



REVISTA  
SEMESTRAL DE  
DOCTRINA,  
JURISPRUDENCIA  
Y LEGISLACION

Año VIII - Número 17  
MAYO 2017

ISSN: 2618-4133

# DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

*Perspectivas Jurídicas*

Reg. Dirección Nacional de Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina ISSN: 2618-4133

editorialperspectivasjuridicas@gmail.com



---

## SUMARIO

### SECCION DISERTACIONES

Una perspectiva académica y teórica para la comprensión del problema del narcotráfico y crimen organizado con un horizonte a futuro..... 3

### SECCION JURISPRUDENCIA

"Bazterrica, Gustavo M. s/ tenencia de estupefacientes". Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 29 de agosto de 1986.....16



## DOCTRINA JURÍDICA

Año VIII – Número 17

Mayo de 2017

ISSN 2618-4133

Director/Editor responsable:

Pablo R. Banchio

Secretario de Redacción:

Gabriel Coronel Lavecchia

Redacción:

Amenábar 465 1° "B" (C1426AJE)

Ciudad de Buenos Aires

Argentina

Tel: (+54-11) 5119-4444

editorialperspectivasjuridicas@gmail.com



## **SECCION DISERTACIONES**

### **UNA PERSPECTIVA ACADÉMICA Y TEÓRICA PARA LA COMPRESIÓN DEL PROBLEMA DEL NARCOTRÁFICO Y CRIMEN ORGANIZADO CON UN HORIZONTE A FUTURO**

Pablo Rafael Banchio

#### **Índice**

1. Introducción .....	3
2. Importancia de la Teoría.....	4
3. Cambio de era. La edad moderna.....	4
5. El consumismo, hijo natural de la capitalización .....	7
6. El discutido inicio de la Posmodernidad .....	7
7. Crimen Organizado.....	8
8. Respuestas jurídicas .....	9
8.1 Dimensión sociológica.....	10
8.2 Dimensión normológica.....	11
8.3 Dimensión Dikelógica .....	12

#### **1. Introducción**

Dentro de esta convocatoria de Nueva Proyección desde una perspectiva académica, y teórica intentaremos llevar ideas para la comprensión del Problema que nos convoca que es el de narcotráfico y crimen organizado con una perspectiva a futuro.

Como es académicos es teórico y algunas precisiones propedéuticas nos van a ayudar a caracterizar esos conceptos.



## **2. Importancia de la Teoría**

La mente humana, no puede abarcar la inmensa complejidad "*pan-tónoma*" (*pan* -todo-, *nomos* -ley que gobierna) de la realidad porque la desborda y le impide obrar con coherencia. Para ello recurre a un ingenioso procedimiento para percibirla y hacerla inteligible con el fin de tomar decisiones consistentes que la encaucen o modifiquen.

Para esto simplifica la realidad de un modo racional creando un esquema que la sintetice, unifique, agrupe sus características, capte su esencia y le permita así razonar bajo condiciones verosímiles.

Ese esquema racional se llama Teoría y permite conocer y dominar los criterios y las leyes que relacionan a los fenómenos sociales, económicos, políticos y jurídicos entre sí, con el fin de entenderlos y dar una adecuada solución, o en nuestro caso, una respuesta jurídica para la comprensión del problema que nos convoca, constituida como posibilidad o realización de uno o más repartos, captados por normas y valorados por la justicia (otra vez la teoría, la Trialista del Derecho).

Poseer y comprender una teoría, doctrina o pensamiento común, es el único medio que dispone cualquier grupo humano para coordinarse entre sí, obrar de manera coherente y adoptar decisiones lógicas y consistentes en distintos campos de acción, como este que nos ocupa hoy de narcotráfico y crimen organizado con una perspectiva a futuro.

La posmodernidad ya no cree en teorías universales y ahistóricas, hay una rebelión contra la razón demasiado rígida y totalizante que todo lo simplifica y que construye sistemas teóricos cerrados que todo lo explican. Se busca un orden social no lineal, dinámico, que no niegue la diversidad, con una razón que respete lo complejo con todas sus gamas, crear un orden dinámico, abierto a las posibilidades de cambio, la libertad y la complejidad que significa ser humano.

## **3. Cambio de era. La edad moderna**

El manejo de la materia a través del átomo, del tiempo y el espacio a través de la tecnología y la comunicación y de la vida a través del genoma pone al hombre frente al manejo y diseño de su propia marcando no un cambio de edad sino de era de la historia (un tiempo axial).

Esto ya fue vivido por el hombre y en ese marco teórico la Modernidad (del adverbio latino *moda*: de ahora), etimológicamente es, el deseo de lo nuevo, del presente: de ahora "*modernus*" es entendido como lo actual, lo que ahora se presenta.



Hace quinientos años aproximadamente, entonces, se generó una “nueva forma de vida”: la “moderna” que demolió antiguas sociedades y creó una sociedad totalmente nueva, no ya agrícola, sino industrial.

Se trató de una revolución en la forma de ver y vivir tanto la vida como sus deseos, placeres e intereses. Los deseos modernos chocaron con todas las instituciones del pasado y cambiaron la forma de vida de millones de personas, creando una extraña y enérgica contracivilización a la medievalidad (1000 años).

Al principio, la industria debió convivir con la agricultura, pero ésta pasó lentamente a un segundo plano, mecanizándose después.

Estos cambios de formas de vivir se acompañaron de cambios en las formas de conocer y de hacer (técnicas); en la forma de poseer los bienes (estructura económica); y, en última instancia, en cambios en la escala de valores cifrada en una filosofía de la historia que hace del progreso su ideal supremo y su motor, y en lo humano como valor alternativo a lo divino trascendente.

Y para eso la teoría construyó el mito (que Vattimo llama posmodernamente “fabula social”) del estado moderno que era la teoría política predominante producto de la formación de los grandes estados que surgieron de la disolución de la sociedad medieval.

En el Derecho, el estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores existentes en ese entonces, por la sociedad nacional, por medio de un proceso que podríamos denominar de monopolización de la producción jurídica que se consagró en 1804 con el Código Napoleón y se extendió también a todo el mundo.

La tendencia a identificar el Derecho con el Derecho estatal, que todavía hoy existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado Nacional moderno

Según los teóricos del contrato social, los individuos acuerdan en crear una entidad social para vencer las desventajas de un real o hipotético “Estado de naturaleza”. Para atender a esa meta, ejecutan un contrato por el cual un “Estado civilizado” es generado. Después de la “firma” del pacto, el nuevo Estado se vuelve una asociación compulsiva. Mas allá del término “Estado”, que uso por primera vez MAQUIVELO en siglo XVI, otros términos son usados por diferentes autores para designar la entidad surgida del contrato social, y HOBBS habla de “Estado civil”; LOCKE usa los términos “sociedad política”, “comunidad” y ROUSSEAU usa la palabra “Estado Social” y “Sociedad civil”.

Estas teorías del estado social, sumadas a la división de poderes de Montesquieu, se efectivizaron con la Revolución Francesa de 1789 y de Europa se extendió a casi todo el mundo y se llamó Edad contemporánea.



Fue la creación de una nueva forma de vivir que se inicia en Europa, aproximadamente en el siglo XVIII, y, tras haber revolucionado en muy pocos siglos la vida, principalmente en Europa y luego en América del Norte, siguió extendiéndose de tal manera que muchos países, antes fundamentalmente agrícolas, construyeron en el siglo XX, fábricas de automóviles y de tejidos, ferrocarriles e industrias alimentarias, y toda una filosofía del progreso positivo. (hacia adelante) potenciado actualmente con nuevas tecnologías.

Y esto afectó, en el siglo XX, a todos los aspectos de la vida humana y combatió todas las características del pasado. El tractor invadió las granjas; las máquinas de escribir se instalaron en las oficinas, y las heladeras en las cocinas. Surgió el periódico diario y el cine, el subterráneo, y la música dodecafónica; las huelgas de brazos caídos, las píldoras, las vitamínicas químicas y una vida más larga. Se universalizó el reloj pulsera y la urna electoral. El deseo de vivir, antes orientado hacia la vida futura y extraterrena, estaba unido ahora al presente y a la productividad.

Este crecimiento, comenzó a ser exponencial. La agricultura generó la industria humana, ésta la producción masiva, ésta a su vez la necesidad del comercio, de distribución, de las redes de comunicación, de seguros, de base monetaria, de la capitalización dinámica, del consumo, etc. La vida entró en una espiral de crecimiento, siempre más veloz, produciendo el aceleramiento de la historia (ejemplo los teléfonos y canales para naves, ferrocarril, auto, avión).

El tiempo y el espacio se relativizaron y acortaron, constituyendo una nueva dimensión. El crecimiento de bienes materiales y culturales acrecentó la salud, la prolongación del promedio de vida y el crecimiento demográfico explosivo.

Esto se completó con una visión del rol del Estado a partir del choque de los grandes Estados hegelianos tras la finalización en el siglo XX (llamado de las guerras con dos episodios calientes y uno frío) de la Segunda Guerra Mundial, hasta la actualidad, donde se observa una desjerarquización del concepto de Estado Nacional como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y no gubernamentales y por el otro, del fortalecimiento de centros de poder infranacionales y empresas multinacionales. La crisis de la noción de "Estado nacional" denunciada por la posmodernidad tiene su correlato en el mundo jurídico en el debilitamiento de la identificación entre Derecho y norma jurídica como producto de la facultad monopólica de ese mismo Estado en sus postrimerías.



## **5. El consumismo, hijo natural de la capitalización**

La lógica del trabajo y del ahorro llevó a la inversión; ésta a la producción, ésta al comercio, éste a la capitalización, ésta a la necesidad del consumo (cayó la URSS –“*Good bye Lenin*”).

Promediando el siglo XX, la moderna sociedad occidental comenzó a generar, por su propia lógica, un cóctel de deseos de consumos y el *consumo*, se difundió masivamente. Las innovaciones técnicas llevan a generar y difundir masivamente la producción de objetos que llega a los hogares. La publicidad es necesaria para inyectar la necesidad de consumo y confort, para que la máquina de producir no quede frenada con sus propios productos.

Se requiere estimular el apetito, el deseo de consumir placer y se introduce un giro en el sistema de valores. Se aprecia el tener y el placer sin indicadores de ser inteligente. Importa a unos ser capitalizadores de bienes y, a la mayoría, consumidor de placeres (turismo, música, información, y lamentablemente el paraíso artificial de las drogas, entre otras cosas).

Esto ha llevado a la casi supresión masiva del ahorro y la austeridad: se vive al día, e incluso embargando el futuro mensual con la tarjeta de crédito.

El consumismo se ha convertido en un sistema de vida y afecta todas las relaciones sociales, culturales y jurídicas (Derecho “a la carta”).

## **6. El discutido inicio de la Posmodernidad**

Generalmente se menciona, en el ámbito filosófico, *La condición posmoderna* de Jean-François LYOTARD, publicada en 1979, como la iniciadora del empleo del término Posmodernidad. aunque varios autores habían empleado ese término con anterioridad, como el mismo LYOTARD lo reconoce en su informe sobre el saber en las sociedades posindustriales.

Con el vocablo “Posmodernidad”, hacia el final del siglo XX, nos comenzamos a referir a “una forma de cultura y de vida”, diversa de la época moderna propiamente dicha, un cambio de era.

No existe una fecha notable como para marcar el inicio de lo que hoy se llama Posmodernidad. No obstante, se pueden marcar algunos hechos significativos (el átomo, fin cortina de hierro, genoma, etc.).

Fue la década del 80 que presenció la introducción generalizada de la computadora, los vuelos de reactores comerciales, y el manejo del genoma humano (de las plantas, los animales al hombre que ahora está en condiciones de revolucionar los propios alcances de la vida humana antes solo soñada.



De la revolución agrícola (que tardó cerca de diez mil años en desplegarse), se pasó a la Civilización industrial que necesitó sólo trescientos cincuenta años (1600- En 1950 los trabajadores de servicios superaron a los industriales en EE.UU.)

La historia avanza ahora como dijimos con mayor aceleración aún, y es probable que la Época Posmoderna inunde la visión planetaria, pero se complete en unas pocas décadas.

Una nueva Civilización está emergiendo en nuestras vidas y trae consigo nuevos estilos familiares; formas distintas de trabajar, amar y vivir; una nueva economía; de "mercado" distintos conflictos políticos; y, más allá de todo esto, una conciencia social modificada también por otra escala de valores.

Las personas posmodernas tienden a un necesario aislamiento, que no da, sin embargo, lugar a la intimidad, sino a una comunicación virtual "a la carta" ya que cada uno comunica sólo como quiere. Estamos comunicados con alguien del otro lado del mundo, pero no interactuamos con alguien sentado en la misma mesa.

Pasamos de campos de trabajo a puestos de trabajo, de estructura piramidal a redes, de trabajos estables a trabajos temporarios, de trabajador especializado a trabajos en equipo

La corriente del pensamiento y la actividad jurídica deja de ser unidireccional como postulaba la teoría tradicional (el silogismo como estructura del pensamiento jurídico de subsunción) para rescatar como específicamente jurídica también la información que le llega al jurista desde la realidad social y los no-juristas, proponiendo problemas socio-jurídicos constantemente renovados por la experiencia vital, social (fertilización, alquiler de vientres, venta de gametos, trasplante órganos, clonación, matrimonio), así como también proporcionando soluciones que la experiencia social asume y que pueden diferir de las previstas en el sistema jurídico en nuestro tema, por ejemplo: arrepentido; delación premiada; extinción de dominio; atacar las consecuencias y no el delito directo; ley de derribo, etc.

## **7. Crimen Organizado**

Una de las consecuencias de la globalización es que determinadas formas de criminalidad se han visto favorecidas por la flexibilización o desaparición de las tradicionales fronteras territoriales del Estado de la era moderna, como el blanqueo de capitales, al igual que otras formas de criminalidad como la trata de seres humanos o el tráfico de drogas, son una «actividad nómada por naturaleza»





A esto hay que añadirle que la mayoría de las veces no se trata de un delito cometido por una sola persona, sino que, por el contrario, requiere la actuación conjunta de forma simultánea o sucesiva de una pluralidad de sujetos.

Y Este estado “moderno” basado en los límites físicos es muy limitado para combatir el crimen transnacional organizado por sus límites demasiado pequeños.

Esto intentó superarse, primero el ideal federalista, (Ventotene en 1941 diez años antes del Tratado de Paris 1951 CECA y de Roma 1957), luego los mercados comunes (Europeo, Mercosur) pasaron a entes supraestatales, que “coordinan” políticas de llamado “derecho débil”, basado recomendaciones, protocolos, incoterms, reglas de Basilea, códigos Swift, etc., (asociación de bancos, FMI, Cámara Internacional de comercio, GAFI, FATF) y ahora Convenios, Directivas o Reglamentos Modelos (en un estado en formación en etapa prehobessiana).

Además, y algo que caracteriza al narcotráfico frente a otros tipos de actividades ilícitas es que es la que mayor capacidad de penetración y corrupción en el sistema político, económico y social tiene porque el Estado moderno está en el fin de su modelo teórico y coopta sus estructuras a las que corrompe crecientemente.

En este contexto, algunos cárteles de la droga han conseguido cooptar casi enteramente a algunos Estados, sometiéndolos a su voluntad e intereses. Son los denominados “narco-Estados”. Por lo general, las características que presentan los países en esta dinámica son altos niveles de pobreza y de corrupción, con problemas territoriales o de soberanía, basados en los límites artificiales cuando crearon en el mapa los estados con conflictos políticos y armados.

En ocasiones algunos Estados (del modelo en su finalización) no pueden mantener el monopolio de la violencia por sí mismos y esta Debilidad o vacío de poder la ocupa el crimen organizado socavando aún más la eficacia de la soberanía “teórica y conceptual” de BODÍN (Siglo XVI) de dichos Estados, transformándolos poco a poco en Estados corruptos o fallidos. Cuando esto sucede, utilizan ese monopolio de la violencia corrupto en estrategias de acción enfocadas a obtener dinero o recursos del mercado en lugar de combatir el crimen organizado (hoteles, empresas de transporte, construcción de edificios y conjuntos comerciales, etc.).

## **8. Respuestas jurídicas**

Debido a la proliferación del crimen organizado en los últimos tiempos, se han intentado desarrollar teorías de actuación para su combate, tanto en el ámbito estatal como, más recientemente, en el internacional y se suele tomar



como núcleo del problema, desde Europa y Estados Unidos, la conexión entre la fragilidad del Estado y la proliferación de actores ilegales y frente a ello hay que dar respuestas jurídicas que enfocaremos desde el realismo, otra "teoría" que nos ayuda a comprender la complejidad de fenómeno del "mundo jurídico".

### **8.1 Dimensión sociológica**

La guerra contra las drogas ilícitas se basa en gran medida en la persecución de grupos dedicados al narcotráfico y otras economías ilegales mediante el uso de la fuerza del Estado descrito en el final de su modelo teórico. Este enfoque no tiene en cuenta los cambios que se han producido en los mercados y en las estructuras y dinámicas del crimen organizado.

Las drogas son el paradigma de la economía ilegal globalizada y uno de los mercados más lucrativos del mundo porque su funcionamiento se basa en la baja elasticidad de la demanda (incluso ante alteraciones en el precio y disponibilidad) que es la base del poder del crimen organizado.

El mercado global conecta zonas de producción en áreas remotas de Afganistán o Colombia con los lucrativos mercados consumidores (EE.UU., Europa), utilizando rutas de tránsito y modos de transporte del tráfico comercial globalizado que cambian y se adaptan para eludir la ley, buscando lugares donde la debilidad institucional o la inestabilidad del estado en decadencia facilitan las operaciones. El producto alcanza mayor precio en la venta final cuanto más lejos esté ese mercado de su lugar de origen: a mayor lejanía y complicación logística, mayor riesgo. El consumidor paga por el riesgo que asume quien organiza y lleva a cabo las operaciones.

Este es un fenómeno muy complejo que abarca cuestiones relacionadas con la salud pública, la educación, el desarrollo, la fortaleza o debilidad del estado, y la paz y seguridad.

En ocasiones, determinar qué tipo de actores y de violencia existen en un contexto determinado es difícil, por ejemplo, cuando un grupo insurgente se involucra en el tráfico de drogas para financiarse o cuando el crimen organizado se enfrenta al estado con tácticas insurgentes e incluso terroristas (ISIS y FARC). Todo esto ha influido en las respuestas adoptadas desde los estados y organizaciones internacionales. La "guerra contra las drogas" aplicada en situaciones de conflicto armado, como Afganistán o Colombia, se basa en un cálculo de costo-beneficio: si ciertos actores armados participan en la economía de las drogas y usan los beneficios para sostener la violencia, poner fin a esa economía ilegal sería el primer paso para derrotarlos.

El crimen organizado transnacional, principal actor del narcotráfico, está formado por grupos muy diversos y ubicados en diferentes partes del mundo. Bajo



la presión de la guerra contra las drogas, muchos de ellos han adoptado -como vimos en la sociedad- formas de organización descentralizada y con características de red, no de jerarquía piramidal. Si se observa el mercado en su conjunto, diferentes grupos colaboran en diversas fases de la cadena de suministro y abastecimiento; hay núcleos especializados en ciertas actividades o territorios; ningún grupo controla totalmente la cadena de producción, y las alianzas son diversificadas y cambiantes, es decir, no responden a las características jerárquicas atribuidas a la mafia de la edad "moderna".

## **8.2 Dimensión normológica**

Toda actividad ilícita intentará encontrar vías para el enriquecimiento mediante el suministro de una demanda que está presente en nuestras sociedades, sorteado las medidas de seguridad jurídica de los Estados en sus postrimerías, que parece ignorar el incremento anual del número de clientes (consumidores) y proveedores (narcotraficantes). Pese a que se redoblan los esfuerzos, terminan por ser insuficientes y con un alcance a muy a corto plazo, pues el crimen organizado encuentra la manera de burlar dichas medidas normativas.

En segundo lugar, todo indica que se requiere de un nuevo enfoque del problema como proponen algunos de los expertos.

Tal vez la lucha contra las drogas no se centre o no se reduzca sólo a la oferta, sino también hacia la demanda, entendiendo que la demanda impulsa la oferta. Esto plantea nuevas formas de afrontar el problema como puede ser enfocarlo desde una perspectiva no solo normativa sino sanitaria, cultural y axiológica (de valores)

Desde el punto de vista de las normas no alcanza con represión legal estatal y la protección de las fronteras nacionales hace falta una política mas global fuera de los límites del estado porque si no, seguirá existiendo un consumo masivo de drogas en un futuro previsible

El cambio de enfoque jurídico pasa también por potenciar, desarrollar y usar de manera más eficiente la tecnología para combatir el comercio ilícito, teniendo en cuenta que el crimen organizado no es ajeno a su uso igualmente sofisticado. En concreto, reconocer y al mismo tiempo superar sus limitaciones normativas a la hora de abordar estos problemas, reduciendo sus trabas estatales burocráticas y desarrollando una estrategia global que implique a la mayoría de los Estados posibles, mejorando su coordinación mediante Tratados en lo que podría ser una organización gubernamental unificada. "Una organización con el radio de acción, la autoridad y la capacidad necesarias para contrarrestar unificadamente la totalidad de actividades del comercio ilícito".



Las Naciones Unidas, o ampliar la competencia de la Corte Penal Internacional o la COPLA y tratar de desarrollar esta función, pero resulta insuficiente debido a una concepción aún muy individualista de los Estados. Esto es, cada Estado tiene sus propias bases jurídicas y planteamientos que, por separado, se muestran ineficaces para atajar el problema.

Dicho de otro modo, ante problemas globales se requiere de soluciones igualmente globales por ende reformular las concepciones normativas limitadas existentes. El crimen organizado es un problema de dimensión global que exige que los Estados e instituciones internacionales (a veces los cimientos de las organizaciones son los propios Estados) asuman también una política global en su combate, mientras no se adopte esta iniciativa, la criminalidad transnacional seguirá gozando de una ventajosa posición.

### **8.3 Dimensión Dikelógica**

La doctrina jurídica permanece apegada a planteos estáticos del Derecho, pero la Ciencia Jurídica debe dar respuestas para la comprensión del cambio de era que nos plantea la problemática posmoderna y las soluciones que ella nos demanda.

Es necesario evidenciar las "respuestas jurídicas" como soluciones a la existencia actual esencialmente problemática del cambio histórico, y a las categorías dinámica y estática sociales en las relaciones cambiantes entre los valores.

Por eso, como proyección al futuro consideramos las perspectivas dinámicas de la justicia con énfasis en el eje temporal que las teorías estructuralistas y los desarrollos del trialismo han puesto en la consideración diacrónica.

#### **8.3.1 Axiología diacrónica**

Los conceptos de "sincronía" y "diacronía" fueron introducidos por la lingüística estructural y adoptados asimismo por las diversas teorías estructuralistas. SAUSSURE sostiene que todas las ciencias deberían señalar los ejes sobre los que están situados sus objetos de estudio: un "eje de simultaneidades", referido a las relaciones entre cosas coexistentes -es decir, donde se excluye la intervención del tiempo- y un "eje de sucesiones" -donde sólo se puede considerar una cosa cada vez, pero donde se sitúan todas las cosas del primer eje con sus respectivos cambios.

Por ser un valor, la justicia exige que el "ser" en sentido estricto llegue a satisfacer el "deber ser". Tiene, en consecuencia, un sentido dinámico, que se acentúa porque no es, como otros valores naturales (v.g. los estéticos), un valor



"de resultado", sino un valor que incluye también simultáneamente su propio desenvolvimiento.

No se trata, desde luego, de una relación sencilla y estática, sino compleja y cambiante. La complejidad tiene un doble origen; los dos factores que entran en relación -el sujeto y el objeto- no son homogéneos ni sencillos; por otra parte, la interrelación misma es compleja. El otro aspecto que cabe señalar es que ambos factores, y la relación, son dinámicas,

La solución justa para cada caso es una, pero los aspectos subjetivos y objetivos se entremezclan ineluctablemente en las valoraciones (x ej de los consumidores y sus familias).

Esto se logra de manera significativa si los planteos teóricos de las clases de justicia permiten comprender mejor el desarrollo temporal dentro de su clasificación. Independientemente de las orientaciones, como rectas o semirectas, como circunferencias o espirales, etc. con que pueden representarse los cursos del tiempo y los sentidos de nuestras vidas, es dado emplear dos perspectivas básicas de comprensión de las clases de justicia: una "sincrónica", que se centra en la simultaneidad de los fenómenos y otra "diacrónica", que se remite principalmente a su carácter sucesivo y los aportes teóricos son estas tres nuevas clases de justicia "posmodernas" (las clases aristotélicas aún vigentes).

### **8.3.1 Clases de Justicia diacrónica**

#### **a) Justicia rectora y correctora**

En la dirección antes expuesta podemos distinguir una justicia rectora básica, que se muestra en relación con el mantenimiento o el desarrollo de lo justo, y otra justicia correctora, que -como su nombre lo indica- "endereza" o "corrige" las injusticias.

Por ejemplo, la economía en blanco que da trabajo con el dinero del narcotráfico celebra un contrato de trabajo o de compraventa puede suponerse, que interviene la justicia rectora; pero cuando se interrumpen las prestaciones (extinción de dominio, responsabilidad penal empresarial), el desequilibrio ("divalencia") de las potencias e impotencias requiere la intervención de la justicia correctora. Esto mismo sucede, por ejemplo, cuando ha sucedido un delito y debe aplicarse la pena, aunque a veces pueda intervenir la justicia de partida o llegada según veremos infra (ej. arrepentido).

Las dos clases de justicia referidas son necesidades permanentes, porque la dinámica del mundo provoca cambiantes situaciones de justicia e injusticia. Con miras a su coincidencia es especialmente esclarecedora la idea de "justicia constantemente renovada".



b) Justicia de partida, de llegada y de trámite

Para ser cabal, lo justo ha de descubrirse reconociendo cómo debe resolverse el caso según su realidad actual (en su situación de partida) y cuál ha de ser el resultado de la solución con mira a un mundo mejor (en su situación de llegada). A estas perspectivas, dinámicas por la referencia, cabe agregar la perspectiva de la justicia de trámite, en la que la dinámica está en la manera de establecerse lo que se ha de hacer. La perspectiva de trámite puede remitirse a la partida o a la llegada, reconociendo la tensión entre ambas, o bien radicalizarse al extremo de limitarse a tener por justo lo que se ha establecido por la vía que se considera debida, de modo que la manera de establecer lo justo eclipsa la referencia a lo que se ha de descubrir. En verdad, la justicia de trámite es un elemento de la justicia de partida o de llegada, tomado desde otro punto de vista también dinámico, es lo que pasa con la extinción de dominio y la delación. Informante, testigo protegido, agente revelador

Para evitarlo, el enfoque sincrónico de la justicia ha de integrarse con el dinamismo ya señalado de la comprensión diacrónica, respecto de la partida y la llegada y también del trámite. Así, por ejemplo, en el caso mulas que obligarlas a expulsar las cápsulas es una violación al artículo 18 de la Constitución Nacional. Es como hacerlas declarar en su contra.

En Bolivia, por ejemplo, la pena máxima por tráfico de drogas es de 25 años mientras que por homicidio doloso es de 20. En Colombia, la pena máxima por tráfico es de 30 años, y la violación es de 20.

América Latina casi duplicó, pasando de 40.000 a más de 74.000 las mujeres carcelarias. La gran mayoría de ellas son acusadas de delitos de drogas, aunque están lejos de ser las protagonistas del tráfico.

Las exigencias referentes a la situación en que se hallaban y a los fundamentos en favor o en contra de la acción de éste constituyen la perspectiva de partida; los requerimientos respecto de qué ha de resultar de la solución para que surja un mundo mejor -que pueden incluir el perdón por la delación, el arrepentido, etc. indulto, por ejemplo-, hacen a la justicia de llegada, y las exigencias acerca de cómo establecer lo que se hará con el narcotraficante o productor o recolector o banco o transportador pertenecen a la justicia de trámite. Si bien la justicia es una sola, y profundizando en cada perspectiva debe encontrarse la justicia plena, la debida consideración de la partida, la llegada y el trámite favorece la comprensión.

En cierto modo, sin embargo, ha de darse especial atención a la llegada, porque la partida y el trámite quedan integrados con mayor claridad en la referencia cabal a la llegada porque así se sirve mejor a la expansión axiológica y al papel protagónico del hombre, principalmente en la culminación del acontecer temporal. Ahora que el fin del hombre puede ser obra humana, y que podemos cambiar con alcances asombrosos las realidades básicas (la genética está



abriendo posibilidades revolucionarias) el interés por la justicia de llegada es más urgente y ha de ser mayor. La justicia será cada vez más la construcción de un mundo mejor y no la corrección, de una realidad que se formará en creciente dependencia de la voluntad humana y no tanto del mercado que hoy manda.

c) Justicia crítica y de construcción

Muy vinculadas a la comprensión de las referencias de la justicia a la partida y a la llegada es posible reconocer dos vías de justicia especialmente vinculadas a una y otra: la justicia crítica y la justicia de construcción. Si en cuanto a la partida la justicia tiene un sentido frecuente de disconformidad, de referencia negativa y orientado a la reforma, como vimos en el cambio de valores de la posmodernidad, en cuanto a la llegada posee un sentido de aspiración, de referencia positiva y orientado a la creación. La justicia es crítica y reforma del mundo existente, pero también construcción, creación de un mundo nuevo, y es éste el significado último del progreso, la perspectiva a futuro de Nueva Proyección

La posmodernidad, que como todo cambio de era implica una profunda transformación de los valores, presenta una justicia de crítica a "valores negativos" que no forman parte de la justicia de construcción de la nueva civilización como, por ejemplo, racismo, belicismo, machismo, patriotismo, fundamentalismo ideológico, vg. comunismo, marxismo, fascismo y extremismo religioso, esclavitud, sexismo, odio, exclusión, envenenamiento terapéutico, contaminación del ambiente, crueldad animal y de valores fabricados falsos como el del paraíso artificial de la droga (no solo musulmán, los protestantes mataban católicos irlandeses).

Por otro lado, la justicia de construcción apunta en un complejo axiológico de valores tales como fraternidad, unidad, integración, paz, perdón, verdad, reconciliación donde tener implique compartir, saber no sea imponer, mandar servir (poder como servicio), solidaridad con el mundo, el ambiente, el vecino, el compañero, etc., donde el que cree contagia como Nueva Proyección.

En un sentido de crítica la justicia en el Derecho se une al silencio de las víctimas de la violencia económica del narcotráfico (soldaditos de la droga)-, que ya no pueden gritar, sobre todo los inocentes y los indefensos; defiende con sus adjudicaciones a las familias que se encuentran en dificultad, y que lloran la trágica pérdida de sus hijos (psíquicas, físicas y afectivas) por las drogas, protege a todas las personas que sufren y padecen las consecuencias de esta realidad (v.g. el paco).

Castiga a los traficantes que producen el sufrimiento de las madres y padres que ven a sus hijos víctimas del paraíso artificial de la droga ("*Time warp*"). Con la justicia de construcción se une a quien es perseguido por sus ideas, o simplemente por el color de su piel o condición sexual y aparece para sancionar





el egoísmo y corrupción en las instituciones políticas que lleva tantos jóvenes a perder la confianza en la construcción de un mundo mejor y lo que Nueva Proyección quiere evitar.

---

## SECCION JURISPRUDENCIA

---

### **Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el delito de tenencia de estupefacientes. Voto en disidencia de Fayt y Caballero, "Bazterrica, Gustavo M. s/ tenencia de estupefacientes"**

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fecha: 29-ago-1986

Considerando:

Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas en la fecha al fallar la causa B.85.XX. "Bazterrica, Gustavo M. s/ tenencia de estupefacientes", a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, oído el Procurador General, se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí declarado.

*Jose S. Caballero (en disidencia). - Augusto C. Belluscio. - Carlos S. Fayt (en disidencia). - Enrique S. Petracchi (según su voto). - Jorge A. Bacqué.*

Disidencia de los doctores Caballero y Fayt.

1°) Contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, que condenó a Alejandro C. Capalbo a la pena de 1 año de prisión y multa como autor del delito de tenencia de estupefacientes (art. 6°, ley 20771), la defensa dedujo el recurso extraordinario de fs. 203/207, que fue parcialmente concedido por el a quo a fs. 212.

2°) Que, en la parte en que el recurso fue otorgado, el apelante cuestiona la inclusión de la marihuana dentro de las sustancias incriminadas, y sostiene la inconstitucionalidad del mencionado art. 6°, en tanto al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal vulnera el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

3°) Que, respecto del primer punto, el recurrente se limita a formular el agravio sin efectuar su desarrollo concreto, como hubiera sido necesario para cumplir con la adecuada fundamentación del recurso, de manera que en este





aspecto deberá declararse su improcedencia (Fallos, t. 299, p. 258; t. 300, p. 656; t. 302, ps. 174, y 884 - Rep. LA LEY, t. XLI, J-Z, p. 2705, sum. 27; p. 2792, sum. 790; p. 2709, sum. 56; Rev. LA LEY, t. 1981-A, p. 325-).

4°) Que, para sustentar el segundo argumento, se expresa que la tenencia de estupefacientes para consumo personal es una conducta privada que queda al amparo del art. 19 de la Constitución Nacional, y que no basta la posibilidad potencial de que ella trascienda de esa esfera para incriminarla, sino que es menester la existencia concreta de peligro para la salud pública. Afirma que, de lo contrario, se sancionaría por la peligrosidad del autor y no por su hecho, lo que importaría abandonar el principio de culpabilidad en el que se asienta el derecho penal vigente.

5°) Que, en definitiva, se trata de establecer, de acuerdo a los hechos fijados en las sentencias de primera y segunda instancia, si el art. 19 de la Constitución Nacional tutela como acción privada, exenta de la autoridad de los magistrados, la cometida por un sujeto de 24 años, con causa penal abierta anteriormente por un hecho similar quien, en horas de la noche, circulaba como pasajero de un taxímetro, transportando debajo de su suéter un envoltorio de papel de diario que contenía 54 gramos de hojas secas que, conforme al peritaje realizado, resultaron ser "cannabis sativa" (marihuana).

6°) Que el art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Tales limitaciones, genéricamente definidas en aquella norma, son precisadas por obra del legislador. En materia penal, como la que aquí se trata, es éste el que crea los instrumentos adecuados para el resguardo de los intereses que la sociedad estima relevantes, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes. La extensión de esta área de defensa podrá ser más o menos amplia según la importancia asignada al respectivo bien que se pretende proteger; es así como en algunos casos bastará la mera probabilidad -con base en la experiencia- de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte incriminada por la ley penal.

7°) Que, en concordancia con el criterio expuesto, el legislador ha tipificado como delito de peligro abstracto la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal; con ello se ha extendido la protección de determinados bienes a los que se acuerda particular jerarquía. La norma se sustenta, pues, en el juicio de valor efectuado por el órgano constitucionalmente legitimado al efecto, y, desde este punto de vista, resulta en principio irrevisable. Sólo podría ser cuestionada si la presunción de peligro que subyace en dicho juicio resultara absolutamente irrazonable, tarea para la cual corresponde analizar la relación existente entre los bienes protegidos y la conducta incriminada.



8°) Que nadie puede ignorar actualmente los perjudiciales efectos que acarrea el consumo de estupefacientes, ni la enorme difusión que ha alcanzado esa práctica, circunstancias éstas que han sido reconocidas incluso por la comunidad internacional como un mal que afecta a todos los pueblos. Ello es lo que refleja la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por dec.-ley 7672/63; ley 16478), en la que los Estados miembros exponen su preocupación "por la salud física y moral de la humanidad", y reconocen "que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad".

9°) Que, en nuestro país, el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto elaborado sobre la materia, y que luego fue aprobado con modificaciones por el Congreso como ley 20771, atribuyó también un especial alcance a la cuestión, sosteniendo que "el uso indebido de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, desde su simple abuso hasta la destructiva dependencia, constituye un fenómeno de características multifacéticas, erigiéndose en un verdadero flagelo social", y que las conductas incriminadas resultaban "atentatorias de la seguridad nacional, pues afectan al ser humano provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad".

10) Que, por su parte, la discusión parlamentaria corroboró aquella concepción del tema, pues en ella se afirmó que "el consumo de estupefacientes se ha difundido por todas las naciones del orbe, especialmente entre los sectores jóvenes de la población, llegando a constituir un verdadero flagelo internacional que afecta a todos los países por igual" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, setiembre 19 de 1974, p. 2862), de manera que el proyecto pretendió impedir "la desmoralización y la destrucción de la juventud argentina, que constituye el futuro de nuestra patria" (ídem, p. 2863). Se consideró, asimismo, que las actividades vinculadas con el tráfico de drogas afectan "la seguridad tanto de las personas como de la misma sociedad" (ídem, p. 2868) y que, en general, los tipos penales en debate estaban "destinados a la protección de la salud pública" (ídem, p. 2869), destacándose ya entonces que "en ciudades como Nueva York o París el problema ha adquirido características de tanta importancia... que está en peligro el futuro de la juventud de esos países y, en consecuencia, el futuro de tales naciones... lo que también va a suceder en la sociedad argentina si no adoptamos a tiempo los remedios necesarios para evitar que también nuestra juventud caiga en las garras de esto que es la destrucción de todo lo que significan los valores morales de la humanidad" (ídem, p. 2872). En el mismo sentido se reconoció que el problema constituía "una seria amenaza para la salud moral, no sólo de nuestro país sino también de muchas naciones de la tierra" (ídem, p. 2875), por lo que resultaba imprescindible "proteger, de



manera primordial, la salud de nuestra adolescencia y nuestra juventud, que son las víctimas más frecuentes de la afición por las drogas" (ídem, p. 2877).

11) Que idéntica trascendencia se asignó al tema en la Cámara de Senadores, donde se sostuvo que el proyecto atendía a "un fin eminentemente social: el de proteger a nuestra comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana" (Diario de Sesiones, setiembre 26/27 de 1974, p. 2438), porque "el uso de las drogas se multiplica especialmente entre los jóvenes, lo que hace más grave aún sus efectos, habida cuenta de su considerable proyección futura sobre la salud física y moral de la población" (ídem, p. 2440).

12) Que también este tribunal ha tenido ocasión de valorar la magnitud del problema. En efecto, al decidir el caso que se registra en Fallos, t. 300, p. 254 (Rev. LA LEY; t. 1978-B, p. 448), se destacó "la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempo pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia..., la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización. Que ante un cuadro tal y su consiguiente prospección resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar de manera drástica ese mal o, por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas". De ahí que se haya considerado lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (Fallos antes citados y, t. 301, p. 673; t. 303, p. 1205; t. 304, p. 1678 -Rev. LA LEY, t. 1980-C, p. 353; t. 1981-D, p. 320; t. 1983-C, p. 605, fallo 36.422-S- y t. 305, p. 137).

13) Que de los argumentos precedentemente expuestos, cuyos pronósticos han sido confirmados por la realidad, se desprende con nitidez que, si bien en principio parecería que se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda. Este criterio ya ha sido expuesto por el tribunal en el caso de Fallos, t. 292, p. 534 -Rep. LA LEY, t. XXXVI, A-I, p. 171, sum. 306-, donde hizo suyo el dictamen del entonces Procurador General, quien al respecto llegó a sostener: "Me parece claro que si bien los delitos de que se trata afectan, en principio, la



salud pública, la trascendencia de tales infracciones bien pudo llevar al legislador nacional, razonablemente en mi opinión, a considerar que las figuras contempladas en la ley 20771 superan el marco del bien jurídico antes aludido... para atacar también primordialmente a la seguridad nacional".

14) Que corresponde ahora analizar la relación que existe entre la tenencia para consumo personal y los bienes jurídicos protegidos por la ley 20771. En este aspecto es de señalar que quien posee estupefacientes para su consumo representa un peligro potencial para dichos intereses por constituir de ordinario un factor de expansión del mal (confr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados antes citado, p. 2871). Ello puede suceder por actos voluntarios o involuntarios del tenedor. Entre los primeros cobra relevancia la comprobada tendencia del poseedor a compartir el uso -aun mediante captación-, actitud que responde en general a razones de naturaleza psicológica y también de conveniencia, y que de esa manera se facilita el propio abastecimiento; es obvio que esa difusión se desarrolla a partir del presupuesto material de la tenencia. Asimismo, resulta frecuente que quien posee para su consumo sea a la vez un "pasador" por precio, ocasional o habitual, como medio para satisfacer su requerimiento. Y hasta el pequeño distribuidor profesional podría ocultar su condición bajo el disfraz del adicto que tiene para sí. Es de imaginar, por lo demás, la infinita gama de circunstancias en las cuales el poseedor se encuentre en la necesidad de desprenderse de la sustancia, que por lo común irá a engrosar el tráfico ilegítimo. En cuanto a los actos involuntarios, baste pensar en el peligro que crea la mera posibilidad de que el estupefaciente escape, por cualquier motivo ajeno a su voluntad, el ámbito de custodia del tenedor, introduciéndose en la comunidad. Debe valorarse, además, que el simple ejemplo es un modo no desechable de propagación, sobre todo en quienes no han alcanzado la madurez necesaria para vislumbrar el oscuro final del camino que intenten emprender.

15) Que, en virtud de lo expuesto, corresponde concluir que la presunción de peligro en que se asienta la figura descrita por el art. 6° de la ley 20771 no aparece como irrazonable respecto de los bienes que se pretende proteger. En consecuencia, la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda fuera del ámbito de inmunidad del art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio. Cabe puntualizar aquí que la tenencia es un hecho, una acción; no se sanciona al poseedor por su adicción, sino por lo que hizo, por el peligro potencial que ha creado con la mera tenencia de la sustancia estupefaciente.

16) Que no debe considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental. Los derechos fundamentales a los fines de la intimidad están reconocidos en primer término en el art. 18 de la Constitución Nacional que consagra, al igual que la norteamericana, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados. Sin



embargo, el constituyente incorporó un artículo similar, que carecía de modelo en el texto norteamericano, y que tuvo en cuenta el art. 162 del Proyecto de Constitución Nacional de 1826 mediante el cual, con texto casi idéntico, se procuraba, recogiendo un principio del liberalismo francés, garantizar la libertad de pensamiento, religioso o no, más allá del: "profesar libremente su culto" y del "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa" (art. 14). Esta regla resultó valiosa y necesaria para asegurar la libertad de pensamiento en pueblos que habían estado sometidos a las exigencias de la inquisición, facultado para indagar las transgresiones de conciencia a los principios de fe religiosa requeridos por el Estado.

17) Que es indudable que para asegurar esta libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre puede interponer recurso de amparo, que debe ser concedido por el estado liberal. Sin embargo, desde el momento en que los derechos fundamentales -en el sentido actual de la cultura universal- representan facultades que consagran esa dignidad. -según se infiere de los textos constitucionales actuales-, es inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación. En efecto, el constitucionalismo actual propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político con la fuerza de un mandato para el legislador, y referido a la libertad, se reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social. (Título I, art. 10, I, Constitución española de 1978; art. 1º Constitución de la República Federal Alemana). Se trata de un principio con consecuencias jurídicas directas que se relacionan con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traduce en participación, como manifestación positiva de la libertad. Por ello, pretender que las acciones privadas que están más allá de la libertad de conciencia representan en todos los casos acciones extrañas o inmunes a toda proscripción o regulación estatal, carece de significación si se trata de la propia degradación, con capacidad abstracta de proyectarse. En consecuencia, el legislador es por la Constitución el competente para captar desde la moralidad pública -que es la del hombre medio a quien él representa- cuando las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse amenazando u ofendiendo esa moral pública u otros bienes; y, en ese sentido, valorar las circunstancias significativas de otras formas de control social que puedan llevarse una incriminación directa o indirecta. Y es así que parece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior, sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma.



18) Que, en síntesis, queda fuera de toda discusión la existencia de una opinión común en el sentido de que la ley se refiere a un problema temible y desgarrador. No caben dudas de que la existencia misma de la droga pone en peligro bienes jurídicos de naturaleza superior, en tanto ésta es susceptible de ser consumida indiscriminadamente por un número indeterminado de personas. Por ello, la ley 20771 incrimina todas las acciones, que llevan consigo la creación de este riesgo. Así, por ejemplo, se crea el riesgo mediante la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes, o mediante la producción, fabricación o extracción de estas sustancias, o su introducción en el país en cualquier etapa de su elaboración y, por otra parte, se mantiene el riesgo ya creado por la guarda de semillas, el almacenamiento, transporte, comercio o distribución de estupefacientes y también, en cuanto aquí interesa, con la simple tenencia aunque sea para consumo personal. En otras palabras, la tenencia voluntaria de sustancias estupefacientes, cualquiera sea su finalidad, constituye una manera de mantener el riesgo creado por aquel que las elaboró o introdujo. El legislador, consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de existencia de éstas salvo en los casos en que se las sujeta a control. Sobre este aspecto corresponde entonces poner nuevamente el acento en que no se pena el consumo como hábito que pueda revelar una personalidad débil o dependiente porque este acto mismo queda reservado a la esfera de intimidad del art. 19 de la Constitución Nacional, ni tampoco se lo pena por la autolesión en que el consumo pueda en definitiva resultar. Las figuras de la ley 20771 no tutelan la integridad personal, sino la salud pública. En este sentido, es necesario ratificar lo sostenido por el tribunal en el precedente de Fallos, t. 305, p. 137, que despojado de toda valoración ética o de política criminal, sostuvo que "los motivos en virtud de los cuales entró el procesado en la tenencia de la sustancia, con conocimiento de su naturaleza, carecen de relevancia para resolver la cuestión en examen toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor, y por ello es susceptible de ser castigada". Es cierto que pueden propugnarse otras soluciones distintas de la incriminación penal sobre la base de considerar la mayor o menor utilidad desde el punto de vista de la prevención general y especial que pueda revestir la pena para estos hechos, pero ello remite a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que analizar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier



otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí.

19) Que, finalmente, también debe rechazarse el argumento del apelante relativo a la necesidad de probar en cada caso que la tenencia trasciende la esfera personal. El tema ya ha sido resuelto por el tribunal al fallar la causa que se registra en Fallos, t. 303, p. 1205 (Rev. LA LEY, t. 1981-D, p. 320) (conf. también Fallos, t. 305, p. 137), donde se sostuvo que una interpretación semejante importaría agregar un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, porque para ella no interesa el hecho concreto de que la posesión trascienda, pues por tratarse de un delito de peligro abstracto basta con la relevante posibilidad de que ello ocurra, con base en la razonable presunción de que la simple tenencia siempre, involucra un riesgo a los bienes tutelados.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, se declara mal concedido el recurso respecto del agravio tratado en el consid. 3°, y se confirma la sentencia en cuanto rechaza la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20771.

*José S. Caballero. - Carlos S. Fayt.*