



TRABAJO FINAL DE GRADO

Legislación y adecuación de la provincia de Salta a la Desfederalización del microtráfico de estupefacientes y sus controversias.

Alumno: FLORES, José Fernando
DNI N° 22785534
Legajo: VABG45681
Tutor: TIEZZI, Florencia

CORDOBA – abril de 2019

RESUMEN

La desfederalización del microtráfico de estupefacientes ha surgido como medida estratégica del poder político con el objeto de dar solución a una problemática surgida en los distintos ámbitos de la población: el abuso de narcóticos.

Dicha estrategia está encaminada en distintos andariveles y se transversaliza hacia los tres poderes del Estado. El poder legislativo genera las normas que permiten a las provincias actuar paralelamente a la Justicia Federal, el Poder Judicial a su vez, amplía la competencia a los fueros provinciales, en tanto que el Poder ejecutivo, a nivel provincial, puede promover a través de sus órganos de seguridad la lucha contra el Microtráfico de drogas.

El objetivo del trabajo de investigación que se presenta es analizar si la desfederalización del microtráfico de estupefacientes, en la ciudad de Salta, se adecua a las normas internas a estándares nacionales o internacionales en el marco de la transformación normativa, en base a sustentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales.

Palabras Claves: desfederalización, microtráfico, competencia.

ABSTRACT

The defederalization of the information of narcotic drugs has emerged as a strategic measure of political power in order to deal with a problem which arose in different spheres of the population: the abuse of narcotics.

This strategy is aimed at different lifts and cuts to the three powers of the State. The legislature creates the rules allowing the provinces to act in parallel to the Federal courts, the Judicial Branch at the same time, amplia wide competition to the provincial jurisdictions, as power Executive, at the provincial level, can promote through their security agencies fighting the drug information.

The aim of the research work presented is to analyze if the defederalization of the information on narcotic drugs, in the city of Salta, conforms to the internal rules to national or international standards within the framework of the regulatory transformation, on the basis of legal, doctrinal and jurisprudential livelihoods.

Key words: defederalization, information, competition.

INDICE

RESUMEN.....	;	Error! Marcador no definido.
ABSTRAC.....	;	Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN.....	;	Error! Marcador no definido.
Capítulo 1: La legislación en los delitos de microtráfico de estupefacientes en Argentina.		7
1.1. Breve historia de la legislación del narcotráfico en Argentina	;	Error! Marcador no definido.
1.2. Análisis somero del delito de narcotráfico	;	Error! Marcador no definido.
1.3. Análisis pormenorizado del delito de microtráfico de estupefacientes. ..	;	Error! Marcador no definido.
1.3.1. Tipificación	;	Error! Marcador no definido.
1.3.2. Análisis de los tipos	;	Error! Marcador no definido.
1.4. Conclusiones parciales		32
Capítulo 2: Competencia.....		36
2.1. Competencia: Concepto		37
2.1.1. Competencia y Jurisdicción		37
2.2. Tipos de Competencia.....		38
2.2.1 Competencia Federal.....		38
2.2.2. Características de la Competencia Federal		38
2.2.3. Determinación de la Competencia Federal.....		39
2.2.4. Competencia Provincial u ordinaria.....		41
2.2.5. Desfederalización.....		41
2.3. Cuestiones de Competencia.....		42
2.3.1. Inhibitoria – Declinatoria.....		43
2.4. Conclusiones parciales		44

Capítulo 3: La Investigación Penal Preparatoria en Salta en relación al MTdeE.....	45
3.1. Características sobre el particular en el Código Procesal Penal.	46
3.1.1. Ley N° 7690. Código Procesal Penal. Salta. Competencia	46
3.2. El control del Juez de Garantías	51
3.3. La Investigación del Fiscal.....	52
3.4. La acción	53
3.5. Momentos de la Investigación.....	53
3.6. Metodología de Investigación	55
3.7. Allanamiento. Clases	56
3.8. Elaboración y recolección de la prueba y de pruebas especiales	57
3.9. Los testigos.....	59
3.10. Competencia de las Fuerzas de Seguridad Nacionales y provinciales	62
3.11. Destino de los bienes secuestrados	62
3.12. Conclusiones parciales	64
Capítulo 4 Controversia legislativa y doctrinal	67
4.1. Controversias en la normativa: Aportes doctrinales de reconocidos juristas ...	68
4.2. Dificultades procedimentales	70
4.3. El rol del ciudadano	72
4.4. Legislación Comparada.....	73
CONCLUSIÓN.....	79
BIBLIOGRAFÍA	87
Doctrina.....	87
Legislación	88
Jurisprudencia.....	89

INTRODUCCIÓN

La desfederalización del microtráfico de estupefacientes ha surgido como medida estratégica del poder político con el objeto de dar solución a una problemática surgida en los distintos ámbitos de la población: el abuso de narcóticos.

Dicha estrategia está encaminada en distintos andariveles y se transversaliza hacia los tres poderes del Estado. El poder legislativo genera las normas que permiten a las provincias actuar paralelamente a la Justicia Federal, el Poder Judicial a su vez, amplía la competencia a los fueros provinciales, en tanto que el Poder ejecutivo, a nivel provincial, puede promover a través de sus órganos de seguridad la lucha contra el Microtráfico de drogas.

La finalidad es descomprimir los Tribunales Federales de éste tipo de causas que estaban destinadas a perecer en la prescripción indefectiblemente, haciendo vano los esfuerzos para contrarrestar éste delito cotidiano (menudeo). A pesar que éste delito es a pequeña escala, es el que más incidencia tiene en la población debido a que es el último eslabón de la cadena que hace que las drogas lleguen al consumidor.

Pero la incursión ordinaria en este tipo de investigación, sensiblemente compleja, ha generado debate doctrinario y jurisprudencial acerca de su procedencia constitucional.

A pesar de ello, la Provincia de Salta ha visto transformado su Poder Judicial y Ministerio Público para sostener esta importantísima tarea. Si bien la lucha contra las drogas es antigua, la judicialización ordinaria en Salta data desde el año 2014.

La finalidad del presente trabajo es generar una línea de investigación jurídica para responder al objeto del trabajo final de graduación, esa investigación analizará las normativas surgidas en su consecuencia, las transformaciones institucionales, los conflictos legales y sobre todo el debido proceso en la investigación penal preparatoria.

La pregunta jurídica de investigación es la siguiente: ¿Se han adecuando las normas internas a estándares nacionales o internacionales en el marco de la transformación normativa e institucional por la ampliación de la competencia ordinaria y la desfederalización del microtráfico de estupefacientes en la legislación salteña?

El objetivo general a alcanzar será, por lo tanto, analizar la desfederalización del microtráfico de estupefacientes, en la ciudad de Salta, la adecuación de las normas

internas a estándares nacionales o internacionales en el marco de la transformación normativa, en base a sustentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales.

Por su parte, la hipótesis a comprobar en la investigación a realizar es que en la legislación salteña, no se han adecuado las normas internas a estándares nacionales o internacionales en el marco de la transformación normativa e institucional por la ampliación de la competencia ordinaria y la desfederalización del microtráfico de estupefacientes, rigiendo los mismos criterios en los ámbitos federal y provincial para calificar el ilícito.

El Trabajo final de graduación tiene tres momentos importantes:

En el capítulo I, se partirá de una breve historia de la legislación del narcotráfico en Argentina, para posteriormente realizar un análisis somero del delito de narcotráfico y un análisis pormenorizado del delito de microtráfico de estupefacientes. Luego, se tipificarán y analizarán los delitos del narcotráfico. En el capítulo II, se analizará el Marco Normativo a nivel provincial y federal, determinando la Competencia Federal, la Competencia Ordinaria, desarrollando los principales aspectos referidos a la Competencia de excepción para finalmente analizar los conflictos de Competencia. En el capítulo III, se desarrollará la problemática central de la investigación, analizando los conflictos normativos, las actuaciones judiciales en el debido proceso. La investigación penal preparatoria y sus estrategias también forman parte de éste capítulo, ya que se diferenciará de la investigación del resto de los delitos de ordinarios. Finalmente, en el capítulo IV, se analizará la controversia doctrinal y legislativa, teniendo en cuenta las dificultades procedimentales, la legislación comparada para concluir en este capítulo con un análisis del impacto de la Ley de Desfederalización desde la Justicia de la provincia de Salta para finalmente realizar las conclusiones finales.

Capítulo 1: La legislación en los delitos de microtráfico de estupefacientes en Argentina.

1. Introducción

En el presente capítulo, se desarrolla una breve historia de la legislación del narcotráfico en Argentina, para continuar luego con un análisis somero del delito de narcotráfico y un análisis pormenorizado del delito de microtráfico de estupefacientes, para posteriormente identificar y analizar los tipos de delitos por microtráfico de estupefacientes.

1.1. Breve historia de la legislación del narcotráfico en Argentina

Señala Hurtado (2003), que, en el año 1930, en Argentina, fue sancionada la ley N° 11.331, a los fines de modificar el art. 240 del Código Penal. De esta manera, en la misma, se introduce el párrafo tercero donde específicamente se incrimina la posesión y tenencia de drogas no justificadas en razón legítima. Aclarando el autor que desde ese momento, surge en el país, el momento fundante de la legislación prohibicionista en nuestro país que se extiende hasta la actualidad y agregando a su vez, que la expresión “*justificadas en razón legítima*” se presenta como una constante en los discursos y textos legales en relación a las drogas y a quiénes la consumen.

Posteriormente, se presenta un proyecto legislativo en el año 1942, por parte del diputado José Peco, a través del cual se reprime la tenencia de sustancias cuando estén destinadas al comercio o para suministrárselas a otros y se excluye de la punición la tenencia de una dosis para uso personal. Ante este proyecto, Hurtado (2003), señala que, si bien este proyecto no fue aprobado, denota que ya en esos años existe un debate relacionado a la persecución penal de las prácticas privadas, poniendo en cuestión que la mera tenencia de drogas pueda ser tratada como un hecho delictivo.

Más adelante, en 1968 surge la Ley N° 17.567, introduciendo una reforma del Código Penal (Ley N° 11.331) en el marco de un gobierno de facto a cargo del General Onganía, e introduce un párrafo en el artículo 204 definiendo que: “(...) *sólo serán penalizados aquellos ciudadanos que posean cantidades que excedan las que correspondiera a un uso personal*”. Por medio de esta ley, se vincula la tenencia en dosis mínimas que correspondieran al consumo individual con las acciones de la esfera de la libertad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

De esta manera, como se expresó ya, al darse la reforma en el marco de un gobierno dictatorial, puede observarse cómo se anulan las garantías constitucionales, sin embargo, la tenencia de drogas para consumo personal se encontraba exenta de la autoridad de los magistrados y por lo tanto no era una conducta penalizada.

Con el regreso del gobierno constitucional en el año 1973, durante la presidencia de Cámpora, la reforma del Código Penal realizada durante el gobierno anterior es anulada por la Ley N° 20.059 restaurándose el régimen de la legislación anterior. De esta manera, se observa que la evolución de la legislación en Argentina, se realiza a la par de la evolución prohibicionista de E.E.U.U., ya que se denota la influencia de sus resoluciones respecto de la problemática de las drogas. Por tal motivo, Slapak & Grigoravicius (2006: 239) aducen que surge una doctrina de Seguridad Nacional cuyo axioma señalaba: *“Los propios ciudadanos de un país son posibles amenazas a la Seguridad”*. Por lo tanto, como señala Hurtado (2003: 215) con la posterior sanción de la Ley N° 20.771, en el año 1974 se penaliza la tenencia de drogas para uso personal:

El proyecto de la citada norma nació en el Ministerio de Bienestar Social de la Nación que estaba por aquellos días a cargo de José López Rega, quién fue fundador de la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), el grupo parapolicial antecedente y precursor del Terrorismo de Estado en nuestro país. Es importante señalar que la fundamentación del Poder Ejecutivo mediante la cual se elevó el proyecto de ley, expresó en forma muy clara respecto cuál era la naturaleza del bien jurídico a tutelar en la citada norma. En dos párrafos se evidencia la política del gobierno constitucional, luego hecha propia por la dictadura militar, a partir de marzo del 1976, de vincular “droga” con “subversión”. La exposición de motivos de la ley 20771 incorporada al código penal de 1974 señalaba de manera inequívoca que, el control penal de las drogas era necesario para tutelar la “seguridad nacional” y la defensa nacional. El tráfico ilegal de estupefacientes debe ser perseguido hasta su aniquilación (...).

El artículo 6 de la ley N° 20.771 señalaba que: *“(...) imponía la pena de 1 a 6 años de prisión al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieren destinados a consumo personal”*. Además, en el artículo 77 del Código Penal la definición normaba que: *“(...) estupefacientes comprendía a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que elabore la autoridad sanitaria nacional”*.

De esta manera puede observarse que la ambigüedad y/o imprecisión terminológica signa la legislación sobre drogas, puesto que en la ley N° 20.771, no existe una lista que determine cuáles son las sustancias, cuáles estupefacientes y cuáles psicotrópicos capaces de producir dependencia física o psíquica y se señalaba que, al no ser definidas claramente, se debía remitir a una lista elaborada por la autoridad sanitaria.

Se puede observar lo expuesto, desde la Jurisprudencia, y a modo de ejemplo, la causa Colavini en el año 1978, la cual surge a partir de la tenencia de dos cigarrillos de marihuana y donde la Corte Suprema de la dictadura militar, resolvió que la tenencia para uso personal era punible. En ese fallo, la Corte recogió los argumentos del Procurador General de la Nación, aduciendo que el uso de estupefacientes va más allá de un mero vicio individual para convertirse, ante la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturba la ética colectiva. El tribunal sostuvo que:

(...) la represión de la tenencia de drogas es un medio eficaz para combatir la drogadicción y el narcotráfico, ya que la tenencia de droga configura uno de los elementos indispensables del tráfico, y el consumidor una condición necesaria de tal negocio, sosteniendo además que el consumo de drogas produce efectos en la mentalidad individual que se traducen en acciones antisociales, generando un peligro para la sociedad en su conjunto. (CJS “C/C COLAVINI, Ariel- Tenencia de Estupefacientes”. Expte. 77.496)

Así, el uso de estupefacientes, es considerado no sólo un vicio, sino una posibilidad de propagación, un riesgo social y un peligro para toda la sociedad.

Una vez finalizada la dictadura militar, se observa también en el fallo que se presenta a continuación, del año 1986, en la causa Bazterrica y Capalbo la presencia de un cambio de postura ante la desincriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, puesto que la Corte Suprema, consideró el consumo como una acción privada ante lo normado por el artículo 19 de la Constitución. En este fallo, la Corte Suprema tuvo en cuenta no la constitucionalidad de la norma y su racionalidad, concluyendo que no estaba probado que la punición fuera un remedio eficiente para el problema que planteaban las drogas. Allí se sostiene que:

(...) una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicie en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Quedará estigmatizado como delincuente por la misma sociedad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará

posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. (CJS “C/C BAZTERRICA, GUSTAVO- Tenencia de estupefacientes” Expte.)

Posteriormente, como señala Zaffaroni (1994: 113):

(...) surge la Ley N° 23.737. Argentina está vinculada a la obligación internacional de sancionar el tráfico de estupefacientes prohibidos por la red de Tratados Internacionales. Existe una distribución internacional del control social y nosotros ocupamos una posición de un país de poco consumo en cuanto a los volúmenes internacionales de este tráfico. Es país de paso, de lavado y de inversión de capitales lavados.

La mencionada ley, establece un régimen legal sobre estupefacientes y tipifica entre otras conductas punibles, tanto la tenencia simple, como la tenencia para consumo personal y la tenencia con fines de comercialización, las cuales castiga con un sistema mixto que incluye la aplicación de penas y medidas de seguridad. Por otra parte, prevé medidas de seguridad, curativas y educativas como alternativa a la pena privativa de la libertad para quienes se consideren usuarios de drogas, estableciendo a la vez como lo señalan Slapak & Grigoravicius (2006) estrategias punitivas como la cárcel, con medidas terapéuticas y tratamientos de diversa índole. Es así, que la Ley N° 23.737, por la vía del tratamiento compulsivo, instaura una detención del consumidor por tiempo indeterminado, bajo control judicial, pero de acuerdo con recomendaciones de peritos (médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, etc.). De manera, afirma Hurtado (2003), la ley impone al profesional de la salud mental a cumplir funciones no sólo de orden sanitario, sino también de agente de control social.

Se observan así, distintos criterios para definir estupefacientes, como ya se expresaba en la Ley N° 20.771, ya que en su artículo 3, norma que comprenden los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica aquellos que se incluyan en la lista que elabora la autoridad sanitaria nacional. Además, el bien jurídico para la Ley N° 23.737, como lo señala Garrone (2008: 245), es la Salud Pública y la Seguridad Pública y lo conceptualiza como “(...) *aquel bien que el derecho ampara o protege. Su carácter deviene de la creación de una norma jurídica que prescribe una sanción para toda conducta que pueda lesionar dicho bien. Sin la existencia de esta norma, que tiene que estar vigente y ser eficaz, el bien pierde su carácter jurídico*”. Es por ello, que ante lo expuesto, Mackinson (1996),

sostiene que los aspectos legales de las drogas tales como la tenencia, consumo, distribución, suministro, tráfico son vinculados a partir de la mencionada ley, alternativamente con la salud pública, la vida, la libertad, la intimidad, la defensa nacional y la defensa de la familia.

1.2. Análisis somero del delito de narcotráfico

Desde SEDRONAR (2007) se señala que el tráfico ilícito de drogas se convirtió en el mundo, como una de las más grandes amenazas del nuevo siglo. Así, desde la dimensión legal, dicha Secretaría, sostiene que:

(...) desde la estructura jurídico-legal que detente un Estado influirá decisivamente a la hora de confeccionar e implementar políticas públicas y acciones concretas en la esfera de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Esto es porque a partir de dicho marco se encontrará un margen de maniobrabilidad y acción estatal determinante al problema y, consecuentemente, los límites que este último verá impuestos por la autoridad política y la acción social reglamentada por la norma.

En el caso de la República Argentina, la legislación de fondo, como ya se expresó parte de la ley 23.737, la cual establece el régimen legal en materia de estupefacientes. Pero, más allá del plano estructural y rígido, SEDRONAR señala que existen regulaciones que van surgiendo sobre esta base para hacer a un pormenorizado y dinámico tratamiento del problema de las drogas y su tráfico: referencia de ello es (en el caso argentino) el artículo 2 del decreto 623/96, por el cual se encomienda crear y aprobar el “Plan Federal de Prevención Integral de la Drogodependencia y de Control del Tráfico Ilícito de Drogas”. Así, sobre una base jurídica sólida y de fondo, se mueve la normativa que va complementando en forma dinámica y constante perspectivas y herramientas para la acción contra el tráfico ilícito de drogas.

El narcotráfico, según lo señalado por SEDRONAR (2007) cambia de características de acuerdo a los niveles en los que acontece. En una primera aproximación puede hablarse de un nivel macro, con organizaciones o circuitos compuestos por diferentes conexiones a nivel internacional. Por lo tanto, la coordinación multilateral se torna indispensable en este tipo de escenario, haciéndose presente organizaciones inter-estatales que luchan global o regionalmente contra el tráfico ilícito de drogas. Aparece también un nivel meso, enmarcado por este proceso macro, y supone el condicionamiento

regional por áreas geográficas y tipo de sustancia que se maneja dentro de un territorio estatal determinado, es decir, referido a un determinado circuito de tráfico de un estupefaciente entre Estados fronterizos y al interior de los mismos. Esta perspectiva proviene del énfasis analítico en una región y sus fronteras, como también hacia dentro del ámbito territorial de los Estados que conforman dicha zona, tornando relevante para el tratamiento de la problemática, la coordinación bilateral (en un nivel) y la nacional (en otro).

Es importante resaltar este ajuste de perspectiva, ya que la zona determinará qué tipo de droga se puede producir y distribuir mayormente, acorde a: 1) qué componente orgánico del futuro estupefaciente se pueda sembrar, 2) qué disponibilidad de productos químicos existe y 3) que vías o rutas de ingreso / egreso posibilitan la distribución del producto, la circulación de sus componentes o su exportación.

Finalmente, para completar la tríada de niveles analíticos, se menciona la dimensión del microtráfico cuando se trata de una ciudad o de un punto determinado dentro de la localidad (ciudad). Una vez más: se hace presente la idea de prolongación que deviene del nivel meso, pero en esta oportunidad la atención se concentra sobre una de las regiones del anterior nivel o sobre los puntos más relevantes de dicha zona.

1.3. Análisis pormenorizado del delito de microtráfico de estupefacientes

El microtráfico de drogas, es la venta en pequeñas porciones o dosis de estupefacientes o todo tipo de drogas prohibidas por las leyes. Por tal motivo, es necesario analizar las cifras del consumo interno.

Klipphan (2018) señala que son alarmantes las cifras que mueve el narcotráfico en Argentina para el consumo interno. A los fines de explicar esta afirmación, el autor señala que por año, en Argentina, se consumen en promedio 13.341 kilos de cocaína y 184.991 kilos de marihuana. Sólo por la venta ilegal de estos estupefacientes, las bandas mafiosas recaudan 1.080 millones de dólares, unos 21.000 millones de pesos.

Por su parte, según los cálculos realizados por Martín Verrier, el Subsecretario de Lucha contra el Narcotráfico, el consumidor de marihuana, gasta unos 7.200 pesos anuales en marihuana y los consumidores de cocaína, pagan 25.200 pesos por año.

Es así, que en base a lo expuesto, según los cálculos realizados por la Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico, la comercialización ilegal de las dos principales drogas consumidas en Argentina, mueven unos 1.108 millones de dólares.

A partir de los datos expuestos, la Subsecretaría de Política Criminal (2016) señala que la infracción a la ley 23.737 es la tercera causa de encarcelamiento en el país, luego de los delitos de robo y homicidios, constituyéndose en uno de los factores que más inciden en el crecimiento de la población carcelaria. Ante ello, TNI y WOLA (2010: 5) señalan que:

En todos estos países, el énfasis de la fiscalización de drogas en sanciones penales ha dado lugar a un gran aumento del número de personas encarceladas por delitos de drogas. La aplicación de leyes severas para los delitos relacionados con drogas no ha sido solamente ineficaz para detener la producción, tráfico y consumo de sustancias ilícitas sino que ha generado consecuencias negativas, como la sobrecarga de tribunales y cárceles, y el sufrimiento de decenas de miles de personas tras las rejas por pequeños delitos de drogas o por su simple posesión. El peso de las leyes de drogas, se ha sentido con mayor fuerza entre los sectores más vulnerables.

La mencionada Subsecretaría (2016: 5) realiza un análisis de los datos demográficos de la población detenida por infracción a la ley de drogas en 2015:

- ✓ *El 86% de los detenidos son varones (6.908) y el 14% mujeres (1.093).*
- ✓ *A partir de 2015, el SNEEP implementó una categorización de género que incluyó el relevamiento de población trans, arrojando un total de 11 detenidos 3 por esta causa sobre un total de 33 personas trans censadas, constituyendo un tercio de este grupo.*
- ✓ *La franja etaria preponderante se ubica entre los 25 y 45 años configurando al 65% de los detenidos por esta causa.*
- ✓ *El 82% son argentinos y el resto extranjeros (mayormente paraguayos, peruanos y bolivianos). Son solteros el 74%, y sólo 1 de cada 4 está casado o en concubinato.*
- ✓ *El 41% estaba desocupado al ingreso al sistema carcelario y otro 41% tenía trabajo precario.*

- ✓ *Casi 9 de cada 10 personas no ha alcanzado el nivel de escolaridad obligatorio y, de ellos, el 6% no tenía ningún tipo de instrucción formal.*

Una vez analizados los datos demográficos en relación al microtráfico de estupefacientes en Argentina, es necesario establecer los límites del mismo y al analizar la ley 23.737, una ley marco para juzgar todos los delitos relativos a estupefacientes, cualquiera sea su escala, se puede apreciar que no realiza distinciones en el amplio espectro de conductas asociadas al tráfico y comercialización de drogas. Se puede así mencionar la falta de especificación por ejemplo en cuanto al peso o lugar del secuestro, Hairbadián (2012: 145):

(...) pasará muchas veces que en una requisita o control policial, se encuentre que una persona lleva 100, 200 grs. de marihuana o cocaína y surgirá la discusión: ¿Es tenencia o transporte? O bien que ocurra lo mismo durante un allanamiento por otro motivo: ¿Será tenencia o almacenamiento?

Casas (2013), afirma que los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes son castigados en Argentina como ya se expresó a través de la Ley 23.737. El autor menciona que la ley no establece distinción entre las cantidades de droga traficada, sino sólo en relación a casos muy particulares vinculados a la presunción de estar destinada la droga al consumo personal (y para los cuales siguen contemplándose penas), y segundo, con la penalidad aún vigente para la posesión de drogas, aun cuando resulte acreditado que estaban destinadas al consumo individual. En el contexto de la legislación argentina, si el sujeto activo es sorprendido comercializando sustancias estupefacientes no se hace distinción, para efectos de la modulación legal de la pena, entre las cantidades de droga comercializada. Diferente es la situación en los casos de siembra, cultivo, guarda de semillas y de entrega, suministro y facilitación ocasional a título gratuito, donde la pequeña cantidad de droga objeto de la conducta penada, sumada a la concurrencia de circunstancias que hagan presumir inequívocamente su destinado al uso personal, se traduce en una atenuación de la pena significativa para ambos grupos de conductas.

Finalmente, en relación al porte, el artículo 14 de la Ley 23.737 establece un castigo diferenciado, en consideración a si la droga estaba destinada al consumo personal o no. Si en virtud de la pequeña cantidad de droga portada y el resto de las circunstancias del hecho se puede presumir inequívocamente que el porte estaba destinado al consumo personal de los estupefacientes, entonces la pena será de un mes a dos años de prisión, mientras que en el resto de los casos se establece la imposición de una pena de prisión

que va de uno a seis años más el pago de una multa de trescientos a seis mil australes. Ahora, lo relevante está en la circunstancias de que, aun habiéndose llegado a la conclusión de que la pequeña cantidad de droga portada estaba destinada solamente al consumo personal del individuo, de todas formas la ley impone una sanción, la cual incluso puede llegar a los dos años de prisión.

A modo de ejemplo de lo expuesto, puede señalarse el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arriola”, que declaró el 25 de agosto de 2009, la inconstitucionalidad del artículo 14 inciso segundo de la Ley 23.737 por ser incompatible con el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, la cual protege las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero⁷⁴; y más recientemente el fallo de 21 de noviembre de 2012 de la Sala II de la Cámara Federal de la Plata que declaró la inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 5° de la Ley 23.737 (cultivo de plantas de marihuana para consumo personal) por razones similares al fallo anteriormente citado (Causa N° 6602, caratulada “M., M.A.; Z., M. M. s/ Inf. Ley 23.737” de 21 de noviembre de 2012, II Sala de la Cámara Federal de la Plata).

1.3.1. Tipificación

De acuerdo a lo establecido por la ley N° 23.737, los tipos de delitos por microtráfico de estupefacientes son los siguientes:

- ✓ Venta de sustancias medicinales sin receta médica.
- ✓ Siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación.
- ✓ Producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes;
- ✓ Comercialización con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o tenencia con fines de comercialización, distribución, almacenamiento o transporte.
- ✓ Comercialización con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, tenencia con fines de comercialización, distribución, almacenamiento o transporte.
- ✓ Entrega, suministro, aplicación o facilitación a otro de estupefacientes a título oneroso.

1.3.2. Análisis de los tipos

A continuación, puede se analizan los tipos de delitos correspondientes al microtráfico de estupefacientes. En un primer momento, se analiza, los principales aspectos referidos específicamente a las sustancias medicinales para luego analizar los ilícitos con su comercialización y demás delitos tipificados en el microtráfico de estupefacientes:

En relación a la Venta de sustancias medicinales, el Decreto 150/92, se aplica al registro, elaboración, fraccionamiento, prescripción, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos.

En su Capítulo 1, artículo 1°, establece la diferencia entre medicamento, principio activo o droga farmacéutica, nombre genérico y especialidad medicinal, señalando lo siguiente:

- a) Medicamento: toda preparación o producto farmacéutico empleado para la prevención, diagnóstico y/o tratamiento de una enfermedad o estado patológico, o para modificar sistemas fisiológicos en beneficio de la persona a quien se le administra.*
- b) Principio activo o droga farmacéutica. Toda sustancia química o mezcla de sustancias relacionadas, de origen natural o sintético, que poseyendo un efecto farmacológico específico, se emplea en medicina humana.*
- c) Nombre genérico: denominación de un principio activo o droga farmacéutica o, cuando corresponda, de una asociación o combinación de principios activos a dosis fijas, adoptada por la autoridad sanitaria nacional o, en su defecto, la denominación común internacional de un principio activo recomendada por la Organización Mundial de la Salud.*
- d) Especialidad medicinal o farmacéutica: todo medicamento, designado por un nombre convencional, sea o no una marca de fábrica o comercial, o por el nombre genérico que corresponda a su composición y contenido, preparado y envasado uniformemente para su distribución y expendio, de composición cuantitativa definida declarada y verificable, de forma farmacéutica estable y de acción terapéutica comprobable.*

En su capítulo 2, artículos 2° al 6°, norma sobre el registro de medicamentos, estableciendo el organismo encargado de la autorización de la comercialización de

especialidades medicinales o farmacéuticas en el mercado local, la inclusión de información con carácter de declaración jurada en las solicitudes de inscripción al Registro de Especialidades medicinales o farmacéuticas autorizadas. Es decir información referida al producto, información técnica, proyectos de rótulos y etiquetas que deben contener las inscripciones, proyecto de prospectos que reproducirán. Aclara por otra parte, en el caso de especialidades medicinales o farmacéuticas importadas de determinados países que la información requerida en los incisos precedentes, y la certificación correspondiente por parte del organismo sanitario de cada país mencionado en su Anexo I. Por otro lado, se determina la forma y el lugar donde se realizarán las especialidades medicinales o farmacéuticas, el plazo del Ministerio de Salud y Acción para expedirse sobre las mismas, y sobre las solicitudes de Registro de importación de especialidades medicinales elaboradas en los Países incluidos en el Anexo II. Además, norma sobre la importación de las especialidades medicinales autorizadas para su consumo público, sobre las solicitudes de inscripción de especialidades que se presenten al Registro para elaborarse por la industria local, importaciones y el establecimiento y publicación por parte del Ministerio de Salud y Acción respecto del listado de medicamentos genéricos autorizados, clasificados farmacológicamente y del listado de especialidades medicinales registradas agrupadas según el listado de genéricos autorizados.

Los países mencionados en su Anexo I son: Estados Unidos, Japón, Suecia, Confederación Helvética, Israel, Canadá, Austria, Alemania, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Bélgica, Dinamarca, España e Italia, mientras que los países mencionados en el Anexo II, son los siguientes: Commonwealth de Australia, Estados Unidos de México, República Federativa de Brasil, República de Cuba, República de Chile, República de Finlandia, República de Hungría, Irlanda, República Popular China, Gran Ducado de Luxemburgo, Reino de Noruega, Nueva Zelanda.

Así señala lo antes expresado:

Artículo 2°. La comercialización de especialidades medicinales o farmacéuticas en el mercado local estará sujeta a la autorización previa de la autoridad sanitaria nacional. Las especialidades medicinales o farmacéuticas autorizadas para su expendio en el mercado nacional serán las inscriptas en un registro especial en el Ministerio de Salud y Acción Social, de acuerdo a las disposiciones del presente decreto y su reglamentación. Prohíbese en todo el territorio Nacional la comercialización o entrega

a título gratuito de especialidades medicinales o farmacéuticas no registradas ante la autoridad sanitaria, salvo las excepciones que de acuerdo a la reglamentación, disponga la autoridad, sanitaria.

Artículo 3°. Las solicitudes de inscripción al Registro de Especialidades medicinales o farmacéuticas autorizadas, deberán incluir la siguiente información, con carácter de declaración jurada: a) Del producto: nombre propuesto para el mismo; fórmula (definida y verificable; forma o formas farmacéuticas en que se presentará; clasificación farmacológica, haciendo referencia al número de código, si existiera, de la clasificación internacional de medicamentos de la Organización Mundial de la Salud (OMS); condición de expendio. b) Información técnica: método de control; período de vida útil; método de elaboración en conformidad con las prácticas adecuadas de fabricación vigentes; datos sobre la biodisponibilidad del producto. c) Proyectos de rótulos y etiquetas que deberán contener las siguientes inscripciones: nombre del laboratorio, dirección del mismo, nombre del Director Técnico, nombre del producto y nombre genérico en igual tamaño y realce; fórmula por unidad de forma farmacéutica o porcentual, contenido por unidad de venta; fecha de vencimiento, forma de conservación y condición de venta, número de partida y serie de fabricación; y la leyenda Medicamento Autorizado por el Ministerio de Salud y Acción Social Certificado Nro. d) Proyecto de prospectos que reproducirán: las inscripciones no variables de los rótulos y etiquetas; la acción o acciones farmacológicas y terapéuticas que se atribuyen al producto con indicaciones clínicas precisas y con advertencias, precauciones y, cuando corresponda, de antagonismos, antidotismos e interacciones medicamentosas y de los efectos adversos que puedan llegar a desencadenar, posología habitual y dosis máximas y mínimas, forma de administración, presentaciones; e) En el caso de especialidades medicinales o farmacéuticas importadas de los Países incluidos en el Anexo II que forma parte integrante del presente, además de la información requerida en los incisos precedentes, deberá acompañarse un certificado de la autoridad sanitaria del país de origen, emitido de conformidad a la Resolución W.H.A. 41.18.1988 de la Asamblea Mundial de la Salud, o la que la sustituya. Asimismo, la elaboración de dichas especialidades medicinales o farmacéuticas deberán ser realizadas en laboratorios farmacéuticos cuyas plantas resulten aprobadas por Entidades Gubernamentales de Países consignados en el Anexo I del Decreto N° 150/92 o por la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social y que cumplan los requisitos de normas de elaboración y control de calidad,

exigidos por la autoridad sanitaria nacional. La verificación de las plantas elaboradas será efectuada por la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social dentro de los SESENTA (60) días de presentada la solicitud de inscripción respectiva. Los gastos que insuman las inspecciones de las plantas serán sufragados en su totalidad por la citada Secretaría con el fondo correspondiente a los aranceles del Registro de Especialidades Medicinales. Los medicamentos a importarse desde Países incluidos en el Anexo II al presente deberán estar autorizados y comercializándose en los países de origen., en forma previa a su solicitud de registro o importación ante la autoridad sanitaria nacional. La integración de los países en la nómina de dicho Anexo, no habilitará a terceros países a solicitar su inclusión dentro del mismo, en virtud de la existencia de cláusulas de Nación más favorecida, instituida por convenios internacionales suscritos por nuestro país. A partir de la presentación de la solicitud de inscripción, de la especialidad medicinal, el Ministerio de Salud y Acción Social tendrá un plazo de CIENTO VEINTE (120) días corridos para expedirse, con excepción de los casos encuadrados en los regímenes de los Artículos 4° y 5° del presente Decreto. En el caso de las solicitudes de Registro de importación de especialidades medicinales elaboradas en los Países incluidos en el Anexo II al presente, dicho plazo será considerado a partir de la verificación de la planta elaboradora. El régimen del presente artículo será comprensivo para: I) las solicitudes de registro de especialidades medicinales a elaborarse en nuestro país y aquellas a importarse de Países incluidos en el Anexo II que resulten similares a otras ya inscriptas en el Registro; y II) las solicitudes de registro de especialidades, medicinales a elaborarse en nuestro país, autorizadas para su consumo público en al menos uno de los Países que integran el Anexo I del Decreto N° 150/92 aun cuando se tratara de una novedad dentro del Registro de la Autoridad Sanitaria. El plazo de vigencia de la autorización, de acuerdo al Artículo 7° de la Ley N° 16.463, podrá ser prorrogado a su término, cuando se otorgara la reinscripción del producto, mediando solicitud del interesado a tal efecto.

Artículo 4°. Las especialidades medicinales autorizadas para su consumo público en el mercado interno en al menos uno de los países que se indican en el Anexo I del presente decreto, podrán inscribirse para su importación en el Registro de la autoridad sanitaria nacional. Dicha inscripción tendrá carácter automático, debiendo el interesado presentar la certificación oficial vigente de dicha autorización, la documentación indicada en los incisos c) y d) del artículo precedente y los datos referidos a la

biodisponibilidad. Los registros efectuados bajo el régimen de este artículo, se otorgarán sólo para la importación y comercialización en el país, de dichas especialidades medicinales. El registro de las especialidades medicinales similares o bioequivalentes a las que se importen por el presente artículo y que quieran elaborarse localmente y comercializarse en el país, deberá efectuarse conforme al régimen establecido en el artículo 3° del presente decreto.

Artículo 5°. Tratándose de solicitudes de inscripción de especialidades que se presenten al Registro para: a) Elaborarse por la industria local y que fueran una novedad en nuestro país, salvo la excepción prevista en el artículo 3° para aquellas especialidades autorizadas en algún/os de los Países del Decreto N° 150/92; b) Importarse de un país del Anexo II al presente y cuando la especialidad, si bien autorizada y consumida en el país de origen, no tuviera similares inscriptas en el Registro de la autoridad sanitaria nacional; c) Importarse siendo productos manufacturados en países no incluidos en el Anexo I del Decreto N° 150/92 ni en el Anexo II del presente y no estuviesen autorizados para ser consumidos en alguno de los países del Anexo I del Decreto N° 150/92; Deberán acompañar para su tramitación la información requerida por el Artículo 3° y la documentación que acredite la eficacia e inocuidad del producto para el uso propuesto.

Artículo 6°. El Ministerio de Salud y Acción Social, establecerá y publicará: a) El listado de medicamentos genéricos autorizados, clasificados farmacológicamente, con indicación de sus formas farmacéuticas, contenido o composición dentro de los cuarenta y cinco (45) días de la publicación del presente decreto. b) El listado de especialidades medicinales registradas agrupadas según el listado de genéricos autorizados dentro de los sesenta (60) días de la publicación del presente. En el caso de medicamentos que sean una asociación o combinación de diversos componentes o drogas, el Ministerio de Salud y Acción Social determinará las correspondencias con la o las denominaciones por nombre genérico.

En su capítulo III, comprendiendo los artículos 7° al 9°, el mencionado Decreto, norma respecto del funcionamiento de los establecimientos que se dedican a la producción o fraccionamiento de medicamentos y drogas que se utilizan en la elaboración de medicamentos, respecto de los locales, equipos y elementos, las condiciones sanitarias, protocolos y toda documentación que deberá presentarse ante el Ministerio de Salud y Acción, la persona a la cual entregar drogas o medicamentos. Asimismo, establece la persona sobre la cual recaerá la responsabilidad del incumplimiento de los requisitos

precedentemente mencionados y determina las funciones del directivo encargado de los establecimientos:

Artículo 7°. Los establecimientos dedicados a la producción o fraccionamiento de medicamentos y de drogas destinadas a ser utilizadas en la preparación de medicamentos deberán: a) *Funcionar bajo la dirección técnica de profesionales universitarios farmacéuticos o químicos u otros profesionales con títulos habilitantes, según la naturaleza de los productos.* b) *Disponer de locales e instalaciones adecuados a la naturaleza de los productos a fabricar o fraccionar.* c) *Disponer de equipos y elementos de prueba normalizados para el ensayo, contralor y conservación de los productos.* e) *asegurar condiciones higiénico- sanitarias de acuerdo con las necesidades y requisitos de los procesos de elaboración o fraccionamiento.* f) *Respecto a las drogas que determine la reglamentación del presente, llevar los libros de fabricación, control y egreso y protocolos por partida, conservando la documentación, y suministrar al Ministerio de Salud y Acción Social información sobre existencias y egresos.* g) *Entregar únicamente drogas o medicamentos a personas físicas o ideales habilitadas para su utilización, tenencia, o expendio al público, tomando en todos los casos los recaudos necesarios que justifiquen su destino asegurado.*

Artículo 8°. El o los titulares de los establecimientos y el director técnico serán igual y solidariamente responsables del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo precedente.

Artículo 9°. El director técnico de los establecimientos indicados en el presente capítulo deberá: a) *Practicar los ensayos y comprobaciones para determinar la pureza de los productos y continentes que se utilicen en los procesos de elaboración o fraccionamiento, siendo responsables de su calidad y adecuación, debiendo proveer a la eliminación de los que no reúnan las cualidades exigibles;* b) *Ensayar los productos elaborados, siendo responsable de que los mismos se ajusten a las especificaciones de los productos autorizados;* c) *Proveer a la adecuada conservación de las drogas y de los productos elaborados o fraccionados.*

En su capítulo IV, comprendiendo los artículos 10° al 13°, el Decreto norma sobre la prescripción y expendio de los medicamentos, determinando la obligatoriedad del uso de los nombres genéricos, el rotulado de los medicamentos, la venta de medicamentos a granel, el envase y el fraccionamiento para su venta comercial:

Artículo 10°. Declárase obligatorio el uso de los nombres genéricos: a) En todos los textos normativos, inclusive registros y autorizaciones relativos a la elaboración, fraccionamiento, comercialización e importación de medicamentos; b) En rótulos, prospectos o cualquier documento utilizado por la industria farmacéutica para información médica o promoción de las especialidades medicinales. c) En las adquisiciones que sean realizadas por o para la Administración Pública Nacional. Los profesionales autorizados a prescribir medicamentos, podrán optar libremente por hacerlo por los nombres genéricos o la marca comercial del producto.

Artículo 11°. Los centros de expendio de medicamentos deberán ofrecer al público las especialidades medicinales que correspondan a cada nombre genérico prescripto, según el listado indicado en el inciso B) del Artículo 6°, el que deberá estar a disposición del público indicando los precios de venta, en lugar visible.

Artículo 12°. En los rótulos de los medicamentos registrados ante el Ministerio de Salud y Acción Social se deberá, dentro del plazo de ciento ochenta (180) días corridos de la publicación del presente, incorporar, cuando se comercialicen con nombre de fábrica o comerciales, los nombres genéricos en igual tamaño y realce.

Artículo 13°. Autorízase la venta de medicamentos a granel y en envase de tipo hospitalario a las farmacias que cuenten con laboratorio acreditado ante la autoridad sanitaria, y el fraccionamiento por parte de éstas para su expendio comercial.

En su Capítulo V, el cual comprende los artículos 14° al 17°, señala las pautas por las cuales se rige el comercio exterior respecto de las ventas de sustancias medicinales, determinado las responsabilidades del importador y el Director Técnico, las normas vigentes para su fraccionamiento en los laboratorios, los requisitos de la importación de medicamentos clasificados como psicotrópicos o estupefacientes en la modalidad de acondicionados para su venta al público y en su capítulo 17°, deroga el decreto N° 32.128/44:

Artículo 14°. Autorízase a laboratorios, droguerías, farmacias, obras sociales con farmacias propias y a organismos públicos de salud que los soliciten, a importar aquellas especialidades medicinales o farmacéuticas inscriptas en el registro de la autoridad sanitaria nacional. El importador deberá contar con laboratorios de control de calidad propios debidamente equipados y con un Director Técnico universitario, farmacéutico con título habilitante, quien asegurará las condiciones higiénico- sanitarias, de calidad

y acondicionamiento, eliminando los productos que no reúnan las cualidades exigibles por la autoridad sanitaria. El importador y el Director Técnico serán igual y solidariamente responsables. La importación de especialidades medicinales sólo podrá efectuarse a través de la delegación de la Capital Federal de la Administración Nacional de Aduanas. La Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social podrá autorizar, a tal efecto, a otras delegaciones del referido Organismo.

Artículo 15°. Los importadores podrán reenvasar productos a granel para su expendio y venta siempre que la unidad mínima de reempaque respete la hermeticidad del continente de origen. El fraccionamiento deberá realizarse en laboratorios con arreglo a las normas vigentes.

Artículo 16°. La importación de medicamentos clasificados como psicotrópicos o estupefacientes en la modalidad de acondicionados para su venta al público deberá cumplir con la Disposición N° 38 del 8 de noviembre de 1990 de la ex Subsecretaría de Administración de Servicios y Programas de Salud y la Resolución N° 3.329/91 del Ministerio de Salud y Acción Social.

Artículo 17°. Libérase la exportación de especialidades medicinales y otros de la industria farmacéutica. Derógase el decreto N° 32.128/44.

Por su parte, Ley N° 23.737 en sus artículos 2°, 3° y 4°, establece las penas respecto a quién vendiese sustancias medicinales sin receta, cometiera negligencia, no cumpliera con los deberes establecidos en el artículo 204 del Código penal y sobre quién provea las sustancias medicinales sin receta médica para su comercialización. Las penas varían entre los 6 meses y los tres años y en algunos casos se trata de una pena establecida en dinero. Ellas son las siguientes:

Artículo 1°. Reemplázase el artículo 204 del Código Penal por el siguiente texto:

Art. 204: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o diversa de la declarada o convenida, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito.

Artículo 2°. Incorpórase como artículo 204 bis del Código Penal el siguiente texto:

Art. 204 bis: Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de trescientos australes a seis mil australes.

Artículo 3º. Incorpórase como artículo 204 ter del Código Penal el siguiente texto:

Art. 204 ter: Será reprimido con multa de seiscientos australes a doce mil australes el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio de medicamentos, omitiere cumplir con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.

Artículo 4º. Incorpórase como artículo 204 quater del Código Penal el siguiente texto:

Art. 204 quater: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización.

Respecto a la siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes y tráfico de estupefacientes, Breglia Arias (2005), trabaja cada uno de los conceptos y señala en un primer momento que sembrar (del latín *geminare*) significa arrojar o esparcir las semillas en la tierra preparada para ese fin, y cultivar es dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que se fructifiquen. La autora, aclara sobre la utilización de las mismas, y señala que son utilizables para producir estupefacientes lo cual significa que están comprendidas en las listas publicadas por decreto del Poder Ejecutivo. Por otra parte, la autora agrega que las plantas a cuyo cultivo y sembrado se refiere la norma son todas las del género *cannabis*, la especie *erithroxilon* del arbusto de la coca y la adormidera en su especie *papaver sonniferum*. Con relación a la segunda de las plantas mencionadas, aun cuando la tenencia y consumo de sus hojas existe sólo un 1% de tal sustancia, por lo general.

Por su parte, la Convención Única de Viena del año 1961 al tratar el tema de los Estupefacientes, que es ley en nuestro país por el decreto ley 7672/63, ratificada por ley 16.478, con las modificaciones introducidas por las leyes 20.449/73 y 22.015/79, deja establecido en su artículo 22 que:

Cuando las condiciones existentes en el país o en el territorio de una parte sean tales que a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de la cannabis sativa resulta la medida más adecuada, para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la parte interesada prohibirá el cultivo.

Frente a este artículo, a los fines de ejemplificar, se cita el fallo “Dianetti, Felipe u otros”, del 26/2/80, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Fallos”, 302-110; La Ley 1980-B-103) se establece que el delito de siembra o cultivo de semillas es de peligro abstracto o potencial; se consuma con el hecho de sembrar o cultivar las especies de que se trata sin la pertinente autorización.

Por otra parte, Breglia Arias (2005), menciona que el sentido otorgado a “guardar” es cuidar y custodiar algo, conservar lo que posee. La figura de guarda de semillas se ejemplifica en fallo antes mencionado y el fallo García Araoz, Clodomiro del año 1981, de la C.C.C. Sala VII, causa 503, “García Aráoz, Clodomiro”, del 672/81, “E.D. 93.365; J.J.”, 1981-III-378, al establecer:

La figura de guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, sin autorización (artículo 2, inciso a, ley 20.771), no precisa de ninguna subjetividad peculiar distinta del dolo natural de la figura, pues basta con que el autor sepa que guarda semillas idóneas para la producción de estupefacientes, ya que el tipo omite toda referencia expresa o implícita a otro elemento interno adicional.

La ley ha querido evitar, con la incriminación, la guarda consciente de semillas útiles para la producción y el tráfico, aunque el autor no haya albergado el propósito de emprender una actividad de esa naturaleza. De allí que se creó un verdadero tipo de peligro abstracto, justificado por la relevante posibilidad de que la materia prima derive luego en beneficio del tráfico ilícito de estupefacientes.

Así se observa a través de fallos, que se pena la guarda de semilla, no en base a la posibilidad específica de producir estupefacientes, sino que hace referencia a un peligro abstracto como consecuencia de que esa materia prima derive en el tráfico de estupefacientes, aludiendo además a la conservación durante la guarda indebida de semillas, lo cual es un indicativo de la voluntad del autor de preservarlas, haciéndose alusión a la figura de una verdadera guarda, ya que se señala en el mencionado fallo además que:

Debe ser responsabilizado penalmente por el delito previsto en el artículo 2 inciso a) de la ley 20.771, quien fue sorprendido en la guarda indebida de 134 semillas de marihuana dotadas de capacidad germinativa. El hecho de que el prevenido mantuviera las semillas dentro de una bolsa de papel transparente, en un cajón de su mesa de noche, alcanza la jerarquía de una verdadera “guarda”, por cuanto el lugar y el modo de conservación de los frutos son pauta firme de la inequívoca voluntad del autor de preservar incólumes sus facultades naturales. La cantidad de semillas incautada es suficiente en relación cónsul uso eventual para siembra o cultivo.

Respecto de las materias primas destinadas a la producción de estupefacientes refiriéndose a las plantas, señala Breglia Arias (2005) que parecerían redundante, dado que ya de por sí la planta lo constituye, cuando de ella puede extraerse la droga (por ejemplo, la cannabis sativa, etcétera). Señala la autora que la norma se refiere también a elementos destinados su producción o fabricación.

En relación a la producción de estupefacientes, la autora alude a quien separa el opio, las hojas de la coca, cannabis, y la resina de cannabis de las plantas que las obtienen. Por su parte, López Bolado (1977) sostiene en coincidencia con las especificaciones de la Convención Única de Viena de 1961 y de la Ley N° 16.478, que produce opio el que por separación obtiene jugo de la adormidera: produce cannabis quien separa en bruto o purificada sustancia de la plantas de que se obtiene.

Breglia Arias (2005: 124) afirma que extraer en química, significa según el Diccionario de la real Academia Española: “(...) *separar algunas de las partes de que se componen los cuerpos*”. Pero la autora aclara que también el verbo extraer como el de preparar no son sino formas de “producir” y “fabricar” según los casos, en razón de que se trata del “(...) *conjunto de operaciones destinadas a la obtención de estupefacientes a partir de la materia prima, su purificación y la transformación de unos productos en otros así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química*”.

En síntesis, la mencionada autora señala que lo que el legislador persiguió es toda forma de obtener estas sustancias.

Respecto a la comercialización con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación, la ley N° 23.737, se refiere tanto a los estupefacientes como a

las materias primas, y la acción típica es comercializarlos. A modo de ejemplo, se cita el fallo Ponce, Gaspar y otros donde se determina que: *“Es necesario que el intermediario en la comercialización, distribución, almacenamiento o transporte de estupefacientes ejerza sobre la droga una posesión efectiva o tenencia directa”* (Cámara Federal Paraná, causa “Ponce, Gaspar y otros, 6/10/76, J.A., 1977-III-828, sumario 30).

En relación a los fines de la comercialización la mencionada ley pena una tenencia con un destino específico: la comercialización, dando lugar a la penalización de un acto preparatorio enmarcado como delito. De no probarse tal destino, igualmente la conducta encontrará sanción, en caso de darse el elemento subjetivo, en el art. 14 de la ley 23.737.

A modo de ejemplo, se citan los siguientes fallos, donde se presume conductas pautadas en el artículo 5° de la ley expresada, tales como el dolo de tráfico, la ultraintención y el partícipe secundario en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización:

La circunstancia de que parte de la cocaína se encontraba fraccionada en sobres con las mismas características de los que habitualmente son usados para efectuar el comercio de estupefacientes permite presumir el “dolo de tráfico”, requerido por las conductas descritas en el art. 5 de la ley 23.737 (Cámara Federal La Plata, Sala III, 16/8/90, “Tapia Hugo R”. “D.J”, 1990-2-996).

La incautación de un total de 511,4 gramos de clorhidrato de cocaína, con un lato porcentaje de concentración, más el secuestro de una balanza y un rollo de bolsas de nylon en el domicilio del procesado, constituyen un cuadro indiciario de entidad suficiente para tener por configurada la ultraintención requerida por la figura prevista en el art. 5, inciso c, de la ley 23.737 (Cámara Criminal y Correccional Federal, causa 9907, “Mora Llopis s/infracción ley 23.737”, rta. 26/6/94, registro 10.996 bis.

Incorre en el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en grado de partícipe secundario quien recepta para su guarda sustancia estupefaciente por parte de quien conoce que efectúa transacciones con ella, puesto que tal situación lo coloca en posición de un permanente colaborador en la tarea de comercialización que ejecutaba la autora principal, participación que carece de relevancia para tornarla imprescindible a los fines de la transacción – del voto del Dr. Cortelezzi, al que adhirió

la Dra. Riva Aramayo. El Dr. Vigliani votó en disidencia postulando que se califique la conducta descrita como tenencia simple de estupefacientes. (Cámara Criminal y Correccional, Federal, Sala I, causa 25.900, “Saldivio, María y otro s/infracción ley 23.737, rta 21/2/95 reg. 122)

Respecto a su distribución, Breglia Arias (2005), señala que esta acción no necesariamente requiere del *animus* de lucro, que mueve al comerciante, aun cuando por lo general el distribuidor participa con alguna ganancia en la cadena del tráfico ilícito. Por lo tanto, la distribución del tóxico, aún a título gratuito queda atrapada por la norma.

Para dar consistencia a lo expresado, la autora conceptualiza el término Distribuir y señala que: “(...) significa dividir la cosa, entre varios, designando lo que a cada uno le corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho”. Y aclara que:

(...) no distribuye el que por destinatario tiene a una sola persona, en ese caso, lo que hacer es entregar, porque el hecho de distribuir supone una pluralidad de sujetos que por recepción, se han constituido en nuevos tenedores. Esta acción no requiere el ánimo de lucro, aunque por lo general el distribuidor participa de las ganancias, en la cadena del tráfico. Por lo tanto la distribución aún gratuita, queda atrapada por la norma.

A modo de ejemplificación de la distribución, se menciona a continuación el fallo Bessone:

Así distribución es para el diccionario de la nueva lengua española, “dividir una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho (Cámara Criminal Correccional Federal, Sala I, “Bessone, cristina G. s/procesamiento”, rta. 213/12/94, reg. 1013).

Continuando con el delito de tráfico ilegal de estupefacientes, la Ley N° 23.444, aprueba el Convenio sobre Comunicación de Antecedentes Penales y de Información sobre Condenas Judiciales por Tráfico ilegal de Estupefacientes, adoptado por la IV Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos y Filipinas, países afectados por el tráfico ilícito de drogas a los fines de la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas, deciden que esta problemática requiere la acción conjunta y la colaboración de todos los países, siendo de vital importancia establecer un sistema rápido

y ágil de comunicación de los antecedentes penales de los traficantes de drogas. Por tal motivo, en esta ley, se acuerda el compromiso de los países respecto de la asistencia en los procedimientos por actividades delictivas tales como actos de cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, almacenamiento, oferta, distribución, compra, venta, despacho en cualquier concepto, corretaje, expedición, tránsito, transporte, importación y exportación de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas, colaborando a su vez entre dichos países los antecedentes penales que soliciten las autoridades competentes de una parte y sean necesarios en una causa seguida por tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y donde dichas solicitudes deben contener determinadas indicaciones tales como autoridad que formula la solicitud, objeto y motivo de la solicitud, identidad, si es posible completa y nacionalidad de la persona de que se trate y delito imputado y preceptos legales infringidos.

Se señala por otra parte, que estas solicitudes serán cursadas por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente directamente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida y devuelta por la misma vía, pudiendo designarse el órgano que debe ser requerido como expedidor de los antecedentes penales, en el caso de que no dependiera o no existiera en el país Ministerio de Justicia y se deja constancia de que en caso de urgencia, en supuestos de prisión preventiva, las solicitudes podrán ser dirigidas directamente al Organismo competente de la Parte requerida y las respuestas remitidas directamente por este servicio y que no se exigirá la traducción de las solicitudes, y se aclara que los documentos escritos que se transmitan en aplicación del presente Convenio, quedarán exentos de todas las formalidades de legalización, y de cualquier tasa o contribución, y se informarán, datos complementarios, y sobre las sentencias penales y medidas posteriores que afecten a los nacionales de esta última y que hayan sido objeto de inscripción en el Registro de Antecedentes penales como consecuencia de condenas o medidas adoptadas en causas seguidas por tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Los Ministerios de Justicia, se comunicarán recíprocamente esta información una vez por año.

Ante lo expuesto y en relación a las penas, el artículo 5° de la Ley N° 23.737, determina la pena para quién cometa este delito correspondiente al microtráfico de estupefacientes, pena comprendida entre los cuatro y quince años de prisión y multa, señalando además, la inhabilitación entre cinco y quince años en el caso de una autoridad jerárquica de un organismo público, como así también establece la pena entre un mes y dos años de prisión a quién siembre para consumo personal y de seis meses a tres años

de prisión para quién suministre a título gratuito dichas sustancias a personas para su consumo personal:

Artículo 5°. Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres 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.

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. (Texto conforme Ley N° 26.052).

1.4. Conclusiones Parciales

Desde el año 1930, en Argentina, se sanciona la ley N° 11.331, a los fines de modificar el art. 240 del Código Penal a los fines de incriminar la posesión y tenencia de drogas no justificadas en razón legítima, surgiendo así en el país, el momento fundante de la legislación prohibicionista hasta la actualidad. Posteriormente, con la presentación de un proyecto legislativo en el año 1942, se reprime la tenencia de sustancias cuando estén destinadas al comercio o para suministrárselas a otros y se excluye de la punición la tenencia de una dosis para uso personal el cual, si bien no fue aprobado, denota que ya en esos años existe un debate relacionado a la persecución penal de las prácticas privadas, poniendo en cuestión que la mera tenencia de drogas pueda ser tratada como un hecho delictivo. Más adelante, en 1968 surge la Ley N° 17.567, introduciendo una reforma del Código Penal (Ley N° 11.331) en el marco de un gobierno de facto a cargo del General Onganía, donde puede observarse cómo se anulan las garantías constitucionales pero sin embargo, la tenencia de drogas para consumo personal se encontraba exenta de la autoridad de los magistrados y por lo tanto no era una conducta penalizada. Luego, con el regreso del gobierno constitucional en el año 1973, durante la presidencia de Cámpora, la reforma del Código Penal realizada durante el gobierno anterior es anulada por la Ley N° 20.059 restaurándose el régimen de la legislación anterior, evolucionando la legislación en Argentina, a la par de la evolución prohibicionista de E.E.U.U., denotando la influencia de sus resoluciones respecto de la problemática de las drogas. Pero puede observarse que la ambigüedad y/o imprecisión terminológica signa la legislación sobre drogas, puesto que en la ley N° 20.771, no existe una lista que determine cuáles son las sustancias, cuáles estupefacientes y cuáles psicotrópicos capaces de producir dependencia física o psíquica y se señalaba que al no ser definidas claramente, se debía remitir a una lista elaborada por la autoridad sanitaria y el uso de estupefacientes, y es en este momento donde el consumo de los estupefacientes es considerado no sólo un vicio, sino una posibilidad de propagación, un riesgo social y un peligro para toda la sociedad. Posteriormente, a partir de la Ley N° 23.737, surge un régimen legal sobre estupefacientes y se tipifica entre otras conductas penables, tanto la tenencia simple, como la tenencia para consumo personal y la tenencia con fines de comercialización, las cuales castiga con un sistema mixto que incluye la aplicación de penas y medidas de seguridad. Por otra parte, prevé medidas de seguridad, curativas y educativas como alternativa a la pena

privativa de la libertad para quienes se consideren usuarios de drogas. A su vez, insta una detención del consumidor por tiempo indeterminado, bajo control judicial, pero de acuerdo con recomendaciones de peritos (médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, etc.) e impone al profesional de la salud mental a cumplir funciones no sólo de orden sanitario, sino también de agente de control social. Y es en esta etapa, donde también se observan distintos criterios para definir estupefacientes, como ya se expresaba en la Ley N° 20.771, ya que en su artículo 3, norma que comprenden los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica aquellos que se incluyan en la lista que elabora la autoridad sanitaria nacional.

Al analizar el delito de narcotráfico en Argentina, se puede afirmar que el tráfico ilícito de drogas se convirtió en el mundo, como una de las más grandes amenazas del nuevo siglo y en se consumen en promedio 13.341 kilos de cocaína y 184.991 kilos de marihuana. Sólo por la venta ilegal de estos estupefacientes, las bandas mafiosas recaudan 1.080 millones de dólares, unos 21.000 millones de pesos. Por su parte, según los cálculos realizados por Martín Verrier, el Subsecretario de Lucha contra el Narcotráfico, el consumidor de marihuana, gasta unos 7.200 pesos anuales en marihuana y los consumidores de cocaína, pagan 25.200 pesos por año. Es así, que en base a lo expuesto, según los cálculos realizados por la Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico, la comercialización ilegal de las dos principales drogas consumidas en Argentina, mueven unos 1.108 millones de dólares. Así, la infracción a la ley N° 23.737 es la tercera causa de encarcelamiento en el país, luego de los delitos de robo y homicidios, constituyéndose en uno de los factores que más inciden en el crecimiento de la población carcelaria.

De acuerdo a lo establecido por la ley N° 23.737, los tipos de delitos por microtráfico de estupefacientes son los siguientes: venta de sustancias medicinales sin receta médica, siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes, comercialización con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o tenencia con fines de comercialización, distribución, almacenamiento o transporte, comercialización con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, tenencia con fines de comercialización, distribución, almacenamiento o transporte y entrega, suministro, aplicación o facilitación a otro de estupefacientes a título oneroso.

En relación al microtráfico de estupefacientes en Argentina, es necesario establecer los límites del mismo y al analizar la ley 23.737, una ley marco para juzgar todos los delitos relativos a estupefacientes, cualquiera sea su escala, se puede apreciar que no realiza distinciones en el amplio espectro de conductas asociadas al tráfico y comercialización de drogas. Falta de especificación por ejemplo en cuanto al peso o lugar del secuestro. La ley no establece distinción entre las cantidades de droga traficada, sino sólo en relación a casos muy particulares vinculados a la presunción de estar destinada la droga al consumo personal (y para los cuales siguen contemplándose penas), y segundo, con la penalidad aún vigente para la posesión de drogas, aun cuando resulte acreditado que estaban destinadas al consumo individual. En el contexto de la legislación argentina, si el sujeto activo es sorprendido comercializando sustancias estupefacientes no se hace distinción, para efectos de la modulación legal de la pena, entre las cantidades de droga comercializada. Diferente es la situación en los casos de siembra, cultivo, guarda de semillas y de entrega, suministro y facilitación ocasional a título gratuito, donde la pequeña cantidad de droga objeto de la conducta penada, sumada a la concurrencia de circunstancias que hagan presumir inequívocamente su destinado al uso personal, se traduce en una atenuación de la pena significativa para ambos grupos de conductas. Finalmente, en relación al porte, el artículo 14 de la Ley 23.737 establece un castigo diferenciado, en consideración a si la droga estaba destinada al consumo personal o no. Si en virtud de la pequeña cantidad de droga portada y el resto de las circunstancias del hecho se puede presumir inequívocamente que el porte estaba destinado al consumo personal del estupefacientes, entonces la pena será de un mes a dos años de prisión, mientras que en el resto de los casos se establece la imposición de una pena de prisión que va de uno a seis años más el pago de una multa de trescientos a seis mil australes. Ahora, lo relevante está en la circunstancias de que, aun habiéndose llegado a la conclusión de que la pequeña cantidad de droga portada estaba destinada solamente al consumo personal del individuo, de todas formas la ley impone una sanción, la cual incluso puede llegar a los dos años de prisión.

Al analizar los tipos de delitos correspondientes al microtráfico de estupefacientes, se puede determinar que respecto a la venta de sustancias medicinales, dichas sustancias son normadas a través del El Decreto 150/92, el cual se se aplica al registro, elaboración, fraccionamiento, prescripción, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos. Por su parte, Ley N° 23.737 en sus artículos

2°, 3° y 4°, establece las penas respecto a quién vendiese sustancias medicinales sin receta, cometiera negligencia, no cumpliera con los deberes establecidos en el artículo 204 del Código penal y sobre quién provea las sustancias medicinales sin receta médica para su comercialización. Las penas varían entre los 6 meses y los tres años y en algunos casos se trata de una pena establecida en dinero.

Respecto a la siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes y tráfico de estupefacientes, se observa a través de distintos fallos, que se pena la guarda de semilla, no en base a la posibilidad específica de producir estupefacientes, sino que hace referencia a un peligro abstracto como consecuencia de que esa materia prima derive en el tráfico de estupefacientes, aludiendo además a la conservación durante la guarda indebida de semillas, lo cual es un indicativo de la voluntad del autor de preservarlas, haciéndose alusión a la figura de una verdadera guarda; se presumen conductas pautadas en el artículo 5° de la ley expresada, tales como el dolo de tráfico, la ultraintención y el partícipe secundario en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y la distribución del tóxico, aún a título gratuito queda atrapada por la norma.

Ante lo expuesto y en relación a las penas, el artículo 5° de la Ley N° 23.737, determina la pena para quién cometa este delito correspondiente al microtráfico de estupefacientes, pena comprendida entre los cuatro y quince años de prisión y multa, señalando además, la inhabilitación entre cinco y quince años en el caso de una autoridad jerárquica de un organismo público, como así también establece la pena entre un mes y dos años de prisión a quién siembre para consumo personal y de seis meses a tres años de prisión para quién suministre a título gratuito dichas sustancias a personas para su consumo personal.

Capítulo 2: Competencia

2. Introducción

En el presente capítulo, se parte del concepto de competencia, para luego establecer las diferencias conceptuales entre los términos competencia y jurisdicción. Por otro lado, se desarrollan los principales aspectos relacionados a la competencia federal, sus características y su determinación, y por otro lado se desarrolla la competencia provincial, momento donde se introduce el concepto de desfederalización, analizando la competencia de los tribunales provinciales en materia de estupefacientes, para luego determinar la manera de cómo solucionar las cuestiones de competencia, desarrollando el trámite para resolver estos conflictos de competencia, mediante la inhibitoria o por declinatoria.

2.1. Competencia: Concepto

Machicado (2009), sostiene que la competencia es la facultad que posee todo tribunal o juez para ejercer la jurisdicción en un asunto determinado. El autor, también conceptualiza el término competencia como la medida de la jurisdicción que se le otorga a un órgano del Poder judicial, a los fines de la determinación genérica de los procesos en que es llamado a conocer por razón de materia, de cantidad y de lugar. Y aclara, que en todo aquello en lo cual un juez no fue atribuido a pesar de seguir teniendo jurisdicción, es incompetente.

2.1.1. Competencia y jurisdicción.

Una vez conceptualizado el término competencia, se hace necesario determinar la diferencia su diferencia con el término jurisdicción. Así, Machicado (2009), establece la distinción entre ambos conceptos cuando señala que la jurisdicción es función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, a los fines de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

Por tal motivo, la diferencia se halla en que la Jurisdicción es el poder del Estado de juzgar o de ejercer la función judicial, mientras que la competencia es la medida en que ese poder del estado le es dado a un tribunal determinado.

Así, se puede señalar de acuerdo a lo sostenido por Hairabedián (2014), que la competencia es la aplicación práctica de la jurisdicción, debido a que las reglas de competencia determinan la capacidad de un órgano estatal sobre el ejercicio de su poder para juzgar. Y aclara el autor, que la razón de ser de estas reglas se encuentra en la cantidad de asuntos que deben tramitar y juzgar los tribunales. Es por ello, que la misión de la competencia es ordenar la jurisdicción, realizando una división que sea funcional, fijando el ámbito y la modalidad que cada órgano jurisdiccional ejerce de acuerdo a sus facultades. Es por ello, que se puede determinar que la competencia delimita la zona de conocimiento, intervención, decisión y ejecución del juez o tribunal, determinando el espacio, materia y grado de los asuntos que le incumben.

2.2. Tipos de competencia

2.2.1. Competencia Federal

Borinsky (2016) señala que la primera clasificación que corresponde hacer respecto de la competencia es la que determina la actuación de tribunales federales y ordinarios.

En primera instancia, al autor sostiene que la competencia federal se encuentra asignada expresamente por normas de la Constitución Nacional y leyes dictadas por el Congreso de la Nación, como la Ley N° 27.146 la cual determina la organización y competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal.

Señala además, que el art. 116 de la Constitución Nacional determina de modo general, cuestiones e intereses cuyo entendimiento corresponde a la justicia federal:

Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Por su parte, agrega además que la ley 48 reglamenta la cuestión, siguiendo los lineamientos constitucionales antes mencionados.

2.2.2. Características de la competencia Federal

La competencia Federal posee las siguientes características según Borinsky (2016):

- ✓ Es de excepción: las provincias (y también C.A.B.A., con sus particularidades) deben administrar ordinariamente la justicia dentro de sus respectivos territorios y la Nación lo hará en los casos de excepción que surgen de las facultades delegadas por las provincias al poder central (art. 1º, C.N.), y con las atribuciones limitadas a casos en determinadas materias, casos vinculados con determinados sujetos o por hechos realizados en determinados lugares, ya que el artículo 1º de la Constitución de la Nación Argentina, señala que: “(...) *adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.*”
- ✓ Es expresa: es decir que sólo actúa cuando el caso le está expresamente atribuido al fuero federal por la ley con fundamento en la Constitución Nacional. Por lo tanto, una causa no puede ser sustraída de los tribunales provinciales sino por una

ley consecuente con la Ley Fundamental, y sin que pueda ser extendida a los casos no señalados.

- ✓ Es limitativa o restrictiva: las leyes que la prevén no pueden ser extendidas a casos análogos ni ampliadas por vía de interpretación.
- ✓ Es suprema y privativa: por lo que las resoluciones dictadas por la justicia federal no pueden ser revisadas por un tribunal provincial. Sólo los tribunales federales pueden entender en las causas a ellos asignadas por las leyes.
- ✓ Es inalterable: no puede variar por las modificaciones que sufra la materia o los elementos objetivos o subjetivos del hecho del proceso. El hecho objeto del juicio fija la competencia definitivamente en el momento de su comisión aunque después pierda su naturaleza federal.

2.2.3. Determinación de la competencia Federal

La intervención de un tribunal federal puede quedar determinada a partir de determinadas características del caso. En este sentido, Borinsky (2016) señala las características de la determinación de la Competencia Federal:

- ✓ Determinación de la competencia federal por la materia.

En este caso, la Constitución Nacional y leyes nacionales fijan la competencia federal en razón de la naturaleza del caso en el que debe entender el tribunal, entre otros, en los siguientes casos: causas especialmente regidas por la Constitución Nacional; causas especialmente regidas por leyes del Congreso de la Nación y que no están comprendidas en las materias que corresponden a los códigos civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y de la seguridad social y causas especialmente regidas por los tratados con las naciones extranjeras.

- ✓ Determinación de la competencia federal por la persona o investidura del sujeto
Señala Borinsky (2016) que la investidura o ciertas características de los sujetos involucrados en la causa, pueden determinar que corresponda la competencia federal. Entre otros, esos casos menciona las causas en que la Nación sea parte, causas que se susciten entre habitantes de diferentes provincias; las causas que se susciten entre un ciudadano argentino y otro extranjero y las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.

- ✓ Determinación de la competencia federal por el lugar

En materia penal, otro elemento que interesa a fin de determinar la competencia federal, es el lugar donde el delito se comete, debiendo tratarse de un territorio donde el gobierno nacional tenga poder absoluto y exclusivo por estar fuera de los límites provinciales, según Borinsky (2016).

Así, el autor señala que la "federalización" de un territorio resulta suficiente para que los hechos allí cometidos sean de competencia federal y que es facultad del Congreso Nacional el dictar legislación exclusiva sobre los territorios federalizados. De allí que se establezca que: *"Los crímenes de toda especie que se cometan en lugares donde el Gobierno Nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, serán juzgados por los Jueces de Sección allí existentes"*.

Esos lugares de absoluta y exclusiva jurisdicción federal son lugares extraprovinciales que integran la República Argentina comprendidos en la expresión territorios nacionales tales como islas y ríos y puertos argentinos, lugares intraprovinciales adquiridos por compra o cesión para utilidad pública nacional, los delitos cometidos en alta mar abordo de buques nacionales y causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

Como ejemplo de competencia federal, se menciona un fallo firmado por los jueces Mariano Hernán Borinsky (presidente), Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos, en el cual se resolvió: *"(...) declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa de una imputada, contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°3 de la Capital, que rechazó la solicitud de excarcelación presentada en su favor."*

En este fallo de competencia federal, se investiga la actuación de una asociación ilícita integrada por más de 25 personas, entre los cuales se encontraban funcionarios públicos provinciales y miembros de las fuerzas de seguridad nacionales, que comercializaba y distribuía estupefacientes en algunos casos sirviéndose de menores de edad. Así, en este fallo, el tribunal con competencia federal, consideró que:

"(...) una eventual liberación de la imputada podría perjudicarla investigación que se viene desarrollando en sede instructora, en el marco de la cual se ha dispuesto la captura de otros imputados con los que se la ha vinculado a los ilícitos en cuestión. (CJSN "C/C NOGUERA, Corina SOLICITUD DE EXCARCELACIÓN")

En el caso del el narcotráfico, la ley de estupefacientes establece la competencia federal para los delitos de narcotráfico, tomando en consideración que el bien jurídico afectado es la salud pública, por lo que trasciende el mero interés local.

2.2.4. Competencia Provincial y ordinaria.

Es la que ejerce cada una de las provincias dentro del ámbito de sus respectivos territorios al juzgar delitos comunes y las contravenciones o faltas ocurridas dentro de los estados provinciales. Así, las provincias han delegado en el Estado Nacional las facultades que el texto Constitucional consagra, pero reservándose otras, entre las que se encuentra la regulación de su servicio de justicia y de los procedimientos pertinentes. Todo ello, dentro de los principios fundamentales adoptados por la Nación Argentina, como el régimen republicano, lo que implica la separación de poderes, y el pleno reconocimiento de los derechos y garantías individuales.

El artículo 5° de la Constitución Nacional establece que cada provincia dictará su propia constitución *“(...) bajo el sistema representativo republicano en la que se aseguren los derechos fundamentales de los habitantes y su “administración de justicia”*. El artículo 7° dispone que: *“(...) los procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás”*, fijando el artículo 8° que determina que: *“(...) la extradición de criminales es obligación recíproca entre todas las provincias”*. El artículo 75° que fija las atribuciones del Congreso de la Nación, en su inciso 12 le otorga la de dictar los códigos generales, entre los que se encuentra el penal, *“(...) sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”*.

Por lo tanto, la competencia provincial es la regla y se ocupa del juzgamiento de los delitos comunes y contravenciones o faltas dentro de cada provincia.

2.2.5. Desfederalización

Hairabedián (2010) señala que a los fines de determinar la dimensión de la competencia provincial, se debe analizar Ley N° 26.052 la cual dio lugar al traspaso de cuestión. Así, su artículo 2° reforma el artículo 34 de la Ley N° 23.737, que permanece estableciendo que los delitos de la ley de drogas seguirán siendo de competencia federal *“(...) excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que,*

mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances previstos”.

Se impone en un primer momento, el otorgamiento de competencias el cual es reglamentado, parcial y restrictivo, porque debe ceñirse a las pautas que manda a la mencionada ley. Así, la ley de adhesión por la que la provincia de Buenos Aires asumió que esta competencia no puede establecer otras condiciones o requisitos que modifiquen las condiciones impuestas por la Ley N° 26.052:

El estado Provincial se limita a acertar la competencia en los límites impuestos en la ley nacional. Por vía de hipótesis, si se decide otorgar más atribuciones a la provincia en este tema, el Congreso Nacional deberá dictar otra ley que le otorgue en forma directa la competencia a las provincias de este tipo de delitos o por vía indirecta, como en este caso, posibilitando la correspondiente ley de adhesión.

El artículo 3° de la Ley N° 23.737 establece que:

“(…) conocerá la Justicia Federal cuando la causa tuviere conexidad subjetiva con otra sustanciada en dicho fuero; es decir, si las personas imputadas –aún por tipos penales desfederalizados- están siendo investigadas en el fuero federal, será competente este fuero de excepción (art. 32 del CPPP)”.

Por su parte, el artículo 4° reafirma al carácter taxativo y restringido de la prerrogativa otorgada ya que establece: *“En caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal”*, mientras que el artículo 5° establece un sistema de transferencias proporcionales a las jurisdicciones que adhieran, pudiendo el estado Provincial requerir créditos presupuestarios con el objeto de garantizar la ejecución de la presente ley.

2.3. Cuestiones de Competencia

Borinsky (2016) señala que cuando por algún motivo surgen situaciones que provocan dudas o controversias sobre la competencia de un determinado órgano jurisdiccional sobre un concreto asunto, surgen las denominadas cuestiones de competencia que son, de modo genérico, aquellas que llevan a la decisión sobre quien deberá entender en esa causa puntual.

Específicamente, las cuestiones de competencia surgen cuando dos órganos jurisdiccionales se declaran en forma simultánea y contradictoria competentes o incompetentes para la investigación o juzgamiento de un mismo hecho, suscitándose por razones de materia, territorio o cualquiera de los criterios determinantes de la competencia. Suele presentarse entre jueces de la jurisdicción federal y de una provincia, entre los de diferentes provincias o entre los integrantes de una misma provincia. Asimismo, se presenta de modo positivo cuando dos o más jueces pretenden conocer del mismo hecho, y de manera negativa, cuando rehúsan su intervención.

El conflicto surge tanto cuando el juez decide oficiosamente sobre su competencia o cuando ello es planteado por las partes.

2.3.1. Inhibitoria – Declinatoria

El trámite para resolver estos conflictos de competencia, se concreta mediante la “inhibitoria” o por “declinatoria”.

La inhibitoria se interpone ante el Juez o Tribunal que se considera con competencia sobre el asunto en trámite, en tanto que la declinatoria, es el mecanismo por el que se peticiona ante el Juez o Tribunal entendido como incompetente, disponiendo los códigos que no podrán utilizarse de modo conjunto ambos medios.

Si ante los referidos planteos los jueces no aceptan lo pertinente, corresponde la decisión a quien resulte superior jerárquico común de los enfrentados.

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación que será continuada por el juez que primero haya conocido en la causa. Si dos tribunales han conocido simultáneamente la causa, continuará interviniendo el que fue requerido de inhibición. Las cuestiones propuestas antes de la celebración del debate quedan suspendidas hasta que se resuelva el incidente determinando la competencia, salvo las cuestiones de urgencia (la instrucción suplementaria del art. 370 del CPP actual o el anticipo de prueba al que alude el art.310 del nuevo CPP.).

Se debe aclarar que todos los actos practicados hasta la definición del tribunal competente serán válidos, aunque el tribunal a quien corresponda definitivamente el proceso podrá ordenar su ratificación y/o ampliación.

2.4. Conclusiones Parciales

La competencia es la facultad que posee todo tribunal o juez para ejercer la jurisdicción en un asunto determinado. Existe una diferencia entre competencia y jurisdicción ya que la Jurisdicción es el poder del Estado de juzgar o de ejercer la función judicial, mientras que la competencia es la medida en que ese poder del estado le es dado a un tribunal determinado.

La primera clasificación que corresponde hacer respecto de la competencia es la que determina la actuación de tribunales federales y ordinarios. La competencia federal se encuentra asignada expresamente por normas de la Constitución Nacional y leyes dictadas por el Congreso de la Nación, como la Ley N° 27.146 la cual determina la organización y competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, mientras que la competencia Provincial u ordinaria es la que ejerce cada una de las provincias dentro del ámbito de sus respectivos territorios al juzgar delitos comunes y las contravenciones o faltas ocurridas dentro de los estados provinciales.

Cuando por algún motivo surgen situaciones que provocan dudas o controversias sobre la competencia de un determinado órgano jurisdiccional sobre un concreto asunto, surgen las denominadas cuestiones de competencia que son, de modo genérico, aquellas que llevan a la decisión sobre quien deberá entender en esa causa puntual.

El trámite para resolver estos conflictos de competencia, se concreta mediante la “inhibitoria” o por “declinatoria”. La inhibitoria se interpone ante el Juez o Tribunal que se considera con competencia sobre el asunto en trámite, en tanto que la declinatoria, es el mecanismo por el que se peticiona ante el Juez o Tribunal entendido como incompetente, disponiendo los códigos que no podrán utilizarse de modo conjunto ambos medios.

Respecto a la desfederalización, se puede señalar que el tema de estupefacientes, por su índole y efectos en la salud pública, sin dudas afecta los intereses y seguridad de la Nación y es por ello que es aplicado por los Tribunales Federales, pero a partir de la Ley N° 26.052, la misma en 6 incisos explicita cuáles tipos penales pasarían a la órbita provincial remitiendo a las disposiciones de la ley 23.737. Del inc. 1 al 3 trata sobre la desfederalización de las conductas previstas en los incs. c y e (inc. 1), penúltimo (inc. 2) y último párrafo (inc. 3), todos del art. 5 de la ley 23.737.

Capítulo 3

3. La investigación Penal Preparatoria en Salta en relación al MTdeE.

En el presente capítulo, se desarrollan los principales aspectos relacionados a la competencia, en base a lo normado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Salta. Por otra parte, se analiza el control del Juez de Garantías, la manera en que se lleva adelante la investigación fiscal, la acción, la metodología de investigación, los momentos de la misma, la forma en que se realizan los allanamientos y los tipos de allanamientos, la elaboración y recolección de la prueba y de pruebas especiales. Además, se analiza la legislación referente a los testigos y el destino de los bienes secuestrados.

3.1. Características sobre el particular en el Código Procesal Penal.

3.1.1. Ley N° 7690. Código Procesal Penal de Salta. Competencia.

La ley N° 7690, respecto de la competencia, refiere a la competencia Material, determinando los supuestos en los cuales la Corte de Justicia decidirá, determina la actuación de los miembros del Tribunal de Impugnación, determina los casos en los cuales actuarán los Jueces del Tribunal de Juicio, divididos en Tribunales Unipersonales, los casos en los cuales actuará el Juez de garantía, las competencias del juez de detenidos, la determinación de la competencia en base a la pena establecida por la ley para la infracción consumada y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas, por concurso de hechos de la misma competencia y la nulidad por incompetencia.

Así norma en los siguientes artículos:

Art. 38.- Competencia de la Corte de Justicia. La Corte de Justicia conocerá y decidirá en los siguientes supuestos: a) Juzgará el recurso de inconstitucionalidad y la queja por su denegación; b) Decidirá la admisibilidad formal del recurso extraordinario federal; c) Resolverá las cuestiones de competencia; d) Entenderá en las quejas por retardo de justicia del Tribunal de Impugnación; e) Conocerá en las cuestiones de excusación o recusación de sus miembros, previa integración del Tribunal; f) Quejas por retardo de justicia de los Jueces de Garantías y de los integrantes de los Tribunales de Juicio.

Art. 39.- Competencia del Tribunal de Impugnación. Los miembros del Tribunal de Impugnación actuarán unipersonalmente en el conocimiento y decisión de los recursos de apelación interpuestos contra la resolución de los Jueces de Garantías, de Detenidos y de Ejecución. Decidirán como Tribunal Colegiado, dividido en Salas, en los siguientes casos: a) Recursos de casación; b) Acciones de revisión; c) Prórrogas de duración del proceso solicitadas por el Tribunal de Juicio o a pedido del Fiscal y las partes por su intermedio; d) Recursos de apelación deducidos en los incidentes de libertad condicional; e) Cuestiones de excusación o recusación de sus miembros previa integración del Tribunal y de las que se susciten respecto de los Jueces de Garantías y de Ejecución. Los integrantes del Tribunal de Impugnación podrán ser convocados para acuerdos plenarios con la finalidad de unificar la doctrina jurisprudencial, conforme lo reglamente la Corte de Justicia.

Art. 40.- Competencia del Tribunal de Juicio. Los Jueces del Tribunal de Juicio actuarán divididos en Tribunales Unipersonales en los siguientes casos: a) Cuando

corresponda aplicar las normas del juicio común respecto de delitos cuya pena en abstracto no exceda de seis años de prisión o que no se encuentren sancionados con pena privativa de la libertad; b) Cuando se proceda conforme al régimen del Juicio Sumarísimo o Abreviado; c) En la tramitación íntegra de los procesos por delitos de acción privada; d) En las cuestiones de excusación o recusación de otros miembros del Tribunal. Actuarán como Tribunal Colegiado para el juzgamiento común de delitos sancionados con pena en abstracto que exceda de seis (6) años, cuando así se lo decida en función de la gravedad y complejidad del caso, o cuando respecto de este tipo de delitos se hubiere dispuesto la intervención de un Tribunal Unipersonal y la defensa se opusiere. En los delitos contra la Administración Pública, el Fiscal podrá pedir que el juicio se realice ante un Tribunal Colegiado. El Tribunal Colegiado o Unipersonal que hubiere dictado sentencia en la causa conocerá excepcionalmente en la acción de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal o jurisprudencia penal más benigna.

Art. 41.- Competencia del Juez de Garantías. El Juez de Garantías actuará para el conocimiento y decisión de los siguientes casos: a) Efectuará un control de legalidad procesal y resguardo de las garantías constitucionales de acuerdo a las facultades que este Código otorga, resolviendo las instancias que formulen el Fiscal y las partes y los incidentes que se produzcan hasta la remisión a juicio; b) Efectuará el control de legalidad de la aprehensión o detención de conformidad a lo previsto por el artículo 19 de la Constitución Provincial; c) Entenderá en grado de apelación, en las resoluciones sobre faltas o contravenciones policiales y en los casos previstos por el Código Fiscal; d) Conocerá en lo referente a detenciones, arrestos y otras medidas restrictivas de la libertad ambulatoria de las personas previstas en el Código Contravencional y demás disposiciones legales vigentes, sin perjuicio de la competencia del Juez de Detenidos; e) Controlará las detenciones que se produjeran con motivo del inciso b) del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Policía N° 6192, en especial el cumplimiento del plazo y razonabilidad de la medida; f) Recibirá declaración del imputado cuando é c) También entenderá en grado de apelación en las resoluciones sobre medidas disciplinarias dictadas por el Director General del Servicio Penitenciario, sean los sancionados penados o encausados. En este último caso, deberá remitir copia de su resolución al Tribunal que estuviere entendiendo en el proceso. Las resoluciones que dicte el Juez de Ejecución en los incidentes de ejecución de la pena y medidas de seguridad, serán apelables, con efecto suspensivo, ante el Tribunal de Impugnación.

Art. 42.- Competencia del Juez de Detenidos. El Juez de Detenidos será la autoridad provincial en todo establecimiento en el que se practiquen internaciones o detenciones de conformidad a las disposiciones legales vigentes, sin perjuicio de las potestades que competen a los demás magistrados. A tales fines queda autorizado a constituirse en esos lugares personalmente o por medio de su secretario. El Juez de Detenidos tendrá a su cargo el control y verificación de las condiciones de internación y detención, debiendo resguardar y tutelar la salud e integridad física y psíquica de los internos y asegurar las condiciones de salubridad y cuidados propios de la dignidad humana y sus derechos fundamentales. Todo ello con conocimiento del juez a cuya disposición se encuentren. Quedan excluidas de la competencia material del Juez de Detenidos, las que este Código ha establecido para el Juez de Ejecución. Los magistrados que dispusieren la internación o detención conservan todas las atribuciones que la Constitución de la Provincia y este Código les confieren. Sin perjuicio de ello, deberán comunicar al Juez de Detenidos las modalidades y características de las medidas de coerción personal que dispongan, como así también toda modificación ulterior. Serán apelables las resoluciones del Juez de Detenidos que causen gravamen irreparable.

Art. 43.- Determinación de la competencia. Para determinar la competencia se tendrá en cuenta la pena establecida por la ley para la infracción consumada y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas, por concurso de hechos de la misma competencia. Cuando la ley sancione la infracción con varias especies de penas, se tendrá en cuenta la cualitativamente más grave. La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso, y el Tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente, poniendo a su disposición los detenidos que hubiere. Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el Tribunal juzgará aún en los delitos de competencia inferior.

Art. 45.- Nulidad por incompetencia. La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que no pueden ser repetidos, y salvo el caso de que el Tribunal de competencia superior haya actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

Lo expuesto y lo analizado en la Ley N° 23.737 muestra la adecuación de la Ley N° 7690 a la ley mencionada y para ello, se analiza dicha adecuación en el fallo “C/C COLQUE, RAMIRO SEBAS-TIÁN – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. CJS

37.308/14). En dicho fallo, Coque es imputado por tenencia de estupefaciente, aduciéndose en este fallo, que:

Que la Ley 23737 en su art. 5º dispone que será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa, quien sin autorización o destino legítimo comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte, vale decir, el legislador castiga una tenencia con un destino específico: la comercialización. De no probarse ese destino, en el caso de darse el elemento subjetivo, la conducta encuadraría en lo dispuesto por el art. 14 que refiere al que tuviere en su poder, estupefacientes.

Por otra parte se hace referencia a la figura de ultra intención, referida a la voluntad evidenciada por el sujeto denotando su intención de comerciar con la sustancia prohibida.

Se señala además, que no puede pasarse por alto, bajo ningún punto de vista que lo único que le está vedado a la justicia provincial en la aplicación de la Ley N° 23737, son los tipos penales que no fueron incluidos dentro de la Ley N° 26052, pero de allí en más todas las pruebas especiales incorporadas por la Ley N° 24424 no sólo están permitidas sino que legalmente pueden ser utilizadas íntegramente, entre ellas, las filmaciones, los testigos de identidad reservada, los agentes encubiertos, las entregas vigiladas y los arrepentidos. De modo que la propia ley facilita las investigaciones por distribución de droga, de allí que no hace falta ningún artilugio para torcer el espíritu que tuvo en miras el legislador: prevenir y reprimir el narcotráfico dentro de la legalidad. Por otra parte, en el fallo, se hace referencia a los artículos 31 y subsiguientes de la Ley N° 23,737, al señalar:

Quiere decir, entonces, que si la policía fue alertada de que se vendía droga en la zona donde se llevó a cabo el secuestro del tóxico, pudo haber llevado consigo una filmadora que hubiese permitido durante el juicio observar de manera inobjetable si realmente el causante tenía la sustancia deletérea para la venta, como así también quiénes más estaban incurso en el ilícito. De igual forma, si se hubiesen marcado billetes a un agente encubierto y se le hubiese filmado comprando la cocaína, además de haberse convocado testigos hábiles al efecto, sí se hubiese logrado aproximarse a la verdad de lo realmente sucedido.

Además, alude al peligro abstracto para la sociedad al que hace referencia la Ley N° 23.737, cuando se determina que:

(...) dentro del cuadro general de clasificación de los delitos que formula la doctrina, los ilícitos de peligro abstracto son analizados con detenimiento y circunscriptos a sus justos límites, habida cuenta que, básicamente, no se distinguen estos injustos de los de pura actividad, en los que sólo es necesario la comprobación de la acción. Al no requerirse la producción de resultado material alguno, es menester poner especial cuidado en la imputación de ciertas figuras que la Ley 23737 prevé, principalmente por la dificultad de revertir la imputación concreta. Pero además, si existen tipos penales que adolecen de reparos como éste, el fin de la ley tampoco puede redundar en los objetivos que se propuso el legislador, ante la dificultad que presentan.

La adecuación de la legislación salteña, puede observarse también en el fallo que se analiza, cuando en el mismo se señala que:

(...) el correcto encuadramiento que corresponde formular en el “sub judge” es el de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el art. 14, segundo párrafo de la Ley 23737 y en vez de una pena aflictiva de singular desmesura como se le aplicó en la especie, imponérsele la medida de seguridad curativa, prevista en los arts. 16 a 20 de la Ley 23737, debiéndoselo excarcelar bajo su propia caución juratoria.

Otra de las adecuaciones que de la legislación salteña a la legislación nacional, se observa en las premisas probatorias, cuando en el fallo analizado, se sostiene que:

(...) Tan es así que esas premisas probatorias cuentan con expreso reconocimiento legal, pues la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), incorporadas al derecho argentino por Ley 24072, en su art. 3º establece que el “conocimiento, la intención o la finalidad” requeridos como elementos subjetivos de las figuras comprometidas “podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Esta regla, además, cuenta con expreso reconocimiento en la Ley 23737, ya que al tipificar la figura especial de tenencia para consumo (art. 14, 2do. párrafo) exige que ese destino surja “inequívocamente” tanto de la cantidad como de “las demás circunstancias”, con lo cual -al preverlo para un atenuante- incluye un requisito que sistemáticamente debe respetarse para aplicar el agravante (art. 5º inc. c) segundo supuesto), en cuanto, de lo contrario, resultaría cuando menos desproporcionado.

De esta manera, se puede determinar en este fallo, cómo en la en la ciudad de Salta, la legislación se adecua a las normas internas a estándares nacionales en el marco de la transformación normativa, en base a sustentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales.

3.2. El control del Juez de Garantías

Por medio de la Ley N° 7976, se modifica la ley N° 7690. En su artículo 3° se sustituye el artículo 425 de la Ley 7.690, Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, por el siguiente texto, que refiere a la suspensión del proceso a prueba, mediante la formalización en Actas para ser presentado al Juez de garantías, determinándose además, que el control del cumplimiento de las condiciones, quedará a cargo del Tribunal que la otorgue, con la colaboración de la Secretaría de Control de Suspensión de Proceso a Prueba y determina el caso en los cuales no se procederá a dicho proceso:

"Art. 425.- Procedencia. Oportunidad. En los casos autorizados por la Ley el imputado podrá proponer al Fiscal la suspensión del proceso a prueba; dicha propuesta podrá formularse desde la audiencia de imputación hasta la formalización del requerimiento de remisión a juicio.

El acuerdo se formalizará en Acta que deberá contener la firma del imputado y su Defensor, y será presentado ante el Juez de Garantías, quien previo control de su legalidad, fijará audiencia a la que concurrirán aquellos. El Fiscal o el auxiliar de fiscalía y la parte damnificada; en esta audiencia el juez decidirá sobre la razonabilidad de la oferta de reparación del daño, el detalle de los bienes que se abandonarán a favor del Estado y las instrucciones e imposiciones a que debe someterse el imputado, a quien explicará los alcances de sus deberes de conducta y las consecuencias de su incumplimiento.

Si se concediera la suspensión durante la investigación penal preparatoria, el Fiscal podrá realizar igualmente las medidas pertinentes para asegurar la prueba de los hechos y de la responsabilidad penal del imputado. La resolución que conceda el beneficio establecerá las reglas de conducta a que deba someterse el imputado, dentro de un plazo que no excederá del máximo de la pena conminada por el delito imputado, el plazo de la suspensión y demás condiciones; si correspondiere, la reparación de los daños.

El control del cumplimiento de las condiciones, quedará a cargo del Tribunal que la otorgue, con la colaboración de la Secretaría de Control de Suspensión de Proceso a Prueba, la cual dará intervención a las partes en aquellas situaciones que pudieran provocar una modificación o la revocación del instituto.

En los casos de que un hecho denunciado como delito se encuadrare en las conductas descriptas como violencia de género en los términos de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, no procederá la suspensión del proceso a prueba."

Por lo tanto, el Juez, que controlará el adecuado cumplimiento de las garantías constitucionales en el caso, practicará los actos que requieran su intervención o venia y declarará de oficio la nulidad de cualquier instancia o actuación contraria al norte constitucional, siempre velando por los derechos de los sujetos del proceso, muy especialmente, la víctima y el imputado.

El Código Procesal de Salta, en su artículo 41, norma:

El Juez de Garantías actuará para el conocimiento y decisión de los siguientes casos: a) Efectuará un control de legalidad procesal y resguardo de las garantías constitucionales de acuerdo a las facultades que este Código otorga, resolviendo las instancias que formulen el Fiscal y las partes y los incidentes que se produzcan hasta la remisión a juicio; b) Efectuará el control de legalidad de la aprehensión o detención de conformidad a lo previsto por el artículo 19 de la Constitución Provincial; c) Entenderá en grado de apelación, en las resoluciones sobre faltas o contravenciones policiales y en los casos previstos por el Código Fiscal; d) Conocerá en lo referente a detenciones, arrestos y otras medidas restrictivas de la libertad ambulatoria de las personas previstas en el Código Contravencional y demás disposiciones legales vigentes, sin perjuicio de la competencia del Juez de Detenidos; e) Controlará las detenciones que se produjeran con motivo del inciso b) del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Policía N° 6192, en especial el cumplimiento del plazo y razonabilidad de la medida; f) Recibirá declaración del imputado cuando éste lo solicite.

3.3. La investigación del Fiscal

Las investigaciones del Fiscal, en la ciudad de Salta, se inician generalmente a partir de las denuncias anónimas, sobre actividades ilícitas respecto del microtráfico de estupefacientes, iniciándose la investigación a cargo de personal policial, dependiente de la Unidad Fiscal de narcocriminalidad. A partir de este momento, reunidos los elementos probatorios necesarios, se solicita orden de allanamiento y detención para el domicilio, donde se procede generalmente a secuestrar estupefacientes, dinero, celulares y otros elementos de interés para la causa.

El Fiscal, que dirigirá la etapa, buscará acreditar su caso, reunirá pruebas por todos los medios lícitos disponibles - aun los que el Código no le acuerde expresamente intentando así sustentar un dictamen favorable para acreditar que quien resulta imputado por él es

quien ha llevado adelante un accionar delictivo determinado, condicionado en modo, tiempo y lugar determinados, especificando asimismo todas las cuestiones de concurso, autoría, participación, presencia de calificantes, agravantes, atenuantes, morigeradores o eximentes de la responsabilidad penal.

3.4. La acción

A fines del año 2.009 el Sr. Gobernador de la provincia, Dr. Juan Manuel Urtubey, dispuso por decreto N° 4827 la creación de la Agencia Antidrogas de la Provincia, con la misión de asistir al Poder Ejecutivo en la planificación y programación de las acciones que se llevan adelante contra el tráfico ilícito de estupefacientes en todo el territorio provincial.

El nuevo organismo, dependiente del Ministerio de Seguridad, actúa como nexo entre la Policía de Salta, los magistrados y funcionarios de la Justicia Federal, las fuerzas de seguridad nacionales y otros organismos vinculados al tema con el objetivo de lograr la mayor efectividad posible en la lucha contra el narcotráfico, debiendo asimismo elaborar una política provincial en la materia, desarrollando y ejecutando planes y programas específicos.

La puesta en funcionamiento de un organismo provincial dedicado específicamente a la lucha antidrogas constituye un novedoso emprendimiento que significa un paso más en la lucha sin cuartel contra las drogas que el estado provincial lleva adelante como política central en el plan de seguridad desarrollado desde el Ministerio.

Entre sus funciones específicas se destacan el colaborar en la capacitación del personal policial dedicado a la investigación del tráfico ilícito de estupefacientes, actuar como órgano de coordinación de los planes y programas nacionales en la materia, la realización de informes estadísticos sobre el tráfico de drogas en Salta, el seguimiento permanente de la jurisprudencia de los tribunales federales a los efectos de ajustar a ellos la actuación policial y la suscripción de convenios con organismos nacionales e internacionales.

3.5. Momentos de la Investigación

Efectivos de la división 'Drogas Peligrosas' arrestaron a cinco salteños por microtráfico de estupefaciente en distintos puntos de la ciudad de Salta.

La investigación se inicia por una denuncia web o anónima, relacionada a la venta y expendio de estupefacientes.

Recibida la noticia de la presunta comisión de un delito por cualquiera de los modos que hemos descripto anteriormente, el Fiscal debe entonces tomar la decisión estratégica, luego de leer el caso y de haber contactado a la víctima o denunciante, de qué hacer con el caso. Para ello, en un modelo acusatorio, tiene tres opciones: - Llevar adelante la investigación hasta el requerimiento de juicio. - Propiciar una instancia de mediación entre las partes o alguna otra solución alternativa del conflicto. - Aplicar algún criterio de oportunidad. Para ello, debe previamente haberse consagrado legislativamente dos institutos procesales propios del sistema acusatorio: los métodos alternativos de solución de conflictos y la aplicación de criterios de oportunidad, ambos impensados en un rígido sistema escritural-inquisitivo. Así, en el art. 215 del nuevo C.P.P.N., dice:

“Recibida una denuncia, querrela, actuaciones de prevención o promovida una investigación preliminar de oficio, el representante del Ministerio Público Fiscal formará un legajo de investigación, en el que deberá constar una sucinta descripción de los hechos, situándolos en tiempo y lugar, y deberá adoptar o proponer en el plazo de quince (15) días algunas de las siguientes decisiones: a) La desestimación de la instancia por inexistencia de delito; b) El archivo; c) La aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad; d) Iniciar la investigación previa a la formalización; e) Formalización de la investigación; f) La aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos en este Código”.

Luego se procede a los allanamientos demoraron a los autores del ilícito y secuestrando los estupefacientes y demás recursos utilizados para el fraccionamiento y comercialización de los mismos.

Finalmente, los recursos y los estupefacientes secuestrados y los detenidos quedan a disposición de las Fiscalías Penales correspondientes a cada zona de la ciudad de Salta.

La etapa preparatoria finaliza con la presentación del requerimiento de juicio, considerándose a partir de entonces como clausurada, iniciándose a partir de allí la etapa intermedia, que se verá seguidamente. Respecto al requerimiento de juicio del proceso acusatorio, es preciso tener en cuenta que debe cumplirse con los lineamientos constitucionales que informan el debido proceso legal, que hemos venido enunciando. En dicho marco, un sistema acusatorio correctamente estructurado, permite al fiscal elegir la

hipótesis acusatoria (teoría del caso) en base a la evidencia colectada en esta etapa. Bajo este presupuesto debe realizarse el requerimiento de juicio, que debe cumplir con ciertos requisitos normativos estandarizados, los que se verán oportunamente en la etapa que sigue. Baste decir que, como resulta lógico al proceso acusatorio que venimos delineando, el requerimiento de juicio debe referirse a los mismos hechos que resultaran del decreto de determinación de los hechos, y a aquellos que hayan sido intimados al imputado en la audiencia formal respectiva.

3.6. Metodología de Investigación

El trabajo de investigación, se encuentra a cargo del Ministerio de Seguridad y de la Policía de la Provincia en relación a la lucha contra el narcotráfico y el microtráfico.

Se trabaja en conjunto con otras Fuerzas de Seguridad y la Justicia.

Los modos de inicio de una investigación preparatoria es la denuncia, que es la puesta en conocimiento voluntaria por parte de un particular o de un funcionario público, al Fiscal, de un delito de acción pública del que haya tenido noticia, haya sido víctima de él o no. Dado que la regla general es que quien reciba las denuncias sea el Ministerio Público Fiscal - en la creencia que la policía debe estar en la calle haciendo prevención y colaboración vecinal y no recibiendo denuncias, en tanto suele carecer de la especificidad jurídica necesaria - es que muchas de las estructuras de los ministerios públicos que se desempeñan en rituales acusatorios han abierto varios canales de recepción de denuncias, a fin de poder cumplir acabadamente con este presupuesto.

En virtud de esto, la denuncia no debe ser ni escrita, ni ser firmada por letrado. Sólo requiere formularse por persona física cierta e identificada, contener mínimamente un relato de los hechos presuntamente delictivos y la prueba que pueda aportarse, si la hay o si se la conoce (debe recordarse que a quien le compete la producción y reunión de prueba es al Fiscal y no al simple ciudadano de a pie). Sólo han de regir los límites clásicos a la denuncia, como la prohibición de la denuncia anónima o la imposibilidad de denunciar a ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge o pareja civilmente constituida, a no ser que alguno de éstos cometa o vaya a cometer un delito contra un pariente más próximo en grado o contra quien denuncia o vaya a atentarse contra un menor o un incapaz. Respecto a la legitimación procesal del denunciante, siempre se ha entendido que en tanto lo único que hace es poner en marcha el sistema procesal a través de la *notitia criminis* al Estado, no reviste el carácter de parte, en tanto no tiene un interés

legítimo y directo para accionar. Distinto es el caso de ser la víctima o haber sido declarado querellante en el caso.

Posteriormente, se realizan allanamiento, detenciones y secuestros de recursos utilizados para el fraccionamiento y comercialización de estupefacientes, a partir de denuncias anónimas procediéndose luego a realizar investigaciones por parte del departamento de Inteligencia de la Policía de Salta.

El control del trabajo policial permite detectar delitos debido a la descentralización de los grupos de Investigadores de Anti droga.

Existe un sistema rotativo, lo cual permite optimizar las investigaciones y descubrir anomalías en los diversos sectores, esto sumado a un trabajo articulado con otras fuerzas, además de las Fiscalías provinciales y nacionales, según lo requiera cada caso.

3.7. Allanamiento. Clases.

El allanamiento, en Derecho procesal penal, es el ingreso en un domicilio con fines de investigación: el registro del lugar, en búsqueda de objetos o personas relacionadas con un delito, o con motivo de algún otro acto procesal.

El allanamiento puede ser: 1) total, cuando reconoce todas las pretensiones del demandante, y 2) parcial, cuando reconoce sólo una parte de las pretensiones del actor siempre que sean susceptibles de pronunciamiento por separado. No será admisible el allanamiento cuando éste se hiciere en fraude de ley o supusiera renuncia al interés general o perjuicio de tercero.

Los integrantes de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán los siguientes deberes durante los allanamientos:

- 1) Cuidar que los rastros materiales del hecho sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique.
- 2) En caso necesario y cuando la naturaleza del hecho lo justifique, disponer que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan. De lo actuado se deberá dar cuenta de inmediato al/la Fiscal.
- 3) Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante

inspecciones, planos, fotografías, filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

- 4) Interrogar a los testigos, asentando sus dichos en simple acta al solo efecto de orientar las pesquisas.
- 5) Aprender a los presuntos/as autores / as en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente.
- 6) Disponer las requisas con arreglo a lo dispuesto en este Código con inmediata noticia al/la Fiscal competente.
- 7) Disponer la clausura preventiva del lugar en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente.
- 8) Hacer uso de la fuerza pública en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia y proporcional con el mal que se quiere hacer cesar".

3.8. Elaboración y recolección de la prueba y de las pruebas especiales.

En la etapa preparatoria, se ponen en juego las hipótesis antagónicas de un presunto hecho delictivo puesto en conocimiento del Fiscal, se procura reunir las pruebas necesarias para acreditarlas, desembocando en un pedido de elevación a juicio, en una solución alternativa o en un archivo del caso, pudiendo o no importar el sobreseimiento de la persona que haya resultado imputada en el mismo.

Esta etapa es, predominantemente, desformalizada, a no ser por los actos que impliquen afectación a garantías constitucionales, los que deberán estar correctamente formalizados y contar con el debido contralor jurisdiccional. Asimismo, y como sucede a lo largo de todo el proceso, es una etapa donde las decisiones jurisdiccionales guardan inmediatez con la audiencia previa donde necesariamente deben ponerse en juego las cuestiones a dirimir por las partes (excepciones, nulidades, medidas cautelares, etc.), consagrándose así la oralidad.

Frente al conocimiento de la presunta comisión de un hecho aparentemente delictivo, comúnmente conocida como "notitia criminis", se pone en marcha una reacción del Estado, pautada generalmente en los ordenamientos procesales, encaminada a formalizar dicho conocimiento. El modo en el que se toma conocimiento del presunto hecho luego determinará el modo concreto de inicio. Así, la investigación preparatoria puede iniciarse por: a) Iniciación por el Fiscal de oficio Este presupuesto se da cuando es el propio fiscal (o en el marco del Ministerio Público Fiscal) quien toma conocimiento de

un hecho presuntamente delictivo y lo formaliza procesalmente. Ése conocimiento directo se da cuando el fiscal percibe el presunto hecho a través de sus sentidos. Así, suele darse el ejemplo del Fiscal que concurre a un espectáculo deportivo y presencia algún hecho, o a través de la lectura de algún medio de comunicación (televisivo, escrito, radial, electrónico) de un hecho que él considera delictivo y entonces lo somete a proceso. Al respecto resulta necesario tener en cuenta que la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 1903) específicamente consagra esta potestad en su art. 20 que refiere:

Facultades de investigación: los/as magistrados/as del Ministerio Público, en cualquiera de sus jerarquías, pueden requerir, para el mejor cumplimiento de sus funciones en el ámbito de su competencia, informes a los organismos administrativos, a las empresas prestadoras de servicios públicos y a los particulares, así como disponer la intervención de la autoridad preventora para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, sin perjuicio de las demás atribuciones que les confieren los ordenamientos procesales en el ámbito específico de las causas en trámite.

Debiéndose considerar que tal potestad también es concerniente tanto para los Fiscales como para los Defensores Oficiales en su calidad de integrantes de dicho Ministerio. En estos casos el permiso no presenta mayores problemas, dado que el Fiscal, en tanto funcionario público, está obligado a denunciar (aunque técnicamente no es una denuncia) el delito, aunque en este caso lo denuncia a sí mismo, entendiéndose que esa oficiosidad responde al mandato de formalizar todos los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento. Para el caso que la materia o la competencia territorial del hecho sean ajenas a las del funcionario que toma conocimiento, ahí entonces, inicialmente, revestiría el carácter de denuncia, ya que debería constituirse en la agencia judicial o policial que resulte competente en el caso. Asimismo, el hecho que sea el Fiscal sea el director de la investigación no obsta que sea él mismo quien ponga en marcha la misma, dado que se entiende que el fiscal, aunque garante de la legalidad del proceso, es totalmente parcial, a lo que debe aunarse el carácter de funcionario público ya reseñado. b) Iniciación por el Fiscal en virtud de prevención policial Este quizás es el modo más común de inicio de un caso penal y ocurre cuando el Fiscal recibe en su fiscalía una actuación de prevención de alguna de las fuerzas de seguridad que coadyuvan en ese sentido y que ha tomado conocimiento indirecto de la presunta comisión de un hecho típico. En este sentido, debemos recordar que una de las misiones que históricamente se le concedieron - y se le conceden - a las fuerzas policiales es la de funcionar como auxiliar de la Justicia. Así y en este rol, cuando toman conocimiento de un hecho, deben inmediatamente comunicarlo

al Fiscal correspondiente, ya que será éste quien decidirá qué hacer, qué medidas disponer y qué rumbo han de tomar las actuaciones de prevención. En esta función denominada "prevencional", la fuerza policial debe actuar necesariamente ante todos los hechos que lleguen a su conocimiento, comunicándolos al fiscal, sin perjuicio de impedir que ése hecho continúe o tenga consecuencias ulteriores, de identificar a los participantes del mismo (ya sea como víctima, damnificado, o sujeto activo, procurando que, según el caso, permanezcan bajo su custodia) y de asegurar la prueba existente y reunir la pendiente. Siempre y en todos los casos, los funcionarios policiales, en cuanto funcionarios públicos regidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, deben respetar todas las directrices vigentes en la materia, sin perjuicio de los señalamientos concretos que le haga el titular de la acción penal. Por ello, los ordenamientos procesales suelen tener un acápite específico relativo a las facultades y obligaciones que posee la policía en función prevencional de auxilio judicial. En este sentido, dice el Art.90 del CPPN (Ley 27.063):

La policía y demás fuerzas de seguridad deberán: a. recibir denuncias; b. entrevistar a los testigos; c. resguardar el lugar del hecho y cuidar que los rastros e instrumentos del delito sean conservados; d. incautar los documentos y todo elemento material que pueda servir a la investigación, cuando les esté permitido; e. custodiar los elementos secuestrados, dejando debida constancia de las medidas adoptadas con el objeto de preservar la cadena de custodia; f. hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, video filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la investigación; g. practicar las diligencias orientadas a la individualización de los autores y partícipes del delito dispuestas por el representante del Ministerio Público Fiscal; h. recabar los datos que sirvan para la identificación del imputado, con los límites establecidos por este Código; i. prestar auxilio a las víctimas y proteger a los testigos; j. reunir toda la información de urgencia que pueda ser útil al representante del Ministerio Público Fiscal; k. efectuar el arresto, detención o incomunicación de personas en los casos autorizados, informándoles sus derechos en forma inmediata y comprensible.

3.9. Los testigos

El Código Procesal Penal de Salta, en el artículo 317, y posteriores, determina los derechos de los testigos, las obligaciones de testificar, los casos en que se presenta la

prohibición a testificar, las facultades y el deber de abstención, la formalidad de citación para los testigos y aquellos a los cuales debe citarse a la distancia y las formas de declarar. Así, se desarrolla a continuación los distintos aspectos mencionados:

Derechos del testigo ART. 317.- Desde el inicio de un proceso penal y hasta su finalización, el Estado garantizará a los testigos convocados a la causa por el Fiscal o por el órgano jurisdiccional, el pleno respeto de los siguientes derechos: a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe; c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado; e) Cuando se tratara de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación. Tales derechos se harán conocer al testigo al momento de practicar la primera citación. Deber de interrogar.

Obligación de testificar ART. 318.- Se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad. Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento del Fiscal y declarará la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por las leyes. Deberán formalizarse en el legajo de investigación, conforme lo establecido en este capítulo, las declaraciones que por su trascendencia y relevancia probatoria el Fiscal entendiera esenciales para fundar el Requerimiento de Remisión a Juicio o preservar para el Juicio o las que el Juez de Garantías entienda necesarias para la adopción de medidas cautelares. Capacidad de atestiguar.

Valoración ART. 319.- Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de su valoración conforme las disposiciones de este Código.

Prohibición de declarar ART. 320.- No podrán declarar en contra del imputado, bajo sanción de nulidad, su cónyuge, quien conviva en aparente matrimonio con él, sus ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado.

Facultad de abstención ART. 321.- Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, víctima, querellante o actor civil, o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o

contra un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado. Podrán abstenerse de declarar las personas comprendidas en la legislación nacional correspondiente al régimen de periodistas profesionales, sobre las informaciones y las fuentes de las que tome conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio del periodismo, cualquiera fuere la naturaleza de aquéllas. Este derecho comprende el de reservar los materiales y datos relacionados con su tarea. El testigo no podrá abstenerse en los casos en que la propia fuente de la información lo releve expresamente del secreto. Antes de iniciarse la declaración y bajo sanción de nulidad, se advertirá a estas personas que gozan de esa facultad, de lo que se dejará constancia.

Deber de abstención ART. 322.- Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo sanción de nulidad, los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, estas personas no podrán negarse a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo el supuesto de los ministros de culto admitido. Si el testigo invocare erróneamente el deber de abstención, con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá, sin más, a interrogarlo, dejándose constancia de ello en el acta.

Citación ART. 323.- Para el examen de testigos, se libraré orden de citación con arreglo a las normas previstas en este Código referidas a las notificaciones y citaciones, con las excepciones previstas en el presente capítulo. Sin embargo, en caso de urgencia, podrán ser citados por cualquier medio, inclusive verbal, dejándose constancia. El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

Declaración a distancia ART. 324.- Cuando el testigo resida en un lugar distante de la Fiscalía o sea difícil el traslado, se comisionará la declaración de aquél, por exhorto u oficio al órgano competente de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio. En este caso, se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda al citado. En casos que así lo requieran, el Fiscal podrá constituirse en el lugar en que el testigo se encontrare a estos efectos. Igualmente, el Fiscal podrá disponer que el testigo sea citado a la oficina del Ministerio Público más cercana para ser interrogado en forma directa por video conferencia u otros medios técnicos pertinentes, dejándose constancia

en el acta de la intervención del Fiscal requerido y de la incorporación del soporte que registra el testimonio.

Compulsión. Arresto ART. 325.- Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme el artículo 206, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda. Si después de comparecer el testigo se negare a declarar, el Juez de Garantías, a petición del Fiscal, dispondrá su arresto hasta por dos (2) días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él la causa que corresponda. Igualmente podrá ordenarse el arresto inmediato de un testigo cuando haya temor fundado que no pueda lograrse su comparecencia. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, la que nunca excederá de veinticuatro (24) horas.

Formas de declaración ART. 326.- Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido de las penas de falso testimonio y prestará juramento o promesa de decir verdad, bajo sanción de nulidad, con excepción de los condenados como partícipes del delito que se investiga u otro conexo y los menores de dieciséis (16) años. Se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad. Después se le interrogará sobre el hecho de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 166. Para cada declaración se labrará acta.

3.10. Competencia de las Fuerzas de Seguridad Nacionales y Provinciales.

El artículo 36 del Código Procesal de Salta, en el título Conexión con causas de jurisdicción provincial, determina la Competencia de las Fuerzas de Seguridad Nacionales y provinciales:

ART. 36.- Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro de jurisdicción de otra provincia o nacional, primero será juzgado en Salta, si el delito imputado fuere de mayor gravedad, salvo que el Tribunal estimare conveniente diferir su decisión y suspender el trámite del proceso hasta después de que se pronuncie la otra jurisdicción. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

3.11. Destino de los bienes secuestrados.

El destino de los bienes secuestrados, se norman de la siguiente manera en el Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, en su capítulo III, Restitución de objetos

secuestrados, en los artículos 609 a 612, donde se norma sobre los objetos decomisados, su restitución y retención, normando a la vez sobre el juez competente para este caso, determinando finalmente el destino de los objetos no reclamados:

RESTITUCIÓN DE OBJETOS SECUESTRADOS

Objetos decomisados ART. 609.- Cuando la sentencia importe el decomiso de algún objeto, el Tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza.

Restitución y retención de cosas ART. 610.- Las cosas secuestradas no sujetas a decomiso, restitución o embargo, serán devueltas a la persona de cuyo poder se secuestraron o a quien acredite ser su dueño. Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser embargadas y retenidas en garantía de los gastos y costas del proceso y de las responsabilidades pecuniarias impuestas.

Juez competente Art. 611. Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de efectivizarla, el Tribunal dispondrá que los interesados concurran ante la jurisdicción civil.

Objetos no reclamados ART. 612.- Si después de transcurrido un (1) año de la terminación de un proceso nadie reclama o acredita tener derecho a la restitución de cosas y objetos que no se secuestran en poder de una persona determinada, se dispondrá su decomiso.

3.12. Conclusiones Parciales

La ley N° 7690, respecto de la competencia, refiere a la competencia Material, determinando los supuestos en los cuales la Corte de Justicia decidirá, determina la actuación de los miembros del Tribunal de Impugnación, determina los casos en los cuales actuarán los Jueces del Tribunal de Juicio, divididos en Tribunales Unipersonales, los casos en los cuales actuará el Juez de garantía, las competencias del juez de detenidos, la determinación de la competencia en base a la pena establecida por la ley para la infracción consumada y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas, por concurso de hechos de la misma competencia y la nulidad por incompetencia.

Lo expuesto y lo analizado en la Ley N° 23.737 muestra la adecuación de la Ley N° 7690 a la ley mencionada y para ello, se analiza dicha adecuación en el fallo “C/C COLQUE, RAMIRO SEBAS-TIÁN – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. CJS 37.308/14). Se hace referencia a la figura de ultra intención, referida a la voluntad evidenciada por el sujeto denotando su intención de comerciar con la sustancia prohibida. Se señala además, que no puede pasarse por alto, bajo ningún punto de vista que lo único que le está vedado a la justicia provincial en la aplicación de la Ley N° 23737, son los tipos penales que no fueron incluidos dentro de la Ley N° 26052, pero de allí en más todas las pruebas especiales incorporadas por la Ley N° 24424 no sólo están permitidas sino que legalmente pueden ser utilizadas íntegramente, entre ellas, las filmaciones, los testigos de identidad reservada, los agentes encubiertos, las entregas vigiladas y los arrepentidos. De modo que la propia ley facilita las investigaciones por distribución de droga, de allí que no hace falta ningún artilugio para torcer el espíritu que tuvo en miras el legislador: prevenir y reprimir el narcotráfico dentro de la legalidad. Además, alude al peligro abstracto para la sociedad al que hace referencia la Ley N° 23.737. Otra de las adecuaciones que de la legislación salteña a la legislación nacional, se observa en las premisas probatorias. De esta manera, se puede determinar en este fallo, cómo en la en la ciudad de Salta, la legislación se adecua a las normas internas a estándares nacionales en el marco de la transformación normativa, en base a sustentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales.

Respecto al Juez de garantías, se puede establecer que por medio de la Ley N° 7976, se modifica la ley N° 7690. En su artículo 3° se sustituye el artículo 425 de la Ley 7.690, Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, por el siguiente texto, que refiere

a la suspensión del proceso a prueba, mediante la formalización en Actas para ser presentado al Juez de garantías, determinándose además, que el control del cumplimiento de las condiciones, quedará a cargo del Tribunal que la otorgue, con la colaboración de la Secretaría de Control de Suspensión de Proceso a Prueba y determina el caso en los cuales no se procederá a dicho proceso. Por lo tanto, el Juez, que controlará el adecuado cumplimiento de las garantías constitucionales en el caso, practicará los actos que requieran su intervención o venia y declarará de oficio la nulidad de cualquier instancia o actuación contraria al norte constitucional, siempre velando por los derechos de los sujetos del proceso, muy especialmente, la víctima y el imputado.

Las investigaciones del Fiscal, en la ciudad de Salta, se inician generalmente a partir de las denuncias anónimas, sobre actividades ilícitas respecto del microtráfico de estupefacientes, iniciándose la investigación a cargo de personal policial, dependiente de la Unidad Fiscal de narcocriminalidad. A partir de este momento, reunidos los elementos probatorios necesarios, se solicita orden de allanamiento y detención para el domicilio, donde se procede generalmente a secuestrar estupefacientes, dinero, celulares y otros elementos de interés para la causa.

El trabajo de investigación, se encuentra a cargo del Ministerio de Seguridad y de la Policía de la Provincia en relación a la lucha contra el narcotráfico y el microtráfico. Se trabaja en conjunto con otras Fuerzas de Seguridad y la Justicia.

El allanamiento, en Derecho procesal penal, es el ingreso en un domicilio con fines de investigación: el registro del lugar, en búsqueda de objetos o personas relacionadas con un delito, o con motivo de algún otro acto procesal. El allanamiento puede ser: 1) total, cuando reconoce todas las pretensiones del demandante, y 2) parcial, cuando reconoce sólo una parte de las pretensiones del actor siempre que sean susceptibles de pronunciamiento por separado. No será admisible el allanamiento cuando éste se hiciese en fraude de ley o supusiera renuncia al interés general o perjuicio de tercero.

En la etapa preparatoria, se ponen en juego las hipótesis antagónicas de un presunto hecho delictivo puesto en conocimiento del Fiscal, se procura reunir las pruebas necesarias para acreditarlas, desembocando en un pedido de elevación a juicio, en una solución alternativa o en un archivo del caso, pudiendo o no importar el sobreseimiento de la persona que haya resultado imputada en el mismo.

Por otra parte, el Código Procesal Penal de Salta, en el artículo 317, y posteriores, determina los derechos de los testigos, las obligaciones de testificar, los casos en que se presenta la prohibición a testificar, las facultades y el deber de abstención, la formalidad de citación para los testigos y aquellos a los cuales debe citarse a la distancia y las formas de declarar.

Finalmente, el destino de los bienes secuestrados, se norman de la siguiente manera en el Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, en su capítulo III, Restitución de objetos secuestrados, en los artículos 609 a 612, donde se norma sobre los objetos decomisados, su restitución y retención, normando a la vez sobre el juez competente para este caso, determinando finalmente el destino de los objetos no reclamados.

Capítulo 4 Controversia legislativa y doctrinal

4. Introducción

En el presente capítulo, se analizan las controversias legislativas y doctrinales, como así también el rol de los ciudadanos y el derecho comparado frente a esta problemática.

4.1. Controversias en la normativa: aportes doctrinales de reconocidos juristas

Llovera y Scialla (2016: 91), sostienen que: “(...) *la falta de coordinación de estrategias en la lucha contra el microtráfico de estupefacientes y su carácter, de algún modo irreconciliable, devino tanto el rasgo que identificó al período 2003-2015, como la característica que se vislumbra en el presente*”. Aclaran que la misma emerge a nivel territorial al momento en el que las estrategias punitivistas socavan la posibilidad de tender intervenciones sociales basadas en un enfoque de derechos humanos. Ante ello, los autores afirman que es así cómo, hacia el final de esta década larga comprendida entre 2003 y 2015, se evidencia el recrudecimiento de las contradicciones presentes en las políticas públicas en materia de drogas, manifestándose una convivencia conflictiva entre lo punitivo y lo sociocomunitario, el prohibicionismo y la reducción de daños, el despliegue de recursos para garantizar un control represivo de los sujetos y territorios y el esfuerzo por garantizar los derechos humanos de las usuarias y usuarios de sustancias. Los autores, hacen referencia a la actual gestión del presidente Macri y en la celebración de la Sesión Especial de la Asamblea General de la Naciones Unidas sobre drogas (UNGASS), llevada a cabo en 2016, donde el discurso de la ministra de Relaciones Exteriores Susana Malcorra no permaneció ajeno a las contrariedades que se señalan quien se refirió a la droga entendiéndola como un “flagelo” ante el cual es necesario librar una guerra, desplegar un plan de lucha, enunciados con reminiscencias directas al prohibicionismo.

Llovera y Scialla (2016: 92), señalan ante el discurso de la ministro que: *Cabe decir que, si bien en el discurso de la ministra se mencionó la necesidad de colocar a los sujetos y no a las sustancias en el centro del diseño de las políticas sobre drogas, no se enfatizó en la necesidad de englobar al problema desde el ámbito de la salud pública, ni de adoptar estrategias como la reducción de daños.*

En relación a los procesos de despenalización de sustancias, se evidenció un cambio en la orientación de Argentina en la que primó la tendencia despenalizadora. Sin embargo, en el contexto de la gestión del presidente Macri, no existió alusión al respecto desde la iniciativa oficial. Sin embargo, se hizo hincapié en la necesidad de adoptar un enfoque en materia de derechos humanos en lo que respecta a los consumidores, situación

que desde la mayoría de los países latinoamericanos se considera inviable sin promover procesos de despenalización y descriminalización de los usuarios de sustancias.

Por otra parte, la reactualización de las penas y multas correspondientes a la Ley 23.737, materializadas en la sanción de la Ley 27.302 durante el año 2016, demuestran serios indicios de que no existe iniciativa de modificación del tratamiento penal que reciben los usuarios de drogas para consumo personal, ni temas y debates, cobrando notoriedad en los últimos meses organizaciones de madres de niños con trastornos del espectro autista y epilepsia, entre otros padecimientos, que reclaman la posibilidad de utilizar el aceite de cannabis con fines medicinales, lo cual ha promovido debates locales.

Además, como señalan Friedheim y Londoño Barreneche (2017), la reactualización del texto de la Ley 23.737 en la Ley 27.302 sólo modifica sustancialmente los apartados referentes a la categorización de las sustancias y sus precursores químicos, lo cual reviste también ciertas conflictividades dado el uso de una amplia gama de los mismos para actividades vinculadas a industrias lícitas.

En lo que respecta a las figuras de tenencia para consumo personal y de cultivo para fines personales, la criminalización continúa vigente. Es decir, persiste su consideración como delitos desde la normativa oficial, a pesar del amplio y prolongado proceso de discusión que detallamos en el desarrollo de este artículo. Algunos autores vinculados a la sociología penal elaboran análisis que pretenden relacionar a los paradigmas vigentes en materia de drogas con racionalidades políticas y concepciones de sujeto particulares y divergentes pero que operan, no obstante, en un mismo contexto internacional.

Autores, como O' Malley (2006), sin dejar de reconocer las potencialidades que ha mostrado el paradigma de la reducción de daños en comparación con el prohibicionismo, plantea que el primero se inscribe en una retórica de los "consumidores", los "clientes", los "usuarios". La misma se vincula a un proceso por el cual el Estado deja de ser el núcleo directivo que monopolizaba atribuciones y comienza a compartir o a despojarse de muchas actividades y responsabilidades, implicando un descentramiento. Este autor plantea que, antes que por presiones culturales hacia la diversificación verdaderamente surgidas en el seno de las comunidades, dicho descentramiento es impulsado por think tanks e institutos políticos.

"Desde esta perspectiva, el discurso de que la comunidad debe ser creada, "empoderada", movilizadora y concientizada acerca de sus mejores intereses es uno de los sellos de la política neoliberal", según O'Malley (2006: 123).

Es en este contexto que se otorga prioridad a las demandas variables, a la libertad de elección de los ciudadanos en tanto usuarios, consumidores, sujetos racionales y autónomos con capacidad de reflexión y decisión ante el mercado y la sociedad, responsables y responsabilizados por sus acciones y consecuencias.

La “década larga” comprendida entre 2003 y 2015 ha puesto de manifiesto que existen numerosos consensos entre los diferentes sectores del arco político partidario, los movimientos de usuarios y trabajadores vinculados a la salud mental, los sectores académicos, buena parte de los funcionarios judiciales y un conjunto de países latinoamericanos abocados a promover y gestar procesos de despenalización de los usuarios de drogas. Sin embargo, en el diseño, gestión y aplicación de políticas públicas bajo el amparo de la legislación vigente, encontramos que este enfoque se encuentra amalgamado, no de manera espontánea ni poco contradictoria, con otro de carácter conservador. Este último es el que, en materia de drogas, continúa promoviendo tanto las criminologías del otro, al considerar a los consumidores como desviados, irracionales, enfermos, monstruosos; como al paradigma bélico propio del prohibicionismo. A través de este artículo, hemos intentado explicitar y analizar las tendencias que han entrado en pugna en el transcurso de esta etapa. Nos referimos no sólo a los contenidos de las normativas, sino a las políticas públicas que amparan y a los discursos y prácticas que son llevados a cabo dentro de los paradigmas que se enfrentan, prevalecen y –a veces– conviven: el prohibicionismo propio del dispositivo policial-judicial-sanitario; y la reducción de daños sostenida en un enfoque de derechos y un modelo socio-comunitario de atención. 95 temas y debates 34 / año 21 / julio-diciembre 2017 / A partir de este complejo panorama, con efectos concretos en las subjetividades corporeizadas de los usuarios de drogas, el interrogante que se cierne sobre el futuro refiere, entonces, a conocer qué tendencia prevalecerá en la tematización hegemónica del consumo problemático de sustancias como cuestión social. Se avizora, cuanto menos, un horizonte en el cual la pugna entre lo heredado y lo reformulado persiste.

4.2. Dificultades procedimentales

La ley N° 23.737 de estupefacientes al ser una ley nacional, corresponde por la materia que legisla, su aplicación a los tribunales federales o nacionales según lo que manda el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. El tema de estupefacientes, por su

índole y efectos en la salud pública, sin dudas afecta los intereses y seguridad de la Nación y es por ello que es aplicado por los Tribunales Federales.

Siguiendo con el artículo mencionado, en 6 incisos explicita cuáles tipos penales pasarían a la órbita provincial remitiendo a las disposiciones de la ley 23.737. Del inc. 1 al 3 trata sobre la desfederalización de las conductas previstas en los incs. c y e (inc. 1), penúltimo (inc. 2) y último párrafos (inc. 3), todos del art. 5 de la ley 23.737.

El artículo 2° de la Ley N° 26.052 es de vital importancia dado que es lo primordial en el tema de la desfederalización al definir qué figuras penales pasan a ser juzgadas por la justicia local. Para ello se hace una enumeración en seis incisos nombrando los tipos penales en cuestión, o sea, se remiten a otra parte de la misma ley 23.737.

Ahora bien, en el inc. 1 del mencionado artículo 2, en vez de referirse al número del artículo correspondiente y, por ende, remitirse a los tipos ya previstos, como por otra parte lo hacen los otros cinco incisos del art. 2, se optó por agregarle un requisito más a los incs. c y e. : *“1. Artículo 5° incisos c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor”*

Como se aprecia, se agregó otro requisito al tipo objetivo de los incs. c y e en los cuales no estaba previsto que los estupefacientes estén fraccionados en dosis y que esas dosis sean directas al consumidor. Por lo que se deduce que sólo los tribunales locales serán competentes cuando el comercio (inc. c) o la entrega, suministro o facilitación a título oneroso o gratuito (inc. e) de estupefacientes esté dividido en dosis y que esas “dosis”, insistimos, sean para el hipotético consumidor.

Por el contrario, sería competente el fuero federal si en estos casos el narcótico está compacto, y, por ende, no dividido o si se consideran que las dosis no son para eventuales consumidores directos. Este agregado restringe enormemente la competencia material del fuero local, el cual deberá aplicar los incs. c y e siempre con el agregado previsto en el inc. 1 de la ley 26.052, recordemos que la droga esté dividida en dosis para los consumidores.

El requisito comentado es muestra de una falla técnica legislativa al agregar otro elemento objetivo sólo para la justicia local de la ciudad de Buenos Aires y la provincia de Buenos Aires, en el fuero federal se aplicarían los incs. c y e del art. 5 sin el antedicho agregado y no hace más que complicar la aplicación correcta de la ley 23.737, de por sí dificultosa con tantos agregados y parches legislativos, sostiene Hairabedián (2010).

Siguiendo, los incs. 2 y 3 se refieren a cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que esté destinada a obtener

estupefacientes para consumo personal (penúltimo párrafo) o cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad surja también que es para uso personal. Es decir que este último párrafo fue agregado por el artículo 1° de la Ley N° 26.052. Ambos incisos contienen penas atenuadas que, si se dan las circunstancias, convendría invocar a favor del imputado.

El inc. 4 se refiere al art. 14 que contiene la tenencia simple y para consumo, que a partir de ahora será de aplicación en la provincia. El inc. 5 hace mención al art. 29 de ley de drogas cuando se falsifiquen recetas para procurarse estupefacientes.

Culmina el inc. 6 refiriéndose a los arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater, del Código Penal, que incluyen a las personas que estando habilitadas para vender o recetar estas sustancias, lo hacen sin receta o sin autorización ya sea por dolo o culpa, entre otros hechos punibles.

4.3. El rol del ciudadano

Ortega (2007) señala que en el mundo se debate sobre las medidas que funcionan para prevenir las adicciones. Añade el autor que no hay muchas certezas al respecto, puesto que no han funcionado las campañas publicitarias con sus spots en televisión o en radio, sus festivales musicales y sus sermones. Poco ha servido que en algunas escuelas se hable en clases sobre el asunto. Menos aún han funcionado los consejos paternales que toman con desdén los adolescentes en plena búsqueda de su autonomía personal.

Respecto a estas formas de comunicación y aprendizaje es pertinente considerar la evaluación que expertos del Instituto Nacional de Justicia hicieron sobre programas de prevención del crimen, específicamente de aquel que consistía en llevar a jóvenes a visitar las prisiones con propósitos disuasivos. El programa fue un absoluto fracaso, porque lo que los visitantes veían no era a personas sufriendo, sino a delincuentes sonrientes, haraganeando y en actitud desafiante. Algo similar ocurre con los programas de prevención de las adicciones. Maestros, trabajadoras sociales o instructores hablan a los jóvenes de experiencias distantes. Muy otra cosa sucede en la dinámica de asociaciones tan prestigiadas como Alcohólicos Anónimos, donde adictos en rehabilitación rehabilitan a otros adictos y les hablan de sus experiencias de la forma más descarnada y conmovedora.

Por lo tanto, frente a las distintas acciones de prevención por parte del Gobierno, el autor señala que se debe lograr establecer si los cambios responden a las bondades del

programa o si se trata de resultados azarosos y no concluyentes, añadiendo que eso es lo que hay que hacer con todos los programas, ya sean públicos o privados de prevención de la adicción a las drogas. Esto, es lo que los ciudadanos deben exigir al gobierno y exigir a como padres, como maestros, como personas preocupadas por esta problemática tan difícil.

4.4. Legislación comparada

✓ Argentina

Como ya se expresó, actualmente rige la ley N° 23.737. La problemática, ha dado lugar a la presentación de 12 proyectos de reforma a la ley actual, 11 en la cámara de diputados y 1 en la de senadores. En dichos proyectos se observa coincidencia en la forma de afrontar los problemas de los adictos en el área de la ley de salud mental, crear programas de prevención, asistencia integral y despenalizar el consumo personal de estupefacientes, considerando que toda persona tiene derecho a una vida digna en libertad.

Asimismo, mantienen la figura de tenencia simple. Ninguno de tales proyectos menciona la cantidad que marcaría el límite de la posesión para consumo, circunstancia que consideramos defectuosa a los fines de pretender una ley que sea más objetiva, siendo el juez quién seguirá determinando, según su criterio, quien incurre en delito y quién no.

Con respecto a esta determinación, algunos proponen que se realice sobre la escasa cantidad, otros sobre el peligro causado a terceros. Solo un proyecto propone la derogación completa del artículo N° 14, sosteniendo que: *“(...) al seguir manteniendo la salvedad de los casos de tenencia para consumo, aclarando solo su no punibilidad, no habrá despenalización alguna y los usuarios seguirán criminalizados y sometidos a un proceso penal para demostrar su inocencia”*.

✓ Bolivia

Rige la ley N° 1008 del régimen de la coca y sustancias controladas, desde el año 1988, penando la tenencia o deposito por parte de personas que no cuenten con una habilitación del Ministerio de Previsión Social y Salud Pública, con la pena de tráfico de diez a veinticinco años y multa. La acción de consumir y el de poseer sustancias con el mismo fin es reprimida, previo dictamen de dos especialistas de farmacodependencia que determinen la cantidad, con una internación compulsiva hasta que se verifique que la persona está rehabilitada.

✓ Brasil

El artículo N° 28 de la ley N° 11.343, prevé tres tipos de condenas para la persona que adquiera, guarde o individuales para los casos que sea necesario, se deberá atender a las directivas del Sistema Único de Salud y de la Política Nacional de Asistencia Social, del CONAD y las redes de servicios de salud a las disposiciones del Ministerio de Salud. Se prevé la recepción de recursos del FUNAD por parte de las instituciones que sin fines de lucro se dediquen a los tratamientos terapéuticos.

La ley de drogas de Brasil del año 2006, no dispone penas privativas de libertad para el consumidor, empero, tampoco determina las cantidades que se consideraran para consumo personal, provocando esto una gran confusión en el trabajo de diferenciarlo del traficante.

✓ Chile

La Ley N° 20.000 del año 2005 sustituyente de la Ley N° 19.366, sanciona con multa, tratamiento obligatorio, trabajos en beneficio de la comunidad e inhabilitación para conducir a los particulares que consuman de manera pública. No se pena específicamente el consumo privado de cannabis pero si el artículo N° 8 de esta ley, pena expresamente el cultivo de la planta: *“El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes...”*.

Con la actualización del año 2007 se incorpora el microtráfico con la pena de 541 días a 5 años y multa, para estar exento de la pena el sujeto deberá justificar la posesión por tratamiento médico o consumo personal. Al no especificar cuantía, la persona estará sujeta a la decisión del juez que atiende en la causa, quien determinará si es consumidor o traficante y para el último caso la pena establecida es de 5 años y un día a 15 años y multa.

✓ Colombia.

En el año 2009 por medio de la reforma Constitucional que se realizó, se suprimió el apartado con tales libertades y se adoptó el criterio de la Ley N° 30 del año 1986 que penaliza el consumo y la tenencia con ese propósito, vigente en la actualidad. En el año 2011 se aprobó la Ley de Seguridad Ciudadana, que reforma el Código penal en materia de drogas, imponiendo penas severas al portador de pequeñas cantidades de marihuana y cocaína (Armenta, Metaal y Jelsma, 2012).

La ley N° 30, en su artículo N° 2, especifica las cantidades que son punibles como consumo personal: hasta 20 gramos de marihuana, hasta 5 gramos de marihuana hachís, hasta 1 gramo de cocaína o derivados, y hasta 2 de metacualona.

✓ Ecuador

La legislación distingue la tenencia o posesión ilícita de sustancias, en pertenencias de la persona, o lugar de trabajo, vivienda, etc., con una pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. Establece además, prisión de un mes a dos años cuando por su escasa cantidad se determine que es para consumo personal e inmediato.

✓ México

En este país rige la Ley General de Salud del año 2010, la cual en su artículo N° 237 prohíbe cualquier actividad que tenga relación con estupefacientes, desde la siembra hasta la tenencia consumo. En el año 2009, sobre el mes de Agosto, se realizó una reforma a la Ley General de Salud, el Código Penal Federal y el Código de Procedimientos Penales, conocida como la ley de narcomenudeo, que marcó tres cambios fundamentales: una cantidad máxima de porte de estupefaciente de acuerdo a sus características y con propósito de consumo (marihuana 5 gramos), distinguiendo así al usuario del narcotraficante; el segundo fue establecer competencias en todos los niveles de gobierno para combatir las drogas; y el tercero, y gran aporte que consideramos necesario destacar, la distinción entre drogadicto y consumidor.

✓ Paraguay

La ley vigente es la 1340/88, por medio del artículo N° 30, no pena el consumo de forma personal o el que se realice en base a una prescripción médica si la cantidad no es mayor de 10 gramos en el caso de la marihuana y 2 gramos de cocaína y demás opiáceos. Tal cantidad es determinada por un perito y un médico elegidos por el Ministerio de Salud Pública y otro por la parte culpada que lo desee, haciéndose cargo de las costas. Si es que la cantidad determinada es mayor que la que estipula la ley, la pena correspondiente será de dos a cuatro años. A su vez dispone de tratativas especiales en caso de dependencia previamente detectada por los mismos especialistas que trabajan sobre la cantidad.

✓ Perú

El Código Penal de 1991 estableció el régimen de drogas de este país, posteriormente atravesó por diversas reformas, una de las cuales prevé la microcomercialización, estipulando las cantidades máximas para algunos estupefacientes (100 gramos de marihuana y 10 gramos de sus derivados). En cuanto a la posesión de drogas para consumo, la ley expresa de manera explícita que no es punible siempre que no exceda las cantidades establecidas (8 gramos de marihuana, 2 de sus derivados). Su sistema jurídico penal, determina la eximición de responsabilidad sobre la comisión de

un hecho delictivo resultante de la dependencia o adicción, configurando además un antecedente de peligrosidad sobre el sujeto. También brinda tratamientos fijos o ambulantes y para los menores, medidas de carácter social y educativo.

✓ Uruguay

Desde el año 1974 rige la Ley N° 14.294, en el año 1998 tuvo lugar una reforma Ley N° 17.016 que castigó a quien tuviese estupefaciente que no fuere para su propio consumo, siendo este determinado por el Médico Forense, especialista y otro designado por la parte a su costa. Para la marihuana se estableció la cantidad máxima de 10 gramos y 2 gramos para la cocaína, heroína y demás opiáceos. Esta ley también fijó la imposición de tratamiento para los drogadictos que fueren encontrados consumiendo. En el año 2013 Uruguay pasó a marcar la historia como el primer país en el mundo que, no tan solo no pune a sus consumidores, sino que además legaliza el régimen de cultivo, producción, comercialización y consumo de marihuana por medio de la Ley N° 19.172.

✓ Venezuela

Rige la Ley Orgánica sobre sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas N° 4.636 del año 1993, que en el capítulo 1 del título IV, pena la posesión de drogas para consumo personal, señalando las cantidades máximas: 20 gramos de marihuana y 2 gramos de cocaína y las de distinto tipo a delimitar de acuerdo al criterio del juez.

✓ Estados Unidos

El Código de los estados americanos, sección 841, título 21 prohíbe fabricar, producir, poseer las sustancias. Las penas para quien no respete dicha prohibición se determinan según la cantidad, daño producido a terceras personas y reincidencia, verbigracia: el delito importa más de mil kilogramos la pena no puede ser inferior a 10 años, y si produce lesiones o muerte a demás 9 personas no puede ser menor a 20 años; si la cantidad es menor a 50 gramos no puede sobrepasar la pena de 5 años (Cavada, 2012). Aunque el consumo de marihuana sea ilegal a nivel federal, Estados como California ejercen de manera legal el expendio y consumo bajo receta médica, después que la Corte Suprema, ante la demanda del gobierno estadounidense, haya denegado en forma unánime el pedido de este último consistente en la prohibición. Sobre el año 2012, 17 estados legislaban sobre el uso terapéutico de la marihuana y otro seis se encontraban en tratativas (Cavada, 2012). En la actualidad dos Estados más se han sumado a este cambio: El Colorado y Washington. En noviembre del 2013 se aprobó una ley que permite el expendio de cannabis hasta 28 gramos en lugares determinados, y a personas mayores

de 21 años de edad. Actividades como cultivo, distribución y publicidad de la marihuana serán supervisadas por las autoridades locales.

✓ Holanda

Se destaca por el respeto a la libertad de acción de sus habitantes, tolerando de manera significativa el consumo de cannabis. Pero su política no es inducir a que las personas consuman, al contrario, tomando noción que la actividad siempre se ha realizado y se realizará, tiene como fin minimizar los riesgos. El expendio que realizan debe seguir ciertos requisitos como por ejemplo no vender drogas duras, no hacer publicidad, no superar la cantidad de 5 gramos, no causar perjuicios a terceros y no deben vender a menores de 18 años (Dolin, 2001).

4.5. Conclusiones Parciales

Existen controversias legislativas doctrinales al respecto, dando lugar a estrategias punitivistas que socavan la posibilidad de tender intervenciones sociales basadas en un enfoque de derechos humanos. Se observa una brecha entre el discurso y las acciones ya que no se enfatiza en la necesidad de englobar al problema desde el ámbito de la salud pública, ni de adoptar estrategias como la reducción de daños.

Desde el rol de ciudadanos, frente a las distintas acciones de prevención por parte del Gobierno, se debe lograr establecer si los cambios responden a las bondades del programa o si se trata de resultados azarosos y no concluyentes, añadiendo que eso es lo que hay que hacer con todos los programas, ya sean públicos o privados de prevención de la adicción a las drogas. Esto, es lo que los ciudadanos deben exigir al gobierno y exigir a como padres, como maestros, como personas preocupadas por esta problemática tan difícil.

Al analizar el Derecho comparado, se observa que existen países que expresamente penan la tenencia para consumo personal. Entre ellos Argentina, Brasil, Ecuador, México, Brasil, Bolivia, Venezuela, y otros que no penan la tenencia de forma explícita, pero sí establecen las cantidades máximas permitidas que serán consideradas de consumo personal, como México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Los países que no establecen cantidades máximas para que una posesión sea considerada de uso personal, han dejado esta determinación a criterio del juez y especialistas competentes como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela. Por otra parte, determinados Estados, imponen penas privativas de libertad, entre ellas Argentina, Chile y Ecuador. Además, Uruguay se caracteriza por ser el primer país en todo el mundo en que la marihuana se ha legalizado, tomando parte de manera activa el gobierno. Holanda, es un país reconocido por ser el estado en que los derechos individuales no se doblegaban ante el espíritu protector del estado.

CONCLUSIÓN

Desde el año 1930, en Argentina, se sanciona la ley N° 11.331, a los fines de modificar el art. 240 del Código Penal a los fines de incriminar la posesión y tenencia de drogas no justificadas en razón legítima, surgiendo así en el país, el momento fundante de la legislación prohibicionista hasta la actualidad. Posteriormente, con la presentación de un proyecto legislativo en el año 1942, se reprime la tenencia de sustancias cuando estén destinadas al comercio o para suministrárselas a otros y se excluye de la punición la tenencia de una dosis para uso personal el cual, si bien no fue aprobado, denota que ya en esos años existe un debate relacionado a la persecución penal de las prácticas privadas, poniendo en cuestión que la mera tenencia de drogas pueda ser tratada como un hecho delictivo. Más adelante, en 1968 surge la Ley N° 17.567, introduciendo una reforma del Código Penal (Ley N° 11.331) en el marco de un gobierno de facto a cargo del General Onganía, donde puede observarse cómo se anulan las garantías constitucionales, pero sin embargo, la tenencia de drogas para consumo personal se encontraba exenta de la autoridad de los magistrados y por lo tanto no era una conducta penalizada. Luego, con el regreso del gobierno constitucional en el año 1973, durante la presidencia de Cámpora, la reforma del Código Penal realizada durante el gobierno anterior es anulada por la Ley N° 20.059 restaurándose el régimen de la legislación anterior, evolucionando la legislación en Argentina, a la par de la evolución prohibicionista de E.E.U.U., denotando la influencia de sus resoluciones respecto de la problemática de las drogas. Pero puede observarse que la ambigüedad y/o imprecisión terminológica signa la legislación sobre drogas, puesto que en la ley N° 20.771, no existe una lista que determine cuáles son las sustancias, cuáles estupefacientes y cuáles psicotrópicos capaces de producir dependencia física o psíquica y se señalaba que al no ser definidas claramente, se debía remitir a una lista elaborada por la autoridad sanitaria y el uso de estupefacientes, y es en este momento donde el consumo de los estupefacientes es considerado no sólo un vicio, sino una posibilidad de propagación, un riesgo social y un peligro para toda la sociedad.

Posteriormente, a partir de la Ley N° 23.737, surge un régimen legal sobre estupefacientes y se tipifica entre otras conductas punibles, tanto la tenencia simple, como la tenencia para consumo personal y la tenencia con fines de comercialización, las cuales castiga con un sistema mixto que incluye la aplicación de penas y medidas de seguridad. Por otra parte, prevé medidas de seguridad, curativas y educativas como alternativa a la pena privativa de la libertad para quienes se consideren usuarios de drogas. A su vez,

instaura una detención del consumidor por tiempo indeterminado, bajo control judicial, pero de acuerdo con recomendaciones de peritos (médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, etc.) e impone al profesional de la salud mental a cumplir funciones no sólo de orden sanitario, sino también de agente de control social. Y es en esta etapa, donde también se observan distintos criterios para definir estupefacientes, como ya se expresaba en la Ley N° 20.771, ya que en su artículo 3, norma que comprenden los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica aquellos que se incluyan en la lista que elabora la autoridad sanitaria nacional.

Al analizar el delito de narcotráfico en Argentina, se puede afirmar que el tráfico ilícito de drogas se convirtió en el mundo, como una de las más grandes amenazas del nuevo siglo y en se consumen en promedio 13.341 kilos de cocaína y 184.991 kilos de marihuana. Sólo por la venta ilegal de estos estupefacientes, las bandas mafiosas recaudan 1.080 millones de dólares, unos 21.000 millones de pesos. Por su parte, según los cálculos realizados por Martín Verrier, el Subsecretario de Lucha contra el Narcotráfico, el consumidor de marihuana, gasta unos 7.200 pesos anuales en marihuana y los consumidores de cocaína, pagan 25.200 pesos por año. Es así, que en base a lo expuesto, según los cálculos realizados por la Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico, la comercialización ilegal de las dos principales drogas consumidas en Argentina, mueven unos 1.108 millones de dólares. Así, la infracción a la ley N° 23.737 es la tercera causa de encarcelamiento en el país, luego de los delitos de robo y homicidios, constituyéndose en uno de los factores que más inciden en el crecimiento de la población carcelaria.

De acuerdo a lo establecido por la ley N° 23.737, los tipos de delitos por microtráfico de estupefacientes son los siguientes: venta de sustancias medicinales sin receta médica, siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes, comercialización con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o tenencia con fines de comercialización, distribución, almacenamiento o transporte, comercialización con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, tenencia con fines de comercialización, distribución, almacenamiento o transporte y entrega, suministro, aplicación o facilitación a otro de estupefacientes a título oneroso.

En relación al microtráfico de estupefacientes en Argentina, es necesario establecer los límites del mismo y al analizar la ley 23.737, una ley marco para juzgar

todos los delitos relativos a estupefacientes, cualquiera sea su escala, se puede apreciar que no realiza distinciones en el amplio espectro de conductas asociadas al tráfico y comercialización de drogas. Falta de especificación por ejemplo en cuanto al peso o lugar del secuestro. La ley no establece distinción entre las cantidades de droga traficada, sino sólo en relación a casos muy particulares vinculados a la presunción de estar destinada la droga al consumo personal (y para los cuales siguen contemplándose penas), y segundo, con la penalidad aún vigente para la posesión de drogas, aun cuando resulte acreditado que estaban destinadas al consumo individual. En el contexto de la legislación argentina, si el sujeto activo es sorprendido comercializando sustancias estupefacientes no se hace distinción, para efectos de la modulación legal de la pena, entre las cantidades de droga comercializada. Diferente es la situación en los casos de siembra, cultivo, guarda de semillas y de entrega, suministro y facilitación ocasional a título gratuito, donde la pequeña cantidad de droga objeto de la conducta penada, sumada a la concurrencia de circunstancias que hagan presumir inequívocamente su destinado al uso personal, se traduce en una atenuación de la pena significativa para ambos grupos de conductas.

Finalmente, en relación al porte, el artículo 14 de la Ley 23.737 establece un castigo diferenciado, en consideración a si la droga estaba destinada al consumo personal o no. Si en virtud de la pequeña cantidad de droga portada y el resto de las circunstancias del hecho se puede presumir inequívocamente que el porte estaba destinado al consumo personal de estupefacientes, entonces la pena será de un mes a dos años de prisión, mientras que en el resto de los casos se establece la imposición de una pena de prisión que va de uno a seis años más el pago de una multa de trescientos a seis mil australes.

Ahora, lo relevante está en la circunstancia que a pesar de haberse llegado a la conclusión que la pequeña cantidad de droga portada estaba destinada solamente al consumo personal del individuo, de todas formas la ley impone una sanción, la cual incluso puede llegar a los dos años de prisión.

Al analizar los tipos de delitos correspondientes al microtráfico de estupefacientes, se puede determinar que, respecto a la venta de sustancias medicinales, dichas sustancias son normadas a través del El Decreto 150/92, el cual se aplica al registro, elaboración, fraccionamiento, prescripción, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos. Por su parte, Ley N° 23.737 en sus artículos 2°, 3° y 4°, establece las penas respecto a quién vendiese sustancias medicinales sin receta, cometiera negligencia, no cumpliera con los deberes establecidos en el artículo

204 del Código penal y sobre quién provea las sustancias medicinales sin receta médica para su comercialización. Las penas varían entre los 6 meses y los tres años y en algunos casos se trata de una pena establecida en dinero.

Respecto a la siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes y tráfico de estupefacientes, se observa a través de distintos fallos, que se pena la guarda de semilla, no en base a la posibilidad específica de producir estupefacientes, sino que hace referencia a un peligro abstracto como consecuencia de que esa materia prima derive en el tráfico de estupefacientes, aludiendo además a la conservación durante la guarda indebida de semillas, lo cual es un indicativo de la voluntad del autor de preservarlas, haciéndose alusión a la figura de una verdadera guarda; se presumen conductas pautadas en el artículo 5° de la ley expresada, tales como el dolo de tráfico, la ultraintención y el partícipe secundario en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y la distribución del tóxico, aún a título gratuito queda atrapada por la norma.

Ante lo expuesto y en relación a las penas, el artículo 5° de la Ley N° 23.737, determina la pena para quién cometa este delito correspondiente al microtráfico de estupefacientes, pena comprendida entre los cuatro y quince años de prisión y multa, señalando además, la inhabilitación entre cinco y quince años en el caso de una autoridad jerárquica de un organismo público, como así también establece la pena entre un mes y dos años de prisión a quién siembre para consumo personal y de seis meses a tres años de prisión para quién suministre a título gratuito dichas sustancias a personas para su consumo personal.

La competencia es la facultad que posee todo tribunal o juez para ejercer la jurisdicción en un asunto determinado. Existe una diferencia entre competencia y jurisdicción ya que la Jurisdicción es el poder del Estado de juzgar o de ejercer la función judicial, mientras que la competencia es la medida en que ese poder del estado le es dado a un tribunal determinado.

La primera clasificación que corresponde hacer respecto de la competencia es la que determina la actuación de tribunales federales y ordinarios. La competencia federal se encuentra asignada expresamente por normas de la Constitución Nacional y leyes dictadas por el Congreso de la Nación, como la Ley N° 27.146 la cual determina la

organización y competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, mientras que la competencia Provincial u ordinaria es la que ejerce cada una de las provincias dentro del ámbito de sus respectivos territorios al juzgar delitos comunes y las contravenciones o faltas ocurridas dentro de los estados provinciales.

Cuando por algún motivo surgen situaciones que provocan dudas o controversias sobre la competencia de un determinado órgano jurisdiccional sobre un concreto asunto, surgen las denominadas cuestiones de competencia que son, de modo genérico, aquellas que llevan a la decisión sobre quien deberá entender en esa causa puntual.

El trámite para resolver estos conflictos de competencia, se concreta mediante la “inhibitoria” o por “declinatoria”. La inhibitoria se interpone ante el Juez o Tribunal que se considera con competencia sobre el asunto en trámite, en tanto que la declinatoria, es el mecanismo por el que se peticiona ante el Juez o Tribunal entendido como incompetente, disponiendo los códigos que no podrán utilizarse de modo conjunto ambos medios.

Respecto a la desfederalización, se puede señalar que el tema de estupefacientes, por su índole y efectos en la salud pública, sin dudas afecta los intereses y seguridad de la Nación y es por ello que es aplicado por los Tribunales Federales, pero a partir de la Ley N° 26.052, la misma, en 6 incisos explicita cuáles tipos penales pasarían a la órbita provincial remitiendo a las disposiciones de la ley 23.737. Del inc. 1 al 3 trata sobre la desfederalización de las conductas previstas en los incs. c y e (inc. 1), penúltimo (inc. 2) y último párrafo (inc. 3), todos del art. 5 de la ley 23.737.

La ley N° 7690, respecto de la competencia, refiere a la competencia Material, determinando los supuestos en los cuales la Corte de Justicia decidirá, determina la actuación de los miembros del Tribunal de Impugnación, determina los casos en los cuales actuarán los Jueces del Tribunal de Juicio, divididos en Tribunales Unipersonales, los casos en los cuales actuará el Juez de garantía, las competencias del juez de detenidos, la determinación de la competencia en base a la pena establecida por la ley para la infracción consumada y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas, por concurso de hechos de la misma competencia y la nulidad por incompetencia.

Lo expuesto y lo analizado en la Ley N° 23.737 muestra la adecuación de la Ley N° 7690 a la ley mencionada y para ello, se analiza dicha adecuación en el fallo “C/C

COLQUE, RAMIRO SEBASTIÁN – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. CJS 37.308/14). Se hace referencia a la figura de ultra intención, referida a la voluntad evidenciada por el sujeto denotando su intención de comerciar con la sustancia prohibida. Se señala además, que no puede pasarse por alto, bajo ningún punto de vista que lo único que le está vedado a la justicia provincial en la aplicación de la Ley N° 23737, son los tipos penales que no fueron incluidos dentro de la Ley N° 26052, pero de allí en más todas las pruebas especiales incorporadas por la Ley N° 24424 no sólo están permitidas sino que legalmente pueden ser utilizadas íntegramente, entre ellas, las filmaciones, los testigos de identidad reservada, los agentes encubiertos, las entregas vigiladas y los arrepentidos. De modo que la propia ley facilita las investigaciones por distribución de droga, de allí que no hace falta ningún artilugio para torcer el espíritu que tuvo en miras el legislador: prevenir y reprimir el narcotráfico dentro de la legalidad. Además, alude al peligro abstracto para la sociedad al que hace referencia la Ley N° 23.737. Otra de las adecuaciones que realizó la legislación salteña a la legislación nacional, se observa en las premisas probatorias. De esta manera, se puede determinar en este fallo, cómo en la en la ciudad de Salta, la legislación se adecua a las normas internas a estándares nacionales en el marco de la transformación normativa, en base a sustentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales.

Respecto al Juez de garantías, se puede establecer que por medio de la Ley N° 7976, se modifica la ley N° 7690. En su artículo 3° se sustituye el artículo 425 de la Ley 7.690, Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, por el siguiente texto, que refiere a la suspensión del proceso a prueba, mediante la formalización en Actas para ser presentado al Juez de garantías, determinándose además, que el control del cumplimiento de las condiciones, quedará a cargo del Tribunal que la otorgue, con la colaboración de la Secretaría de Control de Suspensión de Proceso a Prueba y determina el caso en los cuales no se procederá a dicho proceso. Por lo tanto, el Juez, que controlará el adecuado cumplimiento de las garantías constitucionales en el caso, practicará los actos que requieran su intervención o venia y declarará de oficio la nulidad de cualquier instancia o actuación contraria al norte constitucional, siempre velando por los derechos de los sujetos del proceso, muy especialmente, la víctima y el imputado.

Las investigaciones del Fiscal, en la ciudad de Salta, se inician generalmente a partir de las denuncias anónimas, sobre actividades ilícitas respecto del microtráfico de estupefacientes, iniciándose la investigación a cargo de personal policial, dependiente de

la Unidad Fiscal de narcocriminalidad. A partir de este momento, reunidos los elementos probatorios necesarios, se solicita orden de allanamiento y detención para el domicilio, donde se procede generalmente a secuestrar estupefacientes, dinero, celulares y otros elementos de interés para la causa.

El trabajo de investigación, se encuentra a cargo del Ministerio de Seguridad y de la Policía de la Provincia en relación a la lucha contra el narcotráfico y el microtráfico. Se trabaja en conjunto con otras Fuerzas de Seguridad y la Justicia.

El allanamiento, en Derecho procesal penal, es el ingreso en un domicilio con fines de investigación: el registro del lugar, en búsqueda de objetos o personas relacionadas con un delito, o con motivo de algún otro acto procesal. El allanamiento puede ser: 1) total, cuando reconoce todas las pretensiones del demandante, y 2) parcial, cuando reconoce sólo alguna parte de las pretensiones del actor siempre que sean susceptibles de pronunciamiento por separado. No será admisible el allanamiento cuando éste se hiciese en fraude de ley o supusiera renuncia al interés general o perjuicio de tercero.

En la etapa preparatoria, se ponen en juego las hipótesis antagónicas de un presunto hecho delictivo puesto en conocimiento del Fiscal, se procura reunir las pruebas necesarias para acreditarlas, desembocando en un pedido de elevación a juicio, en una solución alternativa o en un archivo del caso, pudiendo o no importar el sobreseimiento de la persona que haya resultado imputada en el mismo.

Por otra parte, el Código Procesal Penal de Salta, en el artículo 317, y posteriores, determina los derechos de los testigos, las obligaciones de testificar, los casos en que se presenta la prohibición a testificar, las facultades y el deber de abstención, la formalidad de citación para los testigos y aquellos a los cuales debe citarse a la distancia y las formas de declarar.

Finalmente, el destino de los bienes secuestrados, se norman de la siguiente manera en el Código Procesal Penal de la Provincia de Salta, en su capítulo III, Restitución de objetos secuestrados, en los artículos 609 a 612, donde se norma sobre los objetos decomisados, su restitución y retención, normando a la vez sobre el juez competente para este caso, determinando finalmente el destino de los objetos no reclamados.

Existen controversias legislativas doctrinales al respecto, dando lugar a estrategias punitivistas que socavan la posibilidad de tender intervenciones sociales basadas en un enfoque de derechos humanos. Se observa una brecha entre el discurso y las acciones ya que no se enfatiza en la necesidad de englobar al problema desde el ámbito de la salud pública, ni de adoptar estrategias como la reducción de daños.

Desde el rol de ciudadanos, frente a las distintas acciones de prevención por parte del Gobierno, se debe lograr establecer si los cambios responden a las bondades del programa o si se trata de resultados azarosos y no concluyentes, añadiendo que eso es lo que hay que hacer con todos los programas, ya sean públicos o privados de prevención de la adicción a las drogas. Esto, es lo que los ciudadanos deben exigir al gobierno y exigir a como padres, como maestros, como personas preocupadas por esta problemática tan difícil.

Al analizar el Derecho comparado, se observa que existen países que expresamente penan la tenencia para consumo personal. Entre ellos Argentina, Brasil, Ecuador, México, Brasil, Bolivia, Venezuela, y otros que no penan la tenencia de forma explícita, pero sí establecen las cantidades máximas permitidas que serán consideradas de consumo personal, como México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Los países que no establecen cantidades máximas para que una posesión sea considerada de uso personal, han dejado esta determinación a criterio del juez y especialistas competentes como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela. Por otra parte, determinados Estados, imponen penas privativas de libertad, entre ellas Argentina, Chile y Ecuador. Además, Uruguay se caracteriza por ser el primer país en todo el mundo en que la marihuana se ha legalizado, tomando parte de manera activa el gobierno. Holanda, es un país reconocido por ser el estado en que los derechos individuales no se doblegaban ante el espíritu protector del estado.

A partir de lo expuesto, se puede señalar que se hace necesaria una integración en las políticas implementadas en la lucha contra las drogas, a los fines de hacer frente de manera global a este flagelo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Borinsky, M. (2016). La Justicia Federal Argentina: organización y funcionamiento. Recuperado de <https://www.infobae.com/opinion/2016/08/09/la-justicia-federal-argentina-organizacion-y-funcionamiento/>. 10 de Octubre de 2018.
- Breglia Arias, M. V. (2005). Tráfico de estupefacientes y modalidades. Análisis de la Ley 23.737. Recuperado de <http://www.consejosdederecho.com.ar/129.htm>. 5 de Octubre de 2018.
- Casas, L.; Olea, H.; Silva, F.; Soto, N. y Valenzuela, R. (2013). Estudios y Capacitación. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa. Chile: Defensoría Penal Pública.
- Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. (2016). Infracción a las drogas y problemáticas asociadas. Recuperado de <http://www.jus.gob.ar/media/3202712/drogas.pdf>. 12 de Diciembre de 2018.
- Friedheim, A. y Londoño Barreneche, D. (2017). Reforma de la Ley de Estupefacientes 23.737, sobre precursores químicos, determinación de multas y otras aventuras legislativas”, en Revista Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina>. 5 de Noviembre de 2018.
- Hurtado, G. (2003). Las drogas, entre el fracaso y los daños de la prohibición. Nuevas perspectivas en el debate despenalización / legalización. Santa Fé: CEADS – UNR / ARDA.
- Klipphan, A. (2018). Las alarmantes cifras que mueve el narcotráfico en Argentina para el consumo interno. Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/2018/03/31/las-alarmanes-cifras-que-mueve-el-narcotrafico-en-argentina-para-el-consumo-interno/>. 12 de Diciembre de 2018.
- Hairabedián, M. (2012). Fuero de Lucha contra el narcotráfico. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- López Bolado, J. (1977). Drogas y otras sustancias estupefacientes. Situación actual, su tráfico y tenencia. Buenos Aires: Plus Ultra.

- Llovera, M. S. y Scialla, M. (2016). Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado. Buenos Aires: Temas y debates 34.
- O'Malley, P. (2006). Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SEDRONAR (2007). El tráfico de estupefacientes en la Argentina. Un estudio sobre sus condicionantes estructurales y coyunturales. Recuperado de <http://www.observatorio.gov.ar/media/k2/attachments/ElZTrficoZdeZEstupefacientesZenZArgentina.ZAoZ2007.-.pdf>. 10 de Diciembre de 2018.
- Slapak, S. & Grigoravicius, M. (2006) Consumo de Drogas: La construcción social de un problema social. Anuarios de investigaciones Vol. 14 (pp. 239- 249).
- TNI y WOLA (2010). Sistemas Sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina, Amsterdam/Washington. Recuperado de <http://www.jus.gob.ar/media/3202712drogas.pdf>. 12 de Diciembre de 2018.
- Zaffaroni, E. (1994) Sobre cuestiones legales en drogadicción. En Barrionuevo, J (comp.), Drogadicción. Teoría y clínica (pp.113-120).Buenos Aires: El Espejo.

Legislación

- Decreto 150/92. Normas para el registro, elaboración, fraccionamiento, prescripción, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos. Ámbito de aplicación. Disposiciones generales. Buenos Aires, 1 de Enero de 1992.
- Ley N° 11.331. Código Penal. Modificación. Buenos Aires, 13 de Agosto de 1926.
- Ley N° 17.567. De Reformas al Código Penal. Buenos Aires, 12 de Enero de 1968.
- Ley N° 20.059. De Reformas al Código Penal. Buenos Aires, 14 de Agosto de 1973.
- Ley N° 20.771. Estupefacientes. Régimen Penal, Buenos Aires, 3 de Octubre de 1974.
- Ley N° 23.444. Convenios. Buenos Aires, 14 de Noviembre de 1986.
- Ley N° 23.737. Código Penal. Modificación. Buenos Aires, 9 de Octubre de 1989.
- Ley N° 26.052. Estupefacientes. Buenos Aires, 30 de Agosto del 2005.

- Ley N° 7690. Código Procesal Penal. Salta, 16 de Noviembre de 2011.
- Ley N° 27146. Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal. Buenos Aires, 17 de Junio de 2015.
- Ley N° 7976. Modificatoria de la Ley N° 7690. Código Procesal Penal. Salta, 11 de Enero de 2017.

Jurisprudencia

- CJS “C/C COLQUE, Ramiro Sebastián – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. 37.308/14).
- CJS “Castro, Silvana; vera, Ricardo Joaquín por proceso sumarísimo - flagrancia – por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización – recurso de casación con preso – recurso de inconstitucionalidad” (expte. N° 38.511/16).
- CJS “C/C COPA, Sebastián Alfredo - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD” (Expte. N° 37.835/ 15).
- CJS “C/C YAPURA, Cristian Enrique Matías; LÓPEZ, Daniel Alfredo – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 37.434/14).
- CJS “C/C CRUZ, Sergio Emanuel; QUINTEROS, Carina – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 37.318/14).
- CJS “C/C LUNA, Nicolás Alfredo – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 37.394/14).
- CJS “C/C LEGUIZAMÓN, Ambrosia Justiniana; MAIDANA, Franco Oscar – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 37.334/14)