

ENFOQUE CRÍTICO DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO*

PATRICIA GALLO**

Resumen: En este trabajo se abordan los reparos dogmáticos y constitucionales al tipo penal de tenencia de drogas con fines de comercialización -artículo 5, inciso c) de la ley 23.737 (Argentina)-. Con relación a los reparos dogmáticos, se analiza el problema de la tipificación de esta figura como acto preparatorio punible del tráfico de estupefacientes y como delito de peligro abstracto. Los reparos de índole dogmática tienen su reflejo en los de índole constitucional que radican en el avance sobre una esfera privada del individuo y en la vulneración de los principios de proporcionalidad, igualdad y culpabilidad. A partir de la necesidad de arribar a una tipificación correcta en un Estado de Derecho, se formula una propuesta *de lege ferenda* consistente en reestructurar los actos preparatorios sancionados como delitos autónomos, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión o al menos de peligro concreto, conforme a una técnica legislativa congruente con las pautas constitucionales.

Palabras clave: Drogas, Tenencia, Comercialización, Peligro abstracto, Pautas constitucionales.

Abstract: This article approaches the dogmatical and constitutional objections to the criminal type of possession of drugs with intent to supply -article 5, section c) of law 23,737 (Argentina)-. With respect to dogmatical objections, it analyzes the problem of the typification of this figure as a punishable preparatory act of drug trafficking and as an abstract endangerment crime. Objections of dogmatical nature reflect in those of constitutional nature that lie in the advance upon a private sphere of the individual and in the vulnerability of the principles of proportionality, equality and culpability. From the necessity of reaching a correct typification in a Government of Laws, it makes a *de lege ferenda* proposal which consists of restructuring preparatory acts sanctioned as autonomous offenses, on the basis of the principle of injuriousness, as crimes of offensiveness or at least as concrete endangerment crimes, according to a legislative technique consistent with constitutional guidelines.

Keywords: Drugs, Possession, Supply, Abstract endangerment, Constitutional guidelines

* Fecha de recepción: 22 de marzo de 2011.

Fecha de aceptación: 1 de junio de 2011.

** Abogada argentina-Especialización en Derecho Penal. Doctoranda, Universidad de Buenos Aires. Docente Ayudante en la Cátedra del Prof. Marcelo Sancinetti en la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Letrada de Tribunal de Apelaciones en lo Penal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este trabajo se efectuó con la colaboración de la abogada María Gabriela Luriaud.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN; 1. Estructura típica; 2. Tipo subjetivo; III. LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN COMO ACTO PREPARATORIO PUNIBLE Y DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO; 1. Imprecisión del verbo típico; 2. La problemática de los delitos de peligro abstracto; 3. Concurso; 4. Desistimiento; IV. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO; V. REPAROS CONSTITUCIONALES; VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El tráfico de estupefacientes es una expresión abarcadora de una amplia gama de conductas que van desde la producción a la entrega de estupefacientes y sustancias psico-trópicas, y hasta el lavado de dinero con el producto de estos delitos¹.

En forma coincidente con esta postura la doctrina argentina entiende que el tráfico se compone de distintos “eslabones” que tienen su representación en la descripción de las conductas previstas en el artículo 5 de la ley 23.737 (Argentina).

En el presente trabajo se analizará críticamente uno de esos eslabones: la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

II. TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN

Con la introducción de este delito, que no reconoce antecedentes en la ley anterior, ni en las normas internacionales que rigen la materia, el legislador buscó aprehender al máximo los procederres vinculados con el tráfico ilegal de drogas².

Empero, la tenencia de drogas con fines de comercialización es susceptible de serios reparos, no sólo en cuanto a la falta de descripción del tipo, sino a la constitucionalidad misma del delito en análisis³.

En efecto, este tipo penal se enmarca en una tendencia legislativa hacia el “derecho penal de la puesta en peligro”. Esta forma de concebir el nuevo régimen penal presenta tres características: 1) adelantamiento de la punibilidad: el punto de referencia ya no es el hecho cometido, sino el hecho futuro; 2) las penas previstas son elevadas de un modo desproporcionado en relación al hecho que se ha cometido y 3) flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a suprimirse⁴.

¹ “Nueva Convención de Viena de 1988”, ver CORNEJO, A., *Estupefacientes*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 47.

² CORNEJO, A., obra citada, p. 63.

³ *Idem*.

⁴ TAZZA, A., *El comercio de estupefacientes*, ed. Nova Tesis, Rosario, 2008, p. 80. Con esta tendencia el derecho penal escapa al contexto liberal al que pertenecía y se convierte en instrumento de control de los grandes

1. Estructura típica

La conducta prohibida es *tener estupefacientes con fines de comercialización*. Es el mismo verbo al que esta ley hace referencia en otros tipos penales (artículo 14 de la ley argentina 23.737) que se distinguen de éste sólo en el plano subjetivo⁵.

La tenencia ha sido definida como el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa, por el que se puede usar y disponer libremente de ella. No requiere un contacto material y permanente, sino que la cosa esté sujeta a la acción y voluntad del poseedor. Lo esencial en este concepto es la relación de disponibilidad, que puede estar presente tanto en casos de vínculo directo e inmediato con la cosa (en este caso la droga), como cuando aquél es mediato y sin contacto físico. La punibilidad nace en esencia, de la mera disponibilidad sobre el estupefaciente.

Es decir no debe identificarse el verbo típico tener con poseer. En efecto, se sostiene que la tenencia de la droga (en los términos del artículo 5, c) de la ley argentina 23.737) puede afirmarse cuando: se aprehenda materialmente la droga en poder del autor y aun cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia –por ejemplo, cuando sabe donde se encuentra y tiene acceso a ella, por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga, aunque carezca momentáneamente de disponibilidad efectiva sobre ésta, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado—. En estos casos puede atribuirse la tenencia al ámbito de organización del sujeto y responsabilizarlo por la creación de un riesgo no permitido⁶. Se trata de un delito permanente, dado que luego de su consumación formal, su mantenimiento depende de la voluntad del autor, de manera que en cierto modo el hecho se renueva continuamente.

problemas sociales o estatales, transitando desde la penalización de lesiones concretas de bienes jurídicos a la prevención a gran escala de situaciones problemáticas, GOERNER, G., “Los delitos de peligro abstracto y las garantías constitucionales”, *Revista de derecho penal, Delitos Culposos -II*, dir. E. DONNA, , ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 559-86.

⁵ El artículo 14 de la ley 23.737 (Argentina), establece que “*Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.*”

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

⁶ FALCONE, R. y CAPPARELLI, F., *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 174/5. Por ejemplo, los envíos por correo de droga que no son retirados por sus destinatarios de las dependencias donde se hallan depositados, ver cita de jurisprudencia española en SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Las restricciones impuestas al tráfico de drogas como modalidad de peligro abstracto”, *Revista de derecho penal, Delitos de peligro -III*, dir. E. DONNA, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 687/710.

2. Tipo subjetivo

Es un delito doloso. El dolo requiere que el sujeto sepa que la droga⁷ está bajo su ámbito de disponibilidad.

Además, el tipo subjetivo contiene un elemento especial que explica la inclusión de esta figura entre las que reprimen las actividades de tráfico ilícito de estupefacientes: *el fin de comercializarlos*. Si bien este especial elemento subjetivo implica algo más que el mero pensamiento de comercializar la droga, al tratarse de un elemento interno, no es necesario que alguno de esos actos de comercio se lleven efectivamente a cabo⁸. Tampoco se requiere que sea el sujeto que detenta la droga quien vaya a comercializarla, siendo suficiente para que se configure la exigencia subjetiva que el autor tenga la sustancia, con la finalidad de que *otros* realicen la actividad comercial. En sustento de esta postura, se dice que la ley no expresa que el propósito de comercializar sea tenido por el sujeto que posee la droga, es decir no se estructura de este modo: “el que con el fin de comercializar, tuviere”, sino que la formulación es más indeterminada⁹.

En consecuencia, estamos ante un elemento subjetivo diferente del dolo, y por ende, ante un tipo penal asimétrico¹⁰. Por eso se trata de un delito de “intención” o tendencia interna trascendente, ya que el autor persigue un resultado que ha de tener presente para la realización del tipo, pero que no precisa alcanzar y que va más allá del puro resultado o producción de la objetividad típica¹¹.

Además, es un delito mutilado o incompleto de dos actos, en el que a diferencia del delito de resultado cortado, el autor ha de perseguir por su propia actuación el resultado situado mas allá del tipo objetivo, realizando una conducta como paso previo a la otra¹².

III. LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN COMO ACTO PREPARATORIO PUNIBLE Y DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

En las estructuras de tenencia se trata de adelantar la línea de defensa de la sociedad contra el delito, para que éste sea castigado en su raíz misma, sin aguardar a que dé sus

⁷ Es necesario que el sujeto sepa de qué sustancia se trata (por ejemplo marihuana o clorhidrato de cocaína), pero no integra el dolo el conocimiento de que se trata de *estupefacientes*, en el sentido de “sustancia prohibida”.

⁸ FALCONE y CAPPARELLI, obra citada, p. 148.

⁹ LAJE ANAYA, J., *Narcotráfico y derecho penal argentino*, ed. Lerner, Córdoba, 1998, p. 125.

¹⁰ ZAFFARONI, E., *Tratado de derecho penal- parte general*, tomo III, ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 221.

¹¹ ZAFFARONI, obra citada, p. 361 y ss.

¹² ZAFFARONI, obra citada, p. 374, MIR PUIG, S., *Derecho penal-parte general*, ed. PPU, Barcelona, 1996, p. 205.

frutos. Desde el punto de vista de aquello que se teme, la tenencia ilegítima es un acto preparatorio, o mejor dicho un *estado* preparatorio punible¹³. Desde esta perspectiva, la tenencia de drogas con fines de comercialización importa la preparación –ya que todavía no se ha comenzado a ejecutar– del tráfico de drogas.

La mera tenencia –*con fines* de tráfico– supone ya la consumación del delito, sin que el logro de las metas del autor, más allá de la simple posesión, condicionen a ésta, por pertenecer aquéllas a la fase de agotamiento del delito. En este caso el legislador amenaza con pena la preparación del delito de tráfico de drogas de manera *independiente*, apartándose de la regla general según la cual, en el supuesto de hecho típico se describe el delito objetivamente consumado (la realización completa de lo injusto), dejando librada la descripción de los estadios previos a las prescripciones penales generales de la tentativa¹⁴.

No hay duda de que la legislación argentina ha valorado como de altísima importancia el bien jurídico protegido por la ley 23.737 (Argentina), trasladando su ámbito de protección hasta alcanzar penalmente además de la tenencia de drogas, otros actos preparatorios¹⁵. Se ha sostenido en este sentido, que el anticipo de punibilidad se encuentra justificado no sólo por las exigencias de las convenciones internacionales que así lo requieren, sino también porque las dificultades probatorias así lo aconsejan.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que esta técnica de tipificación genera problemas de diversa índole:

1. Imprecisión del verbo típico

En primer lugar, la responsabilidad por acciones preparatorias sólo se puede sostener cuando inequívocamente se dirijan al delito cuya preparación constituyan. No parece ser el caso de la norma en cuestión, ya que al prohibirse la tenencia no se describe una acción, sino un *estado de cosas*, una relación entre un sujeto y un objeto.

¹³ MUÑOZ, D., “La tenencia del peligro”, *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, dir. E. DONNA, Santa Fe, 2007, pp. 547/85. En igual sentido, TAZZA, obra citada, p. 78 y CORNEJO, obra citada, p. 64.

¹⁴ GALLO, P., *Asociación ilícita y concurso de delitos*, ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003, p. 41. Señala ZAFFARONI que si bien la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, frecuentemente el legislador atrapa esos actos en tipos penales especiales, quebrando la regla. Para ello sigue dos métodos diferentes: extender lo prohibido excediendo el ámbito de la tentativa, hasta abarcar una parte de la actividad, es decir alterando el alcance que tiene la fórmula general del artículo 42 del Código Penal Argentino, en su función de dispositivo amplificador de la tipicidad. En este caso no se produce una tipicidad independiente, sino sólo una excepción a la regla del artículo 42. El otro método es la tipificación independiente de ciertos actos preparatorios, lo que da lugar a una tipicidad propia, es decir a un delito independiente. El primer caso se compone de delitos incompletos más amplios que la tentativa (y que no admiten tentativa), mientras que el segundo grupo se compone de delitos completos que a su vez, admiten tentativa (ver *Tratado de derecho penal- parte general*, tomo IV, pp. 410-11).

¹⁵ Por ejemplo, el delito de confabulación para la realización de actos de tráfico de estupefacientes artículo 29 ter, ley 23.737 (Argentina). Ver TAZZA, obra citada, p. 81.

Se ha dicho que las dificultades de los delitos de tenencia se basan en que la expresión *tener*, en contra de su forma gramatical, no describe ninguna conducta¹⁶. Esto llevó a Struensee a identificar a la tipificación de la tenencia como un “traspié legislativo”¹⁷.

Dicho esto, se manifiesta la incompatibilidad de la tenencia para configurar un acto preparatorio punible en virtud de que éste, sólo puede legitimarse cuando el autor al efectuar la preparación *opera ya de un modo significativo en un ámbito ajeno de organización*¹⁸. En términos de WELZEL, el delito recién comienza cuando se inicia el *carácter ofensivo del hecho*¹⁹. Y si la tenencia es tan sólo una relación entre el sujeto y un objeto, resulta muy difícil determinar de qué modo ese estado de cosas interactúa con los demás integrantes de la sociedad²⁰.

Por otra parte, el hecho de exigir que la tenencia esté dirigida a la comercialización del estupefaciente ¿soluciona en algo estos problemas? O en otras palabras, el estado de cosas descrito en la “tenencia”, ¿influye de modo diferente en la vida social al requerirse ese elemento subjetivo?

Creo que la exigencia de ese elemento subjetivo, no sólo no compensa las deficiencias de la tenencia en cuanto verbo típico, sino que, además, trae aparejado otro tipo de problemas, como se analizará en el próximo apartado.

2. La problemática de los delitos de peligro abstracto

La estructuración de los tipos penales a partir de la tenencia de objetos tiene origen en la idea de castigar peligros abstractos, es decir prevenir situaciones en que el riesgo creado es un dato de la experiencia, pero no un elemento de la conducta prohibida en sí misma²¹.

La doctrina tradicional ha basado la fundamentación de los delitos de peligro abstracto en dos teorías muy conectadas entre sí y que en muchos puntos se implican mutuamente: la peligrosidad general (que actúa como mero motivo para el legislador al prohibir la conducta)²² y la peligrosidad abstracta (basada en una presunción del legislador que se considera *iuris et de iure*)²³.

¹⁶ MUÑOZ, pp. citadas, con cita de STRUENSEE. *Idem* TAZZA, obra citada, p. 84.

¹⁷ FALCONE y CAPPARELLI, obra y pp. citadas.

¹⁸ MUÑOZ, obra y pp. citadas, con cita de JAKOBS.

¹⁹ WELZEL, H., *Derecho Penal Aleman*, 4ta edición castellana, ed. Jurídica de Chile, 1996, trad. de Bustos Ramírez y Yánes Perez, p. 222.

²⁰ MUÑOZ, obra y pp. citadas.

²¹ TAZZA, obra citada, p. 85.

²² Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑES dice que en los delitos de peligro abstracto el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva, ver *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

²³ ZAFFARONI señala que en derecho penal no se admiten presunciones *iuris et de jure* que por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso o sea para considerar ofensa cuando no la hay. En consecuencia,

Ambas tienen en común la *no consideración del peligro, ni de la peligrosidad de la acción como elementos típicos*. El delito se considera consumado con la mera realización de la acción típica, siendo absolutamente irrelevante si en el caso concreto, hubo o no peligro²⁴. La consecuencia dogmática de esta técnica de tipificación será pues, que al ser la peligrosidad general o estadística de la conducta el fundamento del injusto, pudiendo faltar en el caso concreto el peligro del bien jurídico, el contenido de injusto material de estas infracciones, es cuestionable²⁵, porque se vulnera la exigencia de la *real eficacia lesiva de la acción* (presupuesto de la antijuridicidad material). Desde el punto de vista subjetivo, el dolo, al ser consciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo, no estará referido al peligro del objeto de protección –pues no pertenece al tipo la producción de un resultado de peligro– ni siquiera debe abarcar necesariamente la consciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción²⁶.

En definitiva, se ha criticado a estos delitos porque carecen de desvalor de resultado, y de desvalor objetivo de acción²⁷. Además, al no ser abarcada por el dolo la peligrosidad, resulta irrelevante el error del autor sobre ella. Esto supone una violación del principio de responsabilidad subjetiva, que conduce a la ausencia del desvalor subjetivo de la acción, respecto de la peligrosidad fundamentadora del injusto²⁸.

En este contexto, ¿qué interpretación cabe darle a la frase “*con fines de comercialización*” contenida en el tipo?

el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. Ver MUÑOZ, obra citada, p. 468 con cita de ZAFFARONI.

²⁴ MUÑOZ, obra y pp. citadas. Puede afirmarse que el aforismo clásico “*nullum crimen, nulla poena sine injuria*” puede entenderse también como no hay delito, no hay merecimiento de pena sin acción peligrosa (ver ALCACER GUIRAO, R., “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, número 9 A, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 415/63).

²⁵ CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto”, *Revista de derecho penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales –II*, dir. E. DONNA, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 719/46 y FEJOO SÁNCHEZ, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto”, *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, DONNA, E. (director), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, pp. 147/95.

²⁶ MUÑOZ, en igual sentido, CEREZO MIR, obras y pp. citadas. Sobre el punto, Marcelo SANCINETTI señala que sólo es necesario que el sujeto se represente el “síndrome de riesgo” señalado por la ley, pero no tiene que reflexionar acerca de que de ese síndrome puede derivar un riesgo (“Tipos de peligro, en las figuras penales”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VII, número 12, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 147/70).

²⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, obra citada, pp. 199-200.

²⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, obra citada, p. 249, MUÑOZ, obra citada. Para lograr una fundamentación normativa de los delitos de peligro abstracto, –y una razonable aplicación de estos delitos– Bernardo FEJOO SÁNCHEZ propone la teoría de la “organización insegura”. Ésta exige que para imputar este tipo de delitos se constate desde una perspectiva *ex post* “una organización objetiva y normativamente insegura del propio ámbito de organización o una organización más insegura que las conductas permitidas en el ámbito social en el que se actúa” (ver obra y pp. citadas).

Como la tenencia de estupefacientes se prohíbe justamente, porque lo “temido” es el comercio de la sustancia, entonces esa frase constituye la expresión de la *ratio legis* en el tipo. Esta formulación típica no responde estrictamente a la estructura de los delitos de peligro abstracto y merece, además, ciertas críticas.

Si la “peligrosidad estadística” no es más que la posibilidad de que el tenedor comercie la droga, entonces tras el ropaje de un delito de peligro abstracto lo único que se esconde es un mero adelanto de punibilidad a la preparación de *otro* delito, que es lo “verdaderamente peligroso”²⁹. Tipificar actos preparatorios supone castigar comportamientos que hacen previsible la comisión de un delito del que ni tan siquiera se ha comenzado su ejecución, por consiguiente, como actos preparatorios, en sentido estricto, incumplirían el principio de lesividad³⁰, estando sólo legitimados cuando constituyan un delito de peligro, o sea cuando ese comportamiento cree una situación de peligro por sí mismo, cuando implique una actividad peligrosa que supere los niveles de riesgo permitido³¹.

Si bien la ley puede recortar del ámbito privado de los ciudadanos lo que corresponde a un comportamiento “abstractamente peligroso”, esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto³². Es decir lo cuestionable es castigar con ocasión de una conducta abstractamente peligrosa, *por los planes delictivos del autor*³³. Para que una

²⁹ La existencia de estos delitos ha sido asociada por algunos autores a la tradición o influencia del positivismo criminológico que, a partir del paradigma etiológico de la criminalidad, sustenta su punición no a partir del hecho, sino en relación a la “peligrosidad criminal” del sujeto que aquél revela, en cuanto el acto preparatorio deviene en síntoma de la “personalidad delincuente”, con tendencia a un “derecho penal de autor” (ARCE VÍQUEZ, J. y CHIRINO SÁNCHEZ, A., “Los problemas de la política criminal del peligro”, *Nueva Doctrina Penal*, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999/A, pp. 3/54). En igual sentido, se ha indicado que se trata de una legislación que se acerca más a un derecho penal de autor que de acto, donde cobra importancia prioritaria la detección del enemigo y la acción típica no tiene importancia por su conflictividad por afectar a un bien jurídico, sino por ser “síntoma revelador de enemistad” (ZAFFARONI, E., *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, ed. Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, 1992, p. 137).

³⁰ Con la interpretación amplia que se ha hecho de este especial elemento subjetivo, en el sentido de que el tipo penal no expresa que el propósito de comercializar esté reservado únicamente al tenedor, se admite que es suficiente para que se configure la exigencia subjetiva, que el autor tenga la sustancia con la finalidad de que *otros* la comercialicen (ver supra, punto II.2). En este caso la tenencia del que no tiene el fin de comercio, puede configurar un acto preparatorio de un acto preparatorio, y por ende más alejado aun del cumplimiento del principio de lesividad (ver casos jurisprudenciales argentinos donde se trató esta cuestión: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 323:3486, Tribunal Oral Federal 4, causa 956, del 30/5/2005; Cámara Federal de Paraná, causa “Armoa”, del 5/7/2001; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa “Saldivio”, del 21/5/1995). Ver nota 30.

³¹ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 283.

³² Se abre aquí un interrogante: dejando de lado la consideración de los planes delictivos del tenedor, ¿cuál podría ser la peligrosidad de esa tenencia “neutra” de estupefacientes *en sí misma*? ¿Podría alegarse por ejemplo la posibilidad de que un tercero –sin la voluntad del tenedor– los comercialice? ¿Se puede prohibir –y castigar– la tenencia de un objeto en base a los posibles o eventuales planes delictivos de *otras* personas? Ver nota 28.

³³ JAKOBS, G., *Estudios de derecho penal*, ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 311/12.

conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación *per se*, o sea con independencia de la parte subjetiva.

Entonces, la crítica central a esta técnica legislativa consiste en efectuar el camino inverso: debe ser una conducta externa la que permite hacer responsable al autor de su contexto subjetivo. Una conducta que sólo llama la atención si se conoce o presume el ámbito interno del autor nunca puede legitimarse como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena, porque de esta forma se antepone la finalidad del autor a un hecho que no sabemos si en realidad ocurrirá³⁴.

Y lo cierto es que “los fines de comercialización” integran sólo el fuero íntimo del sujeto y no tienen correlato en el tipo objetivo³⁵. En la medida en que esta circunstancia constituye un mero proceso interno del sujeto, debe quedar impune (“*cogitationis poenam nemo patitur*”)³⁶.

La punición de las intenciones no exteriorizadas torna casi inútiles las figuras delictivas y el empeño por delimitar con precisión la esfera de lo punible. Borra la distinción entre fuero externo y fuero interno y constituye la más radical ampliación del poder del Estado sobre los individuos³⁷. Por eso esta clase de tipificaciones invaden el ámbito interno, no respetan por lo tanto el principio del hecho y no son correctas en un Estado de derecho, desde el momento en que para fundamentar o agravar la pena se recurre a lo planeado o no planeado por el autor³⁸. Además, con esta técnica el legislador se aparta de un elemental principio de prudencia racional en la persecución del objetivo de protección, que prescribe no reprimir una clase genérica de actos, cuando lo que se quiere desalentar es una subclase más específica que puede ser identificada³⁹.

Se argumenta que este recurso legislativo responde al objetivo de demostrar ejecutividad en la represión y lograr condenas rápidas mediante tipos de prueba sencillos⁴⁰. Es más fácil comprobar la tenencia que sorprender al autor comercializando la droga. Desde otra perspectiva, esta formulación típica, que sólo expresa la *ratio legis*, sin brindar pautas al juzgador para determinar cuándo frente a la comprobación de la tenencia se encuentra,

³⁴ *Idem*, p. 302.

³⁵ Esto genera además un problema probatorio (ver nota 41).

³⁶ El *iter criminis* comienza con un proceso síquico para luego transformarse en acción, pero la violación interna, subjetiva de la norma penal constituye una fase preparatoria y por tanto insuficiente para fundar una pena. Sólo cuando se haya manifestado una actividad en el mundo exterior podrá válidamente el derecho penal tener ingerencia punitiva (SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, tomo II, ed. Tea, Buenos Aires, 1978, p. 204). Este principio de “exterioridad” es de naturaleza constitucional y representa una conquista de los derechos humanos (TAZZA, obra citada, p. 80).

³⁷ ARCE VÍQUEZ y CHIRINO SÁNCHEZ, obra y pp. citadas.

³⁸ FALCONE, obra y pp. citadas, con cita de JAKOBS.

³⁹ NINO, C., “¿Es la tenencia de drogas para consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, *La Ley*, 1979-D, secc. Doctrina.

⁴⁰ ZIFFER, P., *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 17, TAZZA, obra citada, pp. 89-90.

además, ante una tenencia con fines de comercialización, genera serios problemas probatorios, ya que la jurisprudencia recurre en estos casos a la prueba indiciaria⁴¹.

Todo lo señalado en este apartado, tiene consecuencias en el marco de la posibilidad de desistimiento respecto de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y del concurso entre éste delito y el de comercialización.

3. Concurso

La estructura del tipo penal aquí analizado, conduce a sostener que, en el caso de que quien tiene estupefacientes con fines de comercialización, luego los comercialice, se deben aplicar las reglas del concurso aparente (subsidiariedad)⁴².

En efecto, si se trata de adelantar la punibilidad a los primeros momentos de la preparación –con todo lo cuestionable que ello resulta– la consecuencia de ello debe ser que la punibilidad del acto preparatorio ceda frente a la punibilidad del acto ejecutivo. Ante la realización del riesgo –comercialización de la droga– la norma que prohibía crearlo (tenencia con fines) deja de tener sentido independiente y nada agrega al injusto del tipo penal que prevé el caso en que ese riesgo se haga efectivo⁴³.

Entre la norma penal que prohíbe la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y la que prohíbe comercialización⁴⁴, hay una superposición típica de elementos que puede explicarse como “relación de implicación”, donde el tipo implicante –comercio de drogas– contiene al implicado –tenencia de drogas con fines– (el elemento tenencia le es inherente a la comercialización del objeto)⁴⁵.

⁴¹ Uno de esos “indicios” unánimemente admitido es la cantidad de droga. Se ha entendido que si bien una importante cantidad es indiciaria de un destino preordenado al tráfico de drogas, no basta por sí sola. Debe estar acompañada de otros elementos, por ejemplo, vinculados a la pureza, variedad y presentación del objeto prohibido. También la existencia de la sustancia de corte o estiramiento de la droga –lactosa, glucosa, bicarbonato de sodio– y espátulas, navajas y balanzas de precisión y también de billetes de baja denominación. Pero, ¿qué sucede cuándo la cantidad es el *único* indicio?

⁴² Sin embargo, se ha señalado que si el sujeto activo tiene estupefacientes con fines de comercialización y luego entrega, suministra o facilita dicha sustancia a otra persona, habrá concurso ideal entre la tenencia y el delito que corresponda del inciso e) del artículo 5, ya que ninguno de los dos tipos penales comprende totalmente la ilicitud del hecho (FALCONE y CAPPARELLI, obra citada, p. 177). El artículo 5, inciso e) de la ley 23.737 (Argentina), establece en la parte pertinente que: “*será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil quinientos a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo....e) entregue, suministre, aplique o facilite a otro estupefacientes a título oneroso...*”. En tanto tales actividades puedan equipararse a actos de comercio, esta postura es susceptible de las críticas que se exponen en el apartado III.3.

⁴³ ZIFFER, obra citada.

⁴⁴ En realidad, se trata de dos normas contenidas en el mismo inciso (inciso c) del artículo 5 de la ley 23.737 (Argentina).

⁴⁵ GALLO, P., “Para robar con un arma, primero hay que portarla”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, D’ALESSIO, A. (director), ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 77-86.

Tener la droga con fines de comercialización y luego comercializarla, constituye pues, una única conducta, cuyos diferentes aspectos son desvalorados por ambos tipos penales, pero sólo uno de ellos la aprehende en forma total, desplazando al otro, que sólo lo hace parcialmente. Este “conflicto” entre los tipos penales se resuelve a favor del que aprehende la conducta completa: preparación y ejecución, es decir, la norma que prohíbe el comercio de estupefacientes. Estas consideraciones descartan el concurso real y el ideal.

Por otra parte, la subsidiariedad se configura cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del mismo bien jurídico interfiere con la que abarcaba una afectación menor (la comercialización de los estupefacientes afecta de un modo más inmediato a la salud pública que la mera tenencia).

4. Desistimiento

La ley trata a la tenencia con fines de comercialización como delito consumado antes de que se lleve a cabo la comercialización, en la medida en que el autor tiene la intención de efectuarla. Es decir, estamos ante un delito de consumación formal que pretende evitar la tentativa o consumación material del tráfico de drogas.

Para que el desistimiento voluntario tenga como consecuencia la impunidad, es necesario que el delito no se haya consumado. A este respecto, la teoría prácticamente uniforme, se refiere al momento de la consumación formal y no al de la material, pues considera que aquel es el definitivo⁴⁶.

Ahora bien, el que tiene estupefacientes para su comercialización, pero cambia de opinión y decide no comercializarlos ¿queda fuera de la regla del desistimiento voluntario? Si la respuesta es negativa, ¿es suficiente el mero cambio de opinión sobre el fin que se le quiera dar a la droga a los efectos del desistimiento?

La respuesta será que, en principio, el desistimiento es posible, bajo ciertas condiciones. Nos encontramos en este caso ante una estructura análoga a la del desistimiento activo en la tentativa acabada, donde el sujeto también ha realizado ya todos los actos que debían de haber consumado el delito y, sin embargo, todavía tiene la posibilidad de poner los medios necesarios para evitar la consumación. A pesar de que el delito ya se ha consumado formalmente, se podría, a través de una interpretación teleológica del artículo 5, inciso c), restringir el tipo entendiendo que no se ha consumado al quedar excluida la *lesividad efectiva* y, en base a ello, no ser sancionable⁴⁷. Lo que no está claro es en qué

⁴⁶ GALLO, P., *Asociación ilícita y concurso de delitos*, p. 43.

⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los delitos de peligro”, *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, dir. E. DONNA, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, pp. 81/118. La autora señala también que con relación a los delitos de peligro abstracto, KINDHAUSER se plantea la posibilidad de limitar la punibilidad cuando la lesión de los intereses de seguridad es compensada por el autor, restituyendo las condiciones de seguridad.

debe consistir ese comportamiento, además del cambio de opinión sobre el destino de la droga⁴⁸.

IV. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los problemas señalados con relación a este delito no dependen sólo de las características de la conducta descrita en el tipo penal, sino también de la falta de determinación del bien jurídico protegido. Es decir, sólo a partir de su correcta individualización es que puede mensurarse concretamente la lesividad de la conducta. Y ello importa que, de alguna manera exista una suerte de vinculación inversamente proporcional entre la ofensividad y la abstracción del objeto de protección⁴⁹. Cuanto más abstracto –indeterminado o genérico– sea el bien jurídico protegido, existirán menores exigencias acerca de la lesividad de la conducta que –supuestamente– lo afecta. Contrariamente, cuanto más concreto y determinado sea aquél, mayor será la exigencia de ofensividad de la conducta⁵⁰. Es en este contexto dogmático, donde se manifiesta la idoneidad político-criminal del bien jurídico para limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Se sostiene que el bien jurídico protegido por el tipo penal tratado –y en general por la ley 23.737 (Argentina)– es la salud pública⁵¹. La protección penal de la salud pública está justificada constitucionalmente en la medida que ella integra el concepto de “bienestar general” al que hace referencia el preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, ya que no puede promoverse el bienestar general del país sin una adecuada tutela y protección de la salud de sus habitantes⁵².

Si bien hay consenso respecto de la salud pública como bien jurídico principal, existen opiniones dispares sobre los límites del concepto salud pública en tanto objeto de protección y sobre la existencia de otros bienes jurídicos accesorios.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que estos delitos afectan también a la seguridad común⁵³. De igual modo, se alega la incidencia sobre las bases culturales y políticas, como en la propia Administración Pública amenazada de corrupción y contaminación⁵⁴ y

⁴⁸ Esto está relacionado con la peligrosidad que se le asigne a la tenencia “neutra” de estupefacientes (ver nota 30).

⁴⁹ MUÑOZ, obra y pp. citadas.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ FALCONE y CAPPARELLI, obra y pp. citadas, TAZZA, obra y pp. citadas.

⁵² CORNEJO, obra citada, p. 30.

⁵³ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa 927, del 23/4/97.

⁵⁴ TAZZA, obra y pp. citadas, con cita de BERISTAIN, A. (*La droga: aspectos penales y criminológicos*, Temis, Bogotá, 1986, p. 17).

la puesta en peligro de la economía, en virtud de la magnitud que ha adquirido la demanda, la producción y el tráfico de estupefacientes⁵⁵.

Se ha señalado también que lo protegido es la libertad del consumidor, ya que con el consumo de drogas puede quedar “atrapado” y perder toda voluntad sobre sí mismo, con lo que deja de ser libre de consumir o no consumir⁵⁶. Llevando al extremo la amplitud del objeto de protección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha interpretado que con la incriminación de la tenencia de estupefacientes, se abarca también la protección de valores morales, de la familia, juventud, sociedad y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda⁵⁷.

Todas estas alternativas teóricas diluyen el concepto de bien jurídico protegido y con ello, la función limitadora del poder punitivo estatal. En estas construcciones se confunden objetos de tutela con finalidades, o sea con las *rationes* de tutela en cuanto éstas no son bienes jurídicos, sino objetivos de organización política, social y económica⁵⁸. Existen diferentes causas político-criminales que llevan al legislador a la incriminación del tráfico de estupefacientes y que carecen de singular entidad para ser, en este caso, el específico bien jurídico protegido⁵⁹.

Debe distinguirse entonces, el bien jurídico protegido de la repercusión que el negocio del narcotráfico tiene sobre cuestiones sociales, culturales o políticas. En este sentido, la salud pública, en tanto objeto de protección, podrá diferenciarse de aquellas *rationes legis*, en la medida en que se la conciba *estrictamente* como un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta y que sólo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de ella, para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática⁶⁰.

Así concebida, la salud pública constituye un bien jurídico colectivo, ya que responde a un enfoque antropocéntrico⁶¹, por lo tanto carece de un carácter autónomo, de modo que

⁵⁵ LAJE ANAYA, obra citada, pp. 39-40.

⁵⁶ FALCONE y CAPPARELLI, obra citada, p. 53. En igual sentido, CORCOY BIDASOLO sostiene que si se admite que el bien jurídico protegido es la salud colectiva, la nocividad específica de la droga será la de crear dependencia, porque lo que se pretendería preservar es la salud de quien se inicia en el consumo, por cuanto luego ya no es libre para decidir si quiere o no seguir consumiendo. La autora tiene en cuenta en este sentido, el concepto de droga de la OMS, como “sustancia natural o sintética, cuya consumición continuada provoca dependencia física y/o psíquica, así como tolerancia -tendencia a aumentar la dosis” (obra citada, p. 231).

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Montalvo”, *El Derecho*, 14-481.

⁵⁸ FALCONE y CAPPARELLI, obra y pp. citadas.

⁵⁹ *Idem*, con cita de COBO DEL ROSAL, M. (“Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, 1977, pp. 159-64).

⁶⁰ FALCONE y CAPPARELLI, p. 57.

⁶¹ CEREZO MIR, obra y pp. citadas. El autor distingue entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos supraindividuales (como la administración pública, la fe pública, etc.), según respondan a un enfoque

pueda ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales. Sólo la referencia a éstos otorga a las infracciones de las normas que protegen a la salud pública un contenido material de injusto de suficiente gravedad para constituir un ilícito penal⁶².

La característica de estos bienes jurídicos colectivos con referente individual, consiste en que protegen intereses de una colectividad. La titularidad de estos derechos no es personal sino compartida por todos los ciudadanos, con independencia de que esa protección sirva a cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como persona individual. La consecuencia de esta titularidad compartida del interés o derecho protegido conlleva que nadie, individualmente, tenga capacidad de disponer de estos bienes, *tampoco el Estado*, quien no puede, por ende, implementar su protección penal de *cualquier modo*. La intervención del derecho penal sólo estará justificada cuando el comportamiento *supere el límite de la infracción de un deber de subordinación y afecte a la vida social*⁶³.

El efecto de esta concepción de los bienes jurídicos colectivos con referente individual, será que en la calificación de un hecho como punible, siempre, cualquiera sea el delito, se deberá interpretar el tipo *teleológicamente* en atención a este fin señalado y nunca formalmente. Se trata de negar la posibilidad de interpretar determinados delitos como de peligro presunto⁶⁴.

Aplicando este razonamiento al artículo 5, c) de la ley 23.737 (Argentina), una interpretación teleológica, consistirá en que ante una tenencia de estupefacientes, aun cuando se “probara” el fin de comercialización del autor, para su subsunción en el tipo, será necesario que esta tenencia, *debido a sus específicas características*, sea apta para afectar la salud pública por sí misma. Es decir, para el encuadre típico, no basta que la tenencia de la droga sea *presuntamente* peligrosa por el sólo hecho de que el tenedor tenga el fin de comercializarla (infracción formal), sino que además éste debe “tener” la sustancia *de un modo que pueda por sí misma afectar efectivamente la convivencia social*.

V. REPAROS CONSTITUCIONALES

Las críticas dogmáticas a la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y su tipificación como acto preparatorio punible y delito de peligro abstracto, tienen su reflejo en los reparos constitucionales que pueden hacerse al tipo penal.

antropocéntrico o no. La salud pública se inserta entre los primeros. Entonces, lo que en realidad se protege en los delitos contra la salud pública es la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. Por eso, en este razonamiento, sólo los bienes colectivos representan realmente una anticipación de la protección penal.

⁶² *Idem*.

⁶³ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 204/5.

⁶⁴ *Idem*.

De una adecuada interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina⁶⁵, deriva la consecuencia de que el Estado no puede castigar la mera desobediencia, sino que la conducta imputada debe afectar algún interés intersubjetivo, y no es suficiente en este sentido que sólo concurra la voluntad de causarlo⁶⁶. Por otra parte y atendiendo a la misma norma constitucional, este tipo penal podría implicar un avance sobre una esfera privada del individuo, el ámbito interno, privado y no socialmente relevante, que es el ámbito de las “*cogitationes*”⁶⁷.

En segundo término, la caracterización del derecho penal como fragmentario y subsidiario impone que las medidas que el Estado adopta para lograr sus fines legítimos deben mantener una relación equilibrada entre el valor del fin propuesto y el valor de esta parte de la libertad general que con la introducción del medio sacrifica. La selección de las conductas prohibidas y castigadas debe guardar una inequívoca y eficaz relación con la finalidad de la norma punitiva. De lo contrario, la prohibición aparece como irrazonable⁶⁸. Éste el fundamento de la expresión “la pena es la *última ratio*”⁶⁹.

Finalmente, resulta sorprendente que siendo la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización un acto preparatorio del delito fin o principal, que está configurado por el verdadero comercio o tráfico de estupefacientes, el legislador haya previsto una penalidad idéntica a la del supuesto delito agotado en su consumación⁷⁰. Esta circunstancia se presenta como violatoria de los principios de proporcionalidad e igualdad⁷¹. El principio de

⁶⁵ El artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina establece que “*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*”.

⁶⁶ MUÑOZ, obra y pp. citadas.

⁶⁷ *Idem*. Sin embargo, esta afirmación no implica que en el tipo penal tratado se prohíban “meros pensamientos”, sino que lo prohibido es una conducta (tener droga) con un fin determinado. El posible avance sobre la esfera privada estaría representado por el hecho de que la sola consideración de ese fin, en tanto elemento interno *sin trascendencia exterior*, sea el fundamento para agravar la pena frente a la “tenencia simple” de estupefacientes (reprimida por el art. 14, primer párrafo, con la pena de prisión de 1 a 6 años, frente a la pena de prisión o reclusión de 4 a 15 años, prevista por el art. 5, inciso c), ambos de la ley tratada) (ver nota n° 5).

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ TAZZA, obra y pp. citadas.

⁷⁰ La razonabilidad constituye la pauta para ponderar la medida de la igualdad, o sea que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los ciudadanos, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable, descartándose desigualdades que impliquen arbitrariedad o que sean persecutorias, hostiles o que deparen privilegios a una persona o grupo de personas (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa 2352, del 17/11/99, con cita de Fallos: 301:381 y 304:390 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina).

⁷¹ El principio de proporcionalidad de la pena no está receptado expresamente en la Constitución Nacional Argentina, no obstante puede llegar a deducirse de la congruente conjunción de otros preceptos constitucionales que indirectamente pueden suplir su omisión. En este sentido, cabe mencionar al artículo 16 que recepta el principio de igualdad, el artículo 75, inc. 22 que establece que los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía superior a las leyes nacionales y el artículo 33 que dice que los derechos, garantías y declaraciones no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados,

proporcionalidad impide que el legislador avance en la óptica de un castigo punitivo que supere la culpabilidad de la persona sometida a condena penal. Debe haber una relación adecuada entre el injusto típico y la intensidad de la pena amenazada, lo que implica un límite al poder estatal punitivo al momento de fijar las consecuencias punitivas de un hecho considerado disvalioso⁷².

Se afecta también el principio de culpabilidad, que constituye la garantía constitucional de todo ciudadano, que no puede ser acusado o sancionado por algún hecho que al menos no pueda serle atribuido a título de culpa. El “*nullun crimen sine culpa*” proyecta sus derivaciones también sobre la cantidad de pena que corresponde aplicar a quien infringe la ley. Es decir cumple un doble rol en la incidencia de la pena, por un lado como presupuesto de aplicación y por otro, establece un marco de individualización de las penas⁷³.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El recurso a esta cuestionable técnica legislativa responde en general a fuertes presiones políticas y sociales, no sólo internas, sino también internacionales⁷⁴ para resolver situaciones coyunturales urgentes y calmar sensaciones subjetivas de inseguridad, antes que a políticas criminales planificadas con anticipación y diseñadas a conciencia⁷⁵.

En la tendencia actual, el derecho penal se convierte en un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales, o sea un instrumento que permite reforzar y dotar de mayor solidez las medidas de gobierno de la sociedad, ejecutadas por las administraciones públicas⁷⁶. Se trata de la extensión de medios de intervención penal con el fin

pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Este principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho y por lo tanto tiene rango jurídico constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso (ver TAZZA, obra citada, p. 97 y ss., con cita de Claus ROXIN).

El principio de igualdad está consagrado por la Constitución Nacional Argentina en el artículo 16 y en los Pactos Internacionales de la Convención Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en su artículo 24 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14. La igualdad ante la ley es un postulado que también fluye de la idea de un Estado Democrático de Derecho, ver TAZZA, obra citada, p. 97 y ss.

⁷² *Idem*.

⁷³ TAZZA, obra y pp. citadas, con cita de JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (*El Criminalista*, tomo V, ed. TEA, Buenos Aires, 1952, p. 194).

⁷⁴ Sin perjuicio de que muchas de las previsiones de la ley 23.737 (Argentina) obedezcan al cumplimiento de los Pactos Internacionales suscriptos oportunamente, ellas comprometen la vigencia de importantes principios constitucionales (TAZZA, obra citada, p. 17).

⁷⁵ El tráfico de drogas constituye un hecho extraordinario que reclama soluciones urgentes, por esa razón se adoptan reglas que no son las tradicionales del Derecho Penal. “*Aparece así una nueva legislación que, en contra del modelo surgido de la Ilustración, enseña procesos penales secretos, comisiones especiales, limitaciones al derecho de defensa y premios a delatores*” (FALCONE y CAPPARELLI, p. 27).

⁷⁶ La punición de los delitos de peligro abstracto tiene como eje de la prohibición a la desobediencia, es en ella donde radica el verdadero peligro y no en la conducta. Sin embargo, el poder penal no puede tener

de lograr la máxima eficacia en el control de nuevos procesos de riesgo y de problemas sociales complejos.

En este contexto, la necesidad de establecer firmes descripciones con determinación concreta del bien lesionado y la forma como resulta típicamente menoscabado, evitando abstracciones y vaguedades, es hoy un postulado irrenunciable de política criminal como consecuencia inherente a la dimensión garantista del derecho penal⁷⁷. Si bien no hay en la doctrina un planteamiento sólido que desde el punto de vista de política criminal pueda justificar la punición independiente de los actos preparatorios como un mecanismo apto para contribuir a la prevención general o especial de los delitos a cuya ejecución tienden aquéllos, debe admitirse que el tema merece una especial valoración respecto de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización –y otros delitos del tráfico de drogas–.

En esta dirección, la ciencia penal ha formulado diferentes propuestas para restringir el tipo de peligro abstracto. Se trata de interpretaciones restrictivas –y con un sentido teleológico (ver *supra* punto IV)– con el fin de asegurar la presencia en el caso concreto de un contenido de injusto material de suficiente entidad⁷⁸.

De *lege lata* y frente a los reparos que merecen los delitos de peligro abstracto, un sector de la doctrina sugiere que se admita la prueba de que en el *caso concreto* no se dio el peligro del bien jurídico⁷⁹. Ello implica considerar que en dichos delitos se configura una presunción *juris tantum* y no *juris et de jure* de la existencia de peligro⁸⁰.

A esta propuesta de admitir prueba en contrario (seguida por alguna jurisprudencia)⁸¹, se le ha objetado que si el procesado corre con la carga de la prueba, se infringiría el prin-

como finalidad preservar la autoridad del Estado o del sistema normativo en sí mismo. En ese caso estaría corriendo el eje del conflicto primario a la idea de infracción de un deber impuesto por el Estado, siendo una manifestación del poder penal para los fines del fortalecimiento del poder del Estado y no para gestionar la conflictividad. La idea de bien jurídico se opone al castigo a la mera infracción como desobediencia (BINDER, A., *Introducción al derecho penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 160 y ss.).

⁷⁷ MATA Y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ed. Comares, Granada, 1997, p. 35.

⁷⁸ Señala CORCOY BIDASOLO que si la tentativa de delitos de peligro abstracto no está legitimada, menos lo pueden estar los actos preparatorios, en relación con esos mismos delitos. De *lege lata*, será necesario realizar una interpretación en el sentido de exigir que se pruebe positivamente, por ejemplo el *destino inmediato* al tráfico de drogas, sin que, en ningún caso, puedan castigarse como “delitos de sospecha”, infringiendo el principio de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba (ver “Algunas cuestiones...”, ya citada).

⁷⁹ Para contrarrestar de algún modo que en los delitos de peligro abstracto la decisión sobre el peligro de la conducta se traslada del juez al legislador.

⁸⁰ CEREZO MIR, obra y pp. citadas.

⁸¹ Ver en este sentido jurisprudencia del Tribunal Supremo Español citada por SEQUEROS SAZATORNIL, haciendo referencia a una sentencia que expresa que “*el peligro abstracto no debe ser confundido con el peligro presunto, de forma que cualquier acción que cumpla objetivamente la hipótesis legal se entiende ya per se, sin admisión de prueba o estimación en contrario, integradora del delito, pues tal tipo de presunción vulneraría el esencial derecho constitucional al principio de inocencia. Peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada, con que el legislador ha configurado el tipo, no están*

cipio *in dubio pro reo*, siempre que no lograrse probar la ausencia de peligro. Si se exige en cambio que sean la acusación o el juez los que corran con la carga de la prueba, se introduce subrepticamente en el tipo la exigencia de un resultado de peligro. De este modo se transformarían en contra de la voluntad de la ley, los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto⁸².

Un buen intento, de *lege ferenda*, sería reestructurar los actos preparatorios sancionados como delitos autónomos, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión o al menos de peligro concreto, conforme a una técnica legislativa congruente con las pautas constitucionales⁸³. Se trata de que a través de algún elemento típico la peligrosidad de la conducta concreta o de los medios comisivos usados, *pertenezca a la descripción del tipo*. Una opción podría ser, usar la técnica de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto, o sea que el tipo contemple expresamente cláusulas de aptitud o idoneidad para lesionar. Así, se lograría una menor abstracción, exigiendo que la conducta tipificada encierre una idoneidad o aptitud para lesionar o producir un daño⁸⁴. Desde esta perspectiva, se pasaría de predicar la peligrosidad de la mera tenencia (con fines) a la peligrosidad de la tenencia *en determinadas circunstancias*, o sea exigir la idoneidad real de ésta para afectar la salud pública⁸⁵.

En clave de reestructuración legislativa, cabe preguntarse si aportaría ventajas, en este caso, recurrir a la técnica de la protección conjunta de bienes personales y colectivos; esto es, a la técnica de los “bienes jurídicos intermedios”⁸⁶.

En los supuestos de protección de un bien colectivo asociado a otro de carácter personal, la infracción de peligro pierde su carácter abstracto y se transforma en delito de peligro concreto, ya que se exige la puesta en riesgo de los bienes de los particulares y ahí sí aparece el peligro como elemento típico. Se soluciona de este modo la dificultad de determinar la lesión de un bien jurídico colectivo y se zanja la cuestión de la ofensividad del tipo al exigir una puesta en peligro concreto de bien jurídico individual⁸⁷.

concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso es que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquél bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción para que ésta incluya en sí el contenido de antijuridicidad penal y la adecuación al tipo necesario para su ilicitud penal”. Menciona también sentencias del TS que en el marco de casos de escasez o baja concentración de principio activo en estupefacientes, han expresado que ese tipo de comportamientos no comporta un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, desapareciendo en consecuencia la antijuridicidad material de la conducta enjuiciada. STS 1701/2000, STS 1889/2000, 1439/2001, 1591/2001 y 431/2002.

⁸² MUÑOZ, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, SANCINETTI, obras y pp. citadas.

⁸³ MUÑOZ, obra y pp. citadas.

⁸⁴ FERRIO SÁNCHEZ, obra y pp. citadas.

⁸⁵ De este modo y conforme con el principio de legalidad, sería el tipo penal el que brinde pautas claras para la valoración de las circunstancias relevantes a los fines de la idoneidad del peligro de la tenencia.

⁸⁶ MATA Y MARTÍN, obra citada, p. 21 y ss.

⁸⁷ *Idem*, p. 36.

Sin embargo, el recurso legislativo a la técnica de los bienes jurídicos intermedios⁸⁸ tendría además, en el marco de los delitos de tráfico de drogas, otro tipo de consecuencias respecto del alcance de su ámbito de punición. Si el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización ataca, según la postura mayoritaria, a la salud pública, en cuanto que la difusión de estas sustancias en el medio social puede poner en peligro la salud de un número indeterminado de personas, al introducir condiciones favorecedoras de la lesión de la salud, entonces lo decisivo es el menoscabo de la salud colectiva, como bien social, y no la posible lesión de la salud individual o personal⁸⁹. En un ordenamiento jurídico coherente, ello implicaría que el consumo personal, en cuanto puesta en peligro de la salud individual, debería excluirse del ámbito de la aplicación del delito. Sin embargo, si la salud pública se tomara como bien intermedio de manera que implicara, *en sentido típico*, la referencia a la salud individual, el consumo quedaría entonces sí (coherentemente) comprendido en la materia de prohibición del delito⁹⁰.

⁸⁸ Los bienes jurídicos intermedios o de referente individual son aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, situando a ambos en una misma línea de ataque. Estas figuras que contienen bienes intermedios presentan una protección simultánea para intereses sociales y de los particulares, entre los que existe una relación de complementariedad en la protección que les otorga el orden legal (MATA Y MARTÍN, obra y pp. citadas).

⁸⁹ FALCONE Y CAPPARELLI, obra citada, p. 57.

⁹⁰ MATA Y MARTÍN, obra citada, p. 25.