

**Voces:** COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ DOLO ~ ESTUPEFACIENTES ~ PELIGROSIDAD ~ PRINCIPIO DE LEGALIDAD ~ PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD ~ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

**Fecha:** 09/11/2000

**Partes:** Bosano, Ernesto L.

**Publicado en:** LA LEY2001-B, 676

**Cita Online:** AR/JUR/3129/2000

#### **Hechos:**

El Tribunal Oral Federal de Córdoba condenó al acusado por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. La Cámara de Casación Penal declaró inadmisibles los recursos de casación e inconstitucionalidad. Interpuesta la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Alto Tribunal sostuvo la constitucionalidad del tipo penal previsto en el art. 5° inc. c de la ley 23.737, rechazando los agravios deducidos.

#### **Sumarios:**

1. El art. 5° inc. c de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, respeta el principio de razonabilidad y legalidad toda vez que el legislador determinó la producción del daño a un bien basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acuerdo con criterios y normas de la experiencia (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).
2. Es constitucional el art. 5° inc. c de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, pues el legislador precisó tal conducta como una de las formas agravadas de la simple tenencia del art. 14 de la misma ley atendiendo a la mayor peligrosidad que acarrea para el bien jurídico que la ley tutela: la salud pública, presunción de peligro que no aparece como irrazonable en relación a los bienes jurídicos que pretende proteger (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).
3. Es constitucionalmente válida la existencia de figuras de peligro abstracto -en el caso, se rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 5° inc. c de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) que castiga la tenencia con fines de comercialización-, pues la acción reprochada consiste en la creación de un peligro, ello con fundamento en la conveniencia de no dejar librado al juicio individual la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son en alto grado (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).
4. El art. 5 inc. "c" de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) -tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- distingue la intención del agente del dolo específico de la figura, diferencia que se advierte con claridad al apreciar que la ley no expresa que el propósito de comercializar esté reservado únicamente al tenedor, sino que admite como posible que un tercero sea quien tenga ese propósito de comercio ilegal, bastando con que aquél sepa que esa es la finalidad de su tenencia (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).

#### **Texto Completo:**

Dictamen del Procurador Fiscal de la Nación:

La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisibles los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa oficial de Ernesto L. Bosano contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, que lo condenó a la pena de cuatro años de prisión en calidad de autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° inc c, ley 23.737).

Contra dicho pronunciamiento la defensa oficial ante la Casación articuló recurso extraordinario federal a fojas 32/38, cuyo rechazo motivó esta presentación directa (fojas 41 y 42/49).

I. El recurrente construyó el agravio a la inconstitucionalidad de lo preceptuado por el art. 5° inc c de la ley 23.737, respecto de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Para ello, expresó que la norma sanciona como delito meros propósitos, desvirtuando la exigencia de "lege stricta", reclamada por el principio de legalidad de raigambre constitucional. Así, considera que la llamada "ultra intención" que como elemento subjetivo específico del tipo requiere la figura de que se trata - "con fines de comercialización"- tiene una "función anticipada de la punibilidad, ya que el legislador prescinde de la realización objetiva de la intención y le basta con la pura subjetividad, lo que no se compadece con la eficacia garantista del principio de legalidad que resulta incompleto o relativo", vulnerándose límites constitucionales.

Agregó, que penar una probabilidad no se compadece con la certeza que debe tener un juicio de reproche en materia penal, pues su formulación tendría por base un hecho probable e hipotético, no ocurrido, que impide, además, controvertir aquella presunción, lesionándose el derecho de defensa.

En síntesis, concluyó que se está penalizando un mero estado subjetivo, al margen de probanzas ciertas y

evidentes, inconciliable con los principios de "nullum crimen sine actio" o de exterioridad y de defensa en juicio.

Concretando los motivos de su agravio, el quejoso al rebatir la denegatoria del recurso extraordinario, arguyó la inadecuada respuesta a los agravios alegados, acerca de los principios básicos del derecho penal y de las garantías constitucionales, como así también, la falta de réplica a los conceptos enunciados en las citas doctrinarias oportunamente asentadas.

II. Cabe anticipar que el remedio intentado por la defensa no resultaría, en principio, procedente, pues si bien el recurso extraordinario se dirige contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho pretendido por aquél, los argumentos de la queja no son sino, una reiteración de los expuestos en la apelación federal (y también en el juicio y en la casación), instancias en la que encontraron acabada respuesta. Se vulnera así la doctrina del tribunal que prohíbe la mera reedición por las partes de los argumentos vertidos en las instancias anteriores (Fallos: 288:108; 307:2216, 315:59), lo que determinaría el rechazo del recurso (Fallos: 317:373 y 442).

Pero, aun si V.E. considerase pertinente hacer lugar a la queja superando tal valladar, el agravio traído en la apelación extraordinaria (que gira en torno a descalificar por inconstitucional el tipo penal que define la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, por atentar contra el principio de "legalidad", el derecho de defensa en juicio y el concepto de "exterioridad" en materia penal), a mi modo de ver y según lo presenta el apelante, tampoco puede tener andadura.

Ello así, a poco que se someta a análisis la previsión represiva en cuestión y sus antecedentes.

El art. 5° inc. c) de la ley 23.737, establece que: "será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años... el que sin autorización o con destino ilegítimo: ....c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte".

De tal forma, el legislador ha contemplado el delito como de peligro abstracto, desvinculando la acción del resultado, en un tipo penal complejo, que contiene un elemento subjetivo acerca de la intención del agente -fines de comercialización-, referido al elemento objetivo del tipo -tenencia de estupefacientes-.

Fórmula que el legislador reitera en otras figuras previstas en la misma ley 23.737.

Así, el inc. d, del art. 5°, que se refiere al comercio de insumos utilizables para producir estupefacientes sanciona a quien con fines de comercialización, tuviere plantas o semillas.

Criterio que también sigue en el párrafo segundo del art. 14, en cuanto privilegia la tenencia de estupefacientes -elemento objetivo- cuando existe mengua del peligro que esa tenencia provoca, en atención a su finalidad: "uso personal" -elemento subjetivo específico-; y que reitera en el art. 15, al desincriminar la tenencia y el consumo de hojas de coca en estado natural, atendiendo a su destino: "coqueo" o preparación de infusión.

Sistema de construcción de tipos penales que no es exclusivo de esta ley, sino generalizado en la legislación represiva. Véase sino, el primer párrafo del art. 189 bis del Cód. Penal, que establece: "El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o elaboración de productos, fabricare,... tuviere en su poder bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas...", distinguiendo, de tal forma, la tenencia simple de la tenencia con la intención de cometer un delito contra la seguridad pública.

Resulta válido sopesar como antecedentes de los mencionados preceptos de la ley 23.737, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, anterior a la sanción de la ley de estupefacientes, si bien de aprobación posterior -ley 24.072-, que invita, en su art. 3, titulado "Delitos y sanciones", apartado 1°, a que cada una de las partes adopte "las medidas necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, ... a) i) ... la oferta para la venta, ... la venta, ... de cualquier estupefaciente... en contra de la Convención de 1961...; iii) la posesión o la adquisición... con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente ap. i)". Asimismo, en el apartado 3° señala que, "El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

También -aunque ahora la cita se efectúa con el valor que otorga la comparación en el Derecho Positivo-, en el Código de 1995 para el Reino de España se ha sancionado la especie con similar descripción típica, al prever en el art. 368 que: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados...".

Resulta atinente, a mi modo de ver, mencionar el art. 222-40 del Cód. Penal francés, en cuanto dispone: "La

tentative des délits prévus par les articles 222-36 (premier alinéa) à 222-39 est punie des mêmes peines". Artículos estos últimos en que se efectúa la descripción típica de la tenencia, comercio, venta, suministro, transporte, facilitación de lugares, falta de justificación de enriquecimiento, etc., que -a tenor del artículo transcripto- en caso de ser no superar el estadio de la tentativa, serán punibles con la misma pena del delito consumado, efectuando así la ley francesa, en cuanto a la pena, una desvinculación de la acción y el resultado.

Es por lo tanto pacífica la aceptación de esta categoría de delitos complejos, insertos además en el género de aquellos en los que se determina la punibilidad de la conducta por la peligrosidad general de una acción respecto de determinados bienes jurídicos.

Cuya legitimidad ha sido reconocida por V.E. cuando señaló que "no es válido concluir que, por exigencia constitucional, toda figura delictiva debe producir un daño para ser punible, pues tal razonamiento prescinde de la existencia de tipos delictivos constitucionalmente válidos y en los que el resultado de la acción consiste precisamente en la creación de un peligro" (Fallos: 316:2563); y cuyo fundamento radica en la conveniencia de no dejar librado al juicio individual la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son en alto grado (sentencia del 10 de febrero de 1998, en causa M. 412, L. XXXIII "Mansilla, Mario H. s/ recurso de casación" -La Ley, 1998-C, 193-).

Es el legislador quien, en el marco del principio de legalidad, determina ex ante, en los delitos de peligro abstracto, si una conducta es peligrosa. Con ello prevé la producción del daño a un bien, basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acuerdo con criterios y normas de la experiencia.

En esta inteligencia, la previsión político-criminal del legislador ubica la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, como una de las formas agravadas de la simple tenencia del art. 14 -que se presenta en la ley como el tipo básico-, de acuerdo a la mayor peligrosidad que acarrea para el bien jurídico que la ley tutela; la salud pública. Presunción de peligro que no aparece como irrazonable en relación a los bienes jurídicos que pretende proteger.

Por ello no se conforma a este esquema legal la cita transcripta por el apelante en su libelo, en cuanto expresa que: "...quien tiene en su poder estupefacientes... con fines de comercializarlos posteriormente, a la luz de la norma en examen parecería que diera comienzo al iter criminis, lo cual... es inadmisibles por la dificultad de la prueba... No es compatible con la garantía de la defensa en juicio que se valoren intenciones al margen de toda probanza acreditada".

Es que no se debe descuidar que la ley distingue la intención del agente del dolo específico de la figura, diferencia que se advierte con claridad al apreciar que la ley no expresa que el propósito de comercializar esté reservado únicamente al tenedor, sino que admite como posible que un tercero sea quien tenga ese propósito de comercio ilegal, bastando con que aquél sepa que esa es la finalidad de su tenencia.

Cabe también indicar que la inadmisibilidad alegada, nunca puede pretender sustento en la "dificultad de la prueba", y que, en todo caso, tampoco cabe suponer que la falencia probatoria del componente subjetivo obre en contra del imputado por la inclusión de su conducta en una tipificación forzada, sino que habilitaría a desplazar el tipo agravado hacia el básico, normado en el art. 14 de la misma ley.

Por otra parte, el quejoso refiere que "en el caso traído" se sancionaron "meros propósitos que se presuponen, sin que exista acción que los exteriorice". Al respecto, advierto que la cuestión encuentra respuesta en la lectura del fallo del Tribunal Oral, pues allí, en forma categórica, al tener por probada la existencia del hecho, se realiza una pormenorizada descripción de los indicios que conducen a afirmar el propósito que califica la conducta desplegada por el imputado Bosano o bien, de ese mismo relato, se puede sin dificultad inferirlos, tales como el fraccionamiento de la cocaína en numerosas dosis; el envoltorio individual y característico, de forma tal de no hacer ostensible la venta y el transporte por parte del comprador; el uso de un local comercial que trabaja al menudeo como fachada de lo clandestino; las versiones coincidentes del comercio prohibido, recogidas por los pesquisas, etcétera.

Por ello, tampoco es acertado el concepto postulado por la defensa, al exponer que "el legislador (prescinde) de la realización objetiva de la intención y le bastará con la pura subjetividad", pues, insisto, el legislador no ha descuidado que se infiera la ultraintención en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente. Que además, y como se precisó arriba, en el caso resultan inquestionables.

III. En suma, considero que el sub examine no se manifiesta como un caso de ley irracional continente de un tipo donde el injusto haya sido arbitrariamente captado por el legislador, huérfano de todo contenido axiomático de valores constitucionales, como lo entiende el recurrente.

En razón de lo aquí expuesto, opino que V.E. debe rechazar la queja interpuesta. - Buenos Aires, noviembre 17 de 1999. - Luis S. González Warcalde.

Buenos Aires, noviembre 9 de 2000.

Considerando: Que por los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador fiscal que esta Corte comparte y al que cabe remitirse "brevitatis causa", corresponde rechazar esta presentación directa.

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día, efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Cód. Procesal, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. - Julio S. Nazareno. - Eduardo Moliné O'Connor. - Augusto C. Belluscio. - Guillermo A. F. López. - Adolfo R. Vázquez.