer o promover el consumo ilícito. Y en la sentencia del 4 de mayo de 1998 (STS 607/1998) “el término tráfico referente a los actos de tal clase, en equiparación a los de cultivo o elaboración, no supone una equivalencia o granjería, negocio, actividad lucrativa o comercio, sino a movilidad, extensión, propagación de tan ilícitas sustancias. Con esta concepción, finaliza, se consideran actos de tráfico, la compra y la venta de droga, bastando el simple acuerdo de voluntades entre el comprador y el vendedor para entender consumado el

delito, la permuta, el mero ofrecimiento de la droga e, incluso, la intervención en el transporte¹⁴².

Dichos conceptos son aplicables con cierta comodidad a nuestra realidad a condición de que se lo haga de modo general, pues es menester destacar que existen diferencias entre la legislación argentina y la española.

Laje Anaya, titula el tercer capítulo de su obra como “tráfico ilícito o tráfico delictivo” e inmediatamente comienza una análisis exegético de los supuestos contenidos en el artículo 5º de la ley 23.737 (Laje, 1998, p.87), no sin antes procurar definir (en nota a pie de página) su concepto de tráfico.

Así explica que “por tráfico ilícito se entiende el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrarios a las disposiciones de la presente Convención [se refiere a la Convención Única de 1961, art. 1 l]. Por tráfico ilícito se entiende la fabricación o el tráfico de sustancias psicotrópicas contrarios a las disposiciones del presente Convenio [sigue citando, en este caso la Convención de Viena de 1971, art. 1, j]. Ambos instrumentos jurídicos internacionales dan pautas a los Estados para que elaboren normas retributivas con el objeto de que todo proceso y cada uno de sus aspectos, declarados ilícitos, no queden sin la adecuada represión. En estos aspectos, puede decirse que el fin de la Comunidad Universal es buscar que las legislaciones de los distintos Estados sean más o menos uniformes sobre la base de criterios rectores que satisfagan aquéllas existencias y proteja a la humanidad.” Y agrega, a renglón seguido, que a partir de la Convención de Viena de 1988, por *tráfico ilícito de estupefacientes* se entiende la comisión de aquellos delitos que enumera en el art. 3. Y es éste un sentido amplio, no circunscripto al sentido que le es propio. “*Se trata de un concepto jurídico*

¹⁴² Sequeros, *ob cit*, y sus citas.

de alcances más amplios desde que quedan comprendido en él, la acción de transferir o convertir bienes cuya procedencia es el resultado de la comisión de otros delitos de este género, o por ejemplo, la ocultación, el encubrimiento de la naturaleza, el origen, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, con conocimiento de que provienen o proceden de algunos de los delitos en cuestión” (Laje, ob cit, p. 88).

Cornejo critica severamente este modo de legislar (particularmente el art. 5º de la ley 23737) pues asevera que repite los errores del texto que vino a remplazar (ley 20771), pues encuentra imprecisas las descripciones típicas: “...nuevamente las conductas prohibidas quedan inmersas en verbos que si bien encuadran de manera general un proceder, no lo describen” (Cornejo, 1990, p. 75).

Falcone, por su parte, habrá de destacar también la pretensión del legislador argentino de abarcar exhaustivamente todas las fase de la producción del tráfico ilícito de la droga a partir del art. 5º de la ley 23737 (Falcone, 2002, p. 135). De modo tal que se reprimen comportamientos que se sitúan en un estado anterior a la consumación propiamente dicha (vgr. la tenencia con fines de comercialización).

Por su parte Puricelli (1998) considera que son los arts. 5, 6, 8 y 9 de la ley 23737 los que comprenden las conductas que constituyen las diferentes modalidades de tráfico; a la vez que el art. 7º sanciona a quien o quienes organicen o financien las acciones del art. 5 y 6; el art. 10 a aquel que facilite el lugar o elementos para que se lleven adelante los actos previstos en los arts. 5 a 9; y, finalmente, el art. 11 que prevé la agravación de las antes descriptas.

En el mismo sentido Culotta (D’Alessio, ob cit, p. 1023) considera que en el art. 5º se describen una variedad de conductas que se vinculan

con el tráfico de estupefacientes que intentan atrapar todas las fases de la denominada cadena de tráfico que comprende desde la guarda de semillas, la siembra, el cultivo y la producción, hasta el transporte y el almacenamiento, el comercio, la tenencia con esa finalidad y el suministro. Y que esta variedad de comportamientos deben considerarse en una relación de especialidad (*“ley compleja alternativa”*).

b.3 El elemento subjetivo distinto del dolo: la denominada *“ultraintención”*. *“Corsi e recorsi”* de la jurisprudencia.

La comercialización de la droga sería la nota común mediata o inmediata que liga a los actos englobados en los diversos tipos específicos de dicha norma. Incluso se considera que el orden que da el legislador no implica que se trate de tareas que carezcan de interrelación, sino que las enunciaciones específicas conlleva a la meta: comercialización ilegal de la droga.

Si esto es así, la exigencia impuesta en algunos pronunciamientos sobre la necesidad que demuestre un elemento subjetivo distinto del dolo, tal la denominada *“ultra-intención”*, aparece como razonable, pues no puede pensarse aisladamente el almacenamiento o la siembra (Culotta, p. 1024).

En relación a esta idea, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal había afirmado, en orden a la interpretación del art. 5º: *“Comercializar la droga es la nota común mediata o inmediata, que liga a los actos englobados en los diversos tipos específicos de dicha norma, con la actividad genérica de la comercialización. El orden en que el legislador usa esos verbos no implica que se trate de actividades que carezcan de interrelación, sino que todas las enunciaciones específicas conllevan a una meta*

que las articula: la comercialización ilegal de la droga. Las diversas actividades forman parte del tráfico ilícito, y no pueden conceptualizarse en aislamiento unas de otras, ya que todas son actos, mediatos o inmediatos relacionados con el tráfico de drogas en una secuencia espacio-temporal”¹⁴³.

No obstante, tiempo después la misma sala habría dejado de lado este criterio, o al menos lo habría acotado, al señalar: “v) *La cuestión propuesta por el recurrente remite a un tema que ya ha sido del conocimiento y decisión de esta Sala, cual es el establecer si el delito de almacenamiento de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 5 inc. “c” de la ley 23737, requiere dolo de tráfico para tenerlo por configurado. Al respecto esta Sala ha sostenido que exigir que la figura en estudio forme parte de una “cadena de tráfico” es ir más allá de la voluntad del legislador. Al sancionar la conducta de quien almacena drogas sin autorización o con destino ilegítimo, el legislador tuvo en miras la represión de un peligro abstracto para la salud pública desvinculando la acción del resultado. Es así que incurre en el delito de marras quien almacene estupefacientes sin que importe el destino que posteriormente le confiera a tales sustancias (conf. ‘Martín, Carlos Manuel s/recurso de casación’, c. n 680, reg. N° 921 rta el 17/4/96). Esta decisión solucionaría definitivamente, a mi ver, la cuestión que aquí, se dilucida. No obstante estimo pertinente efectuar ciertas consideraciones. La ley 23737 –en los arts. 5° inc. c) y 14- prevé diferentes conductas que se relacionan con la tenencia de estupefacientes, las que protegen un idéntico bien jurídico: la salud pública. El legislador ha considerado que la mera tenencia de estupefacientes constituye un delito de peligro abstracto que se*

¹⁴³ CNCP, Sala II, causa 33, “García Fernández y otro s/recurso de casación, rta. 18/11/1993 (voto del Dr. David), citado por Mahiques, 2004, p. 87.

consume con sólo poner en riesgo o crear la posibilidad de peligro para dicho bien tutelado por la ley penal. En principio no interesa el motivo de la tenencia, el delito ya se formaliza con la sola circunstancia de tener la droga, y ello por el peligro a la salud pública que tal acto origina. Este concepto ha sido receptado en el art. 14, primer párrafo, del texto legal cit., a través de la llamada tenencia simple de estupefacientes, desde que crea una figura de peligro potencia orientada a castigar al simple tenedor de tóxicos prohibidos. Ahora bien, esta figura, que podría considerarse la básica o esencial de la tenencia de estupefacientes, está totalmente comprendida dentro de otras conductas previstas y reprimidas por la misma ley, agravadas o atenuadas según las circunstancias que las caracterizan, de modo tal que la ausencia de ellas provoca el efecto de hacer desaparecer el delito previsto en el tipo cualificado que contiene el elemento en cuestión, adecuándose el hecho a la figura básica... Por su parte el inc. c) del art. 5º de la ley 23737 prevé diferentes hipótesis de figuras agravadas que se componen con la figura básica –tenencia de estupefacientes– más las circunstancias propias que caracterizan cada figura cualificada. Tal norma reza: ‘Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años... el que sin autorización o con destino ilegítimo... comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o lo dé en pago, o almacene o transporte’. Es así que **en la tenencia con fines de comercialización**, la figura básica de tenencia de estupefacientes se encuentra agravada por el fin o propósito con el que se tiene la intención de comercial con ellos. En el **transporte**, también se califica la tenencia de droga por parte del transportista de esa sustancia por la traslación o desplazamiento de un lugar o paraje a otro portando a sabiendas los estupefacientes, sin que se requiera una determinada latitud de trayecto, modalidades muy complejas de acarreo o que se haya arribado con los tóxicos al lugar de

*destino (conf. Esta Sala in re 'Ibarra, Carlos A. s/rec. de Casación', c. n°704, reg. N° 987, rta. El 20/6/96). Por su parte, en el **almacenamiento** – tipo penal aquí traído a estudio-, las circunstancias que califican agravando la figura básica, están dadas no sólo por el quantum de la droga que se tiene, sino también por las características que reviste dicha tenencia, características estas que surgen implícitamente del verbo 'almacenar'. No se requiere aquí un propósito o fin determinado para calificar la conducta, como sería a juicio de la defensa el de almacenar estupefacientes para su comercialización o para integrar una cadena de narcotráfico (...), sino que nos encontramos frente a una tenencia significativa cuyas características especiales como el lugar y el modo en el que se encontraba guardada y acondicionada la droga y la cantidad que se tenía, configurarían una situación de mayor peligro al bien jurídico tutelado, en virtud de lo cual el legislador ha creído necesario prever una pena más grave que la prevista para la simple tenencia”(voto del Dr. Mitchell, al que adhirieron los Dres. Fégoli y David)¹⁴⁴.*

Como puede apreciarse fácilmente, el rumbo interpretativo de la ley, tal como se puntualizó anteriormente, resulta errático. Se ve con claridad que la misma Sala interpreta de manera contradictoria, pues en el primer caso inserta las acciones previstas en el art. 5° en el tráfico ilícito de estupefacientes (doctrina que estimamos la acertada), mientras que en el segundo pretende que dicha exigencia excede la literalidad del tipo.

Para una parte de la doctrina, la distinción podría encontrar anclaje en la expresión “*destino ilegítimo*”, al considerarlo un elemento subjetivo

¹⁴⁴ “Mansilla, Mario H. s/recurso de casación” reg. 1229, del 27/12/1996, en Fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal, 1996, vol II – abril/diciembre- La Ley año 2000, pp. 640/644.

del tipo, distinto del dolo, que determinaría una especial disposición psíquica por parte del sujeto activo: la conciencia o finalidad de contribuir con su conducta a la cadena del tráfico de sustancias estupefacientes (Mahiques, 2004, p. 88).

Por mi parte no comparto tal opinión. La inclusión en los tipos de penales de expresiones como la antes mencionada o “sin autorización”, “ilegítimamente”, “indebidamente” o “ilegalmente” son comunes en diferentes tipos penales, aunque no resulten, como señala Donna, de fácil aprehensión¹⁴⁵. Este es un problema detectado tempranamente en la doctrina penal. Así se ha señalado: *“se plantea, por otra parte, la pregunta rela-*

¹⁴⁵ Al analizar el tipo del hurto, normado por el artículo 162 del Código Penal, y el sentido de la expresión “apoderamiento ilegítimo” dice: *“Desentrañar esta palabra no es sencilla, ya que puede ser considerada, tanto como un elemento del tipo, como un elemento de la antijuridicidad, que tendrá consecuencias tanto para la consideración del dolo del autor, como para la teoría del error, y si éste es de tipo o de prohibición”*. Delimitado ello, señala que existen dos posturas en pugna sobre este punto, los que sostienen que el adverbio en cuestión resulta una mención obvia y redundante, y aquellos que afirman que la inclusión de éste se justifica para señalar inequívocamente que el carácter ilegítimo del apoderamiento (como elemento del tipo objetivo) debe estar abarcado por el dolo, de modo tal que cabría el error de tipo en el supuesto de que el autor crea equivocadamente que el apoderamiento es legítimo. No obstante, parece inclinarse por la primera postura pues remata su opinión expresando: *Sin embargo, nada cambiaría con la exclusión del término, ya que la apropiación de cosa ajena, sin consentimiento del dueño o tenedor sería típica*” (en Donna, Edgar-do Alberto. “Derecho Penal-Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II-B pág. 32/33).

tiva al significado de expresiones tales como antijurídico, contrario al derecho, sin autorización, etc., utilizadas en numerosos tipos penales con el fin de caracterizar la acción. Es posible distinguir aquí tres tipos de casos. a) si estas expresiones se relacionan con el complejo de la acción del autor... no se trata de elementos del tipo, sino del delito. El tipo se cumple con la acción..., y es suficiente que la congruencia del dolo se limite a ella; si no hay congruencia, nos encontramos ante un error de tipo que deberá ser calificado de acuerdo al §16. Si, en cambio, el autor actúa dolosamente, pero ignorando que su conducta es ilícita, sin autorización, etc., existirá error de prohibición... b) En los casos de que la caracterización como antijurídica o ilícita no se relacione con el complejo de la acción típica del autor, sino sólo con un elemento del tipo, se tratará de un elemento de este tipo... El error referido a estos elementos constituye un error de tipo... c) De estos dos grupos deben distinguirse aquellas amenazas penales en las cuales la expresión antijurídico es destacada expresamente tanto como elemento típico, cuanto como elemento general del delito... ”¹⁴⁶.

Desde otra óptica conceptual Jiménez de Asúa explicaba que el legislador instala a veces en la propia descripción objetiva, y concurriendo o no con los elementos subjetivos, otros elementos que son designados como elementos normativos¹⁴⁷. Expresaba el autor español, con cita a Max Ernst Mayer, que “*Cuando una circunstancia no indica antijuricidad, sino que la fundamenta, no es entonces ratio cognoscendi, sino ratio essendi, y pertenece a la antijuricidad: es su parte esencial. Los elementos normativos del tipo tienen precisamente esa particularidad. En tanto que en las sustracción ya un indicio del apoderamiento antijurídico, la ajenidad de la cosa es*

¹⁴⁶ Maurach, 1994, pág. 418.

¹⁴⁷ Jiménez de Asúa, 1992, pág. 900 parág. 1223.

su parte esencial; si falta la sustracción, se excluye el tipo del hurto; si falta la ajenidad, se excluye la antijuricidad del apoderamiento”¹⁴⁸.

En el caso particular del art. 5º inc. c) de la ley 23737 la expresión “destino ilegítimo” se enlaza con la siguiente “sin autorización” y no aparece como constituyente de la tipicidad, sino de la antijuridicidad. Y cobraría relevancia a la hora de evaluar, llegado el caso, un posible error sobre dicho aspecto. Pues de ser acertado el planteo cabría la consideración de atipicidad, sea vencible o no, mientras que en la segunda solución dicho aspecto modificaría, eventualmente, el grado de reprochabilidad.¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Ob cit*, pág. 900/901.

¹⁴⁹ Sin desconocer la opinión contraria de Alejandro Alagia (“El consentimiento en la dogmática penal”, artículo de doctrina en © 2000 Derecho penal.com.) quien niega que cuando el tipo sistemático incluye términos como ilegítimamente, indebidamente, etc. se trate de expresiones que simplemente denoten un desvalor de antijuridicidad redundante, sino que los conceptualiza como *elementos normativos de recorte*. Según su pensamiento “*Desempeñan la función de individualizar un pragma: no se define completamente el hurto como apoderamiento de cosa ajena, ni la violación de domicilio como entrada en morada ajena, ni el secuestro como la privación de libertad de otro. Un particular en el primer caso y un funcionario público en los dos últimos, realizan estas acciones a diario, de modo que el tipo sistemático requiere estos datos como elementos normativos de recorte. Un claro ejemplo de ello lo constituye el daño, pues no puede calificarse de típico el contrato de locación de obra de demolición.*” Es, por otra parte, la opinión que se vuelca en la nueva obra del Dr. Zaffaroni, donde se retoma la idea de la doble función en un sentido de completar una definición que conceptualmente requiere el componente de falta de aquiescencia

c- Los delitos que se regulan en el artículo 5 inc. “c” de la ley 23.737.

En lo que concierne a este trabajo nos detendremos especialmente en el inc. “c” del artículo 5º, pues tanto por su frecuencia, como por su variedad, es decididamente, el que abarca el grueso de las conductas vinculadas al tráfico.

El inciso “c” estipula la sanción penal para aquel que sin autorización o con destino ilegítimo: *“Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte”*.

Señala Falcone que el sujeto activo del delito será quien detente la calidad de comerciante, es decir quien con ánimo de lucro, por cuenta propia y con habitualidad, compra, vende o permuta las mercaderías a las que se refiere el tipo (Falcone et al., 2011, p. 249).

En un sentido similar señala Culotta (D’Alessio, *ob cit*, p. 1035) que “este delito no abarca actos individuales de venta u oferta de estupefacientes, materias primas, plantas o semillas pues *comerciar* requiere una actividad habitual de compra, venta o permuta de esos objetos; ya sea al por mayor o al menudeo, en el interior del país o en el extranjero (Código de Comercio, art. 1º)”¹⁵⁰

o acuerdo del sujeto pasivo, o de una precisa referencia a la antinormatividad (supuesto en el que ubica el caso del hurto), como elementos normativos de recorte (Zaffaroni, 2000; pág. 440).

¹⁵⁰ Laje Anaya (1998, p. 122 y ss.) desarrolla la cuestión explicando que “el delito supone la presencia de un comerciante que en vez de dedicarse al

Tazza (2008, p. 61) da su parecer en el sentido de que el primer escollo para precisar la correcta adecuación típica, dado la casuística de la ley argentina, es la distinción entre comercio de estupefacientes y la venta de los mismos. En este sentido, explica que la ley argentina no utilizó el verbo “vender” sino “comerciar”, y si bien quien comercia estupefacientes lo hará normalmente mediante su venta, “no toda venta es de por sí comercio de tales sustancias si no va unida a un elemento subjetivo especial”.

Coincide Tazza con los demás autores en punto a que las características del “comerciar” pueden inferirse a partir de la legislación mercantil, hurgando en las referencias que se hacen al sujeto “comerciante”, esto es “al que habitualmente y por cuenta propia o ajena realiza actos de comercio” dentro del giro ordinario de sus negocios y con la finalidad de lucrar

tráfico lícito, se dedica a cometer delitos”. De ello deriva, sobre la base de la regulación legal para considerar a alguien comerciante, que “ejerza por cuenta propia, con habitualidad, y que lo haga para lucrar o con fin de lucro (C. de Comercio, 1 a 8)”. Y que la verificación accidental de un hecho que pueda ser considerado como del comercio, no implica que el sujeto adquiera la calidad de comerciante; aunque de manera un tanto confusa agrega a continuación que la habitualidad no se adquiere a los fines penales, con la reiteración o multiplicidad de actos materiales, sino que lo que decide el punto es la finalidad, esto es “la actitud subjetiva que el sujeto tenga de ejercer el comercio de estupefacientes para el futuro”. Y señalo que confuso, pues resulta inverosímil la demostración inequívoca del comportamiento de un sujeto hacia el futuro, amén de quebrantar las reglas de la dogmática penal, de la responsabilidad por el hecho, pues se le imputaría el comercio del estupefaciente en razón de presumir que existirá habitualidad en el futuro, lo que prescinde también de todo lo concerniente a la tentativa o al desistimiento voluntario.

con su enajenación. De modo tal que también rechaza la idea de comercio cuando nos hallemos frente a la enajenación de bienes o productos realizada de forma aislada o esporádica.¹⁵¹

Por su parte Puricelli (1998, p. 180) se refiere a la acción típica como “desplegar una actividad lucrativa de intermediación, de venta o de compra con igual fin... Lo que el legislador prevé en ésta es el ‘comercio’ como actividad que va dirigida a más de una persona y en la que más de una interviene: el comerciante de estupefacientes como parte de la cadena del tráfico ilícito, que aparece desplegando aquellas actividades”.

Otra cuestión que se plantea es si para atribuir la acción típica de “comerciar” es menester la posesión efectiva o la tenencia directa sobre la droga. Mayormente se ha respondido que ello no es así, sino que basta que el sujeto tenga la disponibilidad del material. Ello es consecuencia lógica, por otra parte, de que la acción de comerciar –en los términos en que ha sido definida- es distinta a la de tener (que es sancionada a renglón seguido), pues la conducta de intermediación no es igual a la de tener el objeto de la transacción. Si además de “comerciar” el sujeto tiene la droga, ésta figura se verá desplazada por la primera¹⁵².

La acción en cuestión supone, al decir de Falcone, “*la existencia de un contrato criminal perfectamente equiparable a los que se realizan en la vida civil; requiere que el vendedor le provea al comprador de estupefa-*

¹⁵¹ Y destaca, con cita a la sentencia del T.O.F. n° 2 de C.A.B.A. que no todos los tribunales argentinos participan de esta concepción.

¹⁵² Cfr. CNac. Crim. Y Correc. Fed., sala 1ª, 14/9/2004 “Caicedo Chaparro, R.; C.Nac. Casación Penal, sala 2ª, 30/8/2002, “Morales, Dolores” –voto del Dr. David-; citados por Inchausti-Mercau, 2008, p.97).

cientes a cambio de dinero o de cualquier otra conducta o cosa que satisfaga al vendedor” (Falcone et al., 2010, p. 250).

Esta concepción permite la consideración del problema de la tentativa, que, al decir de Falcone sería posible, en tanto el tipo exige un resultado (aún cuando se trate de un resultado de peligro por la naturaleza del delito). Y pone como ejemplo el caso en que los adquirentes no puedan recibir la mercancía por razones ajenas a su voluntad, concluyendo que existe tentativa por darse en el caso todos los elementos.

Sin embargo, tal consideración no resulta tan sencilla, pues, como argumenta Culotta (D’Alessio, ob cit, p. 1036), si se lo considera un delito permanente que se comete durante todo el tiempo en que el sujeto activo se dedica a comerciar, la consumación se ubicaría en el primer acto de comercio realizado con habitualidad y ánimo de lucro. Y si los actos posteriores de tráfico se frustran no correspondería considerar que el delito quedó en grado de tentativa.

Es la línea que propone Laje Anaya (1998, p. 124), para quien si la adquisición por parte del autor o la ulterior enajenación han sido frustradas por circunstancias ajenas a su voluntad, no implica que el hecho quede en tentativa de comercio, sino que lo que ocurriría, sería que esa determinada operación no llegó a consumarse y, en el caso, sería demostrativa que, con ella, el autor comerciaba.

No comparto este último criterio. Hablar del comercio como un delito permanente importaría, en definitiva, considerar la acción prevista en la ley como un único hecho, con independencia de la reiteración de operaciones realizadas.

El delito permanente supone el mantenimiento de una situación anti-jurídica de cierta duración por la voluntad del autor (Mir Puig, 2005, p.

227) o, como explica Donna (2008-II, p. 399) el delito no se concluye en un solo instante sino que la consumación se prolonga por un tiempo determinado, como por ejemplo la privación ilegal de la libertad del art. 141 del Código Penal¹⁵³.

Si se considera el “comerciar” como un delito permanente, estaríamos afirmando que el sujeto activo realiza la única acción ilícita de comerciar, sin importar la cantidad de operaciones que realice. En cambio, si como sostenemos, cada acto de comercio, constituye un hecho delictivo, habrá concurso real de cada uno con los otros, y por lo tanto deviene útil la consideración realizada por Falcone en torno a la tentativa, y a ello cabe agregar, en torno a la prescripción de la acción penal.

Ahora bien, una cosa es conceptualizar dogmáticamente la figura, y otra es la de los problemas probatorios a los que nos enfrentamos.

La prueba directa del acto de comercio en sí no será sencilla. A partir de esta dificultad se han construido jurisprudencialmente criterios indiciarios para tener por acreditada la actividad. Así, se acude a las conversaciones telefónicas interceptadas, en tanto indican una operatoria comercial; la similitud en la composición química de la sustancia hallada en poder de un procesado con la que se halla en poder del otro (similitud morfológica, de concentración del principio psicoactivo, etc.); el movimiento permanente y por escaso tiempo de personas que entran y salen de una vivienda¹⁵⁴.

¹⁵³ En el mismo sentido Roxin, 2000, p. 329. Quien advierte sobre la importancia práctica de la distinción ya que pueden variar las soluciones sobre coautoría y cooperación; y sobre el favorecimiento o el encubrimiento.

¹⁵⁴ CNCP, sala 2, 6/10/2003, “Cataldo, Cristian Ariel, reg. Nro 6022.2; CNCrim y Corr. Fed., Sala 1ª, 5/7/91, “Benitez, Ramón”, reg. 285; ídem,

También, se pondera la existencia de los elementos necesarios para el fraccionamiento o estiramiento de la droga (como cuchillo, balanza, sustancias químicas que permitan agregar volumen y peso a las drogas –glucosa, cafeína, lactosa, etc.-, envoltorios apropiados para separar el material –bolsitas de celofán, recortes de bolsas de nylon, etc.-).¹⁵⁵

La siguiente acción descripta por el inciso “c” es la de la tenencia de los elementos cuya comercialización se prohíbe antes. Sobre la tenencia no caben mayores consideraciones que las que se formularon anteriormente. El delito se consuma cuando el sujeto entra en posesión del elemento, y mientras dure su poder de disposición (aquí si nos hallamos ante un delito permanente)¹⁵⁶. Obviamente será una tenencia en la que se halle presente como elemento subjetivo la finalidad de comercialización, lo que supone la ultraintención de participar en el tráfico de estupefacientes.

Las dificultades aparecen nuevamente en la práctica. Así se ha planteado el problema del material estupefaciente hallado en una vivienda compartida por dos o más personas. En estos casos habrá que estar atento a las circunstancias de la investigación, es decir, las tareas de inteligencia que apuntan –con fundamento- a alguna de las personas. También habrá que considerar el lugar dónde es hallado el material, si es de uso privado (como un dormitorio) o de uso público de los habitantes de la morada (como una

sala 2ª, “Puricelli, Horacio Osvaldo”, del 15/12/1992; citados por Inchausti-Mercau, *ob cit*, p. 98 y ss.).

¹⁵⁵ TOCF n° 2, 18/3/99, “Aguirre, Ricardo”, reg. 354; CNCrim y Corr. Fed., sala 1ª, 14/3/96, “de Urquiza”; C. Fed. La Plata, sala 2ª, 3/10/95; “Ramírez, Magdalena J.”; citados por Inchausti-Mercau, *ob cit*, p. 102 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. Culotta, *ob cit*, p. 1036; Falcone et al., *ob cit*, p. 246.

cocina o un baño), la vinculación que pueda establecerse de cada uno con el material. Lo que no debería hacerse es afirmar, sin más, que por el hecho de habitar la misma morada y de, eventualmente, tener la mera posibilidad de disponer de la droga, se adquiriera el carácter de tenedor, especialmente si además se le agrega la agravante de la finalidad de comercio.

La distribución supone la acción de repartir entre varios destinatarios. Es más que la simple entrega (que importa un único receptor o destinatario), y no resulta menester que se realice al mismo tiempo. Lo que si se exige, como en todos los casos, es la consciencia de que se está contribuyendo al tráfico ilícito de estupefacientes.

La dación en pago constituye, en materia civil, un modo de extinguir las obligaciones consistente en la sustitución del objeto original de la prestación por otro. Es por ello que se lo llama también pago “por entrega de bienes”, ya que el acreedor recibe alguna cosa —que no sea dinero— en lugar de la cosa que se debía entregar o del hecho que se debía prestar¹⁵⁷. Resulta dificultoso asignarle un sentido cabal a la expresión en el marco de la ley 23737, máxime si se repara, que ha sido incluida en la sección de las figuras agravadas, cuya vinculación con el tráfico de estupefacientes aparece como necesaria, conforme lo que vengo explicando.

El almacenamiento consiste en la acción de reunir, acopiar, guardar mucha cantidad. La imprecisión legislativa en este punto es flagrante, y más allá de los esfuerzos que se realicen para distinguir este supuesto de la tenencia con fines de comercialización, los mismos resultan más un acometimiento especulativo que práctico. Si partimos de la base de la inserción de estas acciones en el tráfico, no resulta esencial la distinción entre “almacenar” y “tener con fines de comercialización”. A simple vista, pareciera

¹⁵⁷ Art. 779 Código Civil.

que en el primer caso no sería exigible la ultraintención o dolo de tráfico. Pero difícilmente puede escindirse con lógica, la operación de almacenar con la de participar en la cadena comercial.

En este punto lleva razón Falcone al señalar que resulta razonable, en un estado de derecho, que si el almacenamiento y el transporte llevan la conminación de pena, prevista para el comercio de estupefacientes (en tanto delito consumado), estas figuras sean correlacionadas con dicha actividad (Falcone, 2002, 175).

El transporte es la última acción prevista en el art. 5º inc. “c”, y puede entenderse por tal el acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión (Falcone et al., 2010, p.237).

Se afirma de modo general que esta situación requiere que los objetos se encuentren en tránsito, es decir que no estén en el punto de procedencia ni en el destino definitivo (Culotta, *ob cit*, p. 1042; en el mismo sentido Falcone et al., *ob cit*, p. 237).

También se señala que el transporte puede hacerse utilizando algún medio para cargarlos o llevando la droga consigo mismo, inclusive dentro del propio cuerpo. Sin que sea relevante si es a título gratuito u oneroso.

Lo que sigue siendo relevante, conforme lo que se viene explicando, es que la acción de transportar se conjugue con la actividad de tráfico ilícito de estupefacientes¹⁵⁸.

¹⁵⁸ En contra CNCP, sala I, “Zapata, Esteban Eduardo s/recurso de queja”, reg. 6594.1, Fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal, año 2004, ed. L.L., p. 25. “A todo evento, lleva dicho esta Sala que el delito de transporte de estupefacientes se consuma con el traslado de la sustancia de un lugar a

De modo tal que, como primera observación cabe compartir el criterio de quienes sostienen que no puede considerarse comprendido en la figura del 5ª “C” el traslado de droga que se haga para el consumo personal.

Al igual que la tenencia se trata de un delito permanente que se consuma con el inicio del traslado y se prolonga durante todo el tiempo que dura el transporte (Culotta, *ob cit*). En este sentido se ha entendido que la interrupción del transporte por razones ajenas a la voluntad del autor no convierte la acción en tentativa¹⁵⁹; aunque si se la ha admitido cuando se sorprenda al actor cargando la mercadería (Falcone et al., *ob cit*, p. 238)¹⁶⁰.

otro del país con independencia absoluta de la producción del efecto que el agente haya buscado obtener. De allí que esta modalidad delictiva no es necesariamente tributaria de una cadena de tráfico, extremo éste que, por el contrario, sólo es exigible en las figuras relacionadas con la comercialización del estupefaciente”.

¹⁵⁹ CNCP, sala 2ª, 12/12/2003 “Baldivieso, César A.”, reg. 6226.2, cit. Por Inchausti-Mercau, *ob cit*, p. 120: *“La acción reprimida en el art. 5 inc. c), de la ley 23737 es la de transportar estupefacientes y no la de transportar estupefacientes hasta su destino. No integra el tipo objetivo del delito que el transportador arribe con la droga que traslada al destino final, o parcial, o que efectivamente la entregue en ese lugar, o la descargue del medio o vehículo en que la trasladaba, o coopere a descargarla, o controle que efectivamente sea descargada, almacenada, embalada, consumida o comercializada”.*

¹⁶⁰ CNCP, sala IV, “Aguilera Alberto César, s/recurso de casación”, reg. 5826.4 Fallos de la CNCP, ed. L.L., *“...tiene dicho esta Sala que el delito de transporte de estupefacientes se consuma con el mero hecho de transportar la droga, sin que sea preciso que ella llegue a destino”*, dejando a

De todas maneras, en una situación de exhaustividad como la que propone la ley 23737 resulta difícil acordar con la opinión de Falcone, pues si el delito se inicia con el comienzo del viaje, la carga resultaría un acto preparatorio del transporte, y en todo caso quedaría comprendido en la tenencia con fines de comercialización o el almacenamiento, hasta el momento en que el autor de estos últimos se desprendieran de la mercancía.

Si alguien, como es habitual organiza el transporte y lo financia, aunque nunca tenga contacto material con la droga, pero sí disponibilidad funcional¹⁶¹, entiendo que debe ser considerado coautor, sin perjuicio de las agravantes que le puedan corresponder en tanto organizador o financista.

Entendemos que acierta Falcone en que resulta posible el dolo eventual, en el caso de aquél a quien le es encomendado el transporte de un bulto o paquete y se desentiende absolutamente de su contenido (Falcone et al., *ob cit*, p. 242), y que tal supuesto no debe ser confundido con el de quien ignora sin intencionalidad el contenido, por ejemplo por haber sido engañado, como la agencia de transportes que no tiene obligación de verificar el contenido de los paquetes que transporta. Dejando a salvo el hecho de que el conocimiento debe comprender también –conforme las circunstancias del hecho- la posibilidad de que la mercancía transportada tiene como destino el tráfico¹⁶².

salvo la posibilidad de que el delito de transporte de estupefacientes sea cometido en gado de tentativa cuando es interrumpida la carga de las sustancias, es decir, antes de que el transporte comience”.

¹⁶¹ Cfr. TOFC Mar del Plata, 26/11/2003, “Lazo, David y otro” cit. Por Inchausti-Mercau, *ob cit*, p. 119.

¹⁶² CNCrim y Corr Fed., sala 1ª, 19/9/2007, “Guerrero Ayala, Pedro”; causa 40878, reg. 1081, cit. por Inchausti_Mercau, *ob cit*, p. 120

Capítulo V: La investigación de los delitos de tráfico.

A- INTRODUCCIÓN

La investigación de los delitos vinculados a las drogas presenta algunos componentes particulares. Existe, por un lado, una enorme presión social e institucional sobre los operadores del sistema, ya sean las agencias de criminalización primaria, como las secundarias.¹⁶³

Por otra parte, la presión internacional no es un tema menor, particularmente de aquellos países que buscan imponer su modo de enfrentar la cuestión, así como aquellos que tienen intereses económicos vinculados al tráfico, ya sea por ser productores de materias primas o de precursores químicos.

También habrá que tener en cuenta las agencias periodísticas que con poca o mucha información encaran el problema de maneras que no dejan de sorprender pues, en su mayoría, solamente transmiten los aspectos superficiales del problema, sobre la base de cierto conocimiento intuitivo y prejuicioso. Ello, sin dejar de mencionar que nuestro tiempo se ha convertido

¹⁶³ Nadie se encuentra exento de esta presión. Poco antes del fallo “Arriola” Gargarella explicaba que era inminente una decisión de la Corte sobre la materia, la que se venía retrasando debido “*a cálculos políticos por parte de los magistrados de la Corte, a su deseo de no incomodar demasiado, a la vocación de no perder legitimidad social*”. Gargarella, Roberto, “Neutralidad, justicia y consumo de estupefacientes”, Jurisprudencia Argentina, fascículo 2 2009-II, diario del 8/4/2009.

en una época propicia para la localización de “chivos expiatorios”, más allá de los enfoques científicos¹⁶⁴.

A estos aspectos se suman las dificultades propias de una actividad criminal organizada, de tipo comercial, que mueve enormes cantidades de dinero. Con estructuras de poder paralelas a las del Estado, y en muchos casos, infiltrándose en él.

El poder del tráfico de drogas y la ineficacia de los sistemas de investigación tradicionales para frenar las narcobandas ha llevado a las autoridades a reflexionar sobre los límites de los derechos fundamentales en la persecución de la delincuencia organizada (Corrêa, 2010, p. 311).

Con este panorama no es difícil comprender que se haya procurado echar mano de todo tipo de herramientas para su investigación, algunas de las cuales avanzan peligrosamente sobre las garantías y libertades individuales.

Sin embargo no es ocioso recordar que en un Estado de Derecho el ejercicio del *ius puniendi* tiene límites precisos. Que no debería tolerarse que el denominado “combate contra las drogas” avance irrestrictamente y produzca, casi paradójicamente, peores consecuencias que las que el objeto perseguido produciría por sí mismo.

La Constitución Nacional consagra, en su art. 18, una serie de garantías que encuentran, en la legislación sobre estupefacientes y en su aplicación procesal, un factor distorsivo. Detenciones en función de caras o vestimentas sospechosas, estados de nerviosismo que justifican requisas per-

¹⁶⁴ En este sentido es frecuente escuchar acerca de la vinculación entre delincuencia y drogadicción, sin ningún tipo de diferenciación ni, mucho menos, estudios estadísticos que respalden la validez de las afirmaciones.

sonales, intervenciones telefónicas que se prolongan, a veces, por años, investigaciones desplegadas de modo desproporcional a los resultados obtenidos. Figuras como el agente encubierto o el arrepentido que importan caminar sobre la delgada línea que separa una intromisión legal de una ilegal.

La prohibición constitucional de obligar al imputado a declarar contra sí mismo es desvirtuada en muchos casos.

Ello permite un avance, muchas veces descontrolado, del aspecto policial del estado, en detrimento del estado de derecho.

Otra dificultad estructural del sistema es, como vimos, la construcción de tipos penales que se diferencian por algún elemento subjetivo (distinto del dolo), cuya prueba es solo posible merced a los indicios y que, deja al acusado en una situación bastante precaria, y en donde el principio *in dubio pro reo* entra en crisis. A tal punto que la propia Corte Suprema ha tenido que salir a aclarar sus alcances de cara a ciertas figuras que lo invertían¹⁶⁵.

Técnicas particulares del derecho de drogas. Su impacto y recepción en la jurisprudencia.

B. EL ARREPENTIDO

La irrupción de la figura del “colaborador”, “arrepentido” o “testigo de la corona” en la legislación, es un fenómeno a escala mundial. Su im-

¹⁶⁵ Cfr. CSJN V. 1283 XL Recurso de hecho “Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes –causa n° 660”.

plementación ha ido ganando diversos ámbitos de aplicación tanto a nivel nacional como internacional, y ha sido utilizada para intentar enfrentar con éxito fenómenos criminales modernos de muy difícil persecución, tales como el terrorismo, la criminalidad organizada, el narcotráfico, y la corrupción.¹⁶⁶

El concepto clave está dado por el hecho de que el “arrepentido” nace frente a la situación de necesidad a la que se enfrentan las labores de investigación criminal de entidad tal que no es posible afrontarla con las técnicas usuales de lucha contra el delito. En ese contexto, surge como una regla destinada a resolverla.

No obstante ello, desde su inicio ha ocasionado severos cuestionamientos en la órbita ética y también en el orden de sus consecuencias prácticas.

Baratta señala, con un sentido crítico, que en el ámbito de la intervención de la justicia penal de cara al fenómeno de las drogas se afrontan serios riesgos de degeneración del sistema. En parte, pues es uno de los campos en los que la policía tiende a situarse en los límites de la legalidad, debido a las formas típicas que asumen las prácticas de la policía en este sector de “criminalidad sin víctimas”, pues fuerza a la policía a procurarse materiales de prueba sin contar con la denuncia y la colaboración de aquellos que, teóricamente, sufren las consecuencias del delito. Y sobre el tema

¹⁶⁶ Las Directivas sobre técnicas especiales de investigación de Gafisud-2005 lo definen de la siguiente manera: “Arrepentido” es la persona que condenada, imputada o investigada por un delito, coopera de manera voluntaria, oportuna y eficaz con la autoridad pública en la persecución penal de delitos graves, a fin de obtener reducción o extinción de la pena y/o la reducción o eliminación de los cargos formulados.”

concreto de este trabajo fustiga *“las prácticas ilegales o semilegales de negociar la colaboración de confidentes a cambio de garantizar inmunidad, de infiltración de agentes provocadores y otros métodos dudosos usados por la policía al margen de la legalidad han sido objeto de análisis y denuncias no sólo en nuestros días sino también en una literatura ya clásica”*¹⁶⁷.

En la Argentina, la figura del arrepentido, incorporada por primera vez en la legislación sobre drogas¹⁶⁸ y narcocriminalidad, suscitó diversos debates¹⁶⁹ más en la órbita dogmática que en la de la práctica¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Baratta, Alessandro; “Introducción a una sociología de la droga”, en “Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)”; B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004; p. 127. Allí puntualiza que considera que esas prácticas de negociación con el mundo de la criminalidad y las inmunidades concedidas a los informadores constituyen una violación al principio de legalidad. Amén de indicar por qué estima también afectados los principios de idoneidad, subsidiaridad, proporcionalidad y racionalidad.

¹⁶⁸ Artículo 29ter de la ley 23.737: *“A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirla de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación:*

a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación.

b) Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o

1. Consideraciones Generales

a- ¿Delator o colaborador de la justicia?

Se ha señalado, con acierto, que el fenómeno de la delación resulta inmemorial; desde Judas al maccarthismo la figura del delator atraviesa la historia de nuestras sociedades, antiguas y modernas¹⁷¹.

El *common law* previó la posibilidad de que los tribunales utilizaran la confesión de alguno de los imputados para probar la culpabilidad de sus cómplices. La recompensa para este colaborador era escapar de la pena si

cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley.

A los fines de la exención de pena de valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes.

La reducción o eximición de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación”.

¹⁶⁹ Posteriormente fue incorporada una figura similar en la lucha contra el terrorismo y de cara al fenómeno de los secuestros extorsivos, si bien con matices, siempre constituye una respuesta a la impotencia de las agencias de investigación.

¹⁷⁰ Aunque la aplicación jurisprudencial resulta bastante heterogénea, no se observa una particular preocupación por conseguir su homogeneización.

¹⁷¹ Beernaert, Marie-Aude. “*De l’irrésistible ascension des repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal*”; *Déviance et Société*, 2003, vol 27, nº 1, pp. 77-91

aquellos eran condenados en virtud de su testimonio. No obstante que el “*approvement*” desapareció a final del siglo diecisiete, se conservó la indulgencia para aquel que colaborara con la justicia, a punto tal que la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció, en 1878, la existencia de un uso establecido consistente en renunciar a la persecución penal de quien hubiera dado testimonio de manera completa y sincera contra sus cómplices¹⁷².

En Italia también se reivindicó la figura del arrepentido (“*pentito*”) en la lucha contra la Mafia. Existen referencias de finales del siglo XIX respecto de miembros de las organizaciones criminales que prestaban su declaración en contra de éstas a cambio de algún beneficio.¹⁷³

En 1973 Alemania incluyó en su legislación sobre estupefacientes la figura del “testigo de la corona” (*Kronzeuge*) y más tarde, en 1992, lo incorporó en la lucha contra el terrorismo.¹⁷⁴

En la República Argentina al sancionarse en 1863 la ley 49, de tipificación de los delitos federales, se previó la eximición de pena para aquél

¹⁷² Beernaert, Marie-Aude, *ob cit.*

¹⁷³ Flavia Fiumara, “*Mafia e collaboratori di giustizia: conseguenze nelle relazioni familiari*” (Università degli Studi di Roma La Sapienza, 2007-08), quien con cita a Lupo S. (“*Storia della Mafia dalle origini ai nostri giorni*”, Donzelli, Roma 1996, pag. 251) refiere el caso de Salvatore D’Amico di Bagheria, quien –ya estando condenado por homicidio- ofrece colaborar con la policía y se manifiesta dispuesto a confirmar sus acusaciones públicamente, sin que ello pudiera concretarse pues un mes antes del juicio (en 1878) fue asesinado.

¹⁷⁴ M.L. Cesoni- C.N. Robert “*Du délateur au collaborateur de la justice: un parcours de légitimation?*” “*Déviance et Société*”, 1998, vol. 22, nro. 4, pp. 415-419.

que revelase una conspiración para el delito de traición, antes de haber comenzado el procedimiento¹⁷⁵.

El Código Tejedor¹⁷⁶, estableció la eximición de pena para el partícipe del “complot”¹⁷⁷, que no hubiera cooperado en la ejecución, si lo denunciaba a la autoridad antes de la ejecución del crimen¹⁷⁸. En otro orden, al

¹⁷⁵ El art. 4º establecía: “*Quedará eximido de toda pena, el que revelase la conspiración a la Autoridad Pública, antes de haber comenzado el procedimiento*”. Por su parte el art. 3 castigaba con trabajos forzados “*La conspiración de dos o más personas para los delitos expresados en el art. 1º...*”, que no eran otros sino supuestos que implicaban el delito de traición definido en el artículo 103 de la Constitución Nacional. Dicha ley constituía una suerte de código de los delitos federales, y estuvo vigente hasta 1922. Cfr. Zaffaroni- Arnedo, 1996, t. 1, pp. 11-12, 135, 136.

¹⁷⁶ “Código Penal de la Provincia de Buenos Aires”, 1884, en Zaffaroni- Arnedo, 1996, t. 1, p. 157 y ss.

¹⁷⁷ Art. 44. La nota al artículo que tiene como fuente el art. 53 del Código de Baviera, y que la impunidad prometida al revelador tiene por objeto hacer más fácil el descubrimiento de las asociaciones criminales. Por otra parte, a ese principio de política criminal une uno jurídico, pues analiza el desistimiento del complot como semejante al desistimiento voluntario de la tentativa. Y si bien se menciona a Beccaria quien veía oprobiosa la protección de la perfidia, se le responde con cita a Diderot quien que ello traía la ventaja de sembrar la desconfianza en los delincuentes.

¹⁷⁸ Similar previsión contenía el Proyecto Villegas de Código Penal en su artículo 18. Cfr. “Zaffaroni- Arnedo, 1996, t. 2, p. 50. Posteriormente, el Código Penal de la República Argentina, ley 1920 del 25 de noviembre de 1886, que adopta para la República el Código Tejedor, preveía en el art. 29 la misma exención de pena, bajo idénticas circunstancias. Artículo 261 del

tratar el tópico de la atenuación y agravación de la pena, se establecía como principio que debía considerarse que la criminalidad disminuía cuando como resultado de los antecedentes o de la conducta posterior –durante o después del hecho- resultaba que su perversidad y desmoralización eran todavía poco avanzadas¹⁷⁹ y que, en este último caso, sería disminuida la pena, “*si revela la existencia de nuevos culpables desconocidos a la justicia, o da de propio motu los medios y la ocasión de prenderlos*”¹⁸⁰. Con la salvedad de que ninguna de las causas mencionadas autorizaban al juez a separarse de la pena legal, cambiar su clase, prolongar o abreviar su duración; aunque sí estaban los tribunales autorizados –frente a circunstancias atenuantes- a suprimir los accesorios de la pena principal¹⁸¹.

Un caso particular lo constituía la previsión del Proyecto Peco (1941) que en su art. 12 –bajo el título de desistimiento y arrepentimiento activo- eximía de sanción al autor que desistiera espontáneamente, salvo que los actos ejecutados constituyeran delito; y facultaba la atenuación si impedía espontáneamente la producción del resultado. En la exposición de motivos, explicaba Peco que la solución de su proyecto otorgaba mayor amplitud, dejando de lado tanto el sistema objetivo del código vigente, como el subjetivo de la paridad de los códigos francés y polaco; optando por

Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo: “*Quedaré eximido de toda pena el que revelare la conspiración a la autoridad pública, antes de haber comenzado el procedimiento*”, con la aclaración en la exposición de motivos que fue tomado idéntico del art. 4º de la ley 49. También en el Proyecto Segovia se mantuvo la exención –art. 316-. Art. 279 *in fine* del Proyecto Coll-Gómez de 1937.

¹⁷⁹ Ídem art. 188 inc. 6º.

¹⁸⁰ Ídem, art. 189 inc. 5º.

¹⁸¹ Ídem, art. 190.

el sistema facultativo de Ferri. Y señalaba *“El sistema no canoniza ni la omnipotencia de la acción externa ni la omnipotencia de la intención criminal, deja al juez la valuación del acto ejecutado por el delincuente, como síntoma de su mayor o menor peligrosidad... El reemplazo del adverbio voluntariamente por el de espontáneamente ...obedece al propósito de que las consideraciones defensasistas prevalezcan sobre las consideraciones utilitarias. Para estimular el desistimiento no se penetra ni en la causa ni en el móvil, colocando en identidad de condiciones el arrepentimiento, el temor, al ruego, al consejo, al cálculo o a cualquier otro accidente. ... Al que espontáneamente impide la producción del resultado se la aplica la sanción libremente atenuada, para moverlo al arrepentimiento y precaver la consumación del delito...En esta parte del texto, concurren por igual los argumentos defensasistas y los argumentos utilitarios: según el proyecto el arrepentimiento activo no es una causa de impunidad como el desistimiento”*¹⁸².

b- Una cuestión ética

En 1987, al producirse en Francia la sanción legislativa de una serie de textos vinculados con la “delación”, el psicoanalista francés Jacques Hassoun se preguntaba –en relación a este problema- si, para defenderse, la democracia podía acopiar información que podría ayudarla a precaverse de aquello que tendiera a desestabilizarla. Y señalaba que aún cuando los Estados no tuvieran otra elección que suscitar o acudir a la delación, y que los individuos no tuvieran otra opción más que la de entregarse a ello se

¹⁸² Cfr. Zaffaroni-Arnedo, 1996, t. 5, pp. 56-57.

trataría siempre de un acto moralmente reprehensible y éticamente condenable.¹⁸³

La afirmación, que no parece dejar lugar a la controversia, no es sin embargo compartida por todos. Para muchos, no existe una cuestión moral de por medio. Por el contrario, no cabe hablar de traición o delación sino de colaboración con la justicia, y consideran que debe fomentarse la denuncia en el seno de las organizaciones criminales¹⁸⁴.

Aquellos que consideran censurables las disposiciones que favorecen al “arrepentido” sostienen que debería ser llamado “delator”.¹⁸⁵

El delator no es visto con agrado por nadie. Es un traidor para aquellos a quienes ha delatado, y para la mayoría de los que se sirven de su conocimiento se trata de una persona poco fiable. Y es que a diferencia del testigo, el arrepentido no resulta ser un “otro” imparcial o desinteresado, o que al menos asume una responsabilidad penal en caso de mentir, sino alguien que ha obrado mal y procura “escapar” del castigo mediante el proporcionar información que perjudicará a quienes antes eran sus cómplices o amigos. Según este enfoque se objeta que se trata de una forma de delación moralmente condenable. Y se puntualiza que aparece como censurable la conducta de quien, para obtener ventajas personales, denuncia a sus viejos

¹⁸³ Cesoni M.L.- Robert, C. N.; *ob cit.*

¹⁸⁴ Caselli G. C.-Perduca A.; “Commento all’ art. 3 1 29/5/1982 n.304; citados por Beernaert, *ob cit.*, p. 85.

¹⁸⁵ Delator no es un término de sentido neutro en la lengua castellana. Si bien, en una primera acepción significa “descubrir a alguien que ha cometido un delito o una falta” (cfr. Diccionario del Uso del español de María Moliner), lleva en sí la carga de quien realiza la delación es “un soplón”, un “chivato”, “un traidor”.

compañeros a los que se encuentra unido por vínculos de confianza; en esa medida se trata de una traición.

Ya Beccaria, en su célebre Tratado de los Delitos y las Penas expresaba su consternación frente a leyes que prometiesen la impunidad al cómplice de un delito que revelase a otro; señalando que una ley semejante debería acompañar la impunidad con el destierro del delator¹⁸⁶. Y en este punto de dudosa moralidad se asienta la justificación so pretexto de la eficacia de la investigación.

De hecho, en nuestro país, tal como apunta Franceschetti¹⁸⁷, no interesa que el imputado se haya efectivamente arrepentido, sino el aporte de información valiosa para la causa, pues el premio de la reducción de pena depende de este último aspecto y no del primero. *“Por tanto, la ley no consagra la figura del arrepentido, cual sería la de eximir o atenuar la pena de aquél que le pesa lo que ha hecho y se presenta a intentar reparar los daños provocados, sino que prevé la figura del delator, cual es eximir o atenuar la pena de aquél que aporta datos incriminatorios de sus cómplices o que permitan descubrir el producto del delito”* (el énfasis no se encuentra en el original).

¹⁸⁶ Editorial Heliasta, 1993, pág. 151/152 *“Pero en vano me atormento para destruir el remordimiento que siento, autorizando con las leyes sacrosantas, con el monumento, de la pública confianza, y con el principio de la moral humana, la traición y disimulo. ¡Qué ejemplo sería para una nación si se faltase a la impunidad prometida, arrastrando al suplicio, por medio de doctas cavilaciones, en vergüenza de la fe pública, quien ha correspondido al convite de las leyes!*

¹⁸⁷ Franceschetti, Gustavo Daniel; “El colaborador” artículo publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/colaborador.htm> - 3

José Severo Caballero¹⁸⁸ habría de expresar su oposición a este tipo de soluciones porque *“importa caer en la impunidad y con ello en el no ejercicio de la facultad represora ante la violación ética (art. 36 párrafo sexto, Constitución Nacional) que garantiza la tranquilidad colectiva y no sólo la de la víctima”*. Y agrega: *“...el Estado parece abandonar, en gran medida, el fundamento ético de la pena y de la soberanía en homenaje a los acuerdos entre el arrepentido, el Ministerio Fiscal y aún el juez para reducir la pena a cambio de la información que aquél suministra. Parece que el Estado se desplaza hacia una pena que adquiere aires de contratación de mercado o negocio antes que admitir una solución ética”*.

Terragni ha sido aun más terminante, *“Recurrir a procedimientos que no responden a nuestra idiosincrasia jurídica, so pretexto de querer ser eficientes en la lucha contra el crimen, constituye un mal ejemplo que el Estado transmite a la sociedad. Lo secreto, lo sospechoso de parcialidad diluye la frontera –que debe ser nítida- entre licitud e ilicitud.”*¹⁸⁹

García Vitor habría de expresar su rechazo por considerar que se fomenta la delación, medio de averiguación de los delitos que contraría los principios éticos elementales que, señala, no se discuten en el actual Estado de Derecho.¹⁹⁰

También en Brasil, donde la figura de la delación se incorporó a la legislación en la década de los noventa se alzaron voces discordantes:

¹⁸⁸ “La figura del arrepentido en los proyectos legislativos para la reforma del Código Penal Argentino”; L.L. 1997-E, 1507.

¹⁸⁹ Terragni, Marco Antonio. “El arrepentido o el testigo de la corona y otras cuestiones conexas. DJ 1998-1, 976.

¹⁹⁰ García Vitor, 2001; p. 44.

“...hay otros aspectos, de naturaleza ético-moral, que indican el profundo e irremediable infortunio cometido, una vez más, por el legislador brasileño, demagogo y poco cuidadoso cuando se trata de los aspectos jurídicos de sus respectivos proyectos de ley. Es en extremo peligroso, nos parece, que el Derecho Positivo de un país permita y, aun más, incentive a los individuos que en él viven, a practicar la traición como medio de obtener un premio o un favor jurídico.... es inaceptable que esta misma regulación jurídica prevea la delación premiada, en flagrante incitación a transgredir preceptos morales ante los cuales no es posible transigir y que, en último análisis, deben estar incorporados a las normas legales que emergen del proceso legislativo”¹⁹¹.

Entre las voces que no encuentran inconveniente alguno en aceptar lo que denominan “el derecho penal premial”¹⁹² se menciona que se trataría de preceptos de naturaleza intermedia entre las figuras de arrepentimiento y desistimiento, con una clara fundamentación utilitarista y de Política Criminal; sin pretender buscar ni satisfacer ninguna exigencia de justicia que atienda a móviles éticos o al espontáneo arrepentimiento del inculpado, sino propiciar y remunerar la conducta del que facilita la desarticulación de organizaciones que se consideran especialmente peligrosas y de difícil ac-

¹⁹¹ Rômulo de Andrade Moreira “La delación en el derecho brasileño”.

¹⁹² Lamarca Pérez, Carmen, en Álvarez García- 2009; cap. 4 ep. 4.5. Allí sintetiza la idea del “derecho penal premial” de la siguiente manera: *“Aunque el Derecho Penal constituya la manifestación represiva por excelencia del Ordenamiento Jurídico, también en este ámbito existen normas que alientan o promueven la realización de conductas que se juzgan socialmente valiosas; es el llamado Derecho Penal premial”*

ceso, remuneración que se da con la atenuación de la pena¹⁹³.

Como puede apreciarse la discusión es amplia. Existen argumentos de peso para sustentar una u otra posición, pero lo cierto es que los cuestionamientos de naturaleza “ética” dependen, esencialmente, del tipo de convicciones que se esgriman. Está claro que desde una perspectiva kantiana parece imposible justificar la figura del “arrepentido”. Pero desde ciertas posiciones utilitaristas es mucho más sencillo. No puede prescindirse, por otro lado, que el utilitarismo se yergue en justificación de muchas de las instituciones que se aplican en la práctica¹⁹⁴, y del derecho penal moderno en sí mismo. Así, Ferrajoli habrá de afirmar que el utilitarismo es el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado, en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles¹⁹⁵. También Pavarini inscribe la dimensión del derecho penal

¹⁹³ Ídem, p. 281.

¹⁹⁴ Así, la ley 24660, en la medida en que establece como finalidad de la ejecución penal la reinserción social del individuo (art. 1). También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su artículo 10.3 “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.” Lo que implica enrolarse en criterios de prevención especial. No puede desconocerse que estos principios han contribuido enormemente a la humanización de las penas privativas de libertad, pero lo cierto es que tales criterios tienen más afinidad con las ideas de Bentham o Stuart Mill que con las de Kant.

¹⁹⁵ Ferrajoli, 1998; 3ra. ed.; pp. 258/259. No obstante, no cualquier utilitarismo sirve de base a un derecho penal garantista, sino aquel que tenga como referencia el bienestar de los gobernados (*ex parte populi*) y, se ajuste el fin al mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la minoría formada por los desviados (p. 261).

de la modernidad, total e incondicionalmente, en el universo utilitarista en el cual sólo puede justificarse si es socialmente útil¹⁹⁶.

Por otra parte, la figura del “arrepentido”, pese a las críticas, lejos de retroceder, avanza en la legislación argentina, habiendo sido utilizado nuevamente en materia de terrorismo¹⁹⁷, de secuestros extorsivos¹⁹⁸, y trata de personas¹⁹⁹.

c) Otros aspectos a considerar

Más allá de la discusión sobre los fundamentos éticos del instituto, existen algunos aspectos de diversa índole que conviene sean tenidos en cuenta, en especial a la hora de su implementación en la práctica.

c. 1 Uno de ellos, tal vez tan importante como el aspecto ético, es el relativo a la violación al derecho del imputado de declarar contra sí mismo.

La presión, que de modo indirecto, se ejerce sobre el “colaborador” bajo la velada amenaza de que si guarda silencio recibirá penas más severas ha sido considerado por algunos como una forma moderna de tortura²⁰⁰.

Al referirse a la consideración de la conducta procesal postdelictual

¹⁹⁶ Pavarini, Massimo, “La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo”; en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología”; ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002; año I, núm 1, p. 25

¹⁹⁷ Ley 25.241.

¹⁹⁸ Ley 25.742.

¹⁹⁹ Ley 26364.

²⁰⁰ Langbein J.H. “Torture and plea bargaining”, 1978; y Padovani, “La soave inquisizione”, 1981; citados por Beernaert, *ob cit* p.86.

sea para agravar como para atenuar la pena, Patricia Ziffer, concluye que en ningún caso puede ésta ser valorada. Así, explica, si se fuera legítimo premiar una confesión con una atenuación de la pena, ello derivaría – indirectamente- en un agravamiento de quien hace uso de su derecho a negarse a declarar. Y se pregunta si, en última instancia, ello no constituye una forma de coaccionar la confesión.²⁰¹ Y sobre el “testigo de la corona” señala: *“Las figuras del arrepentido o del testigo de la corona se encuentran previstas en las legislaciones más modernas. Pero se trata de una armonía aparente, o bien, pagada a un alto costo para la garantía de la defensa. Convertir a la confesión y a la atenuación de la pena en objetos de trueque puede tener efectos nefastos, pues hacerle saber al imputado que su confesión posiblemente lo libere de una pena grave reduce su libertad de decisión considerablemente”*.

El resguardo constitucional del artículo 18, en tanto estipula que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, puede verse comprometido mediante preceptos que funcionen a modo de coerción moral. En nuestro caso, y sin perjuicio de lo que más adelante se precisará, la situación se agrava por cuanto el imputado que declara en carácter de arrepentido no tiene ninguna certeza acerca del modo en que su declaración lo beneficiará. No hay posibilidad de acuerdos con la Fiscalía, a la que ni siquiera le corresponde decidir sobre el particular, ya que –conforme la previsión legal- es privativo de los jueces al momento de fijar la pena.

²⁰¹ “Lineamientos de la determinación de la pena”; ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996; pág. 173. “La restricción del derecho de defensa sólo puede ser evitada mediante la prohibición de valorar la conducta procesal en cualquiera de sus formas, pues sólo esto elimina el riesgo de que los jueces caigan en la tentación de valorar negativamente, de manera explícita o velada, que el imputado se haya negado a declarar”, p. 175.

Ello vuelve imperativo que, al momento de explicarle al imputado la posibilidad con la que cuenta de acogerse al beneficio del Art. 29ter, le sean aclarados suficientemente tales extremos, y cuente con el asesoramiento debido de su defensor. De lo contrario podría sospecharse una afectación a la garantía constitucional antes aludida.

c.2 Otra cuestión es la referida a la seguridad del declarante “arrepentido”. Si bien existe la previsión contenida en el art. 33bis²⁰² que permiten disponer medidas especiales de protección “que resulten adecuadas”, no resulta una cuestión menor la de que la decisión queda al arbitrio de los jueces que intervendrán en el juzgamiento, y no pueden prometerse con anterioridad.

En este sentido las Directivas de Gafisud (2005) referidas a las técnicas especiales de investigación recomendaban que se regularse por ley, la que debía incluir disposiciones relativas a la protección que debe brindársele a quien colabora en el proceso y/o a su familia.

c.3 Otro aspecto criticado es el del valor probatorio de la declaración.

Se objeta, en primer lugar que no se presta bajo juramento de decir

²⁰² Artículo 33 Bis: *“Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.*

Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación”.

verdad, y en segundo, el manifiesto interés de aquel que la realiza, lo que debilita especialmente la credibilidad de su declaración²⁰³.

En realidad, no encuentro acertadas tales críticas, pues la declaración del arrepentido puede ser utilizada como complemento o disparador de una investigación, de tal manera que su valor surgirá de su concordancia con los restantes elementos de prueba. Su eficacia de cargo estará unida inexorablemente a su concordancia con el resto del plexo probatorio; y su validez deberá unirse, necesariamente, a la garantía de defensa en juicio de aquel imputado contra el que se la pretenda hacer valer²⁰⁴. En este sentido, pueden existir criterios o pistas que permitan asignar a la declaración de un coimputado mayor credibilidad. Así, se ha mencionado la espontaneidad, la coherencia, la univocidad, el hecho de que no se observe como causa determinante de su formulación el solo intento de exculpación o el resentimiento producto de la enemistad²⁰⁵.

²⁰³ Terragni, Marco Antonio. “El arrepentido”; *La Ley on line*. Publicado originalmente en L.L. 1994-E, 1450. Y también, “El arrepentido o el testigo de la corona y otras cuestiones conexas”. *La ley on line*. Originalmente publicado en DJ 1998-1, 976.

²⁰⁴ CNCP, sala II, causa 8406 “Suárez, Carlos Alberto y otros s/recurso de casación”, con cita al TEDH *in re* “Unterpertinger vs. Austria, serie A, n° 110, del 24-11-1986, “Säidi vs. Francia” serie A, n° 261-C, del 20 septiembre de 1993: que refiere que el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra. Y a la CSJN *in re* Benitez (Fallos 329:5561).

²⁰⁵ Cfr. CNCP, “Suárez ...”. Con cita a la doctrina italiana y en particular a la ley 45 del 13 de febrero de 2001, dictada en aquel país sobre “colabora-

La dificultad parece surgir, más bien, a partir de la idea de constituir esta declaración en un único elemento de prueba de cargo. Ello, al igual que ocurre con otros institutos (como el denunciante de identidad encubierta –art. 34bis- constituye, a mi juicio, un severo error. En efecto, tolerar este tipo de prácticas debe tener como norte adecuar las posibilidades del Estado a nuevos tipos de criminalidad de difícil combate. Pero, en modo alguno pueden convertirse la prueba por excelencia de los procesos que a partir de ellas se sigan.

c. 4 También, y estrechamente enlazado con el problema anterior, está la cuestión de lo que podría considerarse una claudicación de las funciones del Juez instructor o del Ministerio Fiscal en la búsqueda de la verdad.

Resulta un riesgo cierto que la investigación en curso se oriente demasiado hacia donde indica el “arrepentido” pues si bien puede ser el camino más sencillo, también puede resultar el más equivocado. En este sentido habrá que estar alerta pues puede ocurrir que el arrepentido sólo procure desviar la investigación dando datos de ex-socios, o competidores en la actividad. Podría pensarse que el Estado se ve beneficiado en cualquier de los casos, pero lo cierto es que podría estar operando en la práctica, como

dores de la justicia”; y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español: *“la personalidad del delincuente delator y relaciones que precedentemente mantuviese con el designado por él como partícipe ...examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables – venganza, odio personal, resentimiento... soborno, promesa de trato procesal más favorable, etc. – que impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad ...”* –STS nº 6749, 24/9/96.

un favorecedor de la actividad del arrepentido.

c.5 Un aspecto particularmente problemático está referido a la inutilidad de los datos aportados por el arrepentido.

En una primera instancia ello no debería presentar ninguna dificultad en la medida que basta con no otorgar la recompensa que la ley promete. Sin embargo, se ha señalado el interrogante de qué hacer cuando la inutilidad no es producto sino de la ineficacia policial o judicial. Parece un problema muy complejo, salvo inactividad absoluta, determinar cuándo puede haber existido tal ineficiencia.²⁰⁶

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán ha interpretado que el progreso o déficit en la investigación no pueden operar en contra de quien no tiene ni el deber ni la facultad de impulsar la investigación, cuyo éxito podrá o no concretarse²⁰⁷; y en el mismo sentido el TOCF de Comodoro Rivadavia al señalar que si los instructores consideraron muy útiles los datos, queda en la pericia de su labor el obtener resultados, y por lo tanto el beneficio del art. 29 ter no puede ser condicionado por tal circunstancia.

2. Contenido de la declaración. Oportunidad

El artículo 29ter (ley 23737) establece que las revelaciones que efec-

²⁰⁶ El TOF de Comodoro Rivadavia ha fallado en el sentido que el beneficio no puede quedar sujeto a la eficiencia de la actividad de los órganos cuya función específica es la averiguación de estos delitos (Cfr. causa n° 1034 “U., C.F. s/infracción ley 23.737”, 09/2010).

²⁰⁷ TOCF de Tucumán, expdte. 14/08, 17/03/2009, “A. W., C. A. Y E., G. A. S/infracción a la ley 23737”.

túe el arrepentido, para que merezcan consideración, deben versar acerca de la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados (en ese proceso) o de otros conexos (ap A). Y, además, esos datos deben ser suficientes para permitir el procesamiento de éstos o “un significativo progreso de la investigación”. La laxitud de la fórmula resulta pasmosa. Qué puede ser considerado significativo, y por quién, es un problema de difícil solución en la práctica.²⁰⁸ En primer término, pues aquellos que deben decidir sobre la aplicación del beneficio (el Tribunal juzgador) pueden no tener conocimiento acabado de la utilidad de la información cuando se refiera a hechos conexos. En la práctica habrá que requerir informes a otros organismos judiciales o del ministerio público a fin de determinar si se han iniciado investigaciones a partir de los dichos del arrepentido y, en su caso, qué sucedió con ellas. En este sentido, resultaría más adecuado dejar en la órbita del órgano encargado de la persecución penal, Ministerio Público, la decisión de establecer de antemano, frente a la petición del arrepentido, si se accederá o no a la reducción y en qué términos.²⁰⁹ Ello sobre la base de la calidad y naturaleza de la información aportada. Ello

²⁰⁸ La CFed.Bahía Blanca ha señalado que la suficiencia debe traducirse, al menos en un auto de procesamiento que adquiera firmeza –cfr. Sala I, R.,J.C. s/excarcelación” del 19/10/95-, considerando que la revocación del mismo indica insuficiencia en los datos. En contra CNCasación Penal, Sala I, 18/05/1999, F., A.R. s/recurso de casación”; que desvirtúa la afirmación al sostener que la alternatividad de la expresión se refiere a uno (procesamiento) u otro supuesto (avance significativo).

²⁰⁹ Este aspecto de incertidumbre es señalado también en algunos fallos. Cfr. TOCF Comodoro Rivadavia, causa 1027 “F., C.A. y otros”, feb-2011 en el que se destaca, precisamente el valor de la decisión del imputado-colaborador, atento el carácter facultativo y no imperativo de la reducción.

permitiría asignar cierto grado de certeza al arrepentido en cuanto al proceso que enfrentará. Otra dificultad interpretativa se relaciona con la fórmula “hechos conexos”, y si ésta se refiere al sentido técnico o vulgar del término. En este último sentido la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, entendió que la conexidad se vincula al sentido popular, es decir al que una cosa se relacione con otra por su misma naturaleza²¹⁰

En cuanto a la oportunidad, la ley sólo hace referencia a “formular declaraciones durante la sustanciación del proceso”, de modo tal que, en teoría, sería posible incorporar la información aun pendiente los recursos de revisión de la sentencia. Sin embargo, si lo hace en el momento del Debate, difícilmente podrá determinarse su utilidad (salvo supuestos puntuales del inc. B en los que el resultado material es más fácilmente ponderable). En este sentido cabría preguntarse si no resultaría de mayor utilidad una fórmula legal que establezca un límite temporal para realizar la declaración, como por ejemplo durante la instrucción y hasta el decreto de elevación a juicio²¹¹. Las directivas de Gafisud (2005) propiciaban que la ley estableciera las condiciones referidas al momento de la causa incoada contra una persona en el cual es posible que la misma brinde información bajo el régimen del arrepentido, y bajo que circunstancias es admisible su incorporación al mismo. Lo cierto es que cualquier declaración posterior a la sentencia (no firme) solo podrá hacerse valer a través de un recurso de revisión.

²¹⁰ CNCP, sala I, 18/05/99, “F., A.R. c. Rec. De casación”.

²¹¹ El sentido de la sugerencia es eminentemente práctico, pues las revelaciones en el curso del debate pueden importar un entorpecimiento innecesario del juicio. En ese sentido no resulta irrazonable poner un límite temporal al “arrepentido”. En todo caso, se podría reflexionar acerca de la conveniencia de prever un supuesto de arrepentimiento posterior inclusive a la condena firme, que sirva para justificar una reducción de pena.

La declaración puede referirse también a datos que permitan secuestrar material estupefacientes²¹², materias primas o precursores químicos; o bienes que provengan de delitos previstos en la misma ley.

Finalmente, para considerar la exención de pena, tendrá especial gravitación que la información aportada permita desbaratar una organización²¹³ dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes. Esta última fórmula también presenta dificultades de interpretación desde que no encuentra definido el concepto de “organización” al que se refiere. La pregunta que se impone es si cualquier agrupación de dos o más personas puede considerarse tal. Lo cierto es que el tráfico de estupefacientes difícilmente se realice como una actividad unipersonal. Normalmente involucra una cantidad de intervinientes (productor de la materia prima, elaborador de la droga –éstos usualmente fuera del país-, transportadores, distribuidores mayoristas y minoristas, lavadores de dinero, etc.). Ahora bien, el concepto de organización conforme el diccionario de la RAE es “asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines”. Es decir, tanto por su significado como por la intención del legislador expresada en la ley, surge que ésta no se refiere a una unión casual o transitoria de voluntades sino que exige una cierta permanencia temporal y “empresarial”. Silva Sánchez, con cita a Lampe, define

²¹² CNCP, sala IV, 20/06/01 “Moray, José M. “

²¹³ Señala Cancio Meliá que las infracciones relacionadas con asociaciones penalmente ilícita forman parte del marco político criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal (cfr. Cancio-Silva, 2008; p. 27). Más allá de los problemas que siguen a la tipificación de delitos de pertenencia (a una asociación) lo cierto es que en este caso la revelación del arrepentido funcionaría en atención al mayor disvalor que el legislador le asigna a este tipo de organizaciones ilícitas.

la organización delictiva como un sistema penalmente antijurídico, es decir, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos²¹⁴; y destaca que posee, lo que denomina, una dimensión institucional que la diferencia específicamente de las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales.²¹⁵ Ahora bien, la pregunta que se impone, nuevamente, es si será menester que la existencia de tal organización sea reconocida en una sentencia que se dicte a su respecto, o bastará la provisoria constatación del Tribunal que juzgue al “arrepentido” con independencia del resultado final de cualquier investigación que se haya abierto en tal sentido.

La ley argentina reprime, por un lado, a quien organice o financie cualquiera de las actividades (ilícitas) referidas en los arts. 5º y 6º (art. 7 ley 23.737). Pero, tal como se puede apreciar fácilmente, esta atribución es a título unipersonal. La siguiente norma que en la ley se vincula al concepto de organización es la del artículo 11 inc. “c”, que establece la agravación de la pena cuando los hechos (de los artículos anteriores) sean cometidos por tres o más personas. Sin embargo, este tipo no parece exigir una actividad organizada con permanencia temporal, sino que puede limitarse a la

²¹⁴ Cancio-Silva, 2008, p. 95. Donde explica que la de este modo la organización criminal –como sistema de injusto- tiene una dimensión institucional (antisocial) que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de ellas.

²¹⁵ Esta circunstancia genera serios problemas en el ámbito de la atribución de la responsabilidad penal a sus miembros y colaboradores.

comisión de un único hecho con participación plural.²¹⁶ Por lo tanto, la consideración especial a la que se refiere la ley, habrá que construirla sobre la base del concepto general y lego de organización.

3. Efecto de la declaración del “arrepentido”

El art. 29 ter de la ley 23.737 establece la reducción de la pena hasta la mitad del mínimo y del máximo, o derechamente su eximición por parte del Tribunal que juzgue al arrepentido.

Resulta de esta redacción algunas condiciones que parece obvias. La primera es que aquel imputado que pretenda acogerse al beneficio no será eximido del juicio sino, en el mejor de los casos, de la pena. Esto supone, que ha sido sometido al proceso penal y que el órgano encargado de su juzgamiento, deberá decidir primero acerca de su responsabilidad penal y luego, sobre la importancia de su aporte.

Desde el lugar de la “fijación de la pena” cabe preguntarse que significa esta posibilidad. ¿Constituye una causa de exclusión de la punibilidad? ¿En qué situación queda “la pena” en concreto, y su eventual finalidad? Es decir ¿cómo impacta un instituto como éste en la teoría de la pena? Lo cierto es que tanto aquellos que sostengan una posición retribucionista como los partidarios de las teorías de la prevención encontrarán serias dificultades para poder justificarla.

Parece inconcebible, desde la primera, en tanto la medida de la pena no puede ser ni más ni menos que la de la culpa; desde las segundas, pues

²¹⁶ Para un estudio detallado de las figuras del art. 7 y 11 inc. “c”, Tazza, 2000; fs. 230 y ss.

no satisface las finalidades que las guían.

Más bien, aparece como una idea vinculada a la punibilidad, erigiéndose como una condición negativa, estos es como una excusa absoluta o causa personal de exclusión de la pena. Sin embargo, tampoco satisface exactamente la naturaleza de ésta, pues no excluye por completo la aplicación de pena, ni tampoco se ha fijado de antemano. Por el contrario su funcionamiento queda librado, de cierto modo, al arbitrio judicial.²¹⁷

4. Reflexiones finales

Independientemente de las cuestiones morales, o de la eficacia práctica de la figura del arrepentido, me parece adecuado formular algunas ideas relacionadas con el fenómeno de la droga y su interacción con la justicia penal.

Más allá de lo que se diga sobre la conveniencia o inconveniencia del

²¹⁷ No obstante es justo señalar que la jurisprudencia no es uniforme en el tratamiento de la reducción como excusa absoluta, que, por principio, sólo podría beneficiar al imputado que presta la colaboración (TOCF Mar del Plata, causa 2040, 15 de julio de 2008, C., A. E. Y otros por infracción al art. 866 del Código Aduanero”). La sentencia del 23 de diciembre de 2003, del TOCF de Corrientes (causa 270/2003) extiende la reducción de la pena a la conviviente del imputado que dio la declaración, con el argumento de que era éste el único que podía proveer la información. Por su parte la CNCP ha entendido que el art. 29 ter constituye un supuesto de benignidad en la punición de conformidad con lo establecido por el art. 2º del Código Penal –Sala 3, “Orozco, Facundo y otros s/ recurso de casación”, c. n° 666, reg.n° 960, rta. el 22 de marzo de 1996.

modelo penalizador de la drogodependencia, cabe reflexionar –como sugiere Baratta²¹⁸ –siguiendo a Foucault– sobre las funciones latentes de la política de control de las drogas, para no caer en la simplificación de éxito-fracaso. Desde esta perspectiva encuentra posible reconstruir funciones económicas y políticas que pueden explicar históricamente cuán eficaz ha sido y continúa siendo, para la conservación del “sistema” político-económico del capitalismo avanzado, el gran esfuerzo llevado a cabo en la construcción de la actual política de la droga desde finales de los años sesenta en adelante, pese a la evidencia de su fracaso. Y en esta línea afirma que no existe una “racionalidad” y una “irracionalidad”, sino dos racionalidades vinculadas a dos modelos de política de la droga, según se coloque al hombre como criterio de valor en el sistema político económico, o que se haga del sistema el centro en lugar del hombre. La política actual de lucha contra la droga la encuentra dentro de ésta última. Y contrapuesta a aquella, minoritaria, en la cual *“los hombres se unen para cambiar el sistema y lograr una existencia más digna y libre para todos”*.

En este marco no resulta sorprendente entonces que se acudan a instituciones como la que aquí se comenta, pues ellas se enlazan directamente con la eficacia del sistema, sin una mayor preocupación por el impacto en los individuos en particular o en general.

C- AGENTE ENCUBIERTO

1. Consideraciones generales

²¹⁸ Baratta, *ob cit.*

Conforme la descripción legal, en la República Argentina²¹⁹, el agente encubierto es un funcionario de alguna de las fuerzas de seguridad que, designado por un juez mediante resolución fundada, utilizando una identidad falsa, y en caso de que los fines de la investigación no pudieran satisfacerse de otro modo, se infiltrará en una organización o participará de hechos constitutivos de alguno de los delitos previstos en la ley 23737 o en el art. 866 del Código Aduanero, ya sea para impedirlo, lograr la individualización de los responsables u obtener los medios de prueba necesarios.

²¹⁹ *Art. 31bis ley 23737 “Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:*a) *Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad. La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez* La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués.

Señala Puricelli que esta previsión legal vino a delimitar normativamente una práctica policial habitual, consistente en la utilización de agentes que, arropados como consumidores, simpatizantes con el medio o meros testigos, intentaban infiltrarse en el “ambiente” (Puricelli, 1998, p. 300).

Como afirma Corrêa de Carvalho, comentando las disposiciones legales españolas²²⁰, aunque la utilización de agentes encubiertos no sea un novedad, su regulación se ha hecho necesaria para armonizar de forma expresa la norma procesal penal y la disciplina constitucional de los derechos fundamentales. Y ello así, pues la utilización del engaño por parte del Estado en la obtención de informaciones que se convertirán en pruebas de cargo contra los investigados puede plantear algunos problemas de compatibilidad constitucional (Côrrea, 2010, p. 311).

No obstante, desde un principio, aún antes de realizarse la incorporación formal a la ley, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue complaciente con este tipo de técnicas investigativas. Así, en el leading case “Fiscal c/Fernández”²²¹ se sostuvo que el empleo de un agente encubierta para la averiguación de los delitos no era por sí mismo contrario a las garantías constitucionales, siempre que el funcionario no provocara o instigara la

²²⁰ La LO 5/1999, del 13 de enero, modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, e incluyó un art. 282bis nuevo, que posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, su correspondiente régimen de protección; faculta al agente encubierto a utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación; y delimita a estos efectos el concepto de delincuencia organizada.

²²¹ Fallos 313:1305, del 11/12/1990.

ofensa criminal. Este criterio fue repetido luego por la Cámara Nacional de Casación Penal en numerosos casos, con la salvedad de que comenzaron a precisar los criterios que emergían de la incorporación del artículo 31 bis a la ley 23.737.²²²

La Corte siguió aquí varios precedentes emanados de la Supreme Court de los Estados Unidos de Norteamérica, en los que se plantearon distintas cuestiones vinculadas a este medio de investigación.

En general los autores coinciden en señalar que este nuevo instituto, como otros que se han sancionado en materia de drogas, responde a la necesidad de enfrentar el fenómeno de una delincuencia que opera organiza-

²²² “Lencina Rivero, María Isabel y otros s/recurso de casación”, Sala IV.Registro n° 1668.4. del 28/12/98 en el que en uno de los votos se explicitaba “*A partir de la incorporación del art. 31 bis a la ley 23.373, el empleo de agentes encubiertos en la investigación de los delitos en ella tipificados debe ajustarse cabal y específicamente a su regulación legal resultando ineludibles precisos requisitos que la norma impone en cuanto a designación y control judicial del agente encubierto, supuestos de necesidad de su intervención, calidad funcional del designado y objetivos de su misión. Requisitos que -a despecho de lo que el sentenciante sostiene- hacen también a las garantías constitucionales directas de la persona sospechada de un delito, buscando tutelar que el cumplimiento de una actividad tan altamente invasora de la intimidad, sea dirigida por el Magistrado a cuyo cargo está la investigación, a fin de que ella se desarrolle con pleno respeto de todos sus derechos, y dentro -valga la redundancia- del Estado de Derecho*”. (Voto de la Dra. Berraz de Vidal).

damente tanto a nivel nacional como internacional²²³. En este sentido hay que ponderar el hecho de que todo el circuito involucrado en el comercio de estupefacientes, desde los lugares de elaboración de la materia prima, su transporte, su procesamiento y distribución, suponen un alto grado de planificación, al igual que las redes financieras que luego se estructuran para el blanqueo del dinero proveniente de éstas.²²⁴

Frente a esta sofisticación, lo cierto es que existe acuerdo en reconocer que los métodos tradicionales de investigación se muestran con un alto grado de incapacidad para enfrentarlo.

“La existencia de organizaciones embarcadas en diferentes quehaceres delictivos extremadamente nocivos para la sociedad –en el caso tráfico de estupefacientes- autoriza como medio racionalmente aceptable para combatirlas la adopción de diversas medidas de política criminal, como las técnicas de investigación encubiertas y el recurrir a informantes, toda vez que el Estado se encuentra **frente a un serio peligro para sus instituciones, la salud de sus ciudadanos y la continuación misma de su razón de ser** –énfasis añadido- frente a organizaciones a veces de un enorme poder

²²³ Rodríguez Fernández, Ricardo “El Agente encubierto y la entrega vigilada- (comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”; Asociación Internacional de Derecho Penal en <http://aidpespana.uclm.es/pdf/criminalidad/rrodriguez.pdf>

²²⁴ Tampoco se puede perder de vista que la criminalidad organizada no se limita al ámbito del narcotráfico, sino que se extiende a numerosas actividades entre las que merecen destacarse el tráfico de personas y de armas. Las herramientas de investigación que aquí se comentan han sido introducidas en varios países con un alcance más amplio que en la República Argentina.

financiero, gran capacidad técnica y armamentos superiores a aquellos con los que cuenta el propio Estado”²²⁵.

2. Problemas involucrados.

Una de las cuestiones fundamentales que se plantea en la utilización del agente encubierto es aquella de la prevalencia del resultado de la investigación penal por sobre los principios básicos y las garantías que la Constitución Nacional garantiza a todo ciudadano.

Es decir, si la necesidad de desarticular a las organizaciones delictivas que operan con estupefacientes, es justificación suficiente para dejar de lado, o al menos, flexibilizar por ejemplo el derecho a la privacidad o la garantía de inviolabilidad de domicilio que impide registros arbitrarios e intromisiones.

Para avanzar en las investigaciones y lograr determinar a los autores de un delito o de una actividad delictiva la policía utiliza en algunos casos a particulares –o incluso agentes propios- que inmersos en determinado ambiente criminal obtienen información relativa a esas actividades y la transmiten a los funcionarios policiales. Son los llamados “confidentes”. Esta técnica no merecería, en principio objeciones, salvo cuando se realiza a costa de cierta permisividad con relación al informante en orden a sus propias actividades contrarias a la ley.

Otro supuesto está dado por lo que se ha denominado el delito provocado o el agente provocador (aunque hay quienes separan los supuestos). En este caso el agente de las fuerzas de seguridad, actuando de manera

²²⁵ CF San Martín, 000000892 causa 2676/05 Incidente de nulidad Dr. Villarreal c. 3856 del 18/10/05 –base de datos del PJN.

oculta, induce a un particular a cometer el delito. En este punto es menester distinguir, pues así lo hecho la jurisprudencia, entre aquel sujeto que sin tener previamente la voluntad criminal en un caso es inducido a cometer el delito, y la persona que ya tenía dicha voluntad criminal o, inclusive, venía con una actividad criminal en curso de ejecución.

La jurisprudencia rechaza, por lo general, el primer supuesto. Así, en “Fiscal c/Fernández” la Corte Suprema (considerando 11) enfatiza el hecho de que la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos quiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado Derecho y ello no es así cuando el “agente encubierto” se involucra de tal manera que cree o instigue la ofensa criminal en la cabeza del delincuente. Y con cita al caso “Sorrels v.U.S., precisa que esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones.

El caso “Sorrels” tuvo lugar en Estados Unidos durante la época de la prohibición de manufacturar, vender o transportar licores intoxicantes²²⁶. Se trató en el caso de una acusación por posesión y venta de medio galón de whisky. Un funcionario encargado de la aplicación de la ley se hizo pasar por turista y comerciante, visitó al acusado en su casa y logró ganarse su confianza, especialmente en virtud de la condición de veteranos de guerra en la misma división del ejército. Luego de una reiterada insistencia (con apelación a la camaradería) y de al menos dos negativas por parte de Sorrels, finalmente accedió a conseguirle el licor que dio lugar a la acusación. La Corte rechazó el argumento del Fiscal de que el hecho voluntario

²²⁶ La denominada “ley seca” fue impuesta por la enmienda XVIII de la Constitución de los Estados Unidos, sancionada en 1920 y extendida hasta 1933 en la que se la dejó sin efecto por la enmienda XXI.

tornaba irrelevante la cuestión, y sentó la doctrina de que *la concepción y planeamiento de un delito por parte de un funcionario con el fin de que sea cometido por quien no lo habría hecho de no ser por el engaño o la persuasión del funcionario, exime de responsabilidad criminal a quien lo comete*²²⁷. Aunque, habría de precisar que el hecho de que funcionarios o empleados de gobierno brinden oportunidades o facilidades para la comisión del delito no obsta a la acusación²²⁸. Aquí cabe hacer una precisión pues, como señalan Gullco y Hendler, la mayoría revocó el fallo y dispuso su reenvío para ser nuevamente sustanciado a partir de la admisibilidad de la cuestión del *entrapment* (y el sometimiento al jurado de las pruebas correspondientes), el fundamento jurídico se vinculaba a la necesidad de interpretar la ley de manera de no conducir a resultados contrarios a su fina-

²²⁷ Las citas del fallo están tomadas del excelente trabajo de Hernán V. Gullco y Edmundo S. Hendler “La utilización de agentes encubiertos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, publicado en Jurisprudencia Argentina 1995-I-713 (versión electrónica Abeledo Perrot N° 0003/001893).

²²⁸ “*Artificios y estratagemas pueden ser empleados para capturar a quienes están implicados en empresas criminales... El propósito adecuado de esa actividad permitida, frecuentemente esencial para el cumplimiento (enforcement) de la ley, es revelar el designio criminal; mostrar el tráfico ilícito, la publicación prohibida, el uso fraudulento del correo, la confabulación ilegal u otros delitos, y de ese modo descubrir a los eventuales violadores de la ley. Una cuestión diferente se presenta cuando el designio criminal se origina en los funcionarios del Gobierno, y ellos implantan en la mente de una persona inocente la disposición a cometer el delito e inducen su comisión para poder llevar adelante su acusación*” (cfr. Gullco-Hendler, *ob cit.*).

lidad (pues así se estima si los hechos a castigar han sido causados por los propios funcionarios de gobierno); sin embargo tres de los jueces proponían una revocación más contundente (reenvío para desestimar la acusación) pues consideraron inadmisibile el método empleado.²²⁹

En el caso “Sherman v. United States” (de 1958)²³⁰ también prevaleció el criterio subjetivo en sentido desincriminante por razón del entrapment.

Ese criterio es el mismo que sostiene el Tribunal Supremo español al definir al delito provocado como “*aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención "ab initio" de la fuerza policial*”. Y en cuanto a su validez, agrega: “*Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho y desde luego desconoce el*

²²⁹ Esto dio origen a la distinción de criterios subjetivo (en el primer caso) y objetivo (en el segundo). Cfr. Gullco-Hendler, *ob cit.*

²³⁰ Se trataba de una condena por venta de estupefacientes que se origina en el accionar de un agente (informante) del gobierno que concurría a un consultorio médico junto con el acusado, para curar su dependencia a las drogas. Allí logró, luego de cierta insistencia, que el acusado consiguiera ciertas cantidades de narcóticos que el agente pagó, y compartieron por mitades. El acusado había sido condenado por el Jurado y confirmado el fallo por la Cámara de apelaciones (cfr. Gullco-Hendler, *ob cit.*).

principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la Constitución.”²³¹ No obstante, el Tribunal Supremo rechaza la casación por entender que conforme los hechos, no se producía en el caso un supuesto de delito provocado. Y para mayor aclaración explica: *“Mas ha de diferenciarse esta figura de lo que se denomina "actuación de agente provocador. Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible. Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el primer caso no se da en los acusados una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. La proposición en este supuesto parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también*

²³¹ Sentencia 53/1997 del 21 de enero. El texto íntegro con el relato de los hechos del caso se pueden consultar en la página web del Tribunal Supremo Español.

de cometerlos de una u otra forma. El motivo se ha de desestimar” (énfasis añadido).

3. Generalidades

La necesidad de que agentes gubernamentales disimulen sus actividades y objetivos en la investigación prevención de la delincuencia comenzó a ser utilizada con más frecuencia cuando los grupos criminales pasaron a contar con estructuras propias, complejas, dotadas de medios humanos y materiales importantes y cerradas al exterior (Corrêa, 2010, p. 312).

Su finalidad, junto con la de otras formas como la “entrega vigilada” o la “vigilancia electrónica”, apunta a prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que realizan organizaciones criminales. Cabe señalar que se trata de un procedimiento que se utiliza no solamente en el combate contra el narcotráfico, aunque así sea en la República Argentina.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (diciembre de 2000) designó este procedimiento como una de las técnicas especiales de investigación. Así, en el artículo 20 postula: *“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en*

*su territorio como objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.*²³²

La Corte Europea de Derechos Humanos ha admitido la validez de la utilización de agentes estatales que obrando de modo oculto contribuyan a revelar y probar operaciones delictivas. Así, por ejemplo, en “Lüdi c. Suiza” (nº 12433/86, 15-06-1992)²³³ la Corte Europea entendió que el recurso

²³² Señala Corrêa, a quien seguimos en este punto, que en el ámbito del Consejo de Europa la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros sobre principios directores en la lucha contra el crimen organizado propone en su recomendación 19 el uso de operaciones encubiertas y de informantes. Y también, el Convenio de la Unión Europea de asistencia judicial penal de 2000 (Acto del Consejo 2000/C 197/01, de 29-05-2000) regula operaciones encubiertas internacionales, estableciendo la posibilidad de que los Estados convengan su realización y que los funcionarios de un Estado que sean autorizados a actuar en territorio de otro sean beneficiarios de las reglas de exención de responsabilidad como si fueran agentes nacionales (arts. 12 y 15).

²³³ Sintéticamente, los hechos del caso fueron del siguiente modo: el Sr. Ludwing Lüdi, de nacionalidad suiza, residente en Röschenz, en el cantón de Berna, mientras se encontraba en Alemania (en el año 1983), fue inculpado de tráfico de estupefacientes. El Tribunal regional de Stuttgart, sobre la base de ciertos obstáculos procesales no hizo lugar a la acusación. Por recurso del Ministerio Público, la Corte Federal de Justicia casó, el 23 de mayo de 1984, la resolución y reenvió al Tribunal Regional, que suspendió el procedimiento *sine die*. El 15 de marzo de 1984 la policía alemana había informado a la cantonal de Berna que Lüdi había pedido a un compatriota, conocido durante la detención, 200000 francos suizos para financiar la compra en Suiza, de alrededor de 5kg de cocaína. El juez de instrucción

a un agente infiltrado no afecta ni en sí misma, ni en combinación con las escuchas telefónicas la esfera privada en los términos del artículo 8 de la Convención²³⁴. También, “Khoudobine c. Rusia” (nº 59696/00, del 26-01-2007), la Corte Europea subrayó que, en la medida que la gravedad de la infracción lo justifique y la necesidad de recurrir a métodos de investigación más elaborados, es admisible la utilización de agentes infiltrados; aunque la misma debe ser circunscripta, y si bien puede obrar secretamente, no puede provocar el delito²³⁵.

El agente encubierto podrá ser definido como aquella persona que, ocultando su identidad y sus propósitos verdaderos, se hace pasar por otra,

del tribunal de Laufon abrió una investigación preliminar y ordenó (conforme el art. 171 b) del código de procedimiento penal de Berna) la intervención telefónica de Lüdi. Paralelamente, la policía de Laufon y la unidad especial de lucha antidrogas, designó un funcionario de la policía cantonar, quien bajo el pseudónimo de Toni, se hizo pasar por un comprador potencial de cocaína. Lüdi se encuentra con “Toni” el 19 y el 21 de marzo, ambas por iniciativa del agente. Según los informes de Toni el imputado había prometido venderle 2kg de cocaína por un valor de 200.000 francos suizos. Lüdi fue arrestado el 1 de agosto de 1984. El día 3 la policía requisó su domicilio, y halló rastros de cocaína y haschis.

²³⁴ Cabe señalar que si bien la Corte Europea entendió que la utilización del agente era legítima, consideró que había existido violación a los párrafos 1 y 3 d) del art. 6 de la Convención, por cuanto se habían utilizado los informes escritos de Toni, quien no compareció a declarar en juicio, privando así al imputado de la posibilidad de confrontar al testigo de cargo, en violación del contradictorio.

²³⁵ También aquí, y con cita a “Lüdi” la Corte entendió que había existido violación al artículo 6 párrafo 1 de la Convención.

infiltrándose en un determinado grupo delictivo, con el objetivo de conocer a sus miembros, estructura y funcionamiento, es decir, para obtener información restringida por medio de una falsa confianza (cfr. Corrêa, 2010, p. 313).²³⁶

Se trata, sin duda de un método altamente intrusivo, y que acarrea graves riesgos tanto para los ciudadanos que padecen la intromisión, cuanto para el propio agente, que se ve forzado inclusive a delinquir, o arriesgar su vida.

El agente puede actuar utilizando su verdadera identidad o una identidad supuesta. También puede que actúe de manera externa o interna (infiltración²³⁷) a la organización.

Desde la perspectiva procesal, el agente encubierto contribuye a adquirir y asegurar fuentes de prueba, para ser utilizadas en la etapa de juicio.

4. Normativa nacional: inclusión en la ley 23737; finalidad; requisitos, condiciones

²³⁶ La utilización de agentes encubiertos no es exclusiva ni excluyente del poder público, y con fines públicos. De hecho, además de los supuestos regulados por ley en que un agente del gobierno actúe con finalidad de investigación pública, también existen casos –no amparados legalmente– de infiltración semipública o privada.

²³⁷ La infiltración no es otra cosa que una técnica de investigación, y ha sido utilizada por los Estados a lo largo de la historia para obtener información necesaria de acceso restringido, ocultando la identidad del espía o agente, y por supuesto, sus intenciones. Este obrar puede ser directo, o valiéndose de terceros a quienes se oculta la identidad y su propósito.

El art. 31bis de la ley 23737 (texto incorporado por ley 24434) dispone la posibilidad de que el juez de instrucción en el curso de una investigación, designe agentes de las fuerzas de seguridad para que actúen de manera encubierta.

La designación se limita a los delitos contenidos en la ley de estupefacientes y en el artículo 866 del Código Aduanero. Y la finalidad será la de “comprobar” la comisión de alguno de ellos, de impedir su “consumación”, lograr la “individualización” o “detención” de los autores, partícipes o encubridores, o para “asegurar” los medios de prueba necesarios.

Debe ser realizada por resolución fundada del juez, en la que deberá constar que los fines de la investigación no pueden ser logrados de otro modo. Es decir, se trata de una medida de carácter excepcional.

El agente actuará con una falsa identidad, y su designación deberá ser mantenida en estricto secreto. Inclusive, su verdadera identidad quedará reservada fuera del legajo, enfatizando la ley la seguridad para evitar acceso a la misma.

El agente debe poner en conocimiento del juez de manera “inmediata” la información que vaya obteniendo.

Otra limitación está referida a quien puede ser sujeto activo de la comisión, previendo la ley que solamente “miembros activos” de las fuerzas de seguridad, lo que descarta a quienes se encuentren en situación de retiro o a particulares. Asimismo la ley establece que ningún miembro de las fuerzas de seguridad puede ser forzado a actuar como agente encubierto,

y que su negativa no puede constituirse como un antecedente desfavorable (art. 31 quater).

La designación podrá tener como objetivo: la introducción como integrantes de organizaciones delictivas que tuvieran entre sus actividades la comisión de los delitos mencionados; también podrán ser designados para participar en la realización de alguno de tales hechos.

En estos supuestos el agente encubierto, si se viera compelido a incurrir en un delito, no será punible (art. 31ter), a condición de que no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral.

Por otra parte, si hubiera sido imputado en un proceso en relación a algún ilícito en el que intervino, hará saber al juez de la causa, su condición, y éste recabará información a la autoridad pertinente; en ese caso lo resolverá sin descubrir la verdadera identidad del agente.

Finalmente, el artículo 31 bis prevé que, en caso de ser “absolutamente imprescindible” el agente encubierto declarará como testigo.

D- INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Las escuchas telefónicas se han convertido en un medio de investigación preponderante en las causas vinculadas al narcotráfico. Ello es así - sin perjuicio de las objeciones que más adelante se abordarán- debido a que desde el punto de vista de la pesquisa rinde extraordinarios frutos, pues supone inmiscuirse directamente en el interior de las relaciones que establecen los traficantes y las organizaciones.

Así, se ha señalado que desde la perspectiva de la investigación criminal, la experiencia criminalística demuestra que la intervención de las comunicaciones se presenta como un magnífico método de investigación de grupos pluridelictivos organizados, como son los relacionados con el narcotráfico, en tanto las comunicaciones a distancia resultan eficacísimas a la hora de preparar este tipo de delitos, ya que no se dejan rastros (no hay notas, cartas, etc), los autores no se dejan ver, ni deben estar en el mismo lugar (Álvarez García, 2009, p. 309). Es una manera que facilita, con economía de medios, tomar conocimiento de las transacciones que se están llevando a cabo o que se realizarán; las entregas de material; las conexiones; las operaciones económicas vinculadas; los nombres de dealers; distribuidores al por mayor; etc.

De modo que, basta repasar los repertorios jurisprudenciales para advertir que las diligencias de interceptación de las comunicaciones, se yerguen como método privilegiado en las investigaciones de narcocriminalidad.

Pese a ello, en nuestro país –al igual que en otros- la regulación de las intervenciones telefónicas resulta deficiente.

Las objeciones se vinculan, como fácilmente se aprecia, a la intromisión en el ámbito de privacidad del ciudadano, y el modo en que esto se lleva a cabo.²³⁸

²³⁸ La cuestión de la intromisión del Estado en la vida privada de los ciudadanos no es novedosa, todo lo contrario, desde el origen mismo de la Nación ha merecido atención por parte del legislador constitucional, al prever la protección de los papeles privados. Con la aparición de nuevas tecnologías de comunicación a distancia, el problema se ha ido actualizando periódicamente. Luego de los papeles privados, surge a raíz de la mejora que su-

puso la aparición de la telefonía (hoy día se suma no solamente la telefonía celular, sino todas las formas de comunicación que estos dispositivos permiten a partir de la utilización de “internet” (vgr. mensajería instantánea, e-mails, etc). La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo ocasión de ocuparse del problema en el caso “Katz v. United States -389 U.S. 347, 351 de 1967- en el que se planteaba una cuestión similar, pues se trataba de la utilización de un dispositivo de grabación en una cabina de un teléfono público, mediante el cual los agentes del FBI obtuvieron grabaciones de las conversaciones que el sujeto mantenía, y a partir de ellas se consiguió su condena. La Corte reconoció que la Cuarta Enmienda no protegía simplemente lugares sino a la gente, contra ciertas intrusiones a su privacidad por parte del Estado. Protección que alcanzaba aún a los aspectos que la persona tenía expectativa que permanecieran privadas, aún cuando los desarrollara en un área accesible públicamente. Recientemente, la Corte Suprema (de EEUU) ha retomado esa doctrina en “United States vs. Jones”. En tal caso se discutía la utilización de un dispositivo de rastreo (GPS) colocado en el vehículo del investigado, sin autorización judicial. Si bien el fallo contiene opiniones divididas, que concurren, pero no resultan idénticas. Sin embargo la opinión del Juez Alito (que da la opinión de los jueces Ginsburg, Breyer y Kagan) retoma con fuerza la doctrina de Katz, pues lo considera un estándar capaz de brindar respuesta a los desafíos que plantea el desarrollo vertiginoso de la tecnología. Resulta interesante la opinión concurrente de la Jueza Sotomayor, pues hace referencia que aun cuando en una sociedad tan tecnológica como la actual, donde existe un traspaso de datos e información personal, y si pueda considerar la “disminución de la privacidad” como inevitable, la privacidad no resulta un bien vendible, que se posee completamente o en nada. Pues la gente que entrega voluntariamente la información –por ejemplo a una compañía de teléfonos- para un objetivo

En la República Argentina, la información relacionada con las comunicaciones telefónicas se encuentra bajo el amparo de la garantía contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto que sólo puede accederse a ella mediante la correspondiente orden judicial. También, la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, establece en su art. 5 el derecho de toda persona a que la legislación proteja su vida privada. En el mismo sentido el art. 12 de la Declaración de Derechos Humanos, art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Ley nacional de Telecomunicaciones (19.798) ha previsto la inviolabilidad de las telecomunicaciones en su artículo 18; y a renglón seguido, en el artículo 19, refiere que dicha inviolabilidad comprende no solamente la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, etcétera, sino también “tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca *la existencia* o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio”.

En cuanto a la naturaleza de esa información, la Ley Nacional de Inteligencia número 25.520, establece en la parte pertinente de su artículo 5, que las comunicaciones telefónicas, como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizadas o no accesibles al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediar orden o dispensa judicial en sentido contrario.

La inviolabilidad, como se dijo, es emanación de la que surge del

limitado, no está consintiendo que esa información se entregue a terceros para otros propósitos.

artículo 18 (y del principio general del artículo 19)²³⁹ de la Constitución Nacional, donde expresamente se prevé la necesidad de una ley para determinar en qué casos se justifica su “allanamiento”. Como apunta Carbone, dicha ley no ha sido aún dictada (Carbone, 2008, p. 38). No cabe en este punto realizar demasiadas disquisiciones al respecto, pero sí precisar, que – como lo ha hecho gran parte de la jurisprudencia- si se admite que los aspectos que deberían ser previstos en esa norma, sean completados por los jueces, estos últimos deberían poner el mayor empeño en respetar cuestiones básicas como la necesidad y proporcionalidad de la medida, y que la

²³⁹ Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Quaranta, José Carlos s/inf. Ley 23737” –causa n° 763 del 31/10/2010, donde puso de relieve que lo vinculado a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones es una materia regida tanto por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, como por instrumentos internacionales de igual jerarquía (considerando 16). Y agrega: “Que esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante –correlativo al principio general del art. 19- en cuyo resguardo se determina la garantía de la inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público (ver Fiorentino fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente” (considerando 17).

misma no debería ser admitida sin más en cualquier caso, sino solamente en aquellos en que la infracción sea grave.

Entiéndase bien -siguiendo a Carbone en este punto- el art. 18 (CN) no sólo reclama la intervención judicial, sino una ley especial del Congreso, ley en sentido material, y más allá que con un criterio amplio se admita que mientras ella no exista, los jueces dispongan las condiciones en que deben ser realizadas, lo cierto es que no deberían generalizarse.

En este aspecto, es preciso preguntarse si la regulación de la ley adjetiva resultaría suficiente.

El Código Procesal Penal de la Nación regula la intervención de las comunicaciones telefónicas en el art. 236 en el que dispone: “*El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas*”. Asimismo, en el segundo párrafo, autoriza a los jueces a *ordenar la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de aquellas de quienes se comunicaran con él*, mediante auto fundado, en tanto que específicamente indica que se hará bajo las mismas condiciones establecidas para la intervención de las comunicaciones.

Como se aprecia, se trata de un precepto abierto, que deja al arbitrio judicial fijar los parámetros de la intervención (en qué casos procede, por cuanto tiempo, con qué justificación, desde cuándo, exige una investigación en curso, con una imputación determinada, quién garantiza la fidelidad de las transcripciones, quién debe efectuarlas, etc); sin que la exigencia de “auto fundado” satisfaga plenamente el mandato constitucional. Por un lado, porque el constituyente ha querido algo más, es decir, pide una ley especial; y por otro, pues dicha exigencia está ínsita en cualquier resolución

judicial (art. 123 CPPN)²⁴⁰.

La proporcionalidad juega aquí un rol importante, pues incumbe también al juez determinar que no existe otro medio más proporcionado a la investigación que se tiene que acreditar, amén de fijar un límite temporal (Carbone, ob cit, con cita al Tribunal Constitucional alemán).

Al comentar el artículo 236 (CPPN), señala D'Albora (2003-I, p. 502), que en la ley argentina, como principio general se ha establecido la inviolabilidad de las telecomunicaciones (art. 18 de la ley 19798) y aunque autoriza la interceptación ante requerimiento judicial, se prohíbe la utilización del contenido por otra persona que no sea su destinatario (art. 19).

Posteriormente, la ley 25520 (art. 5º) estableció que las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesibles al público son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario. Y el artículo 18 estatuye que cuando en el desarrollo de las actividades de inteligencia o contrainteligencia sea necesario realizar interceptaciones o captaciones de comunicaciones privadas de cualquier tipo, la Secretaría de Inteligencia deberá solicitar por escrito la pertinente autorización judicial, expresando

²⁴⁰ La CSJN se ha referido también a este aspecto en el citado fallo Quaranta, recordando lo dicho en otros pronunciamientos: “Si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquéllas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamento, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (considerando 18).

los motivos que la funden, e indicando con precisión el o los números telefónicos o direcciones electrónicas o de cualquier otro medio, cuyas comunicaciones se pretendan interceptar o captar. Asimismo, se establece un plazo de sesenta días, con caducidad automática, si bien prorrogable con nueva orden del juez.

Para ayudar a visualizar alguna de las facultades que se plantean, puede verse la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que ha sido materia de severos cuestionamientos, y condenas por parte del TEDH. Allí, se regula la intervención telefónica en el artículo 579 que prevé: “... *el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa*”²⁴¹. Puede apreciarse, que dicha regulación guarda una gran similitud con la disposición de nuestro proceso penal.

La norma ha sido criticada por insuficiente y deficiente (Álvarez García, 2009, p. 310), y declarado así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también reconocido por el Tribunal Constitucional y el Supremo del Reino de España.

En la sentencia del 18 de febrero de 2003 (“*Prado Bugallo contra España*”) la Corte Europea de Derechos Humanos consideró insuficientes las garantías de la legislación española, particularmente que las reformas introducidas en 1988, indicando que no responden a todas las exigidas por la jurisprudencia de ese Tribunal para evitar abusos; y “*lo mismo ocurre*

²⁴¹ La misma norma, en el párrafo tercero, regula la observación de las comunicaciones, en términos semejantes, en relación a las *personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de los fines delictivos*.

con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consiguen las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del secretario judicial” , aun cuando el Tribunal destaca que dichas insuficiencias fueron paliadas en gran parte por la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional español (sentencia 184/2003), con posterioridad al fallo del TEDH, ha dicho que el art. 579 de la LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE (Constitución Española) para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretando, como establece el artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 8.1 y 2 CEDH, y en particular: *“la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el artículo 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE)”*.

Las críticas formuladas por el TEDH a la normativa española, parte de principios que la hacen análoga a la situación de nuestro país.

Como apunta Falcone, el art. 25 de la ley 25760 si bien vino a llenar un vacío legal, dejó muchas cuestiones libradas al arbitrio judicial. Y enfa-

tiza el hecho de que las comunicaciones interpersonales, constituyen acciones privadas de cuyo contenido el Estado no puede interiorizarse, impidiéndolas o interrumpiéndolas; salvo cuando la comunicación misma pueda implicar o guardar relación con la comisión de un delito, o cuando se afecta derechos de terceros (molestias, amenazas). En tanto ello no ocurra quedan incluidas en la esfera de intimidad, que a todos los ciudadanos asegura el art. 19 C.N. (Falcone, 2011, p. 498)²⁴².

Para sobrepasar este límite, la Corte Suprema exige que la intervención telefónica sea dispuesta por un Juez, fundando su decisión en algún elemento objetivo que sustente una sospecha razonable que sirva de antecedente.²⁴³ En este punto también se hace referencia, para interpretar la procedencia de la medida, que si la mera sospecha de un funcionario público no constituye *per se* la base objetiva a la que se hizo referencia (con cita a “Yemal” –disidencia del Dr.Petracchi- fallos 321:510), tampoco puede entenderse que lo sean las vagas afirmaciones formuladas en un llamado telefónico anónimo.

²⁴² En este punto, explica Falcone que resulta válido disponer la medida para investigar un delito, pero se infringen los principios básicos del Estado de Derecho Democrático proceder a la inversa; es decir, practicar una inquisición general sobre una persona, conociendo sus conversaciones privadas para cerciorarse si ha cometido un delito (Falcone, ob cit).

²⁴³ “Quaranta”, considerando 20. Y en el fallo se aclara que no constituyen tal elemento objetivo datos aislados o afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo.

Algunos fallos nacionales han transitado por este camino. Así, en “Pinedo, Germán y otros s/inf. Ley 23.737” la sala II de Cámara Federal de San Martín se refirió al derecho a la intimidad como vinculado al ámbito de reserva de los individuos, amparado por su calidad de soporte de la autonomía personal, sin la cual le es imposible al individuo elegir y materializar su propio plan de vida²⁴⁴.

Lamentablemente, la jurisprudencia en general no se inclinó durante los últimos años por sostener un criterio restrictivo. Por el contrario, se convalidaron escuchas telefónicas dispuestas con escasos fundamentos, o con remisión a los dichos policiales, e inclusive, en algún caso, ordenadas verbalmente por el Juez a través del Secretario. Veamos.

La Sala A de la Cámara Federal de San Martín entendió que no resultaba nula “la orden verbal del sr. Juez "a quo" de intervención telefónica de varias líneas identificadas por la prevención durante el devenir de los acontecimientos ocurridos en horas de la tarde, noche y madrugada de los días 21 y 22 de febrero, transmitidas por intermedio de su Secretario quien ha dado fe de su existencia, contenido motivación y fundamento así como de la comunicación al Ministerio Público Fiscal. Ello aun cuando su instrumentación fuera practicada el primer día hábil subsiguiente a esas fechas ya que dicha circunstancia en modo alguno vulnera la decisión del Juez resultante de la información pormenorizada que también en forma verbal le iba anoticiando la prevención, ejercitando de este modo y en res-

²⁴⁴ Citado por Pinto, Ricardo M. “La investigación penal y las garantías constitucionales”; ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009; p. 183. El fallo en extenso puede consultarse en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00001/00001578.Pdf> En la misma línea, se inscribe el fallo de la Sala A, CNPE, causa 55605, del 12/9/06.

puesta a la premura que el caso requería su absoluta jurisdicción y sometimiento a su arbitrio de las decisiones sobre el asunto; no existiendo por tanto perjuicio alguno, por no haberse vulnerado ninguna garantía constitucional con su ejecución ...” (Barral- Lugones- Fossati; n° 1708; Inc. nulidad presentado por defensa de Rey y R 28/08/03, 2692. C.F.S.M. sala I, sec. Penal n° 3)²⁴⁵. También, “Respecto del planteo de nulidad de las intervenciones telefónicas ordenadas, cabe decir que no le asiste razón al apelante, en la medida en que la resolución criticada resulta autosuficiente en los términos del art. 123 del ritual. En efecto, la diligencia probatoria impugnada fue respaldada por una adecuada investigación, a la vez que se presentaba como una medida razonable desde el umbral de lo mínimo para procurar un avance significativo en la pesquisa, y era la necesaria intervención en la esfera de intimidad de los observados, con lo cual se respetó la regla de proporcionalidad entre medio y fin (1). Más allá de lo expuesto, debe tenerse presente que lo que la ley sanciona con nulidad, no es que en el decisorio no figure la fundamentación de la diligencia, sino que no surjan de las actuaciones elementos de convicción que la tornen valedera y hagan sustentable tal medida. Por ello, el Tribunal encuentra satisfecha la fundamentación del auto atacado, por el cual el juez instructor ordenó las escuchas telefónicas en cuestión, conforme las facultades conferidas por arts. 236 del CPPN y 18 de la ley 19.798” (CRISCUOLO-PRACK-RUDI; Sec. Bruzoni; 283/08, Rec. de Apelación in re Lorenzo; 29/05/08, C.F.S.M. Sala II, Sec. Penal n° 4. Reg. 4112). La sala III de la Cámara Federal de La Plata ha dicho en esta línea: “Al igual que la Cámara Nacional de Casación Penal, este Tribunal entiende que para dar cumplimiento al requisito de fundamentación

²⁴⁵ Los fallos que a continuación se comentan y transcriben corresponden a la base de datos del Poder Judicial de la Nación (PJN.gov.ar)

del decreto mediante el cual un órgano judicial Para dar cumplimiento al requisito de fundamentación del decreto mediante el cual un órgano judicial ordena la intervención de una línea telefónica, no se requiere semi-plena prueba de culpabilidad de la persona que debe soportarla pues ello equivaldría a exigir que los jueces conociesen el resultado de las investigaciones que ordenan, las que precisamente parten de un campo de ignorancia que están destinadas a eliminar. En este sentido, basta con que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con el tráfico de estupefacientes, las que conducirían a esclarecer dichas actividades delictivas ..." (expte. n° 2233/III; Rtro. S. III, T.27 f*53 del 26/02/2002, 26/02/02).

Como puede apreciarse, en estos fallos, se soslaya y acota la necesidad de una fundamentación actual y explícita, en perjuicio de la garantía constitucional. Similar criterio sostuvo la sala A de la Cámara Penal Económico, expresando que si bien el art. 236 contiene una exigencia (terminante) de la fundamentación del auto que dispone la intervención telefónica, dicha obligación no sería explícita ni requeriría fórmulas sacramentales (votos de Repetto y Hornos, autos "García, Ricardo César-incidente de nulidad", reg. Nro. 1142/1998, causa n° 40906). Lo interesante es que del voto de la minoría (Dr. Hendler) se advierte que del auto no surgía el porqué de la medida, ya que solamente se contaba con la solicitud del funcionario policial que expresaba que se trataba de una medida de interés para la investigación. Como se aprecia, la ausencia de un análisis profundo parece una constante y, como se dijo, parece relacionarse a una surte de "naturaliza-

ción de la medida”, en la que se relativiza la gravedad de la misma, de cara a la Constitución Nacional.²⁴⁶

Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal no ha mantenido un criterio uniforme. Por ejemplo, en la causa 8597 (del 16/2/09) la sala II sostuvo la nulidad por falta de fundamentación si de las constancias que tuvo el juez a su disposición no podía derivarse una inferencia fundada de que se estaría cometiendo una infracción a la ley 23.737, “ya que la autoridad de prevención no explicó de qué modo obtuvo la información alegada y de dónde provino, ni tampoco expuso las razones por las que afirmó que los movimientos que se dice haber observado en el local vigilado eran compatibles con la venta de sustancias prohibidas”. Por el contrario, la sala IV, consideró suficientemente fundada la medida con la denuncia anónima entregada por la policía, y con el correspondiente pedido del fiscal; dejando de analizar, como propuso la minoría en disidencia, la posibilidad de adoptar otros medios probatorios menos lesivos (cfr. Causa 7745, del 18/8/10, reg. 13767.4.).

²⁴⁶ En similar sentido, la sala B CNPE, causa n° 49747; minimiza la fundamentación del auto y remite al “examen del expediente principal”, del que surgirían las circunstancias que permiten conocer los motivos por los cuales el magistrado de la instancia anterior ordenó la intervención telefónica”. A punto tal que se dice que no resulta relevante la ausencia de elementos probatorios contra el sospechado para considerarlo imputado. En este sentido, al falta de regulación legal opera para dejar librado al arbitrio y discrecionalidad de los jueces situaciones en las que, permítaseme dudar, no resulta la procedencia de la medida, si se privilegia el aspecto constitucional de la privacidad.

Otra cuestión que se presenta en la práctica, es el problema del efectivo control judicial, tanto ‘ex ante’ como ‘ex post’.

La ligereza con la que las fuerzas de seguridad, y aún los operadores judiciales a cargo de la investigación, solicitan la interceptación de las comunicaciones, solamente es comprensible si se piensa que ha ocurrido una suerte de “naturalización” u “ordinarización” de la medida. Es frecuente que comiencen las investigaciones con “llamados anónimos” (o “notitia criminis”) que, en el mejor de los casos, indican a alguna persona, y es prácticamente automático, luego de que “realicen discretas observaciones” que se informe que existen movimientos sospechosos y se recurra a esta medida de intromisión. Pero si uno reflexiona un poco, ni siquiera existen elementos, en la mayoría de los casos, para formular una imputación concreta, y mucho menos para hacer un llamado a indagatoria. Sin embargo, parece normal, intervenir las comunicaciones.

Estas intervenciones se prolongan a veces por plazos obscenos, años inclusive, y difícilmente sean escuchadas por el juez de la causa. Esa extensión temporal ya constituye un indicio de que cuando se autorizó la primera no existían los indicios requeridos para justificarlas (cfr. Álvarez García, 2009, p. 315).

De ellas, la policía transcribe alguna o algunas partes que son, como se dice en la jerga: “de interés para la causa”. Estas partes, muchas veces sin contexto, se extractan e interpretan de un cierto modo, muchas veces utilizando el latiguillo de que se trata de “lenguaje encriptado”. Cabe aclarar aquí, que ello, no deja de ser cierto en muchos casos, pero lo que está en discusión es existe razonabilidad y proporcionalidad en la medida, y si la escucha –una vez efectuada la grabación- no debería estar garantizada que sea realizada judicialmente. Y aquí, también, la prolongación en el tiempo

y el otorgamiento de sucesivas prórrogas, constituyen otro indicio de la insuficiencia de elementos para disponerlas en su origen.

Una vez en la etapa de juicio, difícilmente se escuchen en tiempo real, pues si se trata de extensas grabaciones que duran horas, lo habitual es que se utilicen las transcripciones, que, como se dijo, no han sido debidamente controladas (judicialmente).

A ello, hay que añadir los problemas referidos a la autenticidad de las comunicaciones, o la identificación de los interlocutores, que normalmente se hará por vía indiciaria.

En cuanto a estos aspectos, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la falta de control se produce y puede dar lugar a lesión del derecho, si no se fijan períodos para cuanta al Juez de los resultados de la intervención, o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación²⁴⁷ (Álvarez García, ob cit, p. 317).

En nuestra opinión, la injerencia en las comunicaciones, para que se ajuste a los parámetros constitucionales debe disponerse frente a una hipótesis delictiva concreta y puntual, con la verificación de circunstancias objetivas que permitan sospechar que una persona determinada es responsable del hecho. Asimismo, el hecho delictivo a considerar debe ser grave, pues la proporcionalidad impone que no se sacrifique el respeto a la privacidad en aras de investigar injustos de escasa repercusión social. La duración de la interceptación debe estar determinada desde el inicio, y sería deseable que se dé una nueva fundamentación para disponer su prórroga, la que debería al menos analizar el contenido de las escuchas realizadas hasta ese

²⁴⁷ SSTC 205/2002, de 22 de abril, y 166/1999 de 27 de septiembre.

momento y explicar en base a qué delito y con qué motivo se ha hecho imprescindible su continuación.

E- ENTREGA VIGILADA

El tráfico de drogas no es un delito cualquiera, sino una de las manifestaciones más genuinas y arquetípicas de la delincuencia organizada. Invasión de la sociedad, corrompe a los gobiernos, destruye familias y amedrenta a los ciudadanos (Correa, 2010, p. 444).

La preocupación tomó dimensiones internacionales a tal punto que las Naciones Unidas han realizado diversas convenciones para instar a los países miembros a adoptar las medidas necesarias en la lucha contra el narcotráfico internacional para suprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y aquellas sustancias que figuran en los anexos de la Convención de Viena (20/12/1988). Entre dichas medidas, que tienden a reforzar la cooperación internacional en la lucha contra este tipo de delincuencia, se encuentra la entrega vigilada (art. 11).

La entrega vigilada es una técnica de investigación que consiste en permitir que bienes de origen ilícito o sospechoso o sus sustitutos pasen a través, se introduzcan o salgan del territorio de uno o más países o se trasladen o transfieran dentro del territorio nacional, con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes, con el objeto de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos bajo investigación en el país fuente, de tránsito o de destino.

La Convención de Viena²⁴⁸ ya prevía esta forma de investigación, señalando que las decisiones de recurrir a la entrega vigilada deberán adoptarse caso por caso (art. 11). Un poco más tarde, se reconoció este procedimiento como una técnica especial de investigación (art. 20.1 de la Convención de Palermo²⁴⁹), instando a los Estados a adoptarla.

La legislación nacional la incorporó mediante la ley 24.424 del 2 de enero de 1995 (arts. 5º y 11º), particularmente para los delitos vinculados al narcotráfico, a diferencia de otros países que la han incorporado como uno de los procedimientos especiales para la investigación de los crímenes organizados. Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim en adelante) en el artículo 263bis (to según LO 8/1992 del 23/12/92) luego de la reforma introducida por la LO 5/1999 del 13 de enero, extendió la cobertura operativa que se hallaba antes limitada a los delitos de narcotráfico²⁵⁰.

²⁴⁸ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del 20 de diciembre de 1988.

²⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional –diciembre de 2000-. *“La técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”* (literal h del art. 2).

²⁵⁰ *“el Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordar-*

se por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de las sustancias de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones. También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal. (p. 167) 2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. 3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales. Los jefes de las Unidades orgánicas de la Policía

La ley argentina prevé en el art. 33 que *“El juez de la causa podrá autorizar a la autoridad de prevención que postergue la detención de personas o el secuestro de estupefacientes cuando estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación. El juez podrá incluso suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita de estupefacientes y permitir su salida del país, cuando tuviere seguridades de que será vigilada por las autoridades judiciales del país de destino. Esta medida deberá disponerse por resolución fundada, haciéndose constar, en cuantos sea posible, la calidad y cantidad de la sustancia vigilada como así también su peso”*.

La doctrina es coincidente en el hecho de que la ley argentina exige que la decisión sea tomada por un Juez, en el marco de una causa, es decir, una investigación determinada (Edwards, 1996, p. 107; Falcone, 2011, p. 410), sin que quepa extender las facultades a las fuerzas de seguridad o al Ministerio Público Fiscal²⁵¹. Sin embargo, ello no impide que en la prácti-

Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediate al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. 4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente ley.”

²⁵¹ Aunque como explica Falcone, habría que contemplar dicha posibilidad, ya que de cara a una futura reforma procesal a nivel nacional, como de aquellas jurisdicciones donde el Fiscal es quien instruye, se tornaría adecuada otorgar esa posibilidad.

ca, se dispongan entregas vigiladas con apenas retazos de información, incluso en el límite del respeto a las garantías constitucionales.

En segundo término, es claro que –en el esquema de la ley argentina– el delito que se investigue debe vincularse con la ley de estupefacientes, y que deben existir elementos de prueba que en dicho supuesto autorizarían la detención de los sospechosos (ídem).

La decisión judicial, debe encontrarse fundada, pues importa una excepción al deber de hacer cesar los efectos del delito.

Por lo demás, la fórmula legal es de una vaguedad pasmosa, dejando librado al arbitrio del jueces, los aspectos de tiempo, modo y lugar. El significado de la expresión “comprometer el éxito de la investigación” resulta difícil de desentrañar. Como explica Falcone, se trata de una expresión equívoca e imprecisa, teniendo en cuenta que el “éxito de la investigación” sólo es comprobable al final del proceso y conforme su resultado, es decir la determinación de los autores y su condena.

Hasta qué momento y con qué recaudos se dejará circular la droga; si resulta indispensable que se verifique fehacientemente que se trata de material estupefaciente, o basta la mera sospecha; si es preciso determinar previamente la calidad y cantidad del material, son preguntas a las que el legislador no ha dado respuesta, y han provocado todo tipo de respuestas. En este sentido, también cita Falcone, que habrá que descartar autorizaciones genéricas, y que éstas deberán ser dadas caso por caso.

La finalidad es, con claridad, la determinación de los sujetos vinculados a una determinada operación de tráfico²⁵²; sin embargo no queda cla-

²⁵² El artículo 29 de la ley 19366 de la República de Chile lo señala expresamente: “*A solicitud fundada del organismo que investigue actos prepara-*

ro si ello es así únicamente cuando se sospeche que es parte de una organización o basta una operación determinada. En opinión de Puricelli el problema no se refiere al simple tenedor (ni a aquel que lo hace para consumo personal) sino al traficante²⁵³. La idea que subyace es no truncar una inves-

torios, de ejecución o consumados de alguno de los delitos sancionados en esta ley, el juez del crimen del territorio jurisdiccional donde aquellos se lleven o hayan sido llevados a cabo, podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las substancias a que se refieren los artículos 1º y 6º salgan del territorio nacional, lo atraviesen, entren o circulen en él, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la comisión de tales hechos.[énfasis añadido] *Para estos efectos, el correspondiente organismo deberá denunciar el delito y proporcionar los antecedentes que permitan presumir fundadamente que la autorización solicitada facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero. El juez del crimen estará facultado para decretar, en cualquier momento, la detención de los partícipes y la incautación de las substancias, si estima que la autorización concedida pone en peligro la comprobación del cuerpo del delito o facilita a los hechores eludir la acción de la justicia. Para los efectos de lo dispuesto en este Artículo, el juez podrá solicitar de las autoridades policiales y judiciales extranjeras la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigados en el país, de conformidad a los convenios internacionales vigentes”.*

²⁵³ Puricelli, 1998, p. 299. Sostiene este autor que los ilícitos de estupeficientes requieren un mínimo de comunicación entre ciertas personas que cumplen distintos roles: mayoristas, distribuidores, vendedores, como mínimo; luego está la organización financiada por proveedores de materia prima, elaboradores, fabricantes, distribuidores y vendedores.

tigación al realizar la detención de alguno de los involucrados, pues ello provoca inmediatamente la interrupción del contacto con los demás traficantes.

En este sentido, como señala Correa (2010, p. 443) entre las características peculiares que posee el tráfico de drogas se cuenta la internacionalidad, la división de tareas, la naturaleza comercial y la clandestinidad de los actos criminales; y que las estructuras que se dedican a la actividad, los miembros más destacados no se exponen abiertamente en la mayoría de los casos, lo que dificulta demostrar la autoría y la materialidad del delito.

El segundo párrafo abre la posibilidad a que se permita circular el estupefaciente con destino a otro país, por el territorio nacional. Sin embargo, a diferencia del párrafo anterior se establecen mayores recaudos: se le exige al juez que verifique que los estupefacientes serán vigilados por las autoridades judiciales del país de destino; y debe fundarse la resolución, con expresa mención –en la medida de lo posible– de la cantidad y calidad del estupefaciente en cuestión.

Asimismo, la ley argentina solamente comprende aquellos elementos que sean estupefacientes (y no otros como precursores químicos, semillas y materias primas), solución que puede resultar cuestionable (cfr. Falcone, 2011, p. 412).

Como puede apreciarse, a diferencia de otros países la regulación es deficiente, y deja librado a la discrecionalidad de los magistrados los recaudos de modo, tiempo y lugar de la medida. Ello genera sinnúmero de dificultades en la práctica, a la vez que conspira contra la eficacia de la medida.

Un aspecto particular es el vinculado a las remesas de droga enviadas por encomienda. Aquí se abren diversos interrogantes: uno vinculado a los

paquetes que circulan merceda los servicios de empresas de transporte y que no son de correo. En el caso de éstas últimas, si los envíos postales de paquetes gozan de la misma protección que la correspondencia epistolar.

La cuestión ha sido encarada desde la perspectiva de que si las encomiendas pueden ser consideradas como correspondencia epistolar, entonces gozan de la protección constitucional que impide su apertura sin orden judicial. La doctrina no es pacífica en este punto.

Por un lado, no puede dejar de considerarse que el art. 154 del Código Penal, al consagrar la figura de la violación de correspondencia no ampara –conforme doctrina prácticamente unánime– a los envíos postales consistentes en bultos o paquetes. La pregunta que se impone es si ello importa sin más la habilitación a que cualquier agencia estatal los abra.

Entendemos que en el caso de paquetes que vienen del exterior, o que pasan de la zona aduanera especial al continente, el problema no reviste mayores dificultades, pues el control de aduanas se encuentra previsto y regulado específicamente y quien realiza el envío sabe que está obligado, eventualmente, a someterse al mismo.

Lo mismo podríamos señalar en relación a los controles que por razones de seguridad están establecidos en distintos lugares (vgr. aeropuertos) y que resultan obligatorios para acceder a los mismos. En estos casos la renuncia a la privacidad es advertida de antemano, y cada uno decide libremente si se somete o no a ella.

Sin embargo, no parece apropiado aceptar que en los demás casos cualquier autoridad pueda, sin un motivo razonable o sin una orden judicial, proceder al registro de los envíos. Lo que quiero señalar es que, al menos, deben ser exigibles las condiciones que impone el art. 230 del Código Procesal Penal (sospecha fundada de que el envío contiene elementos

que constituyen delito), analizados a la luz del principio de proporcionalidad. Es decir, creo que debe estarse frente a la posible comisión de un delito de tráfico (lo que descarta cualquiera de las figuras que no estén vinculadas al comercio), y que debe existir una sospecha razonable. También estimo oportuno señalar que, más allá de algún caso puntual, difícilmente se den tales circunstancias sino es en el marco de una investigación en curso, por lo que las facultades de las fuerzas de seguridad deben ser juzgadas con un criterio restrictivo.

Otro aspecto que ha sido materia de discusión es el relativo a la sustitución del material estupefaciente²⁵⁴. No advertimos ninguna razón para que ello no pueda realizarse, y dependerá del contexto de la investigación si esto puede o no afectar su éxito. Si lo único que se pretende es individualizar a quien retira el paquete, no es necesario correr el riesgo de que la droga se pierda.

También, cabe señalar, que la entrega vigilada no importa ningún tipo de provocación, pues no hay una actividad estatal que implique la puesta en circulación de la droga, sino simplemente existe un “dejar hacer, dejar pasar”, en relación a una circulación existente.

²⁵⁴ Entre los aspectos deficitarios de nuestra ley se encuentra éste, es decir la falta de regulación del modo de realización de la entrega vigilada, y si es posible la sustitución del material prohibido. La denominada “entrega vigilada con sustitución o limpia” es aquella en la que los bienes ilícitos originales son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuas y lícitas. Las objeciones, como se verá, se vinculan a la desaparición del peligro y, por ende, a la conversión de la acción en una suerte de tentativa inidónea o de delito imposible.

En cualquier caso, deberá prestarse particular atención a la prueba del conocimiento del contenido por parte de quien es el destinatario, o la persona que concurre a recogerlo, pues estos hechos, en sí, no resultan demostrativos de que la persona esté consciente de la existencia de droga. De modo que, si no se halla acompañada de otros elementos de prueba, o si no se espera la apertura y disposición del material, difícil es concluir que exista el dolo de tráfico.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la disposición de “entrega vigilada” sobre el delito que se viene desarrollando, algún autor ha señalado que quienes sean detenidos como consecuencia de una entrega controlada incurrirán en una tentativa inidónea de delito imposible, en lo referente a los fines que se hubiese propuesto el agente, puesto que, al dominar el curso de la acción los encargados de la prevención del delito con la pertinente venia judicial, las posibilidades de consumación son prácticamente ínfimas (Cornejo, 1994, p. 285).

No coincidimos con este criterio. La técnica que venimos comentando tiende, en el curso de una operación de tráfico de estupefacientes, a la individualización de los autores. Difícilmente pueda resultar un delito imposible, pues éste supone un curso de ejecución inidóneo para conseguir el resultado. Pessoa define el delito imposible como “*un acto de tentativa que no se consuma porque el programa causal pensado, querido y desplegado por el autor conforme a su plan concreto, no tiene eficacia para producir el resultado querido*” (Pessoa, 1989, 60)²⁵⁵. Sin embargo, en estos supues-

²⁵⁵ Una definición similar brinda Cavallero (1983, 142), a quien sigue Cornejo, “*El delito imposible es una tentativa, con todos sus caracteres típicos, punible por la impresión en la comunidad y la perturbación del bien jurídico que produce, en la cual, apreciado “ex ante”, el accionar del autor*

tos, no existe “inidoneidad del programa causal”, sino una interrupción por el obrar de ciertos operadores judiciales. Esta interrupción, ni siquiera puede ser computada en los términos de convertir el hecho en tentativa, pues la estructura de los tipos de la ley 23737 determina que el delito (en alguna de sus manifestaciones) se encuentre consumado de manera inmediata. Y en este sentido no debe ser confundido el curso de la ejecución de un hecho complejo (como puede ser un transporte de estupefacientes), que ya está consumado, con la individualización de quienes intervienen en el mismo (vgr. por ser los destinatarios del envío, pero cuyo concierto es previo).

(medios) tiene nula o mínima posibilidad de realización del fin propuesto, por presentar un error vencible acerca de la idoneidad del comportamiento”. Nótese que Cavallero, también enfatiza el hecho de que el hecho debe ser apreciado “ex ante” a fin de evaluar la aptitud de realización del fin propuesto. Los hechos que pueden motivar la entrega vigilada resultan con aptitud ex ante.

Conclusiones finales

A lo largo del trabajo he intentado presentar los distintos aspectos que se involucran en la persecución penal en general y en el del narcotráfico en particular.

Lo he hecho con la convicción heredada de un gran maestro como Alberto Binder de que no es posible hacer dogmática penal aisladamente, prescindiendo de la realidad social que nos muestra la criminología, de los sistemas procesales y, en particular, de las herramientas efectivas de los operadores que intervienen en el sistema (sean fuerzas de seguridad o de la magistratura).

Las abstracciones con las que habitualmente nos manejamos los juristas conspiran contra la efectividad de la ciencia que pretendemos desarrollar y que pregonamos.

A lo largo de trabajo he intentado demostrar que hemos legislado instituciones, en muchos casos importadas de otros países que tuvieron escasa o nula efectividad en la problemática del narcotráfico que enfrentamos.

En parte porque dichas instituciones parten de hábitos sociales completamente distintos, en parte porque surgen en el marco de regímenes jurídicos (como el anglosajón) que presenta características absolutamente dispares.

La colonización de la que habla Schünemann se ha producido en este ámbito, en parte por las presiones internacionales políticas y económicas, pero también porque hemos sido un poco perezosos a la hora de adaptar las exigencias externas a nuestra idiosincrasia.

Ha sido más sencillo copiar literalmente el contenido de las convenciones internacionales que efectuar un trabajo de depuración. De ahí la proliferación de verbos típicos que se superponen, y en algunos casos contradicen.

Tampoco hemos hecho una adaptación seria de las técnicas de investigación ajustada a nuestras posibilidades sociales y económicas. Así, por ejemplo, pensar en testigos que puedan ser reinstalados con cambios de identidad y de vida, supone una ingente cantidad de recursos con los que el país difícilmente cuente, al menos en sus prioridades. En ese sentido, habría que evaluar seriamente, empezando por los que tienen a su cargo el dictado de las leyes, si todos los sacrificios que se plantean y se postulan resultan realizables en la práctica.

Pero tampoco existen estudios serios de seguimiento sobre el funcionamiento de cada uno de estos institutos que nos permitan evaluar su funcionamiento cabal y, en todo caso, efectuar las correcciones que sean menester.

El diagrama de los tipos penales no puede seguir prescindiendo de los aspectos que hemos aquí destacado como la diferenciación en relación al tipo de droga. La política criminal exige, para su racionalidad, una mayor precisión en estos ámbitos, como vimos al tocar el tema en el capítulo 1 y en particular al analizar el bien jurídico que se dice proteger.

En relación a este último aspecto entiendo que resulta menester sacar a la luz y diferenciar claramente aquello que tiene que ver con la salud pública como bien general, y lo que responde a intereses económicos, no en un sentido peyorativo sino orientador. En este sentido, como dice el profesor Schünemann “el proceso de fijación de la materia de la prohibición al interpretar la ley debe recorrer como estaciones necesarias la determinación

del bien jurídico protegido y de la estructura delictiva que de él depende (como delito de lesión o de peligro). Con esto se destaca la substancia del principio de protección del bien jurídico...En otras palabras, la determinación del bien jurídico no es realizada, por ejemplo, al terminar el proceso de interpretación como una mera etiqueta final, sino que dirige el modelado de la materia de la prohibición en su impulso fundamentalmente liberal, es decir, **impidiendo limitaciones innecesarias de las libertades de los ciudadanos**” (el destacado no es del original).²⁵⁶

Que el lavado de dinero es un serio problema para las sociedades democráticas es una realidad incontrastable, al punto que pueden ponerla en riesgo, como también lo es que la única fuente de dinero ilegal no proviene del narcotráfico, y que para poder desarrollarla se cuenta con la colaboración de un sistema económico y financiero que la permite a través de los distintos mecanismos existentes para agilizar las transacciones comerciales.

En este sentido sería una utopía pretender que ello se modifique a corto plazo, pero no deberíamos entonces golpearnos la cabeza contra estructuras prácticamente inmodificables (salvo acuerdo global), sino buscar los mecanismos que permitan minimizar el impacto.

En otro orden las técnicas de investigación reguladas y que se han analizado no resultan suficientes para la investigación de las grandes cadenas y organizaciones de tráfico. En este sentido debemos ser conscientes como sociedad que con dichas herramientas puede acotarse parcialmente la actividad pero de ningún modo erradicarla. Esto es importante tenerlo en claro pues la frustración general que se produce en la sociedad afecta de modo directo en la actividad de las fuerzas de seguridad de los operadores

²⁵⁶ Schünemann, 2009-II, p 69.

judiciales que se ven presionados por la falta de resultados. Pero ello provoca un efecto inverso, pues termina por la penalización –casi exclusiva– de los más vulnerables y que no son computables para impactar de un modo decisivo en la actividad criminal.

Por otro lado, habría que recoger, de alguna medida el grado de aceptación social y real de la comunidad acerca del consumo de estupefacientes para pensar soluciones que, aunque arriesgadas, puedan poner fin a algunas de las consecuencias negativas que como efecto secundario (en el decir de Baratta) traen los estupefacientes.

Una última reflexión, la lucha contra el narcotráfico (como otras actividades de la misma magnitud) pone en riesgo la sociedad democrática no solamente desde afuera, sino por infiltrarse en la misma y provocar reacciones, muchas veces autoritarias, que propenden a su desintegración.

El derecho penal no puede prescindir de valorar estos aspectos, no basta diseñar tipos penales ideales (casi utópicos) que se limiten a abarcar todo el espectro de conductas, sino que deben contemplar la realidad, y asentados en ellos defender los bienes que la sociedad civil necesita.

Ushuaia, 2014

Bibliografía

Obras Generales de Derecho Penal.

D'Alessio, Andrés José, Código Penal de la Nación, comentado y anotado, ed. La ley, Tomo II 2009, segunda edición actualizada.

D'Alessio, Andrés José, Código Penal de la Nación, comentado y anotado, ed. La ley, Tomo III 2010.

Donna, Edgardo A. “Derecho penal-Parte General. Fundamentos de la ley penal”; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006; 1ª ed., t. I.

Donna, Edgardo A. “Derecho penal-Parte General. Teoría general del delito-I”; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008; 1ª ed., t. II.

Donna, Edgardo A. “Derecho penal-Parte General. Teoría general del delito”; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008; 1ª ed., t. III.

Donna, Edgardo A. “Derecho penal-Parte General. Teoría general del delito”; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; 1ª ed., t. IV.

Donna, Edgardo A. “Derecho penal-Parte General. Teoría general del delito”; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; 1ª ed., t. V.

Donna, Edgardo A. “Derecho penal-Parte General. Teoría general del delito”; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; 1ª ed., t. VI.

Stratenwerth, Günter; “Derecho Penal-Parte General I- El hecho punible”; Hammurabi, Buenos Aires, 2005; 4ta. ed. reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti.

Hirsch, Hans Joachim, “Derecho Penal - Obras completas”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005; t. I, reimpresión.

Hirsch, Hans Joachim, “Derecho Penal - Obras completas”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; t. II.

Hirsch, Hans Joachim, “Derecho Penal - Obras completas”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; t. III.

Hirsch, Hans Joachim, “Derecho Penal - Obras completas”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2005; t. IV.

Hirsch, Hans Joachim, “Derecho Penal - Obras completas”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; t. V.

Jakobs, Günther “Derecho Penal Parte General” Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas SA, Madrid 1997. Segunda ed. Corregida. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo.

Jescheck, Hans-Heinrich; “Tratado de Derecho Penal-Parte General”; ed. Comares, Granada, 1993; 4ª edición, corregida y ampliada, trad. José Luis Manzanares Samaniego

Jescheck, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal-Parte General”; Bosch, casa editorial, S.A., Barcelona, 1981; traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, con adiciones de Derecho español; volumen segundo

Jiménez de Asúa, Luis “Tratado de derecho penal”; Editorial Losada, Buenos Aires, Buenos Aires, 1992; 5ª edición actualizada; t. III

Maurach, Reinhart- Zipf, Heinz. “Derecho penal-Parte general”. Traducción de Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson (bajo la supervisión de Edgardo A. Donna) de la 7ª ed. Alemana., Ed. Astrea, Buenos Aires, T. I, 1994

Maurach, Reinhart, “Derecho Penal Parte General”, actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, ed. Astrea, Buenos Aires, Trad. de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch; t. II, 1995.

Mayer, Max Ernst; “Derecho Penal-Parte General”, ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, traducción de la edición alemana de 1915 (Heilderberg) Sergio Politoff Lifschitz.

Merkel, Adolf. “Derecho Penal-Parte General”; editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2006, trad. de Pedro Dorado Montero; reimpr.

Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal-Parte General ”. B de f, Montevideo, 2005; 7ª. ed., 2ª reimpresión.

Roxin Claus; “Derecho penal-Parte General-Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito”; Civitas, Madrid, 1997 (en Civitas); traducción de la

2da. ed. alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal; reimpresión, 2000

Righi, Esteban, “Derecho Penal-Parte General”, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

Rusconi, Maximiliano “Derecho Penal-Parte General”, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007.

Soler, Sebastián; “Derecho penal Argentino”; Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953; 2da. reimpr. de la 2da. ed. de 1945, t. I y II.

Welzel, Hans. “Derecho penal alemán-Parte General”. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970

Zaffaroni, Eugenio Raúl-Alagia, Alejandro-Slokar, Alejandro. “Derecho Penal-Parte General”. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000

Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal-Parte General”. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981

Zaffaroni, E. Raúl, Arnedo, Miguel A.; “Digesto de Codificación Penal Argentina”, A-Z editora, Madrid, 1996, t. 1.

Zaffaroni, E. Raúl, Arnedo, Miguel A.; “Digesto de Codificación Penal Argentina”, A-Z editora, Madrid, 1996, t. 2.

Zaffaroni, E. Raúl, Arnedo, Miguel A.; “Digesto de Codificación Penal Argentina”, A-Z editora, Madrid, 1996, t. 5.

Obras Particulares de derecho Penal

Aguirre, Eduardo Luis; “Bienes Jurídicos y Sistema Penal-Una investigación acerca de la racionalidad de la tutela normativa estatal (penal) respecto de los distintos bienes jurídicos” ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2005.

Alcácer Guirao, Rafael “Sobre el concepto de delito ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber? Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.

Bacigalupo, Enrique “Delitos impropios de omisión”, Ediciones Panneditlle, Buenos Aires, 1970

Bacigalupo, Enrique “Hacia el nuevo Derecho Penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

Bacigalupo, Enrique “Lineamientos de la teoría del delito”, Hammurabi, Buenos Aires, 3ª edición, 1994.

Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal-Parte General”; Hammurabi, Buenos Aires, 1999. 2da. edición.

Baigún, David “Daño social en el delito económico”, en “Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad”, dirigido por Hans Joachim

Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Benavente Chorres, Hesbert “La omisión: concepto e imputación objetiva”; Fabián J. Di Placido Editor; Buenos Aires, 2006.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Piedecabras, José Ramón. “Lec- ciones de Derecho Penal-Parte General” Ed. Praxis, Barcelona, 1999, 2da. edición.

Burkhardt, Björn; Günther, Klaus y Jakobs Günther; “El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal”, Ad- Hoc; Buenos Aires, 2007.

Bustos Ramírez, Juan. “Manual de Derecho Penal-Parte General”. Barcelo- na, 1994, PPU. 4ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée.

Bustos Ramírez, J.; “Control Social y Sistema Penal”; PPU, Barcelona, 1987.

Carbonell Matheu Juan Carlos, “Derecho Penal: Concepto y Principios constitucionales”, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, tercera ed.

Cancio Meliá, Silva Sánchez, “Delitos de Organización”, Editorial B de F, Buenos Aires 2008.

Cancio Meliá- Gómez Jara (coord.), “Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión”, editorial B de F, Buenos Aires- Montevideo, vol. 1, 2006

Cerezo Mir, José; "Temas fundamentales del Derecho Penal", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001; t. I.

Cerezo Mir, José; "Temas fundamentales del Derecho Penal", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002; t. II.

Cerezo Mir, José; "Temas fundamentales del Derecho Penal", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006; t. III.

Cerezo Mir, José; “Curso de Derecho penal Español-Parte General”; ed. Tecnos, Madrid, 1996; 5ª edición, 3ª reimpresión, 2000; t. I

Cerezo Mir, José; “Curso de Derecho penal Español-Parte General”; ed. Tecnos, Madrid, 1998; 6ª edición, 2ª reimpresión, 2000; t. II

Cerezo Mir, José; “Curso de Derecho penal Español-Parte General”; ed. Tecnos, Madrid, 1996; 5ª edición, 3ª reimpresión, 2000; t. I.

Cerezo Mir, José; “Curso de Derecho penal Español-Parte General”; ed. Tecnos, Madrid, 1998; 6ª edición, 2ª reimpresión, 2000; t. II.

Cerezo Mir, José; “Curso de Derecho penal Español-Parte General”; ed. Tecnos, Madrid, 2001; 1ª edición, 5ª reimpresión, 2006; t. III

“Código Penal y normas complementarias-Análisis doctrinal y jurisprudencial”; dir. David Baigún- E. Raul Zaffaroni; Hammurabi, 2008; t 1- 5

de Jesus, Damásio; “Concurso de pessoas nos delitos omissivos”, Revista Jurídica da ESMP nº 2.

Cuello Contreras, Joaquín; “Fundamentos para un sistema lógico funcional de Derecho Penal”, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología; 08-01 (2006).

Donna, Edgardo Alberto. “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, en “La concepción normativa de la culpabilidad” de James Goldschmidt. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002. 2ª edición

Donna, Edgardo Alberto. *“El exceso en las causas de justificación-Estudio del artículo 35 del Código Penal”*. Astrea, Buenos Aires, 1985.

Donna, Alberto Edgardo “Derecho penal-Parte Especial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002; t. II-c.

Donna, Alberto Edgardo “Derecho penal-Parte Especial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; t. III.

Engisch, Karl “La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal”; B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006. Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora.

Engisch, Karl, ”La causalidad como elemento de los tipos penales”, Hammurabi, Buenos Aires, 2008; trad. de Marcelo Sancinetti de la edición alemana de Tübingen, 1931.

Fernández Gonzalo D. “Bien Jurídico y sistema del delito”, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

Fernández Gonzalo D. “Culpabilidad y teoría del delito”, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 1995.

Ferro, Alejandro H.; “Autoría y participación criminal en la omisión”, Jurisprudencia Argentina 2008-II. ,

Fissore, Gustavo, “La omisión en el Derecho Penal”, Nova Tesis, 1º ed. Rosario, 2004.

Frank, Reinhard. “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y TeaLöw. 2da. reimpr

Freudenthal, Berthold. “Culpabilidad y reproche en el derecho penal”. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora.

Frisch, Wolfgang “Comportamiento típico e imputación del resultado”; Marcial Pons, Madrid, 2004. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

Frisch, Wolfgang y Robles Pana, Ricardo, “Desvalorar e imputar”, B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.

García de Enterría, Eduardo “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

Gimbernat Ordeig, Enrique. “Estudios de Derecho Penal”. Tecnos, Madrid, 1990. 3ra. ed.

Gimbernat Ordeig, Enrique. “Concepto y método de la ciencia del derecho penal”. Tecnos, Madrid, 1999.

Gimbernat Ordeig, Enrique; “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”; ADPCP, T. L, 1997, publicado en [www. cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)

Gimbernat Ordeig; Enrique “La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión”; Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

Gimbernat Ordeig, Enrique; “Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores”; en Red CENIPEC, N° 25 Volumen I enero-diciembre 2006.

Goldschmidt, James. “La concepción normativa de la culpabilidad”, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002. 2da. Ed

Guibourg, Ricardo A., “El fenómeno normativo”; Astrea, Buenos Aires, 1987; colección Filosofía y Derecho n° 14.

Günther, Klaus; “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?; en “La insostenible si-

tuación del Derecho Penal”, estudios de derecho penal dir. por Carlos María Romeo Casabona, ed. Comares; trad. Jesús María Silva Sánchez.

Hirsch, Hans Joachim, Cerezo Mir, José; Donna, Edgardo Alberto, Directores “Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad” Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe, 2005

Jakobs, Günther. “El concepto jurídico penal de acción”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; trad. de Manuel Cancio Melliá.

Jakobs, Günther; “Acción y omisión en Derecho penal”; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; trad. Luis Carlos Rey Santiz y Javier Sánchez-Vera.

Jakobs, Günther; “El concepto jurídico penal de acción”; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; trad. Manuel Cancio Melliá

Jakobs, Günther; “La imputación penal de la acción de la omisión”; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Jakobs, Günther, “Omisión: estado de la cuestión”; en Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), trad. de Javier Sánchez Vera Gómez Trelles.

Jakobs, Günther. “Estudios de Derecho Penal”; Uam Ediciones- Editorial Civitas, Madrid, 1997. Traducción y estudio preliminar de Enrique Peñalada Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Melliá.

Jakobs, Günther. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”; Civitas Ediciones; Madrid, 1996.

Kai Ambos; “100 AÑOS DE LA “TEORÍA DEL DELITO” DE BELING ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”; en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; ISSN 1695-0194. <http://criminet.ugr.es/recpc>

Kaufmann Armín, “Teoría de las Normas: fundamentos de la dogmática penal moderna”; Buenos Aires, Depalma, 1977; Trad. Bacigalupo, Enrique

Kaufmann Armín, “Dogmática de los delitos de omisión”, Marcial Pons, Madrid, 2006, Traducción de la 2ª edición alemana (Gotinga,1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

Kiss Alejandro, “El delito de Peligro Abstracto”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2011, primera Ed.

Longobardi, Mariano; “Delitos de omisión impropia y normativización en el Derecho Penal Moderno”, Lexis n° 0003/012235.

Martín, Luis Gracia; “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-07 2004

Maurach, Reinhart-Zipf, Heinz. “Derecho Penal-Parte General”, actualizada por Heinz Zipf Astrea, Buenos Aires. Traducción de la 7ma ed. alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. t. I , 1994.

Mezger, Edmund; “Derecho Penal-Libro de estudio-Parte General”, editorial Bibliográfica Argentina SRL, Buenos Aires, 1958; trad. de Conrado Finzi, prólogo de Ricardo Núñez

Muñoz Conde, Francisco- García Arán, Mercedes. “Derecho Penal-Parte General”. Ed. Tirant lo Blanch libros, Valencia, 2000; 4ª ed. Revisada y puesta al día

Naucke, Wolfgang; “Derecho Penal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, Trad. de la 10º edición alemana por Leonardo Germán Brond.

Nino Carlos S.; “Introducción a la filosofía de la acción humana”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987.

Nino Carlos S.; “¿Da lo mismo actuar omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión); La Ley 1979-C, 801.

Nino, Carlos S.; “Fundamentos de Derecho Penal”, en “Los escritos de Carlos Nino”; ed. Gustavo Maurino, Gedisa editorial, Buenos Aires, 2008.

Niño, Luis Fernando; “Los límites y los fundamentos de los delitos impropios de omisión”. Prueba de oposición para el concurso de titulares de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, 2008, inédito.

Perdomo Torres, Jorge Fernando “*Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión-Sobre la supuesta accesoriedad y sobre la solidaridad*”, en Revista de Derecho Penal- Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, año 2004-1, dirigida por Edgardo Alberto Donna.

Quintero Olivares, Gonzalo; “Derecho Penal – Parte General”, Marcial Pons, Madrid, 1992, reedición de la segunda edición.

Rodríguez Mesa, María José; “Autoría y Participación en comisión por omisión”; en Revista de Derecho Penal- Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, año 2006-1, dirigida por Edgardo Alberto Donna.

Roxin, Claus; “Política criminal y sistema del derecho penal”; Hammurabi, Buenos Aires, 2002; 2ªed. 1ª reimpr., trad. de Francisco Muñoz Conde.

Schünemann, Bernd, “¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; trad. de Ángela De La Torre Benítez.

Silva Sánchez, Jesús M. “El delito de omisión. Concepto y sistema”; ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2003; 2ª ed. actualizada.

Silva Sánchez, Jesús M. “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, José María Bosch Editor S.A.; Barcelona; 1992.

Silva Sánchez, Jesús M. “La expansión del Derecho Penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas Ediciones; Madrid, 1999,

Silva Sánchez, Jesús M. “Consideraciones sobre la teoría del delito”, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Schünemann, Bernd; “La Culpabilidad: estado de la cuestión”, en “Sobre el estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra”;

Cuadernos Civitas, Madrid, 2000; traducción de David Felip i Saborit y Ramon Ragués i Vallés

Schünemann, Bernd; “El Sistema Moderno de Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales” B de F, 2012, segunda Ed.

Schünemann, Bernd; “El Derecho Penal es la Última Ratio”, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 2007.

Schünemann, Bernd, “Obras, Editorial Culzoni Santa Fe, 2009, Tomo I

Schünemann, Bernd, “Obras, Editorial Culzoni Santa Fe, 2009, Tomo II

Struensee, Eberhard “Actuar y omitir-Delitos de comisión y de omisión”; Universidad Externado de Colombia, 1996, Colombia. Traducción de Patricia Ziffer, en la colección “Cuadernos de conferencias y artículos”, nº 10.

Vives Antón, Tomás S. “Fundamentos del Sistema Penal; Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Welzel, Hans. “El Nuevo Sistema del Derecho Penal- Una introducción a la doctrina de la acción finalista”. Traducción y notas de José Cerezo Mir, 2da reimpr., 2004, Julio César Faira editor, ed. B de F

Welzel, Hans. “Estudios de Filosofía del Derecho penal y Derecho penal”. B de F, Montevideo, 2004.

Welzel, Hans. “Estudios de Derecho penal”. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Teresa Löw. B de F, Montevideo, 2003.

Zaffaroni, E. Raúl, “Lectio Doctoralis”, en “Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad”, dirigido por Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Zaffaroni E. R. “Teoría del delito”, Ediar, Buenos Aires, 1973.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; “En torno a la cuestión penal”, ed. B de f; Montevideo, 2005.

Obras específicas sobre estupefacientes

Álvarez García F. Javier (Dir.) - Araceli Manjón Cabeza Olmeda (Coordinadora), “El delito de tráfico de drogas” Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Cornejo Abel “Los delitos del tráfico de Estupefacientes” – Ad-Hoc, SRL, Buenos Aires, 1994, primera reimpresión de la primera edición.

Correa de Carvalho, José Theodoro, “Tráfico de Drogas-Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales”, ed. Juruá, Lisboa 2010

Cuñarro Mónica (Directora), “La política criminal de la droga”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2010

Falcone Roberto A. – Caparelli Facundo L., “Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2002.

Falcone Roberto A. – Conti, Nestor J. – Simaz, Alexis L., "Derecho Penal y tráfico de drogas", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2011, primera ed.

Falcone, Roberto A., “Cuestiones Captales de Derecho Penal” el capítulo I sobre régimen estupefacientes y III sobre Lavado

García Vitor, Enrique-Goyeneche, Cecilia Andrea; “Régimen legal de los estupefacientes”; ed. Cuyo, Mendoza, 2001.

Inchausti Santiago, Mercau Juan H., Compendios de jurisprudencia: Ley 23737, Lexis Nexis, Buenos Aires 2008.

Laje Anaya Justo “Narcotráfico y Derecho penal Argentino”, Editorial Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba 1998, tercera ed.

Lamarca Pérez, Carmen, en la obra colectiva “El delito de tráfico de drogas”; Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; dir. F. Javier Álvarez García.

Mahiques, Carlos A. (Director) “Leyes penales especiales”, Fabián J. Di`placido Editor, Buenos Aires 2004, primera ed.

Puricelli, José Luis, “Estupefacientes y Drogadicción”, ed. Universidad, Buenos Aires, 1998.

Tazza, Alejandro Osvaldo, “El comercio de estupefacientes”, Análisis de los aspectos objetivos y subjetivos de los tipos penales. ed. Nova Tesis, Rosario 2008, primera edición.

Obras Generales sobre estupefacientes y pensamiento criminológico

Aguirre, Luis Eduardo. Bienes jurídicos y sistema penal. Una investigación acerca de la racionalidad de la tutela normativa estatal (penal) respecto de los distintos bienes jurídicos. Fabián Di Plácido editor, Buenos Aires, 2005.

Altomare, Daniel. Las sombras del goce. Para una clínica de las adicciones. Letra Viva, Buenos Aires, 2006.

López, Héctor. Las adicciones- Sus fundamentos clínicos. Lazos, Buenos Aires, 2007.

Alcácer Guirao Rafael, Sobre el concepto de Delito ¿Lesión del Bien Jurídico o Lesión de Deber?, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2003.

Aniyar de Castro, Lolita. La sombra del Padrino-Concepto criminológico del delito organizado. En Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal-Criminología, año II, nº 2, 2003, editorial Ad Hoc, Buenos Aires.

Baratta, Alessandro. Criminología y Sistema penal. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

Baratta Alessandro. Une politique rationnelle des drogues? Dimensions sociologiques du prohibitionnisme actuel. Déviance et société, Année 1990, Volume 14, Numéro 2.

Barros Brisolla, Carlos Eduardo de. Drogas-Alguns aspectos sócio-culturais. En revista: Justitia, año XXXV, 2º trimestre 1973 vol. 81. Procu-

radoria-geral da justiça em convênio com a associação paulista do ministério público.

Benegas Lynch, Alberto “La tragedia de la drogadicción”, Editorial Lumiere, Buenos Aires, 2006.

Bergalli, Roberto. Adicción a las drogas-Estudio sociológico y de política criminal. En revista: Nuevo Pensamiento Penal, año 2, enero-marzo 1973 n° 1, ed. Astrea, Buenos Aires.

Bergalli, Roberto. Sistema Penal y exclusión social: ¿deterioro y perversión en y para el Estado de Derecho?. En El Orden Jurídico-penal entre normativa y realidad. Coordinador Wolfgang Schöne. MAVE, Corrientes, 2009.

Bordieu, Pierre “Meditaciones Pascalianas”, Anagrama, Barcelona, 1999.

Bufarini, Mariano. Drogas y ciudadanía: La paradoja del estado moderno. En Revista Nova tesis de Derecho Penal y Procesal Penal, n° 7 enero febrero 2008. Nova Tesis Editorial Jurídica SRL, Rosario, 2008.

Bustos Ramírez J. Control Social y Sistema Penal. Ed. PPU, Barcelona, 1987.

Calabrese, Alberto I. Adicción a drogas. Situaciones criminológicas. En Jurisprudencia penal de Buenos Aires, Año VI, n° 20, enero-febrero. marzo 1968/69.

Christie Nils. El control de las drogas como un avance hacia

condiciones totalitarias. En *Criminología crítica y Control social- 1 El poder punitivo del Estado*. Editorial Juris, Rosario, 2000.

Conocente, Miguel-Kameniecki, Mario (compiladores). *Adicciones. Desde el fantasma del flagelo a la dimensión de la pregunta*. Letra Viva, Buenos Aires, 2007.

Ehrenberg, Alain. *Individuos bajo influencia- Drogas, alcoholes, medicamentos psicotrópicos. Nueva visión*, Buenos Aires, 1994. Trad. de Viviana Ackerman.

Elbert, Carlos Alberto. *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

Elbert, Carlos Alberto. *Criminología Latinoamericana-Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio. Parte primera y segunda*. Universidad, Buenos Aires, 1996 y 1999.

Elbert, Carlos Alberto –coordinador-. *Inseguridad, víctimas y victimarios*. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

Fitoussi, Jean-Paul. Rosanvallon, Pierre. “La nueva Era de las desigualdades”; ed. Manantial, Buenos Aires, 1997. Trad. de Horacio Pons.

Fukumi Sayaka, “Cocaine trafficking in Latin America-EU and Policy Responses”; ed Ashgate, 2008.

García-Pablos de Molina, Antonio. Tratado de Criminología t. I y II. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

García Vitor, Enrique. Aspectos político criminales en materia de drogas. En Revista de Ciencias Penales, nº 3-1997. Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1997. ,

Gutiérrez, Mariano Hernán. La dinámica de las oposiciones y la inseguridad subjetiva. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007.

Húgel, Carlos Rodolfo. La política de drogas y el paradigma de enfermedad. Depalma, Buenos Aires, 2007.

López Bolado, Jorge Daniel. Drogas y otras sustancias estupefacientes su tráfico y tenencia- Enfoque criminológico y legal. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971.

López, Héctor, “Las adicciones- Sus fundamentos clínicos”, ed. Lazos, Buenos Aires, 2007.

Lea, John-Young, Jock. ¿Qué hacer con la ley y el orden? Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Traducción de Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini.

Maisonnave, Germán Aller. Aspectos penales y criminológicos sobre las drogas prohibidas. Trabajo presentado en el Congreso La criminología del siglo XXI en América Latina, publicado en “La criminología del siglo XXI en América Latina-Parte Segunda. Coordinadores: Elbert.Murillo-López González-Kalinsky.

Malamud Goti, Jaime. Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

Martuccelli, Danilo “Gramáticas del individuo” Losada, Buenos Aires, 2007; trad. de José Federico Delos.

Melossi, Darío. El estado del control social. Siglo Veintiuno editores, México, 1992. 1ª edición en español. Traducción de Martín Mur Ubasart.

Méndez Rodríguez Cristina “Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación”, Madrid, 1993 Univ. Complutense

Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional, ed. Astrea, Buenos Aires 2005, tercera reimpresión.

.

Niño, Luis Fernando. Estudios Penales. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007.

Olmo, Rosa del. La cara oculta de la droga. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998. Reimpresión de la primera edición.

Olmo, Rosa del. La droga y sus discursos. En El Derecho Penal Hoy (homenaje al Profesor David Baigún). Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.

Olmo, Rosa del. Criminología argentina-Apuntes para su reconstrucción histórica. Depalma, Buenos Aires, 1992.

Pavarini, Massimo. Un arte abyecto-Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006. Traducción de Máximo Sozzo y Magdalena Candiotti.

Pegoraro, Juan S. Las paradojas del control social punitivo. En *Delito y Sociedad-Revista de Ciencias Sociales*, año 17, núm. 25, 2008, Universidad Nacional del Litoral.

Pegoraro, Juan S. Hablemos del delito ... y de la sociedad: la compleja relación entre el orden normativo y la realidad social. En *Violencia y Sistema Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

Pinchebeck Daniel “Una historia de las drogas”, ed. RBA Libros S.A., Barcelona 2007. Letra Viva, Buenos Aires 2007

Smith, Peter H. (compilador). El combate de las drogas en América. Fondo de cultura económica, México, 1993.

Sozzo, Máximo –coordinador-. Reconstruyendo las criminologías críticas. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

Szasz, Thomas, “Nuestro derecho a las drogas”, ed. Anagrama, Barcelona, 2001. Traducción de Antonio Escohotado.

Tokatlian, Gabriel (compilador), “Drogas y prohibición (una vieja guerra un nuevo debate)”, Libros del Zorzal, Buenos Aires 2010.

Tokatlian, Gabriel (compilador) ,“La guerra contra las Drogas en el Mundo Andino (hacia un cambio de paradigma), Libros del Zorzal, Buenos Aires 2009.

Torres, Sergio Gabriel. “Derecho Penal de Emergencia- Lenguaje, discurso y medios de comunicación. Emergencia y política criminal. Consecuencias en la actualización legislativa”. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008

Trépos, Jean-Yves. La force des dispositifs faibles: la politique de réduction des risques en matière de drogues. En Cahiers internationaux de sociologie 2003/1 – n° 114, p.93-118 Presses Universitaires de France. Disponible en línea:
http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=CIS&ID_NUMPUBLIE=CIS_ARTICLE=CIS_114_0093

Ventre, Marta H. (compiladora). La drogadicción: una mirada institucional. Lugar editorial SA, Buenos Aires, 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Apunte sobre el pensamiento penal en el tiempo. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal. Ediar, Buenos Aires, 2004.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Criminología- Aproximación desde un margen. Temis, Bogotá, 2003. Tercera reimpresión.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas- Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Ediar, Buenos Aires, 2005. Cuarta reimpresión.

Obras vinculadas al proceso penal, en particular la prueba y a las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Binder Alberto M., “Introducción al Derecho Procesal Penal” Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993

Cancio Meliá, Manuel-Silva Sánchez, Jesús M.; “Delitos de organización”; B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

Carbone, Carlos Alberto, “Requisitos Constitucionales de las Intervenciones Telefónicas”, ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2008.

Carrió, Alejandro, “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2000, cuarta ed.

D’álbora, Francisco J. “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, Comentado, Concordado”; Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I

D’álbora, Francisco J. “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, Comentado, Concordado”; Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, t. II

Escobar Raúl T., “El Crimen de la Droga”, Editorial Universidad, Buenos Aires 1995, segunda ed.

Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón, Teoría y Garantismo Penal”, ed. Trotta, 1998, tercera ed.

Gullco Víctor Hernán, “Principios de la Parte General del Derecho Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires 2009, segunda ed.

Hairabedian Maximiliano, “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal”, Editorial Ah-Hoc, Buenos Aires 2002.

Magro Servet Vicente, “Manual Práctico de Actuación Policial-judicial en medidas de Limitación de Derechos Fundamentales”, La ley (wolters Kluwer), Madrid 2006, primera edición

Pinto Ricardo M., “La investigación Penal y las Garantías Constitucionales”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2009, primera ed.

Roxin Claus “Derecho Procesal Penal” Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, segunda reimpresión de la primera edición en castellano (año 2000)