

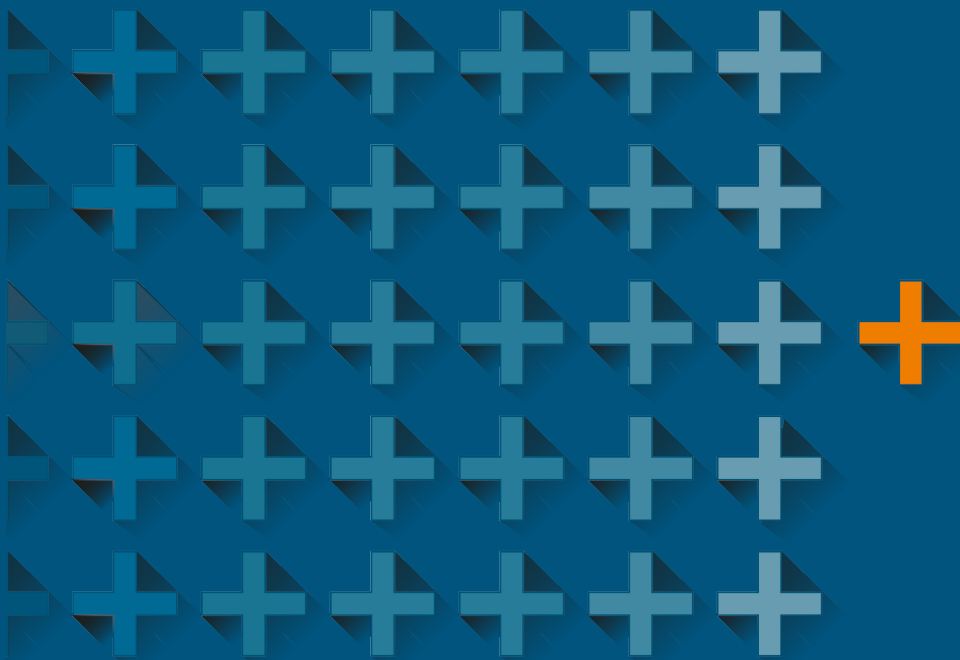
Narcomenudeo

Herramientas para una consideración
jurídico-penal del fenómeno

Germán Alegre · Leandro Gastón · Pablo Ordóñez

PRÓLOGO

Gonzalo Rua



Editores
del Sur

Narcomenudeo

Herramientas para una consideración
jurídico-penal del fenómeno

German Alegre • Leandro Gastón • Pablo Ordóñez

PRÓLOGO

Gonzalo Rua



Editores
del Sur



Contendo

Prólogo, <i>por Gonzalo Rua</i>	13
1.....	13
2.	15
3.	17
4.	18

Capítulo I. Política criminal en Argentina según tipo de droga y cantidad. El escenario de la desfederalización.....	21
I. Introducción.....	21
II. Datos	23
II.a. Incidencia de cada tipo delictivo	23
II.b. Tipo de droga que se secuestra y cantidad	26
III. Describiendo los tipos de drogas.....	28
III.a. El cannabis y su historia de prohibición	28
III.b. Cocaína	37
III.c. Paco /pasta base.....	39
III.d. Extásis y drogas de diseño	41
IV. Desfederalización de la Ley de Drogas	43
IV.a. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	46

Capítulo II. Persecución penal de la tenencia de estupefacientes. Evolución y crítica.....	49
--	----

I. La salud pública como bien jurídico tutelado por la ley 23.737 y su definición	49
II. Historia de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en nuestro país.....	51
III. El delito de tenencia de estupefacientes previsto en el artículo 14 de la ley 23.737.....	54
IV. Evolución de la jurisprudencia de la CSJN sobre tenencia de estupefacientes.....	62
IV.a. Caso Colavini.....	62
IV.b. Caso Bazterrica	63
IV.c. Caso Capalbo.....	65
IV.d. Caso Montalvo	66
IV.e. Caso Arriola	68
V. La discusión internacional sobre la penalización de la tenencia de cannabis para consumo personal.....	71
VI. La penalización de la tenencia de estupefacientes dentro de la cárcel	76
VII. Conclusiones	87
Capítulo III. Narcomenudeo. Herramientas dogmáticas para una respuesta punitiva racional.....	89
I. Hipótesis de trabajo	89
II. Una rápida mirada desde los fines de la pena	90
III. La venta al menudeo como categoría creada por el legislador	98
IV. Consideraciones sobre la pena generalmente asociada al narcomenudeo	100
V. Proporcionalidad, antijuridicidad material y culpabilidad.....	101
VI. El camino de la inconstitucionalidad	108
VII. El camino de la reducción teleológica	111
VIII. El camino de la equidad y el mensaje que dejan todos los caminos	118
Capítulo IV. La pena de multa en la ley 23737	123
I. Introducción.....	123
II. La multa en el sistema penal	124
III. Algunas ventajas y desventajas del uso de la multa	128

IV. La multa moderna	130
V. La pena de multa en Argentina.....	132
V.a. La pena de multa en el Código Penal.....	132
V.b. La pena de multa en la ley 23.737	136
V.b.1. Problemas de la forma de actualización del monto de la multa en la ley 23.737	141
VI. Reflexiones finales	143
Capítulo V. La usual función de mujeres en las redes de narcotráfico	145
I. Evolución del encarcelamiento en mujeres y trans	145
II. El impacto de la Ley de Drogas	147
III. El cuerpo de las mujeres como envase.....	152
IV. La necesidad del enfoque con perspectiva de género	157
IV.a. Estado de necesidad o causales de inculpabilidad.....	165
IV.b. Tipicidad subjetiva. Falta de conocimiento. Engaño. Traslado de droga entre las pertenencias	167
IV.c. Exclusión de responsabilidad por aplicación de la excusa absolutoria. Artículo 5° de la Ley N° 26.364	168
V. Conclusión.....	171
Palabras finales	173
Bibliografía general	177

Prólogo

1.

La construcción de un sistema de justicia democrático y republicano, que logre desterrar las esquivas inquisitivas en el ejercicio del poder penal, es una tarea sumamente compleja en la que nos encontramos batallando desde hace más de tres décadas, transitando un camino sinuoso donde se han obtenido muchos resultados, pero aún quedan muchos desafíos por delante.

La vigencia de los nuevos códigos procesales penales y los nuevos diseños organizacionales de las instituciones que conforman el sector justicia no son otra cosa que los insumos imprescindibles para transformar una justicia opaca, poco transparente, producto de un esquema colonial que se enquistó en las prácticas cotidianas, desoyendo los mandatos constitucionales de nuestras jóvenes naciones que, en un acto de suma valentía, dieron la espalda a los postulados por entonces conocidos por estas tierras.

Tanto el establecimiento del juicio por jurados –devolviendo al pueblo soberano la decisión– como la transformación de la selectividad del sistema penal, tan irracional, tan burocrática, tan inhumana, tan costosa en términos económicos

y de seguridad, son las piedras angulares, los pilares fundamentales de la nueva justicia penal democrática en la región. Estos cambios no admiten demoras. Los costos en materia de seguridad ciudadana exigen respuestas inmediatas.

Si no destrabamos la lógica burocrática que gobierna la selectividad en la criminalización secundaria –la violencia termina recayendo casi con exclusividad sobre obras burdas y de menor impacto–, la ecuación de transformación del sistema se convierte en un discurso utópico, tecnocrático, sin aplicación práctica. Como decíamos con Leonel González hace un tiempo “sin un adecuado análisis político criminal la persecución del delito se vuelve un ejercicio de poder absurdo, desigual e insensato, de aplicación de violencia estatal sin sentido, sin chances de lograr una verdadera disminución de los fenómenos criminales”¹. Con esa finalidad se impone definir nuevas alianzas y estrategias que permitan una mayor comprensión sobre los mercados ilegales y las organizaciones criminales montadas en ese negocio. En otras palabras, debemos trazar de una buena vez una política criminal estratégica de persecución penal que pueda captar los verdaderos hechos que generan inseguridad ciudadana (trata de personas, corrupción, lavado de activos, mercado ilegal de drogas, armas, órganos, etc.) y provocan enormes costos económicos. Es llamativo que, así como a nadie se le ocurriría manejar la economía sin trazar una política económica clara con líneas de acción determinadas y objetivos tangibles y evaluables, sigamos a la deriva en materia de política criminal. Allí sigue dominando la intuición y la demagogia punitivista, aprovechada por los mercados ilegales que ven florecer

1 RUA, Gonzalo y GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel, Presentación del n° 23 de la revista *Sistemas Judiciales*, dedicada a “Análisis Criminal”, www.sistemasjudiciales.org

sus ganancias. No hay objetivos claros, no hay resultados medibles y las pobres estadísticas son ocultadas o, al menos, no democratizadas.

2.

El fenómeno criminal vinculado a los estupefacientes es abordado de manera magistral por los autores, que bucean en las estadísticas para comprender cómo se lo está persiguiendo. Su texto nos deja una pregunta retórica repicando en la mente: “¿qué hicimos con el narcotráfico?”. Éste provoca enormes costos económicos e inseguridad ciudadana al estar vinculado con otros hechos delictivos ya sea de manera directa (homicidios, corrupción, blanqueo de capitales, etc.), o en forma indirecta como consecuencia, en ocasiones, de un consumo problemático (violencia de género, lesiones, amenazas, robos, etc.). Como contrapartida, las ganancias ilegales que acumulan las organizaciones criminales montadas sobre este fenómeno son apabullantes y continúan en crecimiento. Por citar un ejemplo, en México, a comienzos de siglo, la rentabilidad de los mercados criminales generaba beneficios anuales a la industria del narcotráfico por 3.200 millones de dólares². Sin embargo, a pesar de su enorme incidencia, es bastante frecuente observar una política criminal anodina sobre la materia, sin lineamientos claros y contornos precisos, concentrando sus mayores esfuerzos en casos vinculados a tenencia que no llega siquiera a los 100 gramos.

2 BINDER, RUA, BRAVO, “Hacia la modernización del sistema de justicia penal en México: reflexiones y propuestas”, abril de 2019, informe del Banco Interamericano de Desarrollo, en <https://publications.iadb.org/es/hacia-la-modernizacion-del-sistema-de-justicia-criminal-en-mexico-reflexiones-y-propuestas>

Lejos de escalar en las cadenas de mando de las organizaciones, cierran condenas en juicios abreviados centrados en personas fungibles de esa organización.

La aplicación de violencia por parte del Estado (penas) no puede ser utilizada de manera ingenua o irresponsable. La criminalización secundaria de una conducta, como su prisionización, ocasionan enormes costos y daños colaterales que afectan a terceros (familiares directos del imputado), por lo que su uso debe ser racional, medido y evaluado. Para justificar el castigo es preciso abandonar discursos teóricos que no se aferren a la realidad. No tiene sentido discutir y legitimar una pena en base a la teoría de la prevención general, si no estamos dispuestos a abandonar las rígidas estructuras del sistema de justicia, que continúa empeñado en no darse a entender, no rendir cuentas a la sociedad y diseñar salas de audiencias alejadas del ciudadano, donde rara vez los jueces fundamentan públicamente sus sentencias, usualmente ubicadas en laberintos kafkianos de muy difícil acceso.

Ya no hay espacio para la demora en la construcción de una política criminal efectiva y democrática. Como señala Binder, una política criminal democrática tiene como objetivo la aplicación de violencia (penas) con la finalidad de controlar, reducir, transformar o hacer desaparecer un fenómeno criminal³. De esa forma absorbe y reconvierte la violencia social que produce ese fenómeno criminal para reconducirla a una violencia estatal legitimada por los límites que imponen los principios fundamentales del Estado de derecho y su capacidad de reducir la violencia de ese fenómeno criminal que persigue.

3 BINDER, Alberto, *Análisis político criminal*, Buenos Aires: Astrea, 2011, cap. IV.

3.

Los Ministerios Públicos Fiscales de la región mantienen enormes responsabilidades sobre el trazado de un plan político criminal que erosione fuertemente las organizaciones criminales montadas en torno a los fenómenos criminales de mayor impacto en seguridad y justicia⁴. En los últimos años, conscientes de ello, y de la enorme responsabilidad que tienen en materia de seguridad han comenzado un proceso de reorganización para el manejo de información a través de la creación de direcciones de análisis criminal.

La aplicación de violencia con la visión del “caso a caso”, sin un análisis global del mercado ilegal y sin un objetivo claro, lejos de reducir el fenómeno criminal tiende a ampliar el espacio de las organizaciones criminales que, al ser golpeadas en sus eslabones más bajos (pequeños dealers, consumidores) no ven afectadas sus ganancias.

Conscientes de ello, los autores denuncian, desde el primer capítulo, el significativo aumento de casos vinculados a la tenencia de estupefacientes para consumo personal – sobre todo luego de que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se hiciera cargo de su investigación– y los altos costos económicos de su judicialización. Este aumento de los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal, a pesar de la doctrina “Arriola” de la CSJN, no deja de sorprender. La falta de condenas sobre esos hechos menores no es suficiente antídoto para superar los altos costos que implica su investigación y judicialización, y la aplicación de un

4 Y esto no es nuevo, Carlos Nino, en los 90s ya definía al Ministerio Público como la institución que debe encarar una política criminal racional y observaba con suma preocupación el proceder anómico de la organización en torno a ello (*Un país al margen de la ley*, Buenos Aires: Ariel, 2014, p. 205).

derecho penal subterráneo, sometiendo a los consumidores a detenciones que se vuelven arbitrarias e injustificadas, en momentos en que la situación actual de pandemia y los controles previos para el ingreso de Centros de Alojamiento del Servicio Penitenciario, han provocado una sobrepoblación carcelaria en las diversas alcaidías y comisarías de la ciudad.

No se trata de estar a favor o en contra de la desfederación de la investigación y juzgamiento de los delitos vinculados a materia estupefaciente. No creo que sea ese el debate. Los datos iniciales de la CABA, como los autores lo exhiben, son poco alentadores. Sin embargo, en la justicia federal tampoco se lograron mayores éxitos, diría más bien que el resultado de la investigación y persecución federal de los hechos vinculados a los estupefacientes son opacos, lúgubres. Es por ello que se hace indispensable trabajar bajo la modalidad de redes que involucren fuerzas de seguridad, sociedad civil, ciudadanos y autoridades federales y locales para abandonar esa política criminal conservadora y autoritaria por una de tinte demócrata y eficaz.

4.

Por último, como muestran los autores, el tratamiento normativo sobre la materia exhibe una falta de categorización sobre conductas muy diferentes que quedan atrapadas en el mismo tipo penal de tenencia con fines de comercialización. La afectación al principio de proporcionalidad –uno de los principios fundamentales del derecho penal– se torna evidente en determinados supuestos donde la escasa afectación al bien jurídico tutelado –microtráfico– se da de bruces con la magnitud de la pena a imponer, pensada para narcotraficantes y no para pequeños dealers que realizan ocasionales

entregas. Sin embargo, estas penas lejos de impactar en las cadenas de mando de las grandes organizaciones criminales terminan recayendo en los más olvidados por parte del Estado en cuanto a la inclusión de derechos sociales mínimos, pero a su vez, más recordados al momento de infligir violencia penal y dolor.

Los autores, lejos de quedarse en una crítica fundada sobre el funcionamiento de la justicia penal en la materia, que involucra un cuestionamiento muy certero sobre el plano normativo (falta de creatividad del legislador al momento de ensayar posibles sanciones y descripciones típicas más racionales), como así también sobre el funcionamiento de la justicia (el aumento de la población penitenciaria de mujeres y trans, que no encuentran otra salida laboral más que realizar un trabajo de mula para trasladar droga, es un dato significativo), se preocupan por la construcción teórica de un bloque racional que brinde respuestas punitivas más satisfactorias. Así, basándose en el principio de legalidad y proporcionalidad, que lejos de tomarlos como grandes tótems les dan sentido práctico, nos brindan una respuesta más ecuánime. Así sostienen los autores: “Sea que se trate de una cuestión de tal gravedad que no deje espacio más que para la declaración de inconstitucionalidad; sea que se trate de una situación que puede ser corregida a nivel de la legalidad por vía de interpretación a través de una reducción teleológica del alcance del tipo; sea que se recurra a razones de equidad; sea que lo que está en juego sea la proporcionalidad o la igualdad, o razones de merecimiento o de necesidad de pena o razones preventivas generales o especiales; lo cierto es que lo que a esta altura parece claro es que la penalidad prevista por el art. 5° de la ley 23.737 de ser aplicada con estricto rigor formal, puede llevarnos –en casos concretos– a

situaciones de visible injusticia en las que las penas devengan irrazonables y crueles.”

Los nuevos tiempos de la reforma penal requieren no solo de fijar y precisar los nuevos desafíos en materia penal, sino antes bien, de nuevos bloques teóricos que sirvan como insumo para proyectar una justicia más racional y efectiva. Es imprescindible contar con obras que incomoden las bases estructurales de una política criminal conservadora. Germán, Leandro y Pablo, conscientes de ello y a través de un estudio meticuloso de la materia, se preocupan por brindar herramientas conceptuales que permitan un ejercicio de la acción penal más eficaz y bajo otro tipo de selectividad más humana, más racional.

*Gonzalo Rua**

* Miembro de la Junta Directiva del INECIP, Juez en materia penal en la CABA y Director del Posgrado de Litigación Penal en la Universidad de Buenos Aires.



La presente obra tiene una vocación práctica. Intenta servir de insumo para que operadores del sistema penal encuentren caminos para la gestión de casos reales en materia de narcomenudeo.

En ella los autores, luego de presentar algunos fundamentos históricos y políticos que permiten comprender mejor las especiales características que presenta la política criminal en materia de drogas, se valen de la estadística para mostrar un evidente sesgo en la persecución penal que se orienta principalmente hacia los consumidores y pequeños vendedores (especialmente de cannabis).

La obra, además de recorrer la evolución jurisprudencial de la Corte Federal en materia de drogas, nos presenta algunas alternativas dogmáticas en la búsqueda de un tratamiento punitivo más racional del narcomenudeo a la luz de los principios de proporcionalidad, lesividad e igualdad. En ese marco se explora también lo relativo a la pena de multa, su constitucionalidad y alternativas posibles.

El libro da cuenta, además, de una especial situación de vulnerabilidad que atraviesa la situación de mujeres y personas trans con relación al narcomenudeo, enfatizando la necesidad de un abordaje con perspectiva de género.

En definitiva, a lo largo de los capítulos, se brindan herramientas para el abordaje práctico de distintos aspectos problemáticos que rodean el fenómeno del narcomenudeo en la Argentina.

