

# **INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ESCALA PENAL PREVISTA PARA AQUELLOS DELITOS TENDIENTES AL COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES.**

**Néstor Jesús Conti<sup>1</sup>**

**Sumario:** **1.** Marco legal (nacional e internacional) de la represión del tráfico de estupefacientes. **2.** Finalidad punitiva del tráfico de estupefacientes. **3.** Principios constitucionales que deben observarse. **3.1.** Principio de igualdad. **3.2.** Principio de culpabilidad. **3.3.** Principio de razonabilidad. **3.4.** Principio de proporcionalidad. **4.** Finalidad de la escala penal prevista en abstracto por el legislador. **5.** Necesidad de diferenciar la medida de la punibilidad en función de los principios constitucionales. **6.** Solución. Propuesta. **6.1.** Inconstitucionalidad de la escala penal prevista para aquellos delitos tendientes al comercio de material estupefaciente. **6.2.** Aplicación de la escala penal de la tentativa. **7.** Bibliografía utilizada.

## **1. Marco legal (nacional e internacional) de la represión del tráfico de estupefacientes.**

La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes celebrada en Nueva York del 24 de enero al 25 de marzo de 1961 en virtud de la resolución 689 J (XXVI) del Consejo Económico y Social, aprobó y abrió a la firma la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. La Conferencia de las Naciones Unidas para examinar enmiendas a la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes, celebrada en Ginebra del 6 al 24 de marzo de 1972 en virtud de la resolución 1577 (L) del Consejo Económico y Social, aprobó y abrió a la firma el Protocolo de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

La Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de un Protocolo sobre Sustancias Sicotrópicas, celebrada en Viena del 11 de enero al 21 de febrero de 1971 en virtud

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires-Mar del Plata. Profesor Adjunto de Derecho Penal. Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Juez del Tribunal n° 2 del Departamento Judicial Mar del Plata.

de la resolución 1474 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, aprobó y abrió a la firma el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas.

La Confederación de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, celebrada en Viena del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988 en virtud de la resolución 1988/8 del Consejo Económico y Social, aprobó y abrió a la firma la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

En función de ello, los tres principales tratados de fiscalización internacional de drogas son la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972<sup>2</sup>, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971<sup>3</sup> y la Convención de las Naciones Unidas con el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988<sup>4</sup>.

Dispone el art. 35 de la primera de la Convenciones citadas que las Partes deberán llevar a cabo (teniendo en cuenta sus regímenes constitucionales) distintas labores tendientes a luchar contra el tráfico ilícito, agregando en el numeral 36.1.a. que *“A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes...se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”*.

Por su parte, la Convención citada en último término, en su art. 3.1.a.i., establece que *“Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente...La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...”*.

---

<sup>2</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 976, núm. 14152.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, vol. 1019, núm. 14956.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, vol. 1582, núm. 27627.

Con base en de dicha normativa legal internacional (la última de ellas aprobada por la República Argentina mediante Ley 24.072 -B.O. 14/4/1992-) y en función de lo normado por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, es que nuestro ordenamiento interno debe regular y/o reglamentar la prevención y represión del tráfico ilícito de estupefacientes; por lo que el Congreso Nacional sancionó la Ley 23.737 (modificatoria de la Ley 10.903, la Ley 20.655 y de la Ley 20.771) con fecha 21/9/1989, promulgada el 10/10/1989 y vigente a la actualidad.

Con dichos instrumentos legales, nuestro país -en consonancia con la mayoría de los países del mundo que han adoptado el mismo marco legal- ha tratado de prever la punibilidad de todas aquellas conductas constitutivas de la denominada “cadena de tráfico”, tendientes a la comercialización ilegal de estupefacientes.

Dispone el art. 5 de la Ley 23.737 que *“Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo:*

*a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación;*

*b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;*

*c) 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;*

*d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte;*

*e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijas.*

*Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder*

*público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años” (artículo sustituido por el art. 1° de la Ley n° 27.302 B.O. 8/11/2016).*

De esta forma, según puede advertirse, se ha previsto la represión de la siembra, el cultivo, la guarda de semillas, precursores químicos o cualquier materia prima para producir y/o fabricar estupefacientes; la producción, fabricación, extracción y/o preparación de estupefacientes y, finalmente, la comercialización de ese material, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación.

Empero, luego de la comercialización del estupefaciente, también castiga nuestro legislador a la tenencia de dicho material cuando la detentación del mismo sea con fines de comercialización, o bien que dicho material se distribuya, se dé en pago, o se almacene o se transporte.

## **2. Finalidad punitiva del tráfico de estupefacientes.**

Como hemos señalado y analizado ya, el art. 5 de la Ley 23.737 reprime con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa, distintas conductas con las que el legislador pretende abarcar todas las fases de la producción del tráfico ilícito de droga, recogiendo una serie de conductas “en cascada” que se direccionan hacia el tráfico de drogas<sup>5</sup>.

Debemos dejar aclarado desde aquí que no utilizaremos como sinónimos ni equivalentes los conceptos de “tráfico” y de “comercio”, por entender que éste último es el eslabón final en la “cadena de tráfico”, por cuanto ya hemos señalado que se trata (el tráfico) de *“un término legal cuya definición y aplicación suscita tantas preocupaciones que se ha llegado a hablar de la “Cruz del Tráfico”, ya que su aplicación dificulta el deslinde entre autoría y participación, preparación, tentativa y consumación, conlleva una espiritualización del bien jurídico que agiganta la contradicción entre el objetivo político-criminal de erradicar, al precio que sea, toda manifestación del mercado ilegal de droga, y por otro lado, el respeto de los principios de*

---

<sup>5</sup> FALCONE, Roberto – CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Derecho penal y tráfico de drogas*, 2° ed., Ad-Hoc, Bs. As., 2.014, p. 201.

*la dogmática clásica, como los principios de lesividad, culpabilidad, Estado de derecho, proporcionalidad, etcétera”<sup>6</sup>.*

El sistema adoptado intenta evitar lagunas de punibilidad y por ello en muchos casos se reprimen comportamientos que se sitúan en un estado anterior a la consumación propiamente dicha: así, la siembra, el cultivo, la guarda, la tenencia, la tenencia con fines de comercialización bajo la forma de los delitos de peligro representan una anticipación de la punibilidad que no siempre encuentra legitimación constitucional<sup>7</sup>, y a descubrir y verificar dicho extremo dedicaremos el desarrollo que sigue. Ello, dentro del alcance de la misión “reductora” del Derecho Penal, principalmente, en orden a la interpretación de la ley en relación al alcance de los derechos (bienes jurídicos) personales y colectivos que emergen de nuestra Constitución Nacional.

Hemos tenido oportunidad de sostener<sup>8</sup> que la inquietud que genera el problema social del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos alcanza tal intensidad, que con frecuencia, la cuestión criminológica y de política criminal del mismo relega el problema jurídico, es decir el problema de la aplicación del derecho vigente a los casos que se juzgan ante los tribunales.

No puede soslayarse que la política criminal a la que ha acudido nuestro legislador no escapa a la idea de “expansión del derecho penal” que moviliza la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental”.

El punto de partida de este fenómeno de “expansión” del ordenamiento penal se advierte en una simple constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos legales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de los mismos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas, dándose lugar a

---

<sup>6</sup> Ídem, p. 203.

<sup>7</sup> Ídem, p. 201.

<sup>8</sup> ídem, p. 19.

tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “derecho penal de la puesta en riesgo”, de característica antiliberales<sup>9</sup>.

Hemos tenido oportunidad de señalar ya<sup>10</sup> que los fenómenos expansivos que conforman este derecho penal de puesta en riesgo no son otros que el llamado “derecho penal simbólico” y el denominado “punitivismo penal”.

El derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o, sobre todo) a un específico tipo de autor [en nuestro caso, el “traficante”], quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal -dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escala, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada con pena. Por lo tanto, el derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal, de cuya unión surge el denominado “derecho penal del enemigo”<sup>11</sup>.

En lo que aquí interesa, podemos destacar que -según Jakobs<sup>12</sup>- el derecho penal del enemigo presenta tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es habitual- retrospectivo (punto de referencia: hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas.

Como puede advertirse, queda claro que la ley que hoy convoca nuestro estudio fue sancionada siguiendo estos lineamientos y, más precisamente, la disposición que merece nuestra

---

<sup>9</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 74/5.

<sup>10</sup> FALCONE, Roberto – CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, ob. cit., p. 301/3.

<sup>11</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 85.

<sup>12</sup> JAKOBS, Günter, “*Estudios de Derecho Judicial*”, n° 20 [nota 1], citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit., p. 90.

crítica en el presente trabajo establece irrazonablemente la misma escala penal para distintas conductas constitutivas de delitos de peligro que, si bien afectan o lesionan un bien jurídico “colectivo” (salud pública), sólo colocan en situación de riesgo (a veces remoto) un bien jurídico individual (salud o incolumidad física de la persona).

Claramente ha utilizado el legislador nacional (siguiendo el criterio internacional) delitos de peligro abstracto en los que se adelanta la punición a situaciones que, en algunos casos -como ya se señalara-, están demasiado lejos de la afectación de la salud pública como bien jurídico colectivo, creando tipos penales con menores exigencias probatorias, es decir, con un contenido de ilicitud a veces leve y reprimido con penas muy severas; muchas veces, desproporcionadas.

Esta incoherencia legislativa sólo puede responder a políticas criminales de Estado como las anteriormente reseñadas, por lo que debería tenerse muy en cuenta cada una de estas circunstancias al momento de la individualización judicial de la pena al caso en concreto.

En efecto, más allá de la opinión personal que cada uno puede tener respecto de la necesidad/conveniencia de perseguir y reprimir el tráfico de estupefacientes (porque, en definitiva, el uso de los mismos no deja de ser una decisión personal de cada individuo), lo cierto es que resulta por demás llamativo (muchas veces, alarmante) que las distintas conductas que integran la denominada “cadena de tráfico” prevean idénticas escalas penales cuando su realización importa muy distinta afectación al bien jurídico colectivo creado por el legislador para poder castigar las mismas. Así, claramente no afecta del mismo modo a la “salud pública” sembrar o producir material estupefaciente que cultivarlo, o procesarlo, o transportarlo, o tenerlo con finalidad de comercio o, en definitiva, directamente comercializarlo.

Va de suyo que el “traficante” o “dueño del negocio” (o, simplemente, el “enemigo”) no es quien lleva a cabo todas y cada una de esas conductas, muchas veces no realiza ninguna directamente, pues en general se utilizan personas “fungibles” en cada una de esas labores. Sin perjuicio que para ellos la ley prevé una escala penal mayor cuando la conducta llevada a cabo sea la de “organizar” y/o “financiar” todas esas actividades; no obstante ello, todo lo que se analizará y concluirá a continuación también resultará de aplicación a la disposición legal antes mencionada.

Entonces, claramente la finalidad del legislador internacional (también la del nacional) es perseguir y reprimir a ese traficante inescrupuloso que lucra con la enfermedad, vicio o placer ajeno.

Lo cierto es que la decisión del Legislador (nacional e internacional) de punibilizar el tráfico de estupefacientes y cada una de las conductas tendientes a la comercialización (actividad final propiamente dicha del tráfico) deviene incuestionable, salvo, claro está, que se inobserven los principios constitucionales y/o conceptos fundamentales que el propio legislador internacional manda a observar a cada Estado Parte de su ordenamiento jurídico interno a los fines de legislar sobre la materia (art. 36.4. de la Convención Única de 1.961 sobre Estupefacientes<sup>13</sup> y 3.4.a.<sup>14</sup> de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1.988).

### **3. Principios constitucionales que deben observarse.**

Tal como anticipáramos, resulta imperativo para nuestro Legislador la observancia del marco constitucional a la hora de regular y castigar las distintas conductas que integran la denominada “cadena de tráfico” de estupefacientes, tal como surge de los Convenios internacionales que fueran antes reseñados.

Es posible afirmar que en el derecho penal pueden distinguirse cuatro órdenes de principios: los *constitutivos* (el del bien común político y de dignidad humana), los *fundamentales* (como el de legalidad y el de culpabilidad), los *derivados* (como los de proporcionalidad, ultima ratio, subsidiariedad, intervención mínima, etc.) y los *estándares* (como el de razonabilidad)<sup>15</sup>.

Así, de todo el conjunto de principios limitativos derivados de la función política del estado pueden enumerarse -en función del análisis de la ley que aquí se realiza- los que emanan de los artículos 16, 18, 19, 28 y 75 inc. 22° de la Carta Magna nacional, esto es, a la hora de

---

<sup>13</sup> “Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte”.

<sup>14</sup> “Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso”.

<sup>15</sup> YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, IBdeF, Montevideo – Bs. As., 2014, p. 126.



analizar la validez constitucional del obrar del Legislador, debe tamizarse la normativa interna que se viene comentando bajo el prisma de los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad y culpabilidad que operan como limitativos y reductores del *potentia puniendi* cuya titularidad ejerce el Estado<sup>16</sup>.

### **3.1. Principio de igualdad.**

Nuestra Constitución Nacional, en su art. 16, establece, garantiza y reconoce que “*todos los habitantes son iguales ante la ley...*” (principio que también es consagrado por los tratados Internacionales incorporados a la Carta Magna por su art. 75 inc. 22°).

Señala la doctrina<sup>17</sup> que esta “igualdad jurídica” se corresponde con la “igualdad (desigualdad) natural”, que cada ser humano tiene en su condición de tal, único e irrepetible (con diferencias específicas y que los caracterizan). Por ello, el respeto por las desigualdades individuales es la forma esencial y básica que tiene el Estado de Derecho de garantizar y afianzar el paradigma de la igualdad entre los seres humanos, base del trato igualitario.

En este sentido, ha sido dicho que “*el verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad*”<sup>18</sup>.

Entonces, de acuerdo con ello, este principio constitucional exige que sean tratados de igual modo quienes se encuentren en iguales circunstancias, sin que se establezcan privilegios y/o excepciones de ningún tipo al respecto. A partir de lo cual ha sido dicho que (“*...el principio de igualdad...consiste en aplicar la ley a cada caso concreto según sus diferentes circunstancias, de manera que no se trata de una igualdad absoluta sino de igualdad para todos los casos idénticos o en igualdad de circunstancias*”<sup>19</sup>).

Nuestro más alto Tribunal ha venido sosteniendo que “*...desde sus primeras decisiones este tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias*

---

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2003, § 10, Pto. I, n° 3, p. 111.

<sup>17</sup> TOZZINI, Carlos, *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 54/5.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 92.

<sup>19</sup> CNCP., Sala 3°, causa “*Maidana González, Isidro Baltazar s Recurso de Casación*”, n° 2.352, sent, del 17/11/1999 (voto del Dr. Righi).

*constitutivas, de tal suerte que no se trata de igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos... ”*<sup>20</sup>.

Por ello podemos advertir que con acierto ha señalado la doctrina<sup>21</sup> que la igualdad de circunstancias para casos iguales se ve afectada por esta equiparación punitiva<sup>22</sup>, ya que se ha valorado del mismo modo a quienes realizaron una acción prohibida consumada en todo sentido -como ser el comercio o tráfico de estupefacientes<sup>23</sup>-, con aquellos que todavía no han comenzado a traficar con dichas sustancias pero tienen la intención de hacerlo.

Concluye al respecto el autor citado<sup>24</sup> (criterio que compartimos) que constituye una pauta irrazonable la igualdad en la sanción punitiva de conductas que todavía se encuentran en una fase preparatoria con relación a aquellos hechos que han superado esa etapa y han concluido con la finalización del plan previamente elaborado por el autor o los autores.

### **3.2. Principio de culpabilidad.**

Todos podemos recordar que Hobbes enseñaba (palabras más, palabras menos) que el pacto que da origen al Estado supone la existencia de una autoridad cuya función primordial es evitar la lucha de todos contra todos y asegurar que no haya impedimentos a la libertad que cada uno ejercite conforme a las leyes.

También nos enseñaba Locke que el poder con que cuenta para castigar el Estado sólo es posible en virtud de que en estado de naturaleza los seres humanos también tenían un derecho natural de sancionar a otros cuando los dañaban en sus distintas facultades.

De acuerdo con ello, la potestad de castigar del Estado se encuentra justificada por la transferencia que hacen los individuos (mediante el pacto o contrato social) de su poder de castigar<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> CSJN., Fallos, 16:118; 123:106 y 180:149 e/o).

<sup>21</sup> TAZZA, Alejandro, *El comercio de estupefacientes*, Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, 2008, p. 107.

<sup>22</sup> Concretamente, la que lleva a cabo el legislador respecto de todas y cada una de las conductas dirigidas al comercio previstas en el art. 5 de la Ley 23.737.

<sup>23</sup> Debemos recordar que ya nos hemos manifestado por no compartir el criterio de asimilar el comercio al tráfico pues, como hemos señalado, el comercio es el último eslabón de la denominada “cadena de tráfico”.

<sup>24</sup> TAZZA, Alejandro, ob. cit., p. 107.

<sup>25</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 543.

La culpabilidad ha sido considerada, tradicionalmente, como el reproche que se formula al autor por haber realizado un hecho ilícito, cuando conforme a las circunstancias particulares del caso concreto estuvo en condiciones de haberse motivado por cumplir la norma. En otras palabras, un sujeto es culpable cuando en el momento del hecho era exigible que obrara en forma distinta a la infracción de la norma<sup>26</sup>.

En un derecho penal de culpabilidad no puede haber responsabilidad penal alguna que no se vincule a un hecho cometido con dolo o con imprudencia<sup>27</sup>.

En este sentido, el constitucionalmente reconocido principio de culpabilidad es el más importante de todos los que se derivan en forma directa del estado de derecho, ya que su violación importa, sin más, el absoluto desconocimiento de la esencia del concepto de persona<sup>28</sup>.

Así, puede afirmarse que el esquema constitucional argentino se enrola en la concepción liberal de la persona como sujeto autorrealizable, a partir de lo cual la idea de persona humana implica un reconocimiento por parte del orden jurídico de la capacidad y libertad de realizar actos de voluntad a todos los individuos, los que serán el antecedente válido de obligaciones, responsabilidades o limitaciones de derechos a los que aquellos sujetos quedarán condicionados<sup>29</sup>.

La generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia coincide en utilizar el término *culpabilidad* en la acepción contraria a la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva<sup>30</sup>; por lo que la pena, tanto en sus fundamentos como en sus límites, dependerá del grado de participación o responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito<sup>31</sup>.

Dado que el principio de culpabilidad no es tan sólo una garantía para el acusado de un delito, sino prevista respecto de todos los ciudadanos, para hacer operar acabadamente esa

---

<sup>26</sup> RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2.003, p. 105; quien cita abundante doctrina que abona dicho extremo.

<sup>27</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 220.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, ob. cit., § 12, punto 1, p. 123.

<sup>29</sup> NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1.992, p. 174.

<sup>30</sup> Cf. Tribunal de Casación, Provincia de Buenos Aires Sala IIIª, causa n° 3.829 "*Ferreyra, Alberto R. s/recurso de casación*", del 11/06/2001.

<sup>31</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2.000, p. 102.

garantía debe verificarse su respeto ya en el nivel de la tipicidad, criterio que no resulta muy controvertido en la actualidad, reconociendo el principio de culpabilidad jerarquía constitucional a partir de lo normado por los artículos 18, 19 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional, principalmente, en función de los Pactos Internacionales que a ella se hallan equiparados, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 inc. 2°); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9)<sup>32</sup>.

Como principio, entonces, la culpabilidad otorga racionalidad a la respuesta penal, esto es, la limita dentro de fines y funciones, aceptable para el orden social, político y constitucional en el Estado contemporáneo, al expresar una reprobación institucional sobre el obrar de la persona asumida ella misma como racional.

Así lo ha resuelto nuestro máximo Tribunal, considerando que este principio es una derivación exigida del reconocimiento del principio de legalidad del art. 18 de la CN. y del principio de dignidad humana, afirmando que *“no basta la mera comprobación de la situación objetiva...sino que es menester la concurrencia del elemento subjetivo en virtud del principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien es culpable”*<sup>33</sup>; o bien, que *“la culpabilidad es el presupuesto de la pena, a punto tal que no es admisible que haya pena sin culpa”*<sup>34</sup>.

Por lo tanto, va de suyo que a partir de este principio debe determinarse, primero, que a un sujeto se lo castigue por algo que le sea atribuible, al menos, a título de imprudencia y, segundo, que la cantidad de pena que corresponderá aplicarle sea precisada (tanto en abstracto como en concreto) en función de la gravedad de la infracción cometida, teniendo en cuenta el grado de injusto de su conducta.

### **3.3. Principio de razonabilidad.**

Este principio surge claramente del texto del art. 28 de nuestra Carta magna, a partir del cual la razonabilidad de los actos de gobierno debe estar siempre (imperiosamente) presente en

---

<sup>32</sup> AGUINAGA, Juan Carlos, *Culpabilidad*, 1ª reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2.003, p. 20/1.

<sup>33</sup> CSJN., Fallos, 320:2271 y 321:1123.

<sup>34</sup> CSJN., Fallos, 271:297, 274:487, 293:101 y 303:267 e/o.

un Estado de Derecho; ello, para contrarrestar la posibilidad de arbitrariedad en dichos actos, esto es, la ley debe ser razonable, tanto en sus previsiones como en su sanción.

Ello así, ya que no puede haber vida social sin una razonable intervención penal y, a su vez, ésta no puede extenderse de tal manera que anule las libertades. La racionalidad de ese balance depende de la concreta realidad de la vida comunitaria<sup>35</sup>.

La determinación de los fines, la adecuación y eficacia de las leyes a esos objetivos, el respeto por las libertades fundamentales dentro de esa opción legislativa y la demostración de la necesidad de sanción penal son indicadores de “racionalidad” política. La razonabilidad aparece entonces como un valor que impide la arbitrariedad y por ende está en la base de legitimidad de las decisiones del *ius puniendi* dentro de un sistema republicano encarnado en el Estado de Derecho<sup>36</sup>.

En tal sentido, nuestro máximo tribunal nacional ha mantenido el criterio en cuanto a que la discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad frente al orden jurídico, al sostener que *“esta Corte tiene dicho que la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley...es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”*<sup>37</sup>.

En el mismo orden de ideas, también se sostuvo que *“aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran”*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 679.

<sup>36</sup> Ídem, p. 680.

<sup>37</sup> CSJN., Fallos, 315:1361, 331:735 y 332:2741 e/o.

<sup>38</sup> CSJN, Fallos, 328:566.

Finalmente, con relación al principio comentado y la ley sometida a análisis, señala Zaffaroni<sup>39</sup> que *“el principio de racionalidad de las penas resulta claramente afectado por muchas de estas leyes, que prevén penas que no guardan ninguna relación con la magnitud de los injustos de que tratan...la legislación latinoamericana...presenta una clara tendencia autoritaria...como la irracionalidad en la tipificación demostrada con el afán de cubrir todo posible hueco de punibilidad, la equiparación de los actos tentados a los consumados...”*<sup>40</sup>.

### **3.4. Principio de proporcionalidad.**

Derivado del principio antes reseñado, aparece la “necesidad” de la proporcionalidad de la reacción estatal frente al injusto cometido por el individuo.

Y se trata de un principio derivado porque en realidad representa un criterio normativo de valoración acerca de la presencia e injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana a partir de la configuración de los principios materiales. En este campo de relaciones entre el bien común y dignidad humana, la clave de bóveda de los principios derivados está constituida por el principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrado y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, en el derecho penal, la razonabilidad se ejerce en gran medida a través de la proporcionalidad<sup>41</sup>.

Por ello es que existe un límite al poder estatal punitivo al momento de fijar las consecuencias punitivas de un hecho considerado disvalioso, que a su vez, se halla acotado por el marco punitivo de la valoración de la totalidad de los bienes jurídicos protegidos por el catálogo punitivo que exista en una sociedad determinada<sup>42</sup>.

Va de suyo, entonces, que es al Poder Judicial que corresponde llevar a cabo ese contralor, pues serán los jueces los que deberán “considerar” la razonabilidad y proporcionalidad en relación a la importancia del bien perseguido por el Estado y la reacción

---

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, Venezuela, 1992, p. 141 y 145.

<sup>40</sup> Citado por TAZZA, Alejandro, ob. cit., p. 107.

<sup>41</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 690 a 692.

<sup>42</sup> TAZZA, Alejandro, ob. cit., p. 99.

punitiva al respecto, toda vez que la proporcionalidad no sólo debe respetarse en la ley que establezca restricciones, sino también por los jueces que apliquen esas mismas leyes.

#### **4. Finalidad de la escala penal prevista en abstracto por el legislador.**

Resulta pertinente aquí precisar cuál es el alcance de la escala penal, toda vez que la individualización legislativa de la pena es la que realiza -precisamente- el legislador cuando preestablece distintas clases de penas o de medidas, de manera tal que el juez encuentra una clasificación individualizante a la que debe someterse<sup>43</sup> (esto es, no traspasar ni el mínimo ni el máximo previsto en abstracto).

De acuerdo con ello, cuando el legislador establece que a la realización de una o varias conductas (alternativamente) que ha desvalorado primariamente le pertenece una pena, le corresponde al juez individualizar judicialmente un monto de pena para ese individuo de acuerdo a su responsabilidad penal en el caso en concreto.

Así lo ha entendido el máximo tribunal bonaerense al afirmar que *“la fijación de pena y su individualización en modo alguno obedece a cálculos o fórmulas matemáticas preestablecidas, sino que debe ajustarse a los parámetros exigidos por los arts. 40 y 41 del Código Penal, así como también atender a los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad. El hecho de que exista un marco penal delimitado por un mínimo y un máximo legal de pena denota que el legislador ha contemplado distintos grados de gravedad en la configuración del delito”*<sup>44</sup>.

En el caso que nos ocupa (art. 5 Ley 23.737), donde el legislador conminó en abstracto con una escala penal que va desde los cuatro a los quince años de prisión (con más una pena de multa que también contempla un mínimo y un máximo) para quien lleve a cabo alguna de todas las conductas que componen la “cadena de tráfico” de material estupefaciente (sembrar, cultivar, guardar, producir, fabricar, extraer, preparar, comercializar, tener con finalidad de

---

<sup>43</sup> ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 24.

<sup>44</sup> SCBA., LP P 131458, S 26/12/2019

comercio, distribuir, dar en pago, almacenar o transportar, entregar, suministrar, aplicar o facilitar), dispuso que será el juez quien deba “individualizar” el monto de la pena que corresponderá imponerle a cada sujeto por la conducta que haya realizado en función de lo normado por los artículos 40 y 41 del catálogo sustancial, independientemente que alguna de esas conductas resulta más o menos lesiva al bien jurídico “salud pública”.

De acuerdo a nuestro legislador, le corresponde la misma escala penal (de la que el juez deberá individualizar el monto preciso en el caso en concreto) a quien realice cualquiera de las conductas que taxativamente enumera. Esto es, le cabe la misma pena a quien siembra marihuana, al que procesa cocaína o fabrica droga sintética que a quien la tiene preparada ya para comercializar o a quien, directamente, la comercializa.

##### **5. Necesidad de diferenciar la medida de la punibilidad en función de los principios constitucionales.**

Analizada que fue la normativa internacional a la que ha adherido nuestro país, queda absolutamente claro que ha sido una decisión generalizada a nivel mundial la de criminalizar cualquier y todo acto constitutivo de la denominada “cadena de tráfico” de material estupefaciente, por lo que no puede objetarse desde ningún punto de vista su inclusión en nuestro catálogo punitivo, a través de la Ley 23.737 que complementa al mismo.

Ahora bien, y tal como ya lo señaláramos, lo que sí debería dejarse en claro es que no deben confundirse los términos “tráfico” y “comercio”; por cuanto éste último es uno de los eslabones finales de la denominada “cadena de tráfico”, según la normativa que se viene comentando.

Entonces, todas y cada una de las etapas anteriores al comercio del material estupefaciente no son más que “actos preparatorios” a tal fin, y solo pueden ser criminalizados a partir de la decisión político-criminal del Legislador internacional (criterio asumido por nuestro Legislador) de reprimirlos autónomamente como constitutivos de delito,



individualmente. Sobre los fundamentos que han llevado a esta decisión y sus posibles consecuencias nos hemos manifestado anteriormente<sup>45</sup>.

En efecto, la afectación de un interés tutelado por el derecho mediante la exteriorización de una voluntad admite o reconoce grados en cuanto a su intensidad, en la medida en que la creación de un riesgo de lesión resulta menos grave que la causación de la lesión misma, configurando un desvalor de resultado un principio garantizador puesto que sin él no se logra una debida graduación de la injusto<sup>46</sup>.

El único de todos esos actos que podrá ser considerado como tentativa de comercio será la tenencia de material estupefaciente cuando se detente con fines de comercialización, cuando esté fraccionada para ello y cuando hubiese principio de ejecución de dicha actividad, nunca antes, instancia hasta la que deberá ser analizada de idéntica manera a todas las demás etapas previas al comercio, pues en todos y cada uno de ellos puede advertirse el mismo desvalor de acto, pero configurándose diferentes “resultados”, depende de la conducta de que se trate, teniendo como afectación del bien jurídico “salud pública”, la materialización o consumación del tráfico de estupefacientes: su comercialización.

Por ello, todos esos eslabones de la “cadena de tráfico” previos al comercio son punibles de manera individual (salvo que se demuestre que los mismos no están dirigidos a tal finalidad), por lo que la aplicación de todos y cada uno de los principios constitucionales antes reseñados y analizados nos permiten advertir que la escala penal prevista en abstracto para todas estas conductas (idéntica que la del comercio propiamente dicho) resultan ser irrazonables, desproporcionadas y violatorias de los principios de igualdad y culpabilidad.

## **6. Solución. Propuesta.**

### **6.1. Inconstitucionalidad de la escala penal prevista para aquellos delitos tendientes al comercio de material estupefaciente.**

---

<sup>45</sup> Punto n° 1.

<sup>46</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 175.

Teniendo en cuenta que nuestra legislación interna sobre la materia (Ley 23.737, art. 5) debe observar los principios constitucionales y/o conceptos fundamentales que el propio legislador internacional manda a observar a cada Estado Parte de su ordenamiento jurídico interno (art. 36.4. de la Convención Única de 1.961 sobre Estupefacientes) y que se deben aplicar sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos (art. 3.4.a. de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1.988), debemos analizar nuestro texto legal en base a esas directivas del Legislador internacional.

El derecho penal, a través de sus principios generales, busca realizar aquellos valores constitucionales aun en el momento de valerse del instrumento más agresivo del ordenamiento legal. En este marco, la instancia judicial se muestra como el núcleo privilegiado de realización normativa de esos principios, pues opera en su determinación y aplicación, dando existencia concreta a las exigencias constitucionales<sup>47</sup>.

Así, el rol positivo de la jurisdicción penal encuentra en los principios generales del derecho penal el punto de partida para fundamentar deberes, derechos y garantías que resultan relevantes en el conflicto socialmente más agudo, como es aquél que reclama la aplicación de sanciones punitivas<sup>48</sup>.

En tal sentido ha manifestado nuestra jurisprudencia que *“La declaración de inconstitucionalidad debe suponer un choque frontal de la norma contra los principios y garantías establecidas en la constitución, por lo que posee una naturaleza excepcional derivada de la extrema gravedad de los casos que la autoricen, la que no se abastece sólo con la posibilidad de diversas interpretaciones sobre su texto, propia de la labor doctrinaria y jurisprudencial, sino con la contrariedad de alguna de esas interpretaciones con los principios de legalidad penal, de razonabilidad de las leyes o de culpabilidad que, entre otros, poseen resguardo constitucional. No es posible tildar de inconstitucional una norma porque permita*

---

<sup>47</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 160.

<sup>48</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 163.

*diferentes interpretaciones jurídicas, sino cuando su texto inequívocamente contraría el orden constitucional*”<sup>49</sup>.

Por su parte nuestro más alto Tribunal ha sostenido reiteradamente que *“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley...de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental*”<sup>50</sup>.

Así entonces, podemos decir que el órgano último de evaluación de la razonabilidad (por ejemplo) es el Poder Judicial que, a través de una delicada labor crítica que excluye la mera consideración de tipo utilitario, interpreta la adecuación de las medidas al bloque de valores constitucionales<sup>51</sup>.

En el mismo sentido, *“...si bien resulta claro que el Estado goza de cierto ámbito de discrecionalidad para forjar sus políticas legislativas y, entre ellas, la criminal, no menos claro es que en un Estado democrático de derecho corresponde a la judicatura el control de constitucionalidad de esa clase de política. De lo contrario, la “política criminal del Estado” se convertiría en un mero argumento de autoridad para sustraer la producción legislativa a esa clase de control, cayendo en modelos propios de un estado de derecho y no de uno orientado a velar por la supremacía constitucional...en supuestos que trascienden el ámbito*

---

<sup>49</sup> TCPBA., Sala IIª, causa n° 8.262 “C., J. A. y V., M. A. s/recurso de casación”, del 03/12/2002.

<sup>50</sup> CSJN., Fallos, 266:688, 300:241, 314:439 y 314:440 e/o).

<sup>51</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 681.

*de apreciación propio del Poder Legislativo, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, queda habilitada la intervención de los jueces”<sup>52</sup>.*

Siguiendo el orden de análisis que despliega minuciosamente el Ministro Zaffaroni (en disidencia) en el fallo antes citado, deviene pertinente realizar aquí algunas valoraciones y/o transcripciones parciales de su voto individual.

Así, citando un fallo del mismo Tribunal<sup>53</sup>, explica el distinguido Ministro que el compromiso republicano de conferir prioridad a la Ley Fundamental por sobre la legislación ordinaria ha sido ratificado y viabilizado a partir de la doctrina sentada por la Corte en fallos como el mencionado, donde se señaló que *“como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la Carta Magna), aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitución, desechando de la rango inferior”* (considerando n° 14).

Con expresa aplicación al supuesto que venimos analizando, toda vez que su voto se refiere al delito de contrabando y a la equiparación que el propio legislador ha hecho del delito consumado y su tentativa, en cuanto a la pena a imponer en dichos supuestos, ha señalado que el examen de constitucionalidad no debe ceñirse o supeditarse al planteo que pudiese realizar alguna de las partes, ya que las penas previstas en abstracto exceden marcadamente la escala que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 44 del Cód. Penal (Considerando n° 15). Es más, nótese que, en el caso de las conductas castigadas como tráfico de drogas, esa equiparación no es expresa sino implícita.

Por otra parte, cuando analiza la equiparación a la que se viene aludiendo en los fundamentos del legislador, explica que la misma se apoya en un fundamento de orden práctico, por cuanto los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa y que si éstos se consumaran resultarían de muy difícil comprobación o descubrimiento posterior, argumentando

---

<sup>52</sup> CSJN, Fallos: 313:410 y, particularmente, en causa n° 6979 “Branchesi”, voto del Ministro Zaffaroni, considerando n° 13.

<sup>53</sup> CSJN, Fallos, 327:3117, “Banco Comercial de Finanzas S.A. en liquidación Banco Central de la República Argentina s/quiebra”.

que, siendo ello es así, la entidad de la respuesta punitiva -en el caso de la tentativa de contrabando, al igual que en los supuestos de tráfico que se vienen analizando- no respondería entonces al contenido de injusto de la acción delictiva sino a dificultades de naturaleza policial o procesal que aparecen en la labor de acreditación judicial del injusto, lo cual nada tiene que ver con la estructura del ilícito en sí; debiéndose agregar que a partir de lo señalado, ni la acción de contrabando que sólo queda en grado de tentativa ni ninguna de las conductas de tráfico previas a la comercialización genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación del delito. Tales diferencias deben, necesariamente, expresarse en la conminación penal del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las razones de orden práctico referidas<sup>54</sup>. Exactamente la misma argumentación cabe a los dos ejemplos considerados.

Resulta aquí pertinente traer a colación palabras del Profesor Nino que resultan por demás aplicables al caso que hoy nos convoca: *“de la misma forma que una acción no debe ser penada si no produce el daño o peligro que la ley trata de impedir, ella no debe ser penada en el mismo grado que una acción cuyo resultado sea más dañoso, según la escala de daños y riesgos que se adopte”*<sup>55</sup>.

Concluye el Ministro Zaffaroni al respecto que *“en consecuencia, los argumentos dados a efectos de conferir fundamento al criterio que iguala la respuesta punitiva en supuestos de delitos tentados y consumados, no resultan respetuosos de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión (considerando n° 20), los cuales no sólo derivan del principio republicano de gobierno a que aluden los artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional, sino que también se hallan reconocidos en sus artículos 18, 19 y 75 inc. 22°”* (considerando n° 22).

De acuerdo con todo ello y en función de todas las manifestaciones expuestas, debemos concluir en que el legislador nacional (Ley 23.737, art. 5) ha contrariado lo dispuesto por el art. 3.4.a. de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y

---

<sup>54</sup> Arg. Considerandos 18 y 19.

<sup>55</sup> NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Bs. As., 2006, p. 434.

Sustancias Sicotrópicas de 1.988, al haber inobservado los principios constitucionales de igualdad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad (CN., 16, 18, 19 y 75 inc. ° 22).

## **6.2. Aplicación de la escala penal de la tentativa.**

Cuando el legislador desea castigar una conducta socialmente dañosa, elabora una fórmula abstracta que contiene, por un lado, la conducta que se pretende prohibir y, por el otro, la sanción penal que corresponderá aplicar ante su realización.

Al prohibir, lo hace respecto de conductas activas u omisivas que afecten o pongan en riesgo algún bien jurídico, individual o colectivo.

Hasta tanto no se exteriorice (principio de ejecución) la conducta prohibida de que se trate, cualquier acto y/o conducta tendiente a ello (acto preparatorio) no resulta punible (cf. CN., 19), salvo, claro está, que el mismo haya sido desvalorado como lesivo respecto de algún bien jurídico de manera individual e independiente de la conducta final de la que forme parte (ello ocurre, necesariamente, respecto de algún bien jurídico colectivo, como es el caso que hoy nos convoca).

Entonces, cuando el legislador establece la conducta prohibida, también establece (en abstracto) cual es la pena que le corresponde a su autor. Ese monto de pena (a veces, única y absoluta, otras, una escala -generalmente- amplia) es establecido en la ley en función de cuál sea el bien jurídico de que se trate, ya que no es lo mismo (de acuerdo a las penas previstas en abstracto por el legislador) afectar el bien jurídico vida de la persona, vida del feto, libertad, propiedad, salud pública, seguridad pública, etc.

Asimismo, y salvo para los casos en que la pena prevista en abstracto sea absoluta, y a los fines de la determinación judicial de la misma, el legislador otorga a los jueces -además de la escala- las pautas previstas en los artículos 40 y 41 del catálogo penal, aplicable a todos los delitos del Libro Segundo, como así también de las leyes especiales que complementan al mismo.

Además, también ha previsto el legislador que cuando cualquiera de esas conductas a las que estamos aludiendo comience a ser llevada a cabo por su autor y no llegue a la consumación

de su obrar por razones ajenas a él, debe castigárselo también con una pena, pero la que resulte de aplicar la fórmula que ha establecido en el artículo 44, según lo dispone el 42, ambos del Código Penal.

Y ello es así porque la tentativa de delito es una conducta objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente; se trata de un delito incompleto en orden a que aún no ha sido integrado totalmente, pero no por ausencia de caracteres típicos estructurales, sino, porque éstos aún no se han realizado en el tiempo. En definitiva, resulta ser la tentativa la más general de todas las anticipaciones punitivas, pero como a la vez señala el límite que el poder punitivo no puede exceder, su ámbito prohibido queda circunscripto por aquellas etapas del *iter criminis* que denotan el comienzo del peligro de lesión y alcanzan hasta el momento anterior a la consumación<sup>56</sup>.

Entonces, de acuerdo a todo lo que viene señalándose, cuando una persona lleva a cabo una conducta prohibida le corresponderá una pena que el juez deberá individualizar de acuerdo a las pautas previstas en la Parte General del Código Penal ya enunciadas y en función de la escala penal que ése delito tenga prevista en abstracto.

Por su parte, cuando esa misma conducta aludida no hubiese alcanzado el grado de consumación por razones ajenas a la voluntad de su autor, también le corresponderá una pena y la misma deberá ser individualizada por el juez de acuerdo a las mismas pautas, y según la escala que deviene aplicable según lo dispuesto por los artículos 42 y 44 del elenco penal.

Ahora, adentrándonos nuevamente a la solución que se propone aquí, debemos tener en cuenta que el artículo 4 del Código Penal argentino dispone que *“Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”*.

De acuerdo con ello, todo lo que acaba de señalarse deviene absolutamente aplicable a la disposición legal que se viene comentando.

Entonces, si la comercialización del material estupefaciente es, en efecto, la consumación del tráfico; todos los actos anteriores jamás podrían castigarse de idéntica manera,

---

<sup>56</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, ob. cit., § 55, Pto. I, n° 1 y 3, p. 809 y 810.

simplemente porque son actos o conductas tendientes y dirigidos a tal fin, pero nunca su realización.

Así, verificada la materialización del comercio, el juez deberá individualizar una pena, conforme a las pautas de los artículos 40 y 41 del catálogo sustantivo, de entre la escala prevista en abstracto por el legislador (de cuatro a quince años de prisión y multa).

Va de suyo que si todos los actos previos a la comercialización deben castigarse (porque así lo ha decidido el legislador) y merecen la imposición de una pena, la misma deberá ser individualizada (en abstracto y en concreto) conforme a las pautas antes referidas del elenco penal, y con la fórmula prevista por el artículo 44, según lo dispuesto por el 42, ambos del mismo cuerpo legal.

De acuerdo con todo ello, la solución que deviene ajustada a derecho es la de declarar inconstitucional la escala penal prevista en abstracto para todos los actos constitutivos de la cadena de tráfico previos al comercio y aplicarle a los mismos la escala penal de la tentativa (CP., 42 y 44), criterio que permitirá salvaguardar los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad y culpabilidad antes analizados y confrontados con las disposición legal que aquí nos convoca (art. 5 de la Ley 23.737).

Esto resultaría conteste, además, con entender que, en base a los principios antes analizados, corresponde aplicar una pena acorde al grado de afectación del bien jurídico “salud pública”, el que de manera alguna puede verse ofendido de idéntica forma por quien siembre, fabrique o procese material estupefaciente, que por aquél que lo detente con el objeto de comercializarlo que, en definitiva, quien efectivamente lleve a cabo el comercio del mismo.

Ello importa reconocer que el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de una amplia potestad de configurar los bienes jurídicos penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo; empero, y sin perjuicio de compartir o no el criterio del legislador (porque el acierto o conveniencia de la decisión legislativa no es materia opinable por el juzgador), sí están llamados los jueces a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que



convierta a la norma en arbitraria y socave (de esa forma) los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona humana y al Estado de Derecho<sup>57</sup>.

## 7. Bibliografía utilizada.

- AGUINAGA, Juan Carlos, *Culpabilidad*, 1ª reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2.003.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- FALCONE, Roberto – CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Derecho penal y tráfico de drogas*, 2º ed., Ad-Hoc, Bs. As., 2.014.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2.000.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Bs. As., 2006.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1.992.
- RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2.003.
- TAZZA, Alejandro, *El comercio de estupefacientes*, Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, 2008.
- TOZZINI, Carlos, *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Bs. As., 2005.

---

<sup>57</sup> YACOBUCCI, Guillermo, ob. cit., p. 717.

- YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, IBdeF, Montevideo – Bs. As., 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, Venezuela, 1992.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2003.
- ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999.