



Autor: Ramón Rafael García

Título: *“La necesaria actualización, diferenciación y graduación de las escalas penales en los delitos de tráfico de estupefacientes*

CARRERA: ABOGACIA

Año: 2.016

Resumen:

La problemática que genera el consumo y el tráfico de estupefacientes en Argentina hace que este tema tenga que ser observado con atención, dado el aumento considerable observado de los delitos tipificados en el Art. 5 de la Ley 23.737 ya que los cambios socio-culturales que se han operado en el país, generaron una mayor cantidad de adictos, principalmente jóvenes y por ende, se hayan esparcido por todo el territorio nacional organizaciones y/o bandas dedicadas al tráfico, tenencia, comercialización y distribución; situación que no se daba en la época de la sanción de la Ley (1989), ya que la mayoría de los delitos en infracción a la misma eran por Tráfico (transporte) principalmente al exterior, siendo la comercialización y distribución limitada a acotados sectores de la sociedad.

Debido al dinamismo propio que adquirieron los delitos tipificados en la norma de referencia, las reformas efectuadas a la Ley tuvieron como objeto facilitar las investigaciones y la represión del tráfico de estupefacientes, pero no han modificado el citado artículo y como las condenas por comercialización, transporte, acopio y tenencia con fines de comercialización los límites de las condenas amplias en lo referente al mínimo y máximo de las mismas; tanto en los Tribunales Orales Federales y en caso de apelación, la Justicia Nacional de Casación Penal fallan con penas disímiles casos similares y además generaron lagunas legales, como por ejemplo la que se plantea con la aplicación de la Ley 26.052 (Ley de desfederalización del narcotráfico).

Luego de este breve introito, el presente estudio busca plantear, desde el punto jurídico, dada la gravedad que actualmente tiene el delito en cuestión, y teniendo en cuenta la disparidad que se observan en los fallos, buscando un punto de equilibrio a la realidad actual tratando de cubrir vacíos legales; y a la par de estimar pertinente adecuar y actualizar las figuras tipificadas en los incisos del Art 5., de la Ley 23.737, ya que se considera oportuno y necesario particularizar cada tipo penal consagrado para contribuir a una mejor aplicación de la citada norma, dado el dinamismo que han adquirido los delitos en cuestión, principalmente en las figuras de transporte, distribución y comercialización para el menudeo y los delitos conexos que esta figura conlleva, siendo esta figura la que más ha crecido en el país y donde se confunden los dos

fueros: el federal y el ordinario, con los problemas que este cruce de jurisdicciones acarrea.; como así la exportación de sustancias estupefacientes.

Abstract:

The problems generated by the consumption and trafficking of narcotic drugs in Argentina makes that this topic has to be observed carefully, given the observed considerable increase of the offences set forth in article 5 of the 23.737 law since the socio-cultural changes that have operated in the country, generated a greater amount of addicts, mainly young and therefore have spilled throughout the national territory by organizations or gangs engaged in trafficking, possession, marketing and distribution; a situation that did not at the time of the enactment of the law (1989), since most of the crimes in violation of the same traffic (transport) were mainly abroad, being the marketing and distribution limited to limited sectors of society.

Due to the own dynamism that acquired the offences set forth in the standard of reference, reforms to the law had as I object to facilitate investigations and the Suppression of drug trafficking, but they have not altered the article and as the sentences by marketing, transportation, collection and possession for the purpose of marketing the limits of sentences in relation to the minimum and maximum of the same; both in them courts oral federal and in case of appeal, the justice national of Cassation criminal fail with penalties dissimilar cases similar and also generated lagoons legal, as for example which is raises with the application of the Law 26.052 (law of defederalization of the drug).

After this short Introit, the present study seeks to raise, from the legal point, given the severity that currently has the crime in question, and taking into account the disparities that are observed in the failures, looking for a point of balance to the current reality, trying to fill empty legal; and at the same time of estimating relevant to adapt and update the figures typified in subparagraphs of Art 5., the 23.737 law, since it is considered timely and necessary to particularize each criminal type devoted to contribute to a better implementation of the aforementioned standard, given the dynamism that have acquired the offences in question, mainly in transport figures , distribution and marketing for retail and related crimes this figure involved, being this figure which has grown more in the country and confusing the two jurisdictions: the federal and ordinary, with the problems that this crossing jurisdictions.; as well as the export of substances drugs.

INDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACION

- Carátula.....Pág. 1
- Resumen.....Pág. 2
- Abstract.....Pág. 3
- Introducción.....Pág. 6
- **Capítulo I: Breve análisis de la problemática del narcotráfico:**
 - 1. Síntesis e introducción a la problemática.....Pág. 8
 - 2. Conceptos y caracteres de los delitos de narcotráfico.....Pág. 9
 - 3. Situación actual del narcotráfico en Argentina.....Pág. 13
 - a. Generalidades.....Pág. 13
 - b. Puntos conflictivos de la Ley.....Pág.15
- **Capítulo II Aplicación, criterio y postura de la Justicia en relación a la Ley 23.737:.**
 - 1. Supuestos actuales del Art 5.....Pág. 19
 - 2. Legislación vigente:.....Pág. 20
 - 3. Aplicación de la Justicia en los supuestos tipificados en el Art. 5.....Pág. 20
 - 4. Postura y criterios de la Justicia ante el Art 5.....Pág. 22
 - a. Transporte o tenencia de estupefacientes.....Pág. 22
 - b. Aplicación de la Ley 22.415.....Pág. 24
 - c. Posición sobre macro y micro tráfico.....Pág. 25
- **Capítulo III: Problemas resultantes actuales de la regulación normativa**
 - 1. Marco regulatorio:Pág. 27
 - a. Tráfico y tenencia de estupefacientes para comercialización:.....Pág. 28
 - b. Distribución y comercialización al menudeo de sustancias estupefacientes.....Pág. 30
 - c. Fabricación y producción de estupefacientes.....Pág. 32
- **Doctrina**.....Pág. 33
- **Capítulo IV: Ley 26.052 y los problemas que acarrea su aplicación:**
 - 1. Conflictos entre fueros ordinario y federal, aplicación de la Ley 26.052:.....Pág. 34

2. Opiniones sobre la aplicación de la Ley:.....	Pág. 37
3. Delitos conexos al Art 5.:.....	Pág. 38
➤ Conclusiones:	
Consideraciones previas a las conclusiones	Pág. 39
Conclusiones finales:	Pág. 41

Introducción:

Desde la sanción de la Ley 23.737 (1989) a la fecha se han generado nuevas situaciones que si bien están contempladas en la Ley (Art. 5) del análisis de los fallos surgen controversias y/o contradicciones en el criterio de aplicación tanto en los Tribunales Orales como en los de Alzada; generando así situaciones de inequidad en las condenas a los infractores contemplados en el citado Artículo.

Lo expresado precedentemente, a criterio de la investigación, los problemas precitados surgen, si bien se consideran correctas las figuras tipificadas, las mismas son generales, no haciendo distinción de cantidades ni diferenciaciones de las sustancias estupefacientes. Este hecho hace que se condene con diferentes penas a personas por hechos ilícitos similares.

Por lo citado “ut supra”, este trabajo tiene como objeto diferenciar las figuras penales actuales para permitir una debida regulación de la pena, haciendo hincapié en cada inciso en los que se contemplan los delitos que se cometen en el país vinculados a estupefacientes, siendo ellos transporte, tenencia para fines de comercialización y comercialización y distribución, como así la competencia en los delitos conexos que estas figuras conllevan, dilucidando en cada uno de ellos el rol que le cabe a cada persona a fin de determinar su responsabilidad, ya que la ley solo establece el de Jefe de organización (Art 7.).

Los hechos actuales hicieron que esta investigación centrara su foco en el accionar de bandas, redes u organizaciones a fin de demostrar que las cuales constituyen “asociaciones ilícitas” no contempladas en la Ley (solo como agravante figura el hecho que participen más de tres personas, Art 11.), permitiendo así diferenciar las nuevas figuras que se pretenden incorporar a la ley.

Para tal fin, la presente investigación se basó en los tratados suscriptos por la República Argentina, tanto los regionales, como ser los del MERCOSUR, UNASUR, como otros partiendo de la Convención de Viena de las Naciones Unidas; también utilizando toda la legislación vigente como así jurisprudencia dictada por la Corte Suprema

de Justicia y la Justicia Nacional de Casación Penal como así fallos de los Tribunales Orales Federales de todo el territorio nacional y también jurisprudencia de otros países.

Dado que el delito en cuestión implica condenas privativas de la libertad y a los fines de su adecuación y graduación, se utilizará toda la doctrina disponible referente a ese tema.

También se tuvo en cuenta informes elaborados por la Procuraduría General de la Nación, en particular la Procuraduría Nacional contra el Narcotráfico (PROCUNAR); la Secretaría de Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR); y también informes elaborados por las Fuerzas de Seguridad como así publicaciones de conocidos especialistas en la materia como así la opinión de magistrados del fuero federal y ordinario y abogados de reconocida trayectoria que se dedican a las defensas de personas imputadas por alguno de los ilícitos penados por la norma bajo estudio.

Finalmente y utilizando el Derecho Comparado, para este trabajo se analizaron las leyes de países que tienen diferenciados la gravedad del delito conforme a la cantidad y/o calidad de estupefaciente comercializado.

Luego de desarrollado el tema, en las conclusiones se volcó todo lo obtenido, evaluando la pertinencia de la actualización, diferenciación y graduación de las figuras penales tipificadas en el ya citado Art. 5., teniendo como objetivo otorgar nuevas herramientas válidas para una mejor aplicación de la Ley 23.737.

Por lo expresado, esta investigación utilizó y para lograr el fin deseado el método metodológico “descriptivo”, y la estrategia de la misma fue la “cualitativa” habiendo utilizado todo tipo de fuentes disponibles para cumplir con el cometido.

El desarrollo del presente Trabajo Final de Graduación comprenderá tres partes principales, el primero será de introducción a la problemática de las drogas en Argentina, referenciando la dinámica cambiante y creciente de los delitos en cuestión debido al aumento no solo interno sino externo de sustancias estupefacientes, teniendo en cuenta la aplicación de la legislación vigente; su segunda parte, se analizará específicamente el Art. 5, las figuras en él contempladas, desarrollándose detalladamente cada uno de incisos, la finalidad de los mismos, el bien jurídico protegido y los problemas

que actualmente presentan estos incisos; utilizando los fallos judiciales, doctrina y legislación vigente. La Tercera se referirá a la aplicación actual del artículo bajo estudio, teniendo en cuenta las situaciones particulares y especiales que genera este tipo de delito, los atenuantes y agravantes que surgen en su aplicación y tratar, en base a lo expresado precedentemente, los supuestos de modificación para una mejor aplicación de la norma, las cuales formaran parte de las Conclusiones a las que se arribe en el presente Trabajo Final.

Capítulo aparte mereció el estudio de la aplicación de la Ley 26.052 (“Ley de Desfederalización de la distribución y comercialización al menudeo”) ya que desde su entrada en vigencia se han generado conflictos entre los fueros ordinarios y federales, focalizando la investigación en la solución a dichos conflictos.

CAPITULO I: Breve análisis de la problemática del narcotráfico:

a. Síntesis e introducción a la problemática:

Partiendo y tomando como base lo expresado por, en su introducción, la Convención de Viena sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que expresa: “...*Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, Profundamente preocupadas asimismo por la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable...*”,¹ y si bien el tratamiento del presente estudio se referirá a la aplicación de la Ley 23.737, no se puede soslayar, dada las características particulares de nuestro país en lo referente al tráfico; el “componente

¹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 19 de diciembre de 1.988, ratificado por Argentina mediante Ley 24.072.

internacional” que cohabita en el artículo de la Ley “sub examen”, en cualquiera de sus figuras, conforme lo expresara el Dr. Juan Antonio González Macías² en oportunidad de ser entrevistado para el presente estudio.

b. Conceptos y caracteres de los delitos de narcotráfico:

Si bien la Ley 23.737 al momento de su sanción (año 1989) fue de avanzada para la región (Cono Sur de América), ya que derogaba la Ley 20.771 (año 1974), una ley que condenaba con prisión todo tipo de conducta en torno a la droga haciéndola de carácter eminentemente represiva, similar a las leyes de los países limítrofes de esa época; siendo sus puntos más salientes el hecho que por primera vez se considerara al adicto como un enfermo (lo que estimo la mayor diferencia con su antecesora, consagrando como bien tutelado la “salud pública”), lo cual hizo que los países vecinos que reformaron con posterioridad sus leyes de drogas tomaran a la norma argentina como base, adecuándola a las realidades de sus países (Ej. Ley 20.000 de la República de Chile), y se estima también relevante de la ley que extendiera jurisdicción nacional e internacional al accionar del Juez Federal, lo que agilizó las investigaciones, ya que antes si se tenía que salir del territorio del Juez había que librar exhortos al Juez competente, con una excesiva demora en los trámites judiciales. Ahora bien, al analizar la ley en la actualidad surge que la misma, dado el dinamismo propio del delito en cuestión, en cuanto a las figuras y actividades preceptuadas en el Artículo de referencia, a mi criterio, necesitan ser readecuadas ya que las mayoría de las condenas se centran sobre simples “pasadores” o “vendedores” de poca monta recibiendo igual condena que personas a las cuales se les encontró una cantidad importante o se determinó un rol específico en tráfico de estupefacientes y a fin de un mejor entendimiento de lo expresado precedentemente vale efectuar una reseña histórica a fin de enmarcar las reformas que se estima necesarias realizar:

a. ANTES DE LA SANCION DE LA LEY 23.737:

² Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.

El consumo de sustancias estupefacientes y estimulantes es de antigua data, y a fin de centrar la cuestión en lo que ocurrió y ocurre en nuestro país, solo se va a citar como el que se considera el primer hecho de narcotráfico a escala mundial, conocida como la “guerra del opio” librada en China en a finales del siglo XIX, al principio entre traficantes ingleses y el Emperador Chino, apoyando luego el gobierno inglés a sus súbditos, cuyo ejército derrotó al chino, quedándose con Hong Kong como “protectorado” del Imperio Británico, transformándolo en el puerto de salida del opio que era ilegalmente ingresado desde China a Europa.

En cuanto a nuestro país, hasta mediados del siglo XX no era significativo el comercio de drogas, quedando reducido a un sector de clase alta que conoció a esas sustancias en los viajes que realizaban a Europa, siendo la más difundida la heroína;

A finales de los años 60 y debido al nacimiento del movimiento “hippie” en Estados Unidos, el cual comenzó a expandirse por el mundo y dado que dicho movimiento aceptaba como parte del mismo el consumo de drogas, las mismas comenzaron a ser consumidas por jóvenes argentinos, y en virtud que dicho movimiento era considerado “revolucionario” y atentatorio de la moral pública es que se sanciona la Ley 20.771, que como ya se expresara “ut supra” condenaba con prisión toda vinculación con la droga, desde su consumo hasta su venta, situación que fue refrendada por el régimen militar que gobernó el país hasta 1983.

Con el retorno de la democracia comenzaron al alzarse voces en contra de la condena a los adictos, razón por la cual el Congreso Nacional sancionó la ley 23737 en el año 1989, que si bien sigue penando la adicción (Art 14 bis 2da parte), atenúa y le da trato de enfermo conforme a los Arts. 17/22), habiendo consagrado la no “punibilidad “ del consumo personal la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “ARRIOLA”, en el año 2.009 como así la inconstitucionalidad del Art. 14 2da Parte.³

³ C.S.J.N: “A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9086”

En el contexto sudamericano, paralelamente a lo referenciado en los párrafos precedentes, a inicios de los años 70 comenzó la elaboración de clorhidrato de cocaína tanto en Ecuador como en Bolivia, lugares donde la hoja de coca crece naturalmente (también en Perú y Colombia), comenzando el envío de ese producto a los EEUU, dado que en Bolivia, y apañado por los regímenes militares que gobernaban el país en la década del 80, se instalaron grandes laboratorios para el procesamiento de la droga, siendo los que comenzaron con los grandes envíos utilizando avionetas y/o aviones de mediano porte; teniendo su base de operaciones en Santa Cruz de la Sierra; los precursores químicos que eran necesarios para la elaboración en su mayoría provenían de nuestro país, dado que no era difícil su ingreso ya que no estaba regulado su comercio y eran de alta calidad, lo que le otorgaba gran poder a las bandas bolivianas; el punto débil de su estructura era la autonomía de los aviones, motivo por el que tuvieron que pactar con los cárteles colombianos, y también con mexicanos quienes en un principio, aprovechando los vuelos vacíos de regreso desde EEUU traían precursores e instalaron sus propios laboratorios, comenzando las guerras entre las bandas de los diferentes países, originando la “globalización” latinoamericana del narcotráfico.

Dado que los bolivianos no querían perder protagonismo en el negocio de la droga, a mediados de los años 80, comienzan a instalarse en Argentina a fin de buscar otra ruta de salida a su cocaína, además que, debido a los cambios de gobierno en su país natal como la presión de EEUU, los empezaron a perseguir en su país; y haciendo ingresar a Argentina al escenario mundial del narcotráfico con grandes cargamentos que ingresaban de a poca cantidad para luego acopiarlos y sacarlos ocultos por los puertos argentinos con destino final Europa.⁴

⁴ Gabriel Paquini y Eduardo De Miguel, “Blanca y Radiante, Mafias poder y narcotráfico en la Argentina”, Editorial Planeta, 2da Edición, año 1995.

Cabe resaltar que en nuestro país, en esa década, se había notado un incremento en cuanto al consumo de drogas pero el mismo no era masivo y no existían gran cantidad de lugares de venta.

b. DESPUES DE LA SANCION DE LA LEY 23.737:

Lo expresado en el punto precedente fue tenido en cuenta por los legisladores a la época de la sanción de la ley, razón por la cual introducen figuras penales nuevas y también le da jurisdicción tanto nacional como internacional a los jueces federales para combatir este delito, ya que lo más afectaba al país era el tránsito de drogas por nuestro territorio al extranjero, también y por lo expresado en el último párrafo del punto precedente, se consideró la comercialización y distribución de estupefacientes como delito de excepción, razón por la cual se tipificó como delito federal.

También hay que tomar como antecedente la conocida como “Ley del cáñamo”, dictada en Chile en 1991, que trajo aparejado la prohibición de ese cultivo y las destrucción de las plantaciones, provocando que también se quemaran las plantaciones de marihuana que se crecían ocultas bajo el cáñamo, tal situación hizo que narcotraficantes paraguayos comenzaran a “exportar” dicho estupefaciente, utilizando nuestro país como plataforma u/o tránsito para su ingreso a Chile.

Lamentablemente, con el transcurso de las décadas el consumo de drogas en Argentina aumentó considerablemente como así los lugares de venta, hecho que ha provocado que casi entre 80/90% de las causas que se tramitan ante los Juzgados Federales sea por comercialización y/o distribución, cabe resaltar que en los Juzgados competentes limítrofes de Bolivia y Paraguay, como también el de Santiago del Estero, Roque Sáenz Peña y Reconquista, el porcentaje mayor de causas (60/70%) lo registra el

transporte⁵. Para graficar y sintetizar lo expresado precedentemente son válidas las palabras del Dr. Guillermo Montenegro⁶, quien en un coloquio de IDEA, realizado en la ciudad de Mar del Plata, expresó lo siguiente: "...Hace 20 años se juntaban todos en los juzgados para ver un kilogramo de cocaína secuestrado, y hoy esa cantidad se decomisa en cualquier lado. La situación es compleja, se perdió la capacidad de asombro. Cambió todo. Se modificó la estructura del negocio narco y también los delitos asociados. Aumentó el riesgo de violencia, especialmente entre los menores que son introducidos en el consumo y terminan como custodios de lugares de venta con baja expectativa de vida..."

b. Situación actual del narcotráfico en Argentina

a. Generalidades:

Cabe mencionar que actualmente, hay una tendencia a considerar a todos los delitos relacionados al tráfico de estupefacientes de carácter complejo, debido principalmente a la cantidad de personas involucradas en los mismos, ya que y a modo de referencia se tiene que como mínimo, existen en la figura de transporte como en tenencia para fines de comercialización tres actores; un proveedor, un transportista y un receptor. En el caso de comercialización y distribución se agrega un actor más, que es el vendedor al menudeo. Un tema que genera controversia en la sociedad es si en Argentina se producen estupefacientes, principalmente cocaína, tomando como punto referencial los procedimientos realizados por las Fuerzas de Seguridad y Policiales, donde secuestraron pasta base de cocaína, paso previo al proceso de purificación de la sustancia, este investigador considera que el hecho de finalizar el proceso en clorhidrato de cocaína, implica una actividad de elaboración donde son necesarios precursores químicos por lo cual infiero que el proceso

⁵ Fuente: Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR).

⁶ Guillermo Montenegro, exJuez Federal, ex Ministro de Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Diario "La Nación on Line", 18 Oct 2015.

final de fabricación se realiza en nuestro país, hecho que se ha incrementado en la última década con la aparición del consumo de los restos de “pasta base”, los cuales son inhalados o fumados conocido como “paco”, de gran poder adictivo y que genera graves daños a la salud por el ingreso al organismo de sustancias nocivas como kerosene o ácido sulfúrico que se utilizan en la elaboración de la pasta base. En ese mismo orden, y tomando como referencia los procedimientos policiales también se puede inferir que en Argentina actualmente se estarían produciendo sustancias llamadas “drogas de diseño” que utilizan como materia prima efedrina o metanfetamina; también en el proceso de fabricación intervienen como mínimo tres actores, el proveedor de los materiales, las personas que las fabrican y el distribuidor.

Todo lo expresado en el párrafo precedente, muestra la complejidad del delito “sub examen”, que en la mayoría de los casos, hace que el accionar de la justicia corte un eslabón de la cadena ilícita pero difícilmente se llegue a desbaratar la red completa.

Si bien a la Ley 23.737 se le han efectuado modificaciones a fin de facilitar acciones en contra del avance de dicho delito (figuras como el “agente encubierto”, “Arrepentido”, “confabulación”) ⁷, se estima que las conductas tipificadas en el artículo 5., si bien son las correctas, las mismas generalizan los delitos y dado el aumento de ilícitos por drogas operado en el país desde la sanción de ley a la fecha, como así el grado de sofisticación y organización que tomaron las bandas que se dedican a este tipo de delito; debería “particularizarse” cada una de ellas, porque también la amplitud de las condenas entre la mínima y la máxima de cada figura penal (Ej: “comercialización” cuatro a quince años), hacen que no haya unanimidad de criterios en los fallos tanto de los Tribunales Orales Federales ni de la Justicia Nacional de Casación Penal, sancionando con penas disímiles conductas similares lo que al modo de ver no genera equidad, razón por la cual este presente TFG tiene como fin realizar un estudio sobre cada inciso por separado, a fin de actualizar el artículo motivo del

⁷ Ley 24.424. (www.infoleg.gov.ar)

presente trabajo, utilizando toda la jurisprudencia disponible que es numerosa y variada, buscando un punto de equilibrio en ella, tratando que el presente trabajo sea lo más objetivo, amplio y completo posible.

Asimismo se busca establecer un criterio que haga diferenciar la gravedad del delito teniendo en cuenta la cantidad y peligrosidad de los estupefacientes.

b. Puntos conflictivos de la Ley:

Cantidad:

Un punto que genera controversia es que la ley explicita la cantidad de droga necesaria para ir regulando las penas las figuras penales consagradas en el Art 5. (Ej: tenencia para consumo personal, tenencia con fines de comercialización, transporte) siendo la Justicia la que agrava o atenúa dichas figuras, volviendo a caer en la falta de unidad de criterios que he expresado en párrafos precedentes.

Al no ser Argentina país productor de las materias primas de las sustancias estupefacientes más comunes actualmente en nuestro territorio (marihuana y hoja de coca), cuyo ingreso se encuentra expresamente prohibido por el Código Aduanero, al producirse algún procedimiento, sobre todo de transporte de estupefacientes, se reitera la falta de unanimidad de criterios, ya que hay Tribunales Federales que juzgan conforme a la Ley 23.737 y en otros se les aplica el Código Aduanero (con una pena mayor a la que fija la Ley precitada), cayendo otra vez, a mi modo de ver, en situaciones de inequidad.

En cuanto a la comercialización y distribución de drogas, la ley no distingue entre macrotráfico o microtráfico, como sí estipulan en sus leyes respectivas países como Holanda, España o Chile para dar ejemplos, dejando a criterio de la Justicia la valorización de las cantidades decomisadas, y si bien a criterio, el delito que más afecta a nuestro país es el tráfico de drogas en tránsito hacia el extranjero, de la lectura de numerosos fallos surge que un vendedor al

menudeo recibe la misma condena que un transportista de grandes volúmenes de estupefacientes.

Daños a la salud ocasionados por el consumo:

Como ya se ha expresado en la reseña histórica, dado que el problema mayor vinculado a las drogas al momento de la sanción de la Ley (1989) era el tráfico hacia el extranjero, no siendo masivo el consumo de sustancias, la Ley no clasifica y por ende no tipifica (pese a consagrar el bien tutelado la “salud pública”) a los estupefacientes conforme al daño que provoca en la salud del consumidor; debido a que en la actualidad sí existe una cantidad significativa de personas que consumen drogas, se justiprecia que las mismas deberían clasificarse conforme a la nocividad, toxicidad y el grado de adicción que genera cada una de ellas; ya que no es lo mismo el daño y adicción que provoca un cigarrillo de marihuana que el producido consumo de pasta base, conocido como “paco”, en similitud como sucede en el Reino de Holanda, donde su ley de Estupefacientes (opiumwet) clasifica a las drogas en “duras” y “blandas”.

Transporte:

Otro punto del Art. 5 que con el transcurso de los años ha traído inequidades, al parecer de esta de esta investigación, es el que condena a las personas que transportan drogas (más conocidos como “mulas”), ya que como en el resto de los incisos de los que se ha escrito, el criterio de la Justicia para aplicar las penas es dispar, ya que en muchos casos, recibe condena una persona que ingresa ilegalmente a pie un kilo de cocaína en el norte de nuestro país, que personas que conducen vehículos con acondicionamientos ocultos para ese fin, con conocimiento de lo que estaban haciendo, cantidades apreciables de droga. Lo expresado precedentemente indica que existen diferentes calidades de “mulas”, ya que están las personas que se dedican simplemente a cruzarla de los países limítrofes a nuestro territorio, generalmente en poca cantidad, utilizando como medio de locomoción a pie (en las fronteras secas) o en balsas improvisadas (en las fronteras con ríos), siendo estas

personas el escalón más débil y vulnerable, ya que con acierto como expresa la SEDRONAR⁸, en la mayoría de los casos es su único medio de vida y también como expresa Alejandro CORDA, en su libro “Encarcelamientos”⁹, se aprovechan del grado de ignorancia que generalmente tienen estas personas, bandas para que las mismas realicen dicha tarea, incluso bajo extorsión y amenazas sobre su persona y/o su familia. Otra categoría la constituyen las personas que realizan los transportes en volúmenes importantes desde la frontera hacia las ciudades importantes del país y las que desde esos núcleos urbanos la transportan hacia el exterior, ya que como bien expresa la SEDRONAR en el estudio referenciado, el mayor negocio lo constituye colocar los estupefacientes en el exterior. Generalmente, y conforme a las fuentes consultadas, estas personas son consientes del delito que están cometiendo, tienen cierto nivel de educación y en algunos casos, como ser el transporte de marihuana a Chile, ellos son los que fijan su precio por hacer esa actividad¹⁰. Sin embargo, en caso de ser juzgados, en la mayoría de los casos, sufren la misma pena por transporte, sin mayores diferenciaciones sobre las condiciones particulares en que cometieron el ilícito.

También se considera que el inciso referido al transporte tendría que tener en cuenta que en virtud que Argentina no es productor de materias primas de estupefacientes, por ende, drogas como la marihuana o el clorhidrato de cocaína o pasta base de cocaína, las más comunes en la actualidad; y que el ingreso de de las mismas se encuentra prohibido, y que el origen de dichas drogas son los países limítrofes, según los juzgados intervinientes, ya sean Federales o en lo Penal Económico, se aplican dos normas: una la prevista en la Ley 23.737 o en su defecto la tipificada en el Código Aduanero, que tiene penas mayores a la de la Ley.

Aplicación de la Ley 26.052

⁸ SEDRONAR: “El tráfico de Estupefacientes en la Argentina, un estudio sobre sus condicionantes estructurales y coyunturales”, febrero 2007”.

⁹ CORDA, Alejandro, “Encarcelamientos por narcotráfico en Argentina”, Serie Documentos de Trabajo, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, año 2011.

¹⁰ Fuentes: Gendarmería Nacional, Policía Federal Argentina, Prefectura Naval, Tribunales y Fiscalías Federales de Mendoza.

Como ya se ha expresado en párrafos precedentes, la mayoría de las causas que se tramitan ante los Juzgados Federales son por aplicación del Art 5. Inc. c) y d) de la Ley 23.737, estando numerosos Tribunales al borde del colapso, con el consiguiente atraso en la instrucción de las causas y sus elevaciones a Juicio Oral, a fin de paliar esa situación y permitir que la Justicia Federal se dedique de lleno a investigar narcotráfico; el Poder Ejecutivo, en el año 2.009 remitió al Congreso Nacional un proyecto de Ley, en la cual se otorgaba a la Justicia Ordinaria la competencia para intervenir en los delitos de comercialización y distribución, tipificados en el artículo precitado, sancionándose la Ley 26.052 (www.infoleg.gov.ar), pero las provincias debían adherir por Ley Provincial a la citada norma, hecho que solamente a la fecha han realizado las Provincias de Buenos Aires, Salta y Córdoba, habiéndose suscitado conflictos de jurisdicción entre los fueros federales y ordinarios.

“juicios Abreviados”:

Dada la cantidad de causas acumuladas en la Justicia Federal se está dando el fenómeno que hayan disminuido los Juicios Orales en virtud que gran parte de los acusados en acuerdo con la justicia recurren al “Juicio Abreviado”, logrando los imputados en muchos casos penas menores a las que podrían imponerle los Tribunales Orales Federales

Delitos conexos:

Otra problema que surge al tratar el tema de comercialización de drogas, es el hecho de la violencia que el mismo origina, ya que a diferencia de los países productores y de tránsito de grandes cantidades (Ej: Colombia, México, Perú o Bolivia) donde los enfrentamientos armados se dan entre los grupos organizados que dirigen el tráfico; en los grandes núcleos urbanos (Ej: Santiago de Chile, Río de Janeiro, Los Ángeles; en nuestro país: Ciudad de Buenos Aires y el cono urbano bonaerense; Rosario, Mendoza, Córdoba, Mar del Plata) la lucha es por el control de los lugares de venta, produciéndose enfrentamientos armados y los conocidos como “ajustes de cuenta”, homicidios

de personas vinculados a la venta de estupefacientes.¹¹ Lo reseñado hace que se crucen el accionar de las dos Justicias: la Federal, que investiga por la Ley 23.737 y la Ordinaria, que interviene por los delitos contemplados en el C:P.A.

Como se puede observar, la situación del narcotráfico en nuestro país ha ido empeorando y a consideración de esta investigación, los puntos conflictivos son los que mayores controversias se detectan en las posiciones de los Tribunales Orales al momento de dictar sentencia, así como la dualidad que se da cuando se cruzan investigaciones del fuero ordinario con el federal. También ya en el relato comienzan a aparecer las diferentes “categorías” o diferenciaciones entre las personas que delinquen con estupefacientes.

En el capítulo subsiguiente se verá el accionar y la posición de la Justicia frente a estos puntos conflictivo.

CAPITULO II: Aplicación, criterio y postura de la Justicia en relación a la Ley 23.737

1. Supuestos actuales del Art. 5 de la Ley 23737:

El Artículo 5 de la precitada ley pena con reclusión o prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años las siguientes figuras:

- 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;

¹¹ Fuentes: Diarios “La Nación”, Diario “Clarín” (Bs. As.), “La Voz del Interior” (Córdoba), “La Capital” (Rosario), “El Tribuno” (Salta), “Los Andes” (Mendoza). Diarios Sudamericanos: “El Tiempo” y “El Espectador” (Colombia), “El Mundo” (Bolivia), “O Globo” (Brasil) y “El Mercurio” (Chile)

d) Comercie con planta 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 otro estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a ciento veinte mil australes.

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 a quince años.

En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. *(Párrafo incorporado por art. 1° de la [Ley N° 24.424](#) B.O. 9/1/1995)*

En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. *(Párrafo incorporado por art. 1° de la [Ley N° 26.052](#) B.O. 31/8/2005.*¹²

2. Legislación vigente:

Principios básicos y rectores sobre lo que se fundamenta:

Desde su sanción en el año 1989, y dados los cambios socio-culturales que se han operado en el país haciendo cambiar sustancialmente la realidad de este delito; ya que en la época de su sanción la mayoría de los delitos

¹² www.infoleg.gov.ar

en infracción a la Ley 23.737 eran de Tráfico (transporte) principalmente al exterior, habiendo aumentado considerablemente las causas por aplicación de todas las figuras tipificadas en el Art. 5 de la citada norma.

Las reformas efectuadas a la Ley, no modificaron el citado artículo y como las condenas por comercialización, transporte, acopio y tenencia con fines de comercialización son amplios en lo referente al mínimo y máximo de las mismas, tanto en los Tribunales Orales Federales y en caso de apelación, la Cámara Nacional de Casación Penal fallan con penas disímiles casos similares y además generaron lagunas legales, como por ejemplo la que se plantea con la aplicación de la Ley 26.052 (Ley de desfederalización del narcotráfico).

Por lo expresado, el presente estudio pretende aportar elementos nuevos a fin de adecuar la norma a la realidad actual del narcotráfico en nuestro país, tratando de subsanar la disparidad de fallos que, a criterio del investigador, ante situaciones similares está sentenciando la justicia estimando pertinente adecuar, diferenciar y adecuar las escales penales en las figuras tipificadas en los incisos del Art 5., de la Ley 23.737, y desde este punto de vista se hace necesario particularizar cada tipo penal consagrado para contribuir a una mejor aplicación de la citada norma.

3. Aplicación de la justicia en los supuestos tipificados en el Art. 5:

Lo expresado en el último párrafo del punto precedente parte de la lectura y análisis de los fallos que denotan puntos de vista disímiles en cuanto a la aplicación de los delitos tipificados en el referido artículo, teniendo en cuenta en algunos casos la cantidad y peligrosidad de los estupefacientes y en otros el lugar geográfico para aplicar la pena.

En cuanto a la jurisprudencia, como ya se ha expresado en puntos anteriores no es conteste con la doctrina, por ende no se puede establecer un “leading case”, salvo el ya citado caso “Arriola” en cuanto a la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones de San Martín, Sala II, al dictar sentencia en la causa 2.993 (414/96) caratulada “GIL SUÁREZ HUMBERTO NICANOR Y OTROS S/ INFRACCIÓN AL ART. 25 DE LA

LEY 23.737” (12 de diciembre de 2.002)¹³ -Artículo derogado por la Ley 25.246 “Ley de lavados de activos”¹⁴-, de los fundamentos de la misma y para hacer ejecutar el decomiso de los bienes, se tiene la relevancia que la Sala da al Art. 5, poniendo de manifiesto la cantidad de droga secuestrada (200 kg de cocaína) y los medios de transporte empleados.

A título ilustrativo de las diversas tesis y posiciones se exponen los siguientes fallos, algunos en contraposición al expresado “ut supra”, el Tribunal Oral Federal Nro. 1 de Mendoza en la causa 93003363/2012¹⁵, condenaron al causante a la pena de CUATRO años y OCHO meses en oportunidad que fuera detenido con 197,545 kg de marihuana en cercanías de la ruta que une Mendoza con Chile, en cambio en otro fallo de ese mismo Tribunal condenó al imputado por hallarlo culpable de infringir el artículo 866, último apartado, segundo supuesto, en grado de tentativa (art. 871 C.A.) de la ley 22.415, a la pena de CUATRO años y SEIS meses al secuestrársele en “Punta de Vacas”, lindante a la frontera con Chile 12, 510 kg de marihuana¹⁶. No existiendo correlación en las sentencias con las cantidades de drogas secuestradas.

En orden al primer fallo del TOF1 de Mendoza, el Tribunal Oral de Salta condena al imputado en aplicación del acuerdo normado en el art. 431 bis del C.P.P.N por infracción al art 5. Inc. c de la Ley 23.737¹⁷, por declararse culpable de transportar 24,035 kg de cocaína, en ocasión de ser detenido por la Gendarmería Nacional en Orán, cercano a la frontera con Bolivia.

En honor a la brevedad y para no generar confusión que perjudique el presente estudio ni que desvíe el eje del mismo, se pueden mencionar sentencias, recursos de casaciones relacionadas con el artículo bajo estudio, de los cuales incluyendo los citados, se puede deducir que si bien la condena máxima es de QUINCE años, la condenas, sin aplicación de algún agravante, oscilan entre los

¹³ www.cij.gov.ar

¹⁴ www.infoleg.gob.ar

¹⁵ causa 93003363/2012signación Tribunal Oral TO01 caratulada “RAMOS ZENTENO ADRIAN GONZALO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.C)” -Juicio Abreviado – art. 431 bis-C.P.P.N. TOF 1 Mendoza.

16. causa FMZ 6573/2014/TO1 , caratulados “**LATORRE GARRO, Edgardo Alfonso s/ Infr. Ley 22.415**”, **TOF1 MENDOZA.** www.cij.gov.ar

¹⁷. causa FSA 52001307/2012/TO1 (Nº 4108/14 T.O.) caratulada “CABANA, Pedro Alejandro s/ infracción a la ley 23.737”. www.cij.gov.ar

cuatro y los seis años, pero en la mayoría de los casos no se tiene en cuenta la cantidad, tipo de droga y en el caso de transporte el lugar geográfico donde se realizó el procedimiento.

Se estima para una mejor comprensión y entendimiento del presente proyecto como el de su objetivo final tratar la posición de la Justicia en el detalle pormenorizado de la aplicación de la Ley, analizando cada uno de los incisos que componen el artículo sub-examen.

4. Postura y criterios de la Justicia ante el Art 5.

a. Transporte o tenencia de estupefacientes:

En lo referente a las condenas por transporte o tenencia de estupefacientes ingresadas al país, las cuales han sido denominadas por esta investigación como “mulas” o “paseros” y teniendo en cuenta lo normado en el Art. 41 del Código Penal Argentino (CPA), principalmente en su punto 2 que reza “ *La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso*”, se tiene que en la mayoría de los casos, los condenados son de nacionalidad extranjera, bolivianos o paraguayos, y los argentinos son residentes de las regiones limítrofes a ambos países, y las penas que se les imponen oscilan entre los cuatro a seis años, el mínimo previsto por la ley y los aumentos generalmente se dan en los Tribunales de las provincias de Jujuy y Salta por tratarse de cocaína, conforme a estadísticas del Servicio Penitenciario Federal, el 70% de los reclusos en las prisiones de las provincias limítrofes es por este delito; y que la mayoría de ellos, por lo ya explicitado en los capítulos anteriores, se tiene que prestar especial atención al Artículo de

referencia, encontrándose en la búsqueda de jurisprudencia un fallo de Cámara Nacional de Casación Penal sala II, integrada por el doctor Alejandro W. Solar como Presidente, la doctora Angela Ester Ledesma y el doctor Pedro R. David como Vocales, con la intervención del Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, y de la Defensora Pública ad hoc en esta instancia, Dra. Soledad Monteverdi, quienes en la causa “Causa n° 16261 -Sala II- “Ríos, Mauricio David/recurso de casación” hicieron lugar al pedido del condenado quien había recibido una pena de cuatro años por comercialización y distribución, habiendo solicitado al Tribunal de alzada un nuevo juicio a fin de imponerle una pena menor a la impuesta por el Tribunal Oral Federal Nro 1 de Córdoba, considerando de interés para esta investigación ya que sería aplicable no por el tipo de figura sino por la características personales de la persona, de condiciones similares a las condenadas por mulas, siendo ilustrativo para este trabajo los siguientes puntos del voto de la Dra Ledesma quien expresa lo siguiente: “..-los aspectos subjetivos, debe resaltarse que Ríos no tiene antecedentes penales, tiene una situación económica estrecha y además, tiene cinco hijos menores de edad a su cargo...”. En consecuencia, considera que “...una pena de efectivo cumplimiento, en el caso, resultaría contraproducente.”, por lo que a su ver “una pena adecuada será la de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso (artículos 26 y 27 del Código Penal)...”. Añade que “..si bien los mínimos de las escalas penales, en principio, señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, ello es así en tanto las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución...”, y en el caso concreto, el tope de cuatro años de prisión, excede el reproche que cabe formular, por lo que debe apartarse del margen establecido “...e imponer una sanción proporcionada a la culpabilidad.”. En virtud de lo expuesto, solicita a este Tribunal que, sin reenvío, adecúe el quantum de pena.” también agrega “...que sin desconocer la existencia del tope mínimo legal de cuatro años de prisión, que sería aplicable al caso (conf. art. 5º, inc. “c”, de la ley 23.737), encontramos aquí en primer lugar un escollo insuperable para que la judicatura fije tal monto de pena, toda vez que el acusador público, ha entendido que una sanción

ajustada a las exclusivas circunstancias que toca decidir, teniendo en mira los principios rectores de proporcionalidad y culpabilidad, no debe superar los “tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso...”

b. **Aplicación de la Ley 22.415:**

Referente a la aplicación de la figura del Art. 866 del Código Aduanero, y dado que esta se limita a los casos donde los procedimientos son realizados en zona primaria aduanera o por lugares no habilitados, estimando esta investigación compartiendo el espíritu de ley que pena el ingreso/egreso de esas sustancias no producidas en el país al considerarlas nocivas para la salud pública por lo que sería de aplicación a cualquier punto del territorio nacional, de entrevista mantenida con la Dra. María Gloria André, Fiscal General ante el Tribunal Oral Criminal Federal Nro. 2 de Mendoza, la representante del Ministerio Público expresó que al momento del procedimiento y al haber dos leyes que penan el mismo delito, generalmente los jueces de instrucción aplican la ley 23.737, y cuando dichos hechos ocurren en puntos cercanos a los límites del país aplican el código aduanero en concurso real con la Ley 23.737, siendo de opinión que podría unificarse ambas figuras en una sola, a fin de evitar condenas desiguales, dado que el mínimo del Código Aduanero es superior a la fijada por la la ley de estupefacientes, en ese mismo sentido se expresó ante la investigación la Dra. María Alejandra Obregón, Fiscal de Instrucción en lo Penal Federal Nro 1 de Mendoza, coincidiendo en que tendría que haber una pena única que unifique la Ley y el Código, ya que por su ubicación geográfica la provincia de Mendoza es la principal puerta de salida de estupefacientes a la República de Chile y que de las investigaciones realizadas surge que el 80/90% de la droga decomisada tiene destino final el vecino país, pero que muchos procedimientos no son realizados en frontera sino en lugares de ingreso a la provincia generando la controversia de aplicar la Ley o el Código, considerando particularmente ella que por lo expresado precedentemente cuando los procedimientos no son realizados en frontera pero cuando hay indicios o pruebas vehementes que las cargas se dirigen a Chile, se tendría que aplicar la figura del Código Aduanero.

c. **Posición sobre macro y micro tráfico:**

También como ya se ha dicho en el presente trabajo nuestra Ley no hace distinción sobre la cantidad de droga encontrada para regular las condenas y de la lectura del ya citado fallo “Arriola”, tampoco la CSJN, fija la cantidad que pueda estimarse como para consumo personal, y de la lectura de los considerandos de las sentencias leídas, sobre todo en condenas por transporte, hay jueces que consideran agravante la cantidad elevando la pena pero no existe criterio uniforme para este tópico. Tampoco se pudo obtener de las entrevistas realizadas a los funcionarios judiciales y representantes del Ministerio Público, ya citados, de una respuesta que clarifique este punto, por lo que esta investigación y tomando como base la ley del Reino de Holanda puede establecer que hasta 39 gr., de marihuana puede estimarse la cantidad que un individuo puede tener para su consumo personal (Una de las variantes a una eventual reforma al Art 14. 2da parte de la Ley, ya que la CSJN lo declaró inconstitucional por lo que procedería su derogación por parte del Congreso de la Nación).

Siguiendo ese orden, el punto más conflictivo para dilucidar es la cantidad de droga para determinar si es micro o macro tráfico y en el caso de micro se hará su explicación correspondiente al tratarse la cuestión de distribución y comercialización al menudeo; para agregar más voces para tratar este tema, este investigador se entrevistó también con el Dr, Walter Ricardo Bento¹⁸, Titular del Juzgado de Instrucción en lo Penal Federal Nro 1 de Mendoza y con el Dr. Carlos Reig¹⁹, reconocido abogado penalista con más de treinta años de labor en el fuero federal como defensor ; cabe mencionar que todas los funcionarios consultados antes de ejercer el cargo que actualmente ostentan, tienen como mínimo 20 años trabajando en la Justicia Penal Federal, lo que hace se los considere personas con el conocimiento suficiente para emitir opiniones, autorizadas; luego de este introito, los miembros del Ministerio

¹⁸ Entrevista con el referido juez federal, octubre del 2015.

¹⁹ Entrevista realizada en noviembre del 2015.

Público son contestes en considerar que 20 kg de marihuana o 2 kg de cocaína son suficientes para considerarlo “macrotráfico” y su transporte o tenencia merezcan una condena superior. El Dr. Gonzalez Macías, en cambio opina para que haya se agave la pena por la cantidad el mínimo tendría que ser entre 30 y 50 kg de marihuana y de 3 a 5 kg de cocaína. El Dr. Bento en su entrevista expresó de manera parecida a la opinión de la Fiscal pero con la salvedad que no importa la cantidad para agravar la pena si se puede determinar que las sustancias iban a ser “exportadas” ya que ese hecho comprobaría la existencia de cómo mínimo una red. El Dr Reig, considera necesario una adecuación de la norma fijando un criterio único en cuanto a la cantidad, ya que según sea el Juzgado Federal, conforme la cantidad de estupefaciente que secuestre no considera relevante ya que es habitual ese tipo de decomiso, poniendo como ejemplo los Tribunales del Norte del país, Mendoza, Capital Federal y Gran Buenos Aires, Rosario, que son los que mayor cantidad de causas por transporte registran en el territorio, en cambio en otras Tribunales Federales no habituados a tal tipo de decomiso, dando el ejemplo de San Juan y San Luis, donde también ejerce defensorías, por el mismo volumen las penas son más severas, quedando entonces, conforme a su opinión, al arbitrio del Tribunal con competencia para el juzgamiento, la pena a imponer. En cuanto a la calidad de macro, para el transporte o tenencia para su comercialización, respondió que más de 20 kg de marihuana o 5 kg de cocaína ya constituye una cantidad suficiente para considerarla agravante de la pena establecida en el Art 5.

Como se observa en el desarrollo del presente punto, la Justicia en muchos de fallos no tiene en cuenta ni la cantidad ni el lugar como así tampoco la calidad (en cuanto a su rol) del o las personas detenidas, en oportunidades en las cuales fueron resultados de investigaciones judiciales con la obtención de pruebas que determinan el rol de cada participante a lo sumo se agrava la pena en función del Art 11., por ser más de tres personas las que participan del hecho.

Tampoco hay coincidencia entre los magistrados y funcionarios judiciales consultados en lo referente a la cantidad y nocivo de las sustancias tampoco en la valoración de las categorías de los transportistas, quedando a criterio del Tribunal actuante la pena a aplicar, volviendo a resaltar que la amplitud de la misma cuatro a quince años hace difícil cierto parecido de criterios por lo que se estima que un marco regulatorio legal que abarque, incluya y diferencie a las nuevas figuras regule las condenas a imponer.

Capítulo III: Problemas resultantes actuales de la regulación normativa:

i. Marco Regulatorio:

Actualmente todo lo concerniente a estupefacientes es regulado por lo normado en la Ley 23.737 (Ley Nacional de Estupefacientes), la cual tiene como antecedente a la Convención Única de las Naciones Unidas de 1961, luego modificada por el Protocolo de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena del 19 de diciembre de 1.988, a la cual adhirió Argentina mediante Ley 24.072²⁰, los países miembros fueron tomando conciencia del flagelo de la droga y los daños que provocaba sobre la población como así el grado de violencia que iba tomando el narcotráfico a nivel mundial. Es así es considerado un delito grave y como tal pasible de condenas de prisión de cumplimiento efectivo en casi todas sus figuras.

Nuestro país, no es la excepción y la Ley 23.737 en su Art 5.²¹, sus incisos penan con reclusión o prisión de cuatro a quince años desde el sembrado o cultivo hasta la entrega a otra persona de estupefacientes, cubriendo en su espectro, el transporte, la tenencia con fines de comercialización, la fabricación, la comercialización y la distribución. Las reformas posteriores que se le hicieron, fueron actualizaciones de la misma a fin de combatir el delito (Leyes 24.424 y 26.052, ya citadas) pero manteniendo las condenas vigentes.

²⁰ www.infoleg.gob.ar

²¹ www.infoleg.gob.ar

Dado el crecimiento de los delitos vinculados al narcotráfico, esto ha provocado el crecimiento de estructuras criminales dedicadas a ese ilícito, situación que no se daba a la época de la sanción de la Ley, reiterando lo expresado en el capítulo precedente el comercio ilegal de drogas es un delito de carácter complejo, con múltiples variantes y actores, pudiéndose para un mejor entendimiento subdividir por tipo delictual la probable composición de cada figura tipificada en el Artículo sub-examen:

a. Tráfico y tenencia de estupefacientes para comercialización:-

Como ya se ha dicho Argentina no es productora de la materia prima esencial para las sustancias estupefacientes que más abundan en el país, cocaína y marihuana presada, siendo los principales proveedores de dichas sustancias, las Repúblicas de Bolivia, Perú y Paraguay.

En este contexto, hay que hacer una distinción, el destino final de las sustancias; si es Argentina o la exportación a terceros países. Esta aclaración es válida ya que principalmente las bandas que se dedican a la exportación, es decir usan a nuestro territorio como lugar de paso, los Jefes de las bandas son originarios de los países citados o de los países a los cuales se destina el estupefaciente, teniendo en Argentina bases logísticas que son las que se encargan de su acondicionamiento (ocultamiento) para su salida al extranjero. Lo referenciado hace que existan niveles bien diferenciados en las estructuras, siendo éstas: en el exterior Jefe de organización, en el caso de la cocaína, responsables de la obtención de hojas de coca y su procesamiento, químicos que en laboratorios clandestinos transforman las hojas en pasta base y en el caso de la marihuana, además de los Jefes, personas que controlan el corte, acopiamiento y prensado de las hojas de “cannabis sativa”. Para introducir la droga a nuestro país utilizan varios métodos, donde se nota claramente la diferencia entre los niveles de los pasadores (“mulas”) y transportistas. En el primero de los casos, y aprovechando lo extensa y dificultosa que presenta la geografía de las fronteras, principalmente con Bolivia y Paraguay, las bandas de esos países utilizan a los conocidos como “paseros”, personas que viven del

“contrabando hormiga” (única fuente de trabajo en las zonas fronterizas), aprovechando la clasificación migratoria de “Tráfico Vecinal Fronterizo” (TVF), lo que les permite cruzar sin mayores trámites ni controles los pasos habilitados, también como conocedores de la zona, saben de los lugares donde se puede ingresar a nuestro país por sitios no habilitados; hasta mediados de la década del 90 no eran demasiados los que ingresaban droga a nuestro país, pero desde esa época se incrementó la cantidad de personas dedicadas a esa actividad ilícita, principalmente por presiones, primero económicas es decir una mejor paga, y dada la ignorancia de esas personas, tanto del lado argentino como de los países limítrofes, es una región con alto índice de analfabetismo, lo que hacía que los mismos ingresaran sustancias ilícitas, al ser detenidos en procedimientos realizados por las fuerzas de seguridad y policiales de nuestro país y ser condenados, y al no querer realizar los cruces, porque se dieron cuenta de la gravedad del delito cometido las bandas comenzaron a extorsionar y amenazar a los paseros y a sus familias para realizar tal actividad, hecho que sigue sucediendo. Generalmente las cargas de estas personas oscilan entre 5 kg de cocaína o 20 kg de marihuana, las cuales son dejadas en puntos prefijados, o entregados a personas que la están esperando en lado argentino, quienes se encargan de su acopio (tenencia para fines de comercialización) y posterior envío a las grandes urbes del país o hacia el extranjero.

El otro nivel, superior al ya citado, lo constituyen las personas que ingresan o transportan cargas de estupefacientes por nuestro territorio en vehículos terrestres (livianos y de carga), acuáticos (lanchas, barcasas o barcos) y también medios aéreos (avionetas). En casi la totalidad de los decomisos realizados por las fuerzas preventoras sus conductores tenían conocimiento del delito que cometían y casi siempre la droga era llevada en compartimentos ocultos en el caso de vehículos livianos o mezclados con carga lícita en lo referente a transporte de carga. Más evidente es en la utilización de avionetas, las cuales solamente transportan estupefacientes. Cabe aclarar que en estos casos son los transportistas los que fijan los precios principalmente cuando se utilizan camiones o avionetas, los que los hace necesarios para la circulación de

las sustancias ilícitas y más aún en el caso de la exportación donde son fundamentales para la concreción del contrabando de exportación.

b. Distribución y comercialización al menudeo de sustancias estupefacientes:

El crecimiento de la cantidad de personas adictas a estupefacientes y sustancias psicotrópicas ha hecho que el delito en cuestión sea el que más se haya incrementado y esparcido por todo el territorio nacional.

Se ha comprobado la existencia de zonas, sobre todo, en las grandes ciudades del país, donde funcionan lugares de venta y distribución conocidos como “kioscos” o más actualmente “búnkers” los que en su mayoría se dedican a la venta de cocaína y marihuana.

Los mismos son de una estructura precaria y no poseen grandes cantidades de drogas, las averiguaciones realizadas por esta investigación permiten aseverar que detrás de esa fachada se encuentra una estructura criminal, compartiendo el criterio de los escalones que la integran por lo escrito por Alejandro Corda en su libro “Encarcelamientos”²², partiendo del nivel más bajo que son los “vigilantes”, generalmente adolescentes que se inician en la actividad ilícita, cuya misión es observar los movimientos en cercanías al puesto de venta, dando aviso de cualquier movimientos de personas o rodados que les resulte extraño o anormal. Un escalón por encima de los nombrados están los “soldados” también en su mayoría jóvenes quienes portan armas de fuego, cuya misión consiste en dar seguridad al lugar de venta, por encima de ellos está el vendedor propiamente dicho, encargado de la venta y cobro de los estupefacientes, quien le rinde cuenta al Jefe de la red, persona que puede ser el máximo nivel o estar sujeto a otro escalón superior quien tiene bajo su mando una zona de venta, en cualquiera de los dos casos, son los que se encargan de la compra de los estupefacientes y también quienes la fraccionan y/o reducen (en la jerga “cortan”). También estas personas son las que mantienen económicamente toda su estructura.

²² Alejandro Corda, Op, citada.

En el caso específico de la cocaína, los procesos de corte, estiramiento y/o refinación de la misma, dicho paso genera sobras de pasta base (elemento que luego se transforma en clorhidrato), las cuales contienen sustancias tóxicas, cuya inhalación o aspiración son altamente adictivas y nocivas para la salud, y en la última década se ha incrementado su venta llamada comúnmente como “paco” o generalmente conocida como la “droga de los pobres”, ya que la misma es negociada en los sectores más pobres de la sociedad.

Dado el aumento de adictos, estas bandas, que generalmente se localizan en lugares marginales de las grandes ciudades, han tenido enfrentamientos con rivales por el control territorial de los lugares de venta como de las llamadas “cocinas”, lugares donde se procesa la cocaína, generando dichas peleas internas el aumento de los homicidios conocidos como “ajustes de cuentas”, y la aparición de sicarios que realizan tal actividad ilícita, provocando una escalada en la violencia e inseguridad de todos los habitantes, no solo en los barrios marginales sino en cualquier punto urbano, ya que generalmente los sicarios siguen a sus víctimas a lugares donde éstos no están seguros ni protegidos y aprovechando que la víctima está indefensa proceden a asesinarlo, en la mayoría de los casos, usando armas de fuego, y lamentablemente ha sucedido en numerosos casos en que terceros inocentes han sido asesinados o heridos en esos ajustes. Este método de cometer homicidios ha crecido exponencialmente en todas las ciudades del país y como ejemplo cito a Rosario, que de 223 homicidios registrados en el último año, 205 han sido por ajustes, similar proporción tiene la ciudad de Mendoza, que registra 164 de 173 y Mar del Plata que de 88 homicidios computados se cree que 62 fueron por peleas o ajustes por el control del tráfico de drogas.

Cabe resaltar, si bien ya ha sido citado en el Capítulo I del presente trabajo, en esta figura tipificada en el Art 5, es donde se confunden y a veces colisionan ambas jurisdicciones judiciales, la Federal y la Ordinaria, ya que una investiga el tráfico de droga y la otra los homicidios.

c. Fabricación y producción de estupefacientes:

Dejando al margen las declaraciones retóricas, mediáticas o políticas sobre si en Argentina se fabrican estupefacientes, el análisis de la bibliografía utilizada en los Capítulos precedentes permiten establecer lo siguiente:

-Cocaína: Si bien en Argentina no se cultiva ni se crece naturalmente la planta de coca, cuya hoja es el componente básico de la droga en cuestión, por ende, y debido al gran volumen de hojas que se necesitan para elaborar 1kg de dicha sustancia (80/100 kg de hojas aproximadamente), esto hace que los primeros pasos se realicen en los lugares donde abunda dicha planta (Bolivia y Perú) . Dichos pasos son la maceración de las hojas para luego, utilizando precursores químicos (ácido sulfúrico, principalmente o derivados de éste), secarlo, logrando una masa conocida como “pasta base”, esa pasta luego es refinada con otros precursores , (ácido clorhídrico, éter y acetona, los más utilizados) y someterlos a un proceso cuyo resultado arroja clorhidrato de cocaína, la cual es ingresada a nuestro territorio para su exportación o distribución en el país. Ahora bien, se han detectado y las fuerzas de seguridad y policiales han dado con numerosos laboratorios, algunos rudimentarios pero otros con cierto grado de sofisticación donde el proceso final de transformación en clorhidrato se realiza en nuestro país, por lo que esta investigación considera que en Argentina se está produciendo cocaína.

-Drogas de origen químico: Más conocidas como “drogas de diseño”, de las cuales la más conocida en nuestro país primeramente era el ácido lisérgico (LSD), y después comenzó la utilización de la pastilla conocida como “éxtasis”, dichas sustancias generalmente son distribuidas y vendidas en las conocidas fiestas electrónicas y tienen como particularidad su gran grado de adicción y efectos efervorizantes que pueden provocar la muerte tanto por suicidio como por infartos . Esas sustancias no eran producidas en nuestro país sino importadas ilegalmente de los Estados Unidos o Europa (principalmente España) pero en el año 2009 en Ingeniero Maschwitz (Provincia de Buenos Aires) y debido a un accidente originado por una explosión y posterior incendio

se determinó fehacientemente que en Argentina se estaba produciendo metanfetamina, cuyo componente básico es la efedrina o pseudoefedrina, de la cual nuestro país es productor y la cual era exportada a los Estados Unidos, razón por la cual se cree que en nuestro país se fabrican drogas de diseño.

Doctrina

Lo expresado precedentemente en este capítulo hace que se considere que el Tráfico de Estupefacentes tenga que tener penas graves y al respecto la doctrina, citando al Dr. Eugenio Zaffaroni dice que “...*El principio de irracionalidad mínima de la respuesta punitiva requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito, lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación.*”(Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005,)²³ y en lo referente a la proporcionalidad de la pena en sentido estricto y tomando a Nicolás Gonzalez Cuellar quien refiere: “...*la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir...*”, y que “*El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley...postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la*

²³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, , Pág 708, versión on line”, formato pdf.

28 (Nicolás Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69)

consecución de fines legítimos.” (Nicolás Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”)²⁴. Enrique Bacigalupo, al estudiar el tema que nos ocupa, en su libro, “Principios constitucionales de derecho penal”, menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que “El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor...”, y que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, “se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad...”²⁵

CAPITULO IV: Ley 26.052 y los problemas que acarrea su aplicación:

1. Conflictos entre fueros ordinario y federal por aplicación de la Ley 26.052:

Si bien como ya he señalado en reiteradas oportunidades el objeto de esta investigación es la actualización, diferenciación y adecuación de las penas a las figuras contempladas en la Ley 23.737; no es posible soslayar las nuevas situaciones judiciales que se dan en los referente a la comercialización y distribución al menudeo, el que se puede considerar “microtráfico”, desde la sanción de la Ley 26.052, razón por la cual se trata al mismo en un capítulo aparte; planteándose el problema que la citada norma no fija la cantidad de sustancia sino que privilegia la comercialización a personas, hecho que pone de relieve la importancia de la investigación judicial para determinar la importancia del lugar de venta, como ya se ha reseñado anteriormente, determinando si ese lugar no integra una red dedicada al tráfico, pasando de ser un simple “kiosko” o “Búnker”, a ser el

29. Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales de derecho penal”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 157/158. <http://www.exapuni.com/apuntes/detalle/>.

eslabón más visible de esa, y a criterio de esta investigación tal cambio constituiría una “asociación ilícita”, también influye la cantidad de personas detenidas, ya que la mayoría de los allanamientos realizados por las fuerzas preventivas son realizados cuando la venta y distribución es observada, haciendo que se constituya en la “flagrancia” contemplada en Art. 245 del C.P.P.N y si son detenidas tres o más personas, entra el agravante previsto en el Art 11 de la Ley 23.737, amén de lo expresado, dada la ley 26.052, las provincias adherentes tienen la potestad de su investigación, instrucción y juicio, generándose un conflicto de jurisdicciones ya que como bien señala la Procuraduría Nacional -Procuraduría de Narcocriminalidad- (PROCUNAR) en “Informe Ley de desfederalización”²⁶, “... Sin embargo el texto de la ley no previó que los fiscales y jueces provinciales notifiquen a sus homónimos en el ámbito federal, especialmente en aquellos casos controvertidos, donde se supone la comercialización de grandes cantidades de estupefacientes fraccionados para el consumo .Previsión que habría otorgado sentido práctico a la inclusión de los artículos 3º y 4º.De modo que allí donde al inicio de la investigación quedara determinada la competencia provincial, los jueces y fiscales federales no tendrían modo alguno de conocer en los hechos que-por su envergadura- corresponden a su competencia natural..”. En estado de cosas, la PROCUNAR en el citado informe resalta “...El Dr. Mariano Donzelli se ha pronunciado de un modo especialmente claro sobre una de las dificultades que impone la Ley de Desfederalización, al condicionar la competencia a la calificación inicial de los hechos:“Resulta también relevante recordar que las calificaciones legales son por principio transitorias y mutables durante toda la instrucción, motivo por el cuál durante la lógica progresión de una investigación iniciada a partir de las figuras cuya competencia se asignara a la justicia ordinaria, podría modificarse la imputación respecto de delitos de competencia federal a medida que aparecieran nuevos elementos de prueba, o incluso podrían agregarse nuevos hechos con sus respectivas calificaciones legales (también de competencia federal) como consecuencia de los avances de la investigación, lo que implicaría un cambio de competencia que atentaría contra el desarrollo de la pesquisa (Énfasis de quien escribe)...”²⁷. A los fines del presente

²⁶ “Informe de Desfederalización”, PROCUNAR, formado pdf

²⁷ Op. citada

trabajo es de señalar que en Provincia de Buenos Aires, primera provincia que adhirió a la norma, con el objeto de investigar ventas menores realizaron los siguientes procedimientos, en contraposición al espíritu de la ley y en conflicto con la Justicia Federal, el Informe de la PROCUNAR presenta como “leading case” los siguientes:

“...Causas en las que se investiga la comercialización de grandes cantidades de estupefacientes fraccionados para el consumo y/o la existencia de elementos para la fabricación de estupefaciente o precursores.

Forma de inicio: A raíz de una investigación de seis meses de la Policía Bonaerense se realizaron tres operativos: el primero en diciembre del año 2012 en Mar del Plata (Operativo “Corona rosa”), el segundo en enero de 2013 en San Martín (Operativo “Simpson electrónico”) y el tercero (Operativo “Manzanas verdes”) en septiembre de 2013 en Capital Federal, Morón, La Plata, Ituzaingó, Ramos Mejía y Ciudad Evita.

Actuación de fuerza de seguridad: Policía de la Provincia de Buenos Aires, seccional del Mercado Central de La Matanza, a cargo del subcomisario Pablo Biagini, con el apoyo del Grupo Halcón.

Cantidad de sustancia secuestrada:

- 1. Primer operativo: 10 mil pastillas de éxtasis de color rosa con un sello que es una corona, similar a la de la marca de un reloj, 2 kilos de marihuana, 12 troqueles de LSD, balanzas de precisión, prensas para hacer tizas, bateas donde elaboraban cocaína, bolsas de almidón utilizadas la fabricación, y elementos de corte, estiramiento y fraccionamiento). Entre los precursores, se descubrió una botella de Ketamina líquida.*
- 2. Segundo operativo: En Villa Luzuriaga, los policías incautaron 1.000 pastillas de éxtasis, cocaína y marihuana. Se descubrieron tres laboratorios en Capital y dos en la Provincia de Buenos Aires.*
- 3. Tercer operativo: Operativo “Manzanas verdes”. Con actuación conjunta de la Policía Federal y Bonaerense, incluyó allanamientos en Capital Federal, Morón, La Plata, Ituzaingó, Ramos Mejía y Ciudad Evita. Se desmantelaron siete laboratorios clandestinos de drogas químicas y se secuestraron 28 litros y 1240 dosis de ketamina, 2,354 kilogramos de cocaína, 12.293 pastillas de éxtasis, 200 dosis de*

efedrina, 300 troqueles de LSD (ácido lisérgico), seis litros de suero y varias dosis de marihuana. Los estupefacientes secuestrados están valuados en 90 millones de pesos.

Fecha del hecho: 29 de mayo de 2013.

Actuación de fuerza de seguridad: Policía de la Provincia de Buenos Aires (Operativo "Plumerillo Blanco")

Cantidad de sustancia secuestrada: 40 kilos de marihuana y casi 15 kilos de cocaína, precursores químicos, dinero y armas. La droga estaba simulada en muestras gratis de perfumes.

Actuación Judicial Provincial:

Unidad Fiscal de Investigaciones de Estupefacientes del Departamento Judicial de La Matanza a cargo del Dr. Marcos Jesús Borghi y del Juez de Garantías N° 2 de dicho departamento Dr. Raúl Ricardo Alf...²⁸.

2. Opiniones sobre la aplicación de la Ley:

Los casos precitados, compartiendo quien suscribe el criterio de la Procuraduría; exceden los límites de comercialización y menudeo, y con buen tino, señalan la falta de comunicación entre los fueros no prevista en la ley generando una ambigüedad que no coadyuva a la lucha contra el narcotráfico, de las consultas realizadas tanto los funcionarios judiciales nacionales, el Ministro de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza, Dr Omar Palermo y el Dr Reig son coincidentes en que todo delito vinculado a estupefacientes tiene que ser de competencia federal, haciendo el el Dr Palermo la siguiente salvedad,"..que, a su criterio, la competencia siempre tiene que ser federal, a fin de economizar recursos humanos, ya que en las provincias no hay suficientes fuerzas de prevención federales, que las policías provinciales dediquen su actividad contra el narcotráfico concentrando sus medios en la comercialización y distribución, es decir, allanar puntualmente los puntos de venta pero que en caso de surgir que dichos lugares forman parte de redes, bandas u organizaciones, los responsables de esas investigaciones sean las fuerzas federales, fijando una posición intermedia entre ambas leyes:.

²⁸ Informe precitado.

3. Delitos conexos al Art 5.:

En referencia a los delitos conexos que conlleva la venta y distribución, sobre todo los homicidios por ajuste de cuentas, esta prevención tomó en cuenta lo expresado por el Ministro de la Corte Provincial quien considera que si bien dichos homicidios son competencia del fuero ordinario como existe concurso con el tráfico de droga, se tendría que derivar a la Justicia Federal su investigación, siendo contestes en esa afirmación el resto de los entrevistados. Ahora, dado que el “ajuste de cuentas” usualmente se da cuando la víctima se encuentra indefensa (es decir con alevosía), es premeditado, por el uso de armas de fuego y en muchas ocasiones con ensañamiento, se han receptado dos líneas: una, que es opinión del Presidente de la Cámara de Apelaciones de Mendoza, Dr Gonzalez Macías, quien tomando como punto de partida la competencia federal se tendría que incorporar a la Ley 23737 un artículo que refiera a esa delito y cuya pena tendría la fijada por el Código Penal, introduciendo los agravantes precitados, criterio compartido por las Fiscales y el Dr Reig y otra que partiendo de la opinión del Dr Palermo que al estar ya normado en el Código Penal no habría de introducir una nueva figura penal sino aplicar la ya establecida pero sí incorporar a la Ley que los homicidios cometidos por cualquiera de las figuras contempladas en el Art 5 son de competencia federal, siendo el Dr Bento también partidario de esa figura, adhiriendo este investigador a la última postura. Sobre este punto y a modo de ejemplo se reseña el fallo de la Sexta Cámara del Crimen de la Provincia de Mendoza del año 2013 recaída en la causa “Araya, Marcelo y otros s/doble homicidio agravado”, en la cual se condenó a cadena perpetua al nombrado (sospechado de ser líder de una banda dedicada al tráfico en Mendoza) como autor intelectual de dichos homicidios, cabe mencionar que las víctimas estaban sospechadas de ser miembros de una banda rival, siendo la prueba fundamental escuchas telefónicas que realizaba sobre el causante el Juzgado Federal Nro 1 de Mendoza, en una investigación en que ese Juzgado instruía la causa por estar sospechado de ser el Jefe de una banda dedicaba a enviar marihuana a Chile, surgiendo de esas conversaciones tanto la orden de asesinato como luego como los autores materiales le informaban su concreción, sin embargo luego de la

condena quedó a disposición del Juez Federal supeditado a la causa abierta en ese fuero, sin que a la fecha dicha instrucción haya sido elevada a Juicio Oral. Consultado el Dr. Javier Pascua, Fiscal de la Sexta Cámara del Crimen, sobre la conveniencia de haber unificado ambas investigaciones, el Dr Pascua expresó que sí sería lo más práctico sobre todo por una cuestión de economía procesal, considerando además que al tener el conocimiento cierto y acabado de la actividades investigativas que realizaba la Policía de Mendoza (División Narcocriminalidad) y dado el avance que ya tenía dicha causa, y a fin de lograr una mayor celeridad en la detención de los autores del hecho, no limitándose la Justicia Federal a anunciar de lo surgido en las escuchas telefónicas que realizaba, lo más coherente hubiera sido remitir todas las actuaciones del fuero ordinario al federal, actuando éste como fuero de atracción, ya que los homicidios fueron consecuencia de uno de los tantos “ajustes” que se efectúan por el control del tráfico tanto local como internacional de drogas; pero que a su criterio, y dado la división de los fueros, desde su punto vista existe un vacío legal generado en los Códigos procesales.²⁹

CONCLUSIONES:

Consideraciones previas a las conclusiones:

Por lo desarrollado en los Capítulos con componen este trabajo, y teniendo en cuenta tanto las posturas expresadas en el mismo, se estima necesaria la actualización, diferenciación y graduación de las escalas penales de las figuras preceptuadas en el Art. 5 de la Ley 23.737 siendo que el citado Artículo contempla todas las figuras posibles relacionadas a estupefacientes, pero los hechos aislados e individuales realizados a lo sumo por dos o tres personas a la época de su sanción (año 1989), han cambiado radicalmente actuando actualmente redes, bandas u organizaciones que hacen necesaria su adecuación a la situación y la problemática actual de los delitos por estupefacientes; tal factibilidad parte tanto de la doctrina citada como también de los fallos en los que se tuvo en cuenta la

²⁹ Entrevista mantenida por esta investigación en Noviembre del año 2015.

cantidad tanto de personas como de estupefacientes decomisados, los que tuvieron en cuenta lo nocivo de la sustancias con el peligro que genera en el bien jurídico tutelado, la salud pública, como así las diferentes opiniones expresadas por los magistrados, fiscales y abogados consultados, a fin de buscar un punto de equilibrio entre las condenas que se aplican.

Siguiendo la línea conceptual planteada en el párrafo precedente correspondería la introducción de la figura de “Asociación Ilícita” contemplada en el Código Penal Argentino (CPA) Artículo 210 lo que permitiría graduar el rol que cada persona imputada tendría dentro de las estructuras criminales que se dedican a este tipo de delito, las cuales fueron citadas en los Capítulos III y IV del presente estudio, partiendo de lo prescripto en el Art. 7 de la Ley, que pena con hasta 20 años de reclusión o prisión a quien organice o financie cualesquiera de las figuras tipificadas en el Art. 5 .en concordancia por lo normado en los Arts. 45, 46 y 210 del Código Penal Argentino, considerando la probable Asociación Ilícita y las participaciones criminales tanto primaria como secundaria permitiendo así fijar penas más adecuadas tanto a los líderes de las organizaciones como los diferentes escalones inferiores conforman la estructura.

También se considera necesario unificar, dado los criterios dispares de los fallos, las penas previstas en las Leyes 23.737 y 22.415 (Código Aduanero) a fin de evitar inequidades en las condenas.

Se estima imperioso para evitar los fallos controvertidos que se establezca la diferencia entre microtráfico y macrotráfico, como así una escala que tenga en cuenta la peligrosidad de la sustancia para la salud. Eso también coadyuvaría a la aplicación de los juicios abreviados, estimando que dichas diferenciaciones primero en cuanto a la cantidad la tendría que realizar la Justicia y la segunda profesionales idóneos de la Salud.

Párrafo aparte merece la sanción de la Ley 26.052, cuyo espíritu era aliviar tanto a la justicia federal y a las fuerzas federales del delito de comercialización y distribución de estupefacientes, dado que el mismo ya se considera un delito focalizado en un determinado punto por lo cual la justicia ordinaria podría actuar en el mismo y permitir que el fuero federal se dedique a las investigaciones de ilícitos regionales y/o internacionales como así a organizaciones

criminales pero al no normar la ley la notificación de los procedimientos realizados y no fijarse los límites jurisdicciones como tampoco la cantidad de estupefacientes para fijar el límite entre fueros, generando conflictos como los citados en este estudio también hacen necesario la reforma de la citada norma a fin de establecer claramente la jurisdicción y competencia de cada fuero.

Las presentes consideraciones implican una reforma legislativa a la Ley Nacional de Estupefacientes, estimando que dicha reforma coadyuvaría a una mejor aplicación tanto de políticas nacionales en su lucha contra el narcotráfico como dotar a la justicia de nuevas figuras que le permitan adecuar y regular las eventuales condenas sin las disparidades ante hechos similares que hoy se observan que a mi modo de ver estarían en contraposición del principio de “igualdad ante la ley” consagrada por la Constitución Nacional (Art. 16); adecuando además la ley a las nuevas modalidades existentes actualmente en este tipo de delito.

CONCLUSIONES FINALES

Por lo desarrollado en el presente trabajo y lo expresado precedentemente en los Capítulos correspondientes como así del análisis de los mismos, permite a esta investigación concluir en lo siguiente:

1. La pertinencia de una reforma a la Ley 23.737 (Ley Nacional de Estupefacientes) adecuándola a las nuevas modalidades delictuales, especialmente la de los roles de cada persona en la cadena delictiva reseñada en el presente Trabajo, manteniendo las conductas criminales tipificadas en el Artículo 5.
La incorporación de esas nuevas figuras, conforme a las descriptas en cada inciso del citado artículo y desarrolladas en el presente trabajo; permitiría una regulación a fin de evitar las disparidad de los fallos que actualmente se observan, considerándose más equitativa las condenas que se apliquen, basado en que la diferenciación de las eventuales figuras permitirían una adecuada condena proporcional al delito cometido (Zaffaroni, Slaskar y Aliaga, op. citada)³⁰.

³⁰ “Manual de Derecho Penal, autores citados

Tal reforma debería también contemplar la cantidad de estupefaciente como así también como así los daños que provocan a la salud su ingesta, a fin que la Justicia pueda graduar la condena por el volumen de droga decomisada o por la peligrosidad a la salud de la sustancia.

Tal reforma también debería a fin de evitar inequidades en las condenas unificar las condenas previstas en la Ley 23.737 y la Ley 22.415 (Art 866, Código Aduanero) para aplicar en cualquier punto del territorio nacional en lo referente a transportes de estupefacientes.

2. Así también y dada la Ley 26.052 “Ley de desfederalización en materia penal de distribución y comercialización al menudeo”, los funcionarios judiciales de las provincias adherentes deberán informar detalladamente los procedimientos realizados a la Justicia Federal con competencia en el lugar del hecho. Asimismo cuando, de las investigaciones surjan elementos de juicio que hagan suponer el accionar a gran escala, es decir, mayores volúmenes de droga que indubitablemente indiquen que superan el nivel del menudeo deberán declararse incompetentes y remitir los actuados a la Justicia Federal para su continuación, también cabe la incompetencia cuando producido un hecho con intervención provincial, dicho suceso sea de interés para la Justicia Federal, motivo por el cual se considera pertinente también la reforma de la Ley citada en sus Arts. 3 y 5 (en coincidencia con lo concluido por el informe producido por la Procuraduría de Narcotráfico, Procuraduría General de la Nación) .

En ese orden y cuando la justicia ordinaria deba declararse incompetente; y a fin de facilitar y agilizar la investigación todo delito conexo relacionado al tráfico de drogas será competencia de la Justicia Federal.

Conforme al espíritu de la ley 26.052 y teniendo en cuenta la opinión vertida por el Ministro de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza, Dr. Omar Palermo; incluyendo también a las provincias que no adhirieron a la referida ley, las policías provinciales limitarán su accionar a determinar y hacer cesar en su accionar a los lugares de venta de estupefacientes, cuando sus actividades investigativas impliquen una regionalización del delito, es decir la detección de actores radicados en otras provincias, el Juez Federal por auto fundado pasará las investigaciones a

las fuerzas federales que existan dentro de su competencia, dada que las mismas por Leyes Orgánicas tienen jurisdicción Nacional y en aplicación al Art 32 de la Ley 23.737, que otorga jurisdicción nacional al Juez Federal actuante, pudiendo trabajar en cooperación con las policías provinciales, dado el conocimiento que por la investigación que realizaban, éstas tienen sobre los actores residentes en la provincia.

3. La eventual reforma también permitirá limitar los juicios abreviados a los delitos menos graves tipificados en la ley manteniendo el principio de proporcionalidad de las penas como sostiene la doctrina utilizada en este trabajo.

Referencias bibliográficas:

I. Doctrina:

a) Libros

1. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, , Pág 708, versión on line: enju.org/.../3880-alagia-alejandra-manual-de-derecho-penal-parte-general”, formato pdf.).
2. Nicolás Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69.
3. Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales de derecho penal”, editorial Hammurabi, Buenos Aires 1999, pág. 157/158.
4. Gabriel Paquini y Eduardo De Miguel, “Blanca y Radiante, Mafias, poder y narcotráfico en la Argentina”, Editorial Planeta, 2da Edición, año 1995.
5. Universidad Católica de Salta Subsede “Gendarmería Nacional”, “Educación a distancia –“Curso Estupefacientes”, Año 2.000, Módulo IV “Narcotráfico”.
6. SEDRONAR: “El tráfico de Estupefacientes en la Argentina, un estudio sobre sus condicionantes estructurales y coyunturales”, febrero 2007.
7. CORDA, Alejandro, “Encarcelamientos por narcotráfico en Argentina”, Serie Documentos de Trabajo, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, año 2011.

8. “Drogas, Poder y Derechos Humanos en América Latina”. editado por Abya – Yala, 1998, Ecuador. www.googlelibros..
9. “Compendio Cooperación Jurídica internacional en Materia Penal”, directora del compendio María Seone de Chiodi. www.googlelibros
10. Pablo Bulcourf y Juan Cruz Vazquez. “Narcotráfico: dimensiones y elementos para su análisis”, www.googlelibros.
11. Procuraduría Nacional Antidrogas (PROCUNAR). “Ley de Desfederalización Parcial de la Competencia Penal en Materia de Estupefacientes (Ley 26.052)”. www.fiscales.gob.ar.
12. Bombini, Gabriel: “Previsiones y Proyecciones en torno a la denominada “desfederalización” de la Ley de Estupefacientes”, Universidad Nacional de Mar del Plata, www.googlelibros
13. Nuñez , Ricardo C. “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, , 3ra Edición, Lerner Editora, Año 2008

b) Revistas:

“Competencia de los tribunales provinciales en materia de estupefacientes. La pretendida desfederalización”, “Diario Judicial” www.diariojudicial.com, 19 de junio de 2015.

II. Legislación:

a. Nacional:

1. Código Penal de la Nación. Art 10 , 40 y 41.
2. Código de Procedimiento en lo Penal de la Nación. Art 431 bis.
3. Ley Nacional de Estupefacientes Nro. 23.737, Art. 5.
4. Ley 24.424 (Modificatoria de la Ley 23.737). Art. 26 bis, 29, 29 ter y 31 bis.
5. Ley de Desfederalización Parcial de la Competencia Penal en Materia de Estupefacientes Nro 26.052., Art 2.
6. Ley de la Provincia de Buenos Aires 13.392
7. Ley de la Provincia de Córdoba 10.067

b. Internacional

1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes Sustancias Psicotrópicas, Viena, 19 de diciembre de 1.988, Ley 24.072.

2. El acuerdo MERCOSUR “Marco sobre cooperación en materia de Seguridad”
3. “Estatuto del Consejo Suramericano sobre el problema mundial de las drogas”, UNASUR, Quito, 2010.

III. **Jurisprudencia:**

- C.S.J.N: “A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9086”. www.cij.gov.ar
- Cámara de Apelaciones de San Martín, Sala II, causa 2.993 (414/96) caratulada “GIL SUÁREZ HUMBERTO NICANOR Y OTROS S/ INFRACCIÓN AL ART. 25 DE LA LEY 23.737”. www.cij.gov.ar
- T.O.F 1 DE MENDOZA, causa 93003363/2012 Asignación Tribunal Oral TO01 caratulada “RAMOS ZENTENO ADRIAN GONZALO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.C)” -*Juicio Abreviado – art. 431 bis-C.P.P.N.* www.cij.gov.ar
- T.O.F 1 DE MENDOZA, causa FMZ 6573/2014/TO1, caratulados “LATORRE GARRO, Edgardo Alfonso s/ Infr. Ley 22.415”, TOF1 MENDOZA. www.cij.gov.ar
- .T.O.F DE SALTA; causa FSA 52001307/2012/TO1 (N° 4108/14 T.O.) caratulada “CABANA, Pedro Alejandro s/ infracción a la ley 23.737”. www.cij.gov.ar.
- T.O.F. DE LA RIOJA Expte. 71007587/2011/TO1 caratulado: "Arce Juan Carlos s/ infracción Ley 23.737 (art. 5 inc. c)". www.cij.gov.ar
- T.O.F.DE SALTA; causa N° FSA 52001708/2012 (4116) caratulada “CRUZ, Fabio Sergio s/Transporte de estupefacientes”. www.cij.gov.ar
- T.O.F. DE SALTA, causa FSA 52001090/2012/TO1 (n°4048T.O.), caratulada “MAIZARES Jorge Ariel, MAIZARES Néstor Lorenzo, MAIZARES Luis Miguel, ARCE Gloria y ARAMAYO GARNICA Celinda p/Infracción a la ley 23.737”. www.cij.gov.ar

- T.O.F 1| DE MENDOZA, causa N° 13018308/2013/TO1, caratulados “ALBINO FLORES JOSE OSVALDO s/ Infr. Ley 23.737 (ART. 5 INC. C)”. www.cij.gov.ar
- T.O.F. DE BAHIA BLANCA, causa N° O.I. 1165 Expte. N° FBB 4922/2014/TO1, transporte de estupefacientes (art. 5to. inc. c) de la ley 23.737). www.cij.gov.ar.