

## Ánimo de tráfico

### Delimitación del elemento subjetivo implícito en el transporte de estupefacientes

Por Lautaro Fichter [1]  
Francisco Gustavo Lorea Bonete [2]

#### **I. Introducción** [arriba]

El objeto del presente trabajo es analizar si el delito de transporte de estupefacientes, previsto en el art. 5, inciso “c”, de la Ley N° 23.737, requiere un elemento subjetivo adicional al dolo de realizar la conducta típica e implícito: el “ánimo de tráfico” de la sustancia tóxica. La conclusión a la que se arribe permitirá extender sus efectos a otros verbos típicos que se encuentran contenidos en la misma norma.

Para tal finalidad, se procederá a relevar las posturas existentes al respecto en la doctrina y la jurisprudencia nacional; y, finalmente, se realizará un abordaje propio de la problemática, de acuerdo con diversos métodos de interpretación de la ley penal y con particular atención a la determinación del disvalor que es objeto de reproche.

Se establecerá, en definitiva, que el delito de transporte de estupefacientes exige, para su configuración, la corroboración de un “ánimo de tráfico” por parte del autor, en tanto constituye la contracara subjetiva de la realización del peligro cualificado que la conducta conlleva ínsita en perjuicio del bien jurídico tutelado.

#### **II. Una aproximación general a los elementos implícitos del tipo** [arriba]

La técnica legislativa en derecho penal está signada por la abstracción y la generalidad, ya que establece que determinadas clases de actos, sustraídos de las particularidades con las que pueden acaecer en la realidad son merecedores de pena. En ese marco, una de las principales tareas en la aplicación del derecho es la interpretación de la ley, pues constituye el acto de comprensión del material jurídico, que sirve para identificar el caso genérico que regula la norma[3].

La interpretación de la ley es previa a su implementación respecto de un caso individual que se haya suscitado. En efecto, la lógica indica que solamente podrá aplicarse la ley cuando los problemas que involucra en sus planos semánticos y pragmáticos se hayan resuelto, en el sentido de que sólo entonces sabremos qué requisitos deben ser satisfechos para hacer operativas las condiciones de aplicación de la norma[4].

Sentado ello, debe recordarse que el tipo reúne los elementos específicos que fundamentan positivamente la antijuridicidad penal de un hecho y, de este modo, describe el comportamiento penalmente relevante[5]. El intérprete, entonces, parte de la base que proporciona la formulación legal de la conducta conminada con pena, esto es, el tipo en su tenor literal; y, en un ulterior nivel de análisis, colige el tipo de interpretación, a través del cual se determina el ámbito de lo verdaderamente prohibido, como resultado de la actividad interpretativa[6].

En efecto, el tenor literal no expresa por sí solo ni de forma acabada el contenido de la norma a aplicar[7]. La ley, en definitiva, casi nunca aparece primariamente como la solución del caso, sino que a ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión[8]. Esto significa que el intérprete debe vincular a la parte con el todo, para salvaguardar la coherencia de la solución adoptada. En efecto, “si no se quiere que las normas jurídico-

penales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema”[9].

Ahora bien, para establecer el alcance del tipo penal es inevitable apelar a la norma subyacente, en la inteligencia de que esta constituye un instrumento de lógica jurídica que conduce a precisar los límites de aquel. Esa instancia, también denominada de identificación del material normativo, permite trazar el perímetro de las competencias del intérprete[10].

En esa tarea, se encuentra aceptado que no todos los elementos típicos de un delito se encuentran contenidos en la formulación legal de manera expresa, pero pueden ser discernidos a partir de la interpretación. Al respecto, señala Frister que estos elementos implícitos “surgen a la luz recién cuando uno analiza las descripciones de delitos de la Parte Especial sobre la base de estructuras conceptuales comunes”[11].

El discernimiento de tales elementos corresponde al ámbito de la dogmática, pues es la rama que se ocupa de hacer comprensibles los textos jurídicos[12]. Se trata, en efecto, de labor hermenéutica y, como tal, comprende la asignación de sentidos respecto del tipo penal de que se trate. Langer indica que esa operación -que denomina de explicación de conceptos legales- se integra con tres fases. En la primera, el legislador impone una fórmula lingüística con la que pretende identificar los fenómenos de la realidad que considera merecedores de pena. En la segunda y la tercera, el intérprete debe, respectivamente, identificar efectivamente tales fenómenos y someterlos a un proceso de abstracción conceptual -marcado por lo valorativo y lo teleológico- en el que se depuran los elementos relevantes.

La labor dogmática, entonces, conduce “a la precisión y, en su caso, a la corrección de la determinación del objeto que menciona el elemento legal y que al principio aparece sólo superficialmente”[13].

En nuestro medio, Dias[14] señala que:

“se reconoce que tipos penales redactados de modo escueto... cuentan una gran cantidad de elementos de suma complejidad que se han desarrollado a partir de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia a la ciencia del derecho penal”. Explica el autor que “la agregación de nuevos elementos típicos por medio de interpretación no está vedada en derecho penal, ya que esos añadidos no perjudican al autor, sino que restringen la punibilidad. En otras palabras, lo que prohíbe el principio de legalidad es apartarse del texto de la ley en contra del autor... pero no está prohibido extraer, por vía de interpretación, un elemento implícito de una regla que nada dice al respecto”.

### **III. El transporte de estupefacientes: posición de la doctrina y la jurisprudencia respecto del “ánimo de tráfico” [arriba]**

El art. 5, inciso “c”, de la Ley N° 23.737, reprime con pena de 4 a 15 años de prisión y multa de 45 a 900 unidades fijas al que, sin autorización o con destino ilegítimo, transportare estupefacientes. En su tenor literal, el tipo penal requiere, en su aspecto objetivo, la acción de trasladar la sustancia de un lugar a otro, la comprobación de que se trata de estupefacientes en el sentido del art. 77 del Código Penal y la ausencia de un permiso para tal cometido; y, en su aspecto subjetivo, que el sujeto obre con conocimiento de cada uno de los elementos antedichos. Esta determinación, sin embargo, no agota la tarea interpretativa y, por ello, la doctrina y la jurisprudencia han profundizado en el análisis de la figura, dividiéndose en posturas claramente diferenciadas entre sí.

III. A. Para Cano, “el transporte penado en el tipo es aquel realizado como parte de la cadena de comercialización de los estupefacientes”[15]. El autor entiende que la única

conducta que resulta típica es aquella que se realiza con una finalidad vinculada a la producción o comercialización de estupefacientes. Arriba a esta conclusión a partir de una interpretación histórica del tipo penal con especial énfasis en la voluntad del legislador. Para apoyar tal tesis, recurre a las Exposiciones de Motivos y a los Debates Parlamentarios de las Leyes N° 20.771 y N° 23.737. De esta manera, el autor establece que, al sancionar dichas normas, se buscó ampliar el espectro de conductas típicas a fin de evitar lagunas de punibilidad, con el objetivo de combatir el comercio de estupefacientes; y que el art. 5° de la Ley N° 23.737 se encuentra concretamente enderezado a reprimir distintas formas de tráfico.

Su análisis no finaliza allí. También desde una perspectiva sistemática de la Ley N° 23.737, considera que la conducta de transportar requiere que se encuentre inserta en una cadena de tráfico. Para ello, recurre a la figura de la tenencia simple de estupefacientes prevista y reprimida en el art. 14, primer párrafo, la cual prevé una pena sustancialmente menor a la contenida en el art. 5°, inc. "c". Indica, entonces, que, si la diferencia entre la tenencia y el transporte de estupefacientes se asienta en que, en un caso, la droga hallada se encontraba "en movimiento", esa solitaria circunstancia no puede conducir a una manifiesta disparidad del marco punitivo aplicable[16].

Finalmente, su postura resulta consecuente con relación a la exigencia de un contenido de antijuridicidad material respecto de las conductas que entrañan un peligro hacia el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública. En efecto, desde que el autor exige que "para que pueda considerarse lesionado el bien jurídico salud pública debía haber una difusión de la sustancia nociva, lógico resulta exigir en los delitos que punen actos preparatorios, el riesgo de la difusión de la sustancia"[17]. Esta tesis impone, entonces, que la conducta de transporte entrañe, de por sí, la posibilidad de que se encuentre enderezada a difundir o propagar el material estupefaciente; de lo contrario, no existiría ningún peligro de afectación al bien jurídico tutelado y nos encontraríamos frente al supuesto de hecho previsto en el art. 14, primer párrafo.

En similar sentido se expresan falcone y capparelli, quienes sostienen que "por transporte debe entenderse el acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión", salvo que dicho comportamiento se encuentre legalmente autorizado o que la sustancia transportada tenga un destino de consumo[18].

Agregan a ello que el delito constituye un acto del "ciclo económico del tráfico ilícito previo al consumo" y que, para su configuración, se requiere, desde el punto de vista del tipo subjetivo, la comprobación de que el autor tiene conocimiento y voluntad de llevar adelante el efecto "dinámico o propagador que apunta a convertir al transportista en un engranaje del tráfico ilícito"[19]. De esta manera, reputan inadmisibles que pueda subsumirse en el delito de transporte de estupefacientes al simple tenedor de drogas por el mero hecho de que se haya subido a un automóvil y lo haya puesto en marcha[20]. A mayor abundamiento, sustenta su posición en el principio de proporcionalidad de la pena, en el sentido de que no debe castigarse como traficante a quien no lo es[21].

Medina, por su parte, sostiene que el fundamento de la punición del transporte de estupefacientes se encuentra en que esta constituye "una de las actividades centrales del tráfico ilegal, como es el desplazamiento del tóxico desde su lugar de origen al de su consumo"[22]. Si bien no efectúa una valoración propia en torno al "ánimo de tráfico", parece reconocer su existencia, pues cita jurisprudencia para la cual:

"el tipo subjetivo se integra con la intención de participar en el tráfico de estupefacientes que se traslada; puesto que, de adoptarse una postura rígidamente objetivista, se llegaría a considerar incurso en aquélla, aun a los meros tenedores de droga en pequeñas cantidades para su consumo, en la medida en que la lleven consigo"[23].

Cornejo, comienza refiriendo que “con la expresión ‘dolo de tráfico’ nada se significa”, en el entendimiento que en cada injusto culpable debe comprobarse que la conducta resulta imputable al autor y que éste comprendía los alcances de la prohibición, es decir, que dicha expresión nada agregaría a los delitos comprendidos por la Ley N° 23.737. Sin embargo, en relación con el transporte en sí, indica que “es uno de los injustos más característicos y propios de esta actividad delictiva” -tráfico de estupefacientes-, diferenciándose de las demás conductas que se encuentran insertas en el art. 5°, inciso “c”, “por la dinámica y el efecto propagador de la droga de los procederes que lo integran”[24].

Seguidamente explica que la conducta de transportar implica la traslación de los centros de producción de estupefacientes hasta el sitio donde es consumido.

Específicamente, la define como “trasladar la droga de un sitio a otro, personalmente, a través de otra persona o utilizando cualquier medio idóneo para ello, a sabiendas, o por lo menos presumiendo, de qué es lo que se desplaza”[25].

El autor en diversos párrafos descarta la necesidad de que la conducta de transporte se encuentre inserta en una cadena de tráfico, negando incluso la relevancia dogmática del llamado “ánimo de tráfico”. Para arribar a dicha conclusión sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto puesto que “la producción del peligro no pertenece en sí misma al tipo, pues ya el comportamiento correspondiente implica típicamente un peligro”, por lo que deviene irrelevante la finalidad, en sí, del transporte o que éste se encuentre vinculado con el comercio[26].

Finalmente, De Luca[27] también parte del concepto vulgar de transporte y considera que, ni siquiera recurriendo a los métodos de interpretación conocidos, es posible extraer de la norma que aquel deba tener “determinada relevancia o idoneidad respecto de una cadena de comercialización”, con el argumento de que la ley en ningún momento utiliza la palabra “tráfico” y tampoco resulta claro que la única finalidad perseguida por la norma sea la de reprimir todas las conductas que implican el comercio de estupefacientes y, en caso de que así lo fuera, no se desprende ni de su tenor gramatical ni de una visión global de la ley.

Por otra parte, considera que existen razones históricas en ese sentido, que se extraen de la comparación de la Ley N° 20.771 y Ley N° 23.737. En efecto, en la primera de ellas se encontraba ausente la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, por lo que, para diferenciar el transporte de la simple tenencia, se debió interpretar al transporte como eslabón de la cadena de tráfico. Sobre este aspecto, indica que:

“cualquier transporte que forme parte de la cadena de tráfico estará ya abarcado y penado por el tipo que reprime la tenencia para comercialización, desde que, si bien esta última no siempre contiene a aquél, todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente una tenencia para comercialización... Si quien transporta lo hace dentro de una cadena de tráfico, incurrirá en tenencia para comercialización, con prescindencia de que esa tenencia sea estática o errática, y el transporte quedará reservado para la simple traslación sin necesidad de fines lucrativos”.

Posteriormente, trae a colación nuevamente esta cuestión, concluyendo que:

“la diferencia entre el transporte y la tenencia está dada porque en el primero también se tiene, pero, además, se realiza un desplazamiento de un lugar a otro, mientras que el que tiene, en principio, no. La excepción a ese principio está dada precisamente por los casos en que el sujeto se desplaza de un lugar a otro en circunstancias que hagan presumir que lo es con fines de consumo personal (art. 14, 2° párr.), ya que ese traslado no debe punirse como transporte por razones de especialidad. A tal interpretación abona el hecho de que

quien transporta con fines de comercialización, que en definitiva también tiene, se lo castiga como tenedor con fines por la especialidad de esta figura sobre la otra. Está claro que todo transporte es una tenencia. Esta es el género, aquel la especie”.

En definitiva, el aspecto concursal es el argumento de mayor entidad que utiliza De Luca en su exposición, recurriendo a la dicotomía tenencia con fines-transporte para discernir el alcance técnico-jurídico del segundo. En este sentido, considera que siempre que se verifique la finalidad de comercio en el marco de un transporte, dicha figura será desplazada por la de comercio o tenencia con fines. Lo propio ocurrirá si la droga transportada es para consumo personal, pues en ese caso concurren razones constitucionales, de política criminal y de fines de la pena.

III. B. Relevada la doctrina nacional especializada en el tópico, corresponde analizar cuál es la postura que, al respecto, ha sostenido la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) en su integración actual. La trascendencia de esta tarea finca en que se trata del órgano jurisdiccional superior y, por lo tanto, máxima instancia ordinaria de interpretación judicial en lo que incumbe a delitos federales, como el que aquí nos ocupa.

En primer término, la Sala I de dicho órgano se encuentra compuesta por los jueces Barroetaveña, Petrone y Figueroa.

Los dos primeros magistrados han señalado que:

“el tráfico de estupefacientes concebido en la ley no es una acción única y específica, sino un proceso constituido de varios pasos sucesivos; y que el transporte constituye un eslabón dentro de esa cadena de circulación -ya sea a título oneroso o gratuito-, siendo una etapa previa a su distribución o venta”. Así, “al tipificar como delito la conducta de quien transporta drogas, el legislador tuvo en miras la sanción de quien con su accionar genera un peligro para la salud pública. El mero hecho de trasladar la droga independientemente del destino que se le dé a las sustancias transportadas, constituye el delito sub examine”. Ello, porque “tratándose el delito de transporte de estupefacientes de un delito de peligro, el bien jurídico tutelado puede verse afectado por el sólo hecho de llevar la droga, trasladarla o moverla exponiéndola potencialmente a terceros, aun cuando se realice sin mediar una finalidad lucrativa”[28].

Sin perjuicio de los términos empleados, lo cierto es que, en el caso, los jueces descartaron el agravio expuesto por parte de la Defensa vinculado a la acreditación del “dolo de tráfico” para la configuración de la conducta de “transporte de estupefacientes”. En efecto, para los magistrados la mera conducta de transportar lleva ínsita la peligrosidad -abstracta- en perjuicio de la salud pública, por lo que no se requiere ningún elemento adicional para subsumir esa conducta en el art. 5°, inc. “c”, de la Ley N° 23.737.

Por su parte, Figueroa ha resaltado que “el delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inciso ‘c’, de la Ley N° 23.737) requiere el traslado de la sustancia de un lugar a otro con una finalidad que trascienda su consumo personal, siempre que ello se acredite de las propias constancias de la causa. Basta el conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo para tener por configurado el delito de transporte de estupefacientes, que no prevé otra finalidad específica más que la señalada”[29].

También ha señalado la mencionada magistrada que “la acción de transporte está constituida por ‘...el acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión’”[30].

La posición de Figueroa se centra en que, para la configuración del tipo penal bajo estudio, se requiere, además del comportamiento activo de trasladar la sustancia estupefaciente

de un lugar a otro, la comprobación de que no hay una intención, por parte de quien transporta, de consumir esa misma droga.

Sentado ello, cabe relevar el criterio de la Sala II de la CFCP, que se encuentra integrada por los jueces Slokar, Yacobucci y Ledesma.

Slokar ha considerado que:

“resulta correcta la calificación legal de transporte de estupefaciente, pues la cantidad involucrada en la especie y la forma en que fue acondicionada para su traslado permiten inferir que se encuentran reunidos los elementos típicos de esa figura”[31]. Su postura, entonces, ha sido que “si bien no basta con el mero traslado de los estupefacientes y debe considerarse como insuficiente para la satisfacción de los requisitos típicos la traslación de un tóxico prohibido que puede ser tenido -a modo de ejemplo, como destinada al consumo personal- en la especie se advierte que el hallazgo realizado por la prevención fue de casi 15 kg. de cocaína que se encontraba fraccionada, de manera tal que es posible y válido inferir que no se trataba de una mera tenencia sin un fin determinado. Del traslado de tal cantidad de drogas fraccionadas y ocultas dable es concluir que el comportamiento desplegado por los imputados forma parte de una cadena de tráfico”[32].

Por su parte, Yacobucci ha señalado que:

“el delito de transporte de estupefacientes requiere trasladar materialmente droga de un lugar a otro, con una finalidad que trascienda su propio consumo personal. Por eso se habla de un plus subjetivo al propio del objeto del dolo. [El imputado] no sólo conocía y desarrollaba una conducta material de transporte de droga, sino que entre sus objetivos había una intención de uso que esta alcanzada normativamente por el título de imputación escogido por el a quo... Se verifica así lo que la defensa denomina como ultraintención. En lo que aquí interesa, la comprobación de la sentencia es apta para tener por demostrada la finalidad de[l imputado] en cuanto a realizar una acción que se integra material y subjetivamente en una cadena de tráfico de estupefacientes... En consecuencia, resultaría inconsecuente que sentadas las bases de comprobación de que el estupefaciente transportado por [el imputado] tenía por destino un objetivo que trascendía su uso personal al integrarse en una cadena de tráfico, se pretendiera excluir la figura agravada.”[33]

Expuestas ambas opiniones, se impone concluir que tanto para Slokar como para Yacobucci el comportamiento que resulta objeto de reproche en el art. 5°, inc. “C”, es realizado únicamente cuando la conducta de transporte de drogas se inserta en el ámbito del tráfico de estupefacientes. Ambos magistrados consideran el mero traslado con el propósito del ulterior consumo no configura el tipo penal bajo estudio; por el contrario, afirman que resulta imperativo comprobar la existencia de un elemento adicional, esto es, la llamada “ultraintención”, no ya de comercio -criterio que implica, de por sí, un fin lucrativo- sino de insertar el material estupefaciente en una cadena de tráfico propagadora de la sustancia.

Ledesma, por su parte, ha sostenido que:

“la ausencia de prueba sobre la ultrafinalidad de la tenencia, para tener por acreditado el dolo de tráfico necesario para la configuración de alguna de las conductas previstas por el art. 5° de la Ley N° 23.737, impide el encuadre típico en cualquiera de las acciones allí descriptas”[34]. En tal sentido, para la referida jueza, “la mera traslación del material tóxico no puede ser el único sustento para subsumir la conducta en el delito de transporte, pues se llegaría situaciones injustas donde se sancionaría con una pena elevada y se asimilaría a las personas que lucran de alguna manera con algún rol del comercio de estupefacientes, con aquellos consumidores que las adquieren y se desplazan hacia su hogar para su consumo... Va de suyo que para evitar esta distorsión en la aplicación y

subsunción de las hipótesis legales, se hace necesario requerir un plus a la mera tenencia, algún contenido del elemento subjetivo, que diferencie las tres figuras que pugnan por apropiarse en estas condiciones: la tenencia para consumo personal, la tenencia simple y el transporte... Si bien parece claro que no puede subsumirse en la tenencia para consumo personal -sólo por la cantidad de material secuestrado- lo cierto que la mera tenencia simple y el transporte debe presentar un plus que los diferencie, dada la diferencia en la severidad punitiva preindicada”[35].

De esos fragmentos pueden extraerse diversas conclusiones vinculadas a la postura de Ledesma. En primer lugar, descarta la aplicación literal de la norma: considera que el mero desplazamiento no configura el tipo penal del art. 5° inc. “c”. Además, razones sistemáticas inherentes a la Ley N° 23.737 así lo aconsejan toda vez que, al regular tres tipos diferenciados de tenencia de estupefaciente, los supuestos de hecho delimitados por las normas deben ser distintos -es decir, deben contar con elementos disímiles-, permitiendo de esta manera dicha diferenciación. Finalmente, el principio de proporcionalidad de la pena impone tal entendimiento puesto que, en un caso, el imputado se expone a una pena de 4 a 15 años de prisión -transporte de estupefacientes-, mientras que, de comprobarse la ausencia de delo de tráfico, esa conducta sería subsumible en la figura residual de la tenencia simple de estupefacientes, cuya pena oscila entre 1 y 6 años de prisión.

Cabe ahora adentrarse a las resoluciones dictadas por la Sala III, que se halla compuesta, actualmente, por los Dres. Catucci, Riggi y Mahiques.

Catucci se ha pronunciado en orden al tópico bajo estudio, señalando que:

“el ‘transporte’ de estupefacientes como la conducta de traslado de sustancia de un lugar a otro del país, el que se consuma por la simple acción que lo constituye, con independencia absoluta de la producción del efecto que el agente haya buscado obtener y con el mero desplazamiento -aun brevemente- de la droga... La expresión ‘el que transporte’, puesta a la par de transportare, evidencia que no es necesario que ese material haya llegado en forma efectiva a manos de terceros”[36].

Por otro lado, Riggi ha indicado que:

“el tráfico de estupefacientes concebido en la ley no es una acción única y específica, sino un proceso constituido de varios pasos sucesivos; y que tanto el almacenamiento como el transporte constituyen eslabones dentro de esa cadena de circulación -ya sea a título oneroso o gratuito-, siendo ambas etapas previas a su distribución o venta”. En ese sentido, ha dicho que “cualquier transporte que forme parte de la cadena de tráfico estará ya abarcado y penado por el tipo que reprime la tenencia para la comercialización, desde que, si bien no siempre esta última contiene aquel, contrariamente, todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente la tenencia para la comercialización”[37]. Así, ha resaltado que “tratándose de un delito de peligro abstracto, el bien jurídico tutelado puede verse afectado por el sólo hecho de llevar la droga, trasladarla o moverla exponiéndola potencialmente a terceros, aun cuando se realice sin mediar una finalidad lucrativa”[38].

Particularmente, tanto Riggi como Catucci han coincidido en que:

“el delito de transporte de estupefacientes se configura con la mera traslación o desplazamiento de un lugar o paraje a otro, portando a sabiendas los estupefacientes y no se exige dolo de tráfico o fines de comercialización y ni siquiera importa el destino que posteriormente se le confiere a la sustancia”[39]; no siendo relevante “la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias”[40].

Es decir, resulta suficiente para tener por configurado el delito la mera acción de traslado de droga, sin ningún elemento adicional al dolo en la faz subjetiva[41].

Por último, Mahiques se ha remitido a los votos de sus colegas en todas las resoluciones citadas, de lo que se colige que comparte los criterios que ya han sido reseñados en este apartado.

Llegado este punto, resta analizar la postura adoptada por la Sala IV de la CFCP, integrada por Hornos, Gemignani y Borinsky.

El primero de los magistrados ha sostenido que:

“el delito de transporte de estupefacientes no requiere, como elemento subjetivo, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias, o transportar dicho material hasta su destino -sea éste final o intermedio... En sustento de esta postura, corresponde recordar que transportar implica ‘llevar cosas de un lugar a otro’ y que la doctrina local se pronuncia en sentido coincidente al manifestar que para el sistema de la ley argentina el transporte describe la conducta de traslado de la droga de un lugar a otro dentro del país”[42].

Asimismo, ha postulado que “para tener por configurado el aspecto subjetivo del delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inc. “c” de la Ley N° 23.737), basta con el mero conocimiento y voluntad del traslado de un punto a otro, pues se trata de una figura de peligro abstracto sin que sea necesario la acreditación de una especial ultraintención del sujeto activo... [E]s suficiente con que se compruebe -tal como sucede en la presente causa- que el imputado sabía y quería trasladar la sustancia prohibida, toda vez que dicha circunstancia basta para poner en peligro la salud pública, que es el bien jurídico que el legislador tuvo en miras al sancionar el delito de transporte de estupefacientes.”[43]

En idéntico sentido, Borinsky ha resuelto que:

“desde el punto de vista subjetivo, se encuentra configurado el dolo requerido por la figura en cuestión, el que se satisface con el conocimiento del estupefaciente que se tiene y transporta, más la voluntad de llevar a cabo la conducta”[44]. En este orden de ideas, tiene dicho ese magistrado que “la Real Academia Española define el verbo ‘transportar’ como ‘llevar cosas de un lugar a otro’ y la doctrina ha afirmado que por transporte ‘debe entenderse el acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión’... [L]a figura de transporte de estupefacientes requiere desde el plano subjetivo el dolo, que se satisface con el conocimiento del estupefaciente que se tiene y transporta, más la voluntad de llevar a cabo la conducta... [E]l delito de transporte de estupefacientes no exige que se acredite algún elemento especial subjetivo distinto al dolo, como lo es la intención de contribuir al tráfico ilícito.”[45]

Finalmente, Gemignani ha señalado que:

“con la expresión ‘dolo de tráfico’ nada se significa, sino que en cada caso concreto el dolo del autor -sin aditamento alguno- deberá ser evaluado a fin de comprobar si resulta comprendido por el tipo penal que se le imputa”[46]. En tal sentido, “hay que tener presente que el transporte no consiste en iniciarlo y terminarlo conforme al plan del autor, sino meramente trasladarlo de un punto a otro; lo que por el solo traslado se consuma, ya que se trata de una figura de peligro abstracto en el que el legislador castiga la difusión o propagación que es lo que el traslado implica... Así las cosas, el aspecto subjetivo del tipo penal esto es, el dolo requerido, que abarca el conocimiento y la voluntad de la conducta típica que se está realizando, no exige la necesidad de probar la voluntad de formar parte



de una cadena de tráfico de estupefacientes. Es decir, a los efectos de acreditar el elemento subjetivo de la conducta es suficiente con que se encuentre probado [...] que el encausado sabía y quería trasladar la sustancia que se sabe prohibida, en tanto esa sola circunstancia es suficiente para poner en peligro la salud pública, bien jurídico tutelado por la norma típica”[47].

De los votos emitidos por los magistrados integrantes de la Sala IV se advierte que existe una posición coincidente en orden al tópico analizado, pues descartan la necesidad de verificar la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo en este delito, con sustento en la letra de la norma y en el peligro abstracto que la sola conducta entraña para el bien jurídico protegido.

En síntesis, puede concluirse que Figueroa, Riggi, Catucci, Mahiques, Hornos, Borinsky y Gemignani se enrolan dentro de la postura que puede clasificarse como interpretación literal de la ley, esto es, que el comportamiento típico es configurado con el mero desplazamiento de la sustancia estupefaciente, con independencia de la finalidad del acto, desde que la norma en cuestión no exige una ultraindicación específica. Sin perjuicio de ello, Riggi, Catucci y Mahiques reconocen que el transporte de estupefacientes configura un comportamiento que debe encuadrarse dentro de la cadena de tráfico, siendo esta conducta un eslabón previo a la comercialización o distribución.

Petrone y Barroetaveña, en cambio, basan su posición en la clase de afectación al bien jurídico tutelado, en el entendimiento de que, al encontrarse frente a un delito de peligro abstracto, el traslado del estupefaciente de un lugar a otro implica la creación del riesgo jurídico desaprobado por la norma de conducta. Por su parte, Hornos y Catucci también reconocen la importancia de esta última cuestión en la interpretación del delito de transporte de estupefacientes.

Finalmente, Slokar, Yacobucci y Ledesma son los únicos que requieren la exigencia de comprobar un elemento subjetivo distinto al dolo, concebido como finalidad de tráfico o acción constitutiva de un eslabón del tráfico de estupefacientes, en el transporte receptado en el art. 5°, inciso “c”, de la Ley N° 23.737.

#### IV. ¿Y entonces? <sup>[arriba]</sup>

Hemos dicho ya que el punto de partida en materia de interpretación penal es el tipo en su tenor literal. En ese sentido, la primera exégesis de una norma consiste en su propia letra, es decir, en los términos que, como herramienta comunicativa, el legislador decidió adoptar en ocasión de crear una norma de conducta de alcance general y la imposición de una pena ante la verificación de su incumplimiento.

Este método de interpretación literal exige el abordaje de los términos utilizados de acuerdo con la significación que comúnmente se le dé a la palabra. En este sentido, la Real Academia Española define al “transporte” como la “acción de traslado o desplazamiento de personas o cosas de un lugar a otro”. Desde esa óptica, el transporte de estupefacientes sólo requeriría la simple acción de desplazamiento de una sustancia desde un punto geográfico a otro, sin importar ninguna otra circunstancia.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el tipo en su tenor literal proporciona un ámbito máximo de lo prohibido, que no puede exceder de su resistencia semántica pero que aun así es enorme[48]. En términos de Langer[49], la fórmula lingüística empleada por el legislador denomina lo prohibido, pero no lo define: esto ya es tarea del intérprete.

Aquí, el problema que presenta la interpretación literal es que sus resultados devienen incompatibles con el carácter de última ratio que se le asigna al derecho penal, con la razón de política criminal que sustenta la punición y con la coherencia intrasistemática de

la norma. En efecto, a poco que se analice el supuesto de hecho abstracto, sin ningún aditamento, se advierte que la terminología utilizada por el legislador abarca más clases de comportamientos que los que, en verdad, el legislador consideró reprochables.

Recurramos a un ejemplo: bastaría únicamente que cualquier persona que tuviese en su poder estupefacientes se subiera a un automóvil, una motocicleta, una bicicleta, y comenzara a desplazarse, para tener por configurado el delito previsto por el art. 5, inc. “c”, de la Ley N° 23.737. Incluso podría pensarse que, si la conducta típica es simplemente el traslado de cosas, entonces bien podría llevarse a cabo a pie, ya que el tipo en su tenor literal no distingue ni hace ningún tipo de alusión al modo en que las sustancias deben ser movilizadas. De esta manera, cualquier sujeto en posesión de una sustancia ilícita, sea cual sea su finalidad, que estuviera caminando en la vía pública, estaría cometiendo este ilícito y le cabría una pena de 4 a 15 años de prisión[50].

Tal sería la consecuencia de la aplicación directa y acrítica de la formulación lingüística proveída por el legislador. Pero ya dijimos al comienzo de este trabajo que a la ciencia jurídica no compete sólo la reproducción de la ley, sino su elaboración racional[51].

Ello obedece, en palabras de Mir Puig, a que:

“la aplicación de la ley desborda con mucho el puro análisis del tenor literal del texto legal. La letra de la ley no ofrece más que el punto de partida y el límite máximo de la interpretación de la norma. La letra de la ley traza únicamente un marco, dentro del cual el jurista ha de ‘concretar’ el preciso alcance de la norma, en base a las exigencias del sector de realidad objeto de regulación. En otras palabras, el concreto contenido de la norma jurídica no puede obtenerse de la sola interpretación del tenor de la ley, sino que requiere la contemplación de los distintos grupos de casos a que puede alcanzar... Sólo cuando el jurista haya precisado a qué grupos de casos ha de entenderse referida la letra de la ley, esto es, sólo cuando haya ‘concretado’ su contenido, habrá concluido el proceso de creación de la norma jurídica”[52].

Ahora bien, en la tarea de precisar el alcance del tipo penal de transporte de estupefacientes, resulta útil su confrontación con otras figuras delictivas contenidas en el mismo cuerpo legal, que parecen remitir a la misma norma subyacente.

La Ley N° 23.737 tipifica una serie de conductas que podrían definirse como el ciclo económico de los estupefacientes. Así, el art. 5 reprime comportamientos que abarcan la siembra y el cultivo (art. 5°, inciso “a”), la producción, la fabricación y la preparación (inciso “b”), el comercio, distribución, almacenamiento, transporte y tenencia con fines de comercialización (inciso “c”), incluso cuando el objeto de dicha actividad no sea el estupefaciente en sí, sino la planta o la semilla (inciso “d”), hasta llegar a la entrega a título oneroso o gratuito (inciso “e”). La técnica utilizada por el legislador se orienta a no omitir ninguna clase de conducta que pueda incluirse dentro del tráfico de estupefacientes o que sirva a tales propósitos. Por ello, mediante la Ley N° 24.424, se estableció una reducción significativa de la pena imponible para la hipótesis de que la siembra o cultivo estuviera destinada a obtener estupefacientes para consumo personal (art. 5, anteúltimo párrafo).

Seguidamente, el art. 6 penaliza a quien, habiendo introducido legalmente al país de estupefacientes o materias primas destinadas a fabricarlos, alterase su finalidad de uso posterior; pero el monto de la sanción punitiva se reduce en caso de acreditarse que la intención del sujeto no era la comercialización de tales sustancias.

Finalmente, se llega al art. 14, en donde se prohíben dos conductas: la simple tenencia de estupefacientes (primer párrafo) y la tenencia para consumo personal (segundo párrafo).

En definitiva, puede concluirse que la Ley N° 23.737 tipifica tres grandes clases de comportamientos de acuerdo con el modo en que se relaciona la persona con la sustancia estupefaciente. Por un lado, se reprimen conductas directamente relacionadas con el tráfico ilícito de sustancias, que configuran el ciclo económico de la droga. En un punto intermedio, establece una prohibición para la mera tenencia, es decir, cuando no pudo comprobarse que la posesión del material ilícito se hallaba vinculada a ese ciclo económico. Y, en último lugar, sanciona actividades de uso personal (arts. 5, anteúltimo párrafo; y 14, segundo párrafo).

Adviértase que los comportamientos previstos en el art. 5 conforman los diversos eslabones de la cadena de tráfico de estupefacientes, lo cual explica no sólo que el legislador los haya previsto de manera conjunta, sino fundamentalmente el hecho de que se encuentran conminados con el mismo monto de pena. Dicho de otro modo, son conductas orientadas a abastecer, en último lugar, al consumidor[53].

De este modo, la única manera en que el injusto propio del transporte de estupefacientes puede sustentar satisfactoriamente tanto la criminalización en sí misma, como la severidad de la pena prevista, es por su inserción en el ciclo económico del tráfico de tales sustancias ilícitas. Es decir, el transporte será punible como tal, en la medida que se encuentre enderezado a esa finalidad y ello pueda ser acreditado.

El discernimiento de este elemento subjetivo, entonces, aparece como consecuencia del reconocimiento de que la labor dogmática tiene un contenido y un fundamento político-criminal[54]. En efecto, el legislador fija la política criminal, estableciendo las metas que orientan la estrategia de la lucha contra los actos socialmente disvaliosos -en este caso, el narcotráfico- y plasmándolas en fórmulas legales que delimitan, de manera provisional, lo penalmente relevante. Para precisar de modo definitivo el ámbito de lo prohibido, la instancia de la interpretación debe atender necesariamente a los criterios político-criminales que sirvieron de razón a la sanción de la norma, por la vinculación inmediata que poseen con las exigencias de la realidad objeto de su regulación[55]. Además, ello sirve para la depuración de casos como los ejemplificados en este acápite, que obligan a reconducir el tipo penal a la razón político-criminal que explica su existencia, ya que, de no hacerlo, la criminalización devendría irracional.

Tal entendimiento, además, encuentra fundamento en la necesidad de mantener la coherencia del sistema normativo, en la medida que los principios que lo vertebran exigen idéntico tratamiento para casos iguales y resulta admisible, a tal efecto, restringir el alcance del tipo en su tenor literal mediante el establecimiento de un elemento subjetivo implícito que actúe como ordenador del disvalor común a todos los supuestos de hecho[56].

Lo expuesto no se contrapone con la circunstancia de que el legislador haya especificado, respecto de uno de los verbos empleados -la tenencia-, que para su punición se requiere un elemento subjetivo adicional -ultraintención de comercialización-, a diferencia de los demás comportamientos en los que nada aclara. La técnica elegida en este caso tiene una explicación sencilla y es que la Ley N° 23.737 reprime tres clases de tenencias disímiles entre sí: la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la tenencia simple y la tenencia para consumo personal. Ante la existencia de la figura residual prevista en el art. 14, primer párrafo, resultaba necesario la adición de un elemento distinto que permitiera diferenciarla de la figura prevista en el art. 5.

Se advierte, entonces, que el comportamiento reprochable en el transporte de estupefacientes sólo puede ser correctamente caracterizado mediante la constatación de que, en el nivel de la tipicidad subjetiva, necesariamente debe existir un requerimiento adicional al conocimiento de realizar los elementos del tipo objetivo. De esta manera, el “ánimo de tráfico” completa el contenido material del injusto, dada la afectación producida al bien objeto de valoración jurídica.

En efecto,

“como caracterización de una forma de conducta antijurídica, el tipo de la ley necesita automáticamente de un complemento. Este debe contener: la descripción del bien jurídico protegido y de la agresión contra ese bien jurídico conminada con pena, así como la descripción de la lesión del deber de evitar, es decir, aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que dan fundamento al juicio de que la realización de la agresión típica contra el bien jurídico protegido fue contraria al deber jurídico. Solo con este complemento puede designarse al tipo como descripción del injusto, es decir, el tipo de la ley se convierte en tipo de injusto”[57].

En el caso del transporte de estupefacientes, su antijuridicidad material está dada por la capacidad de difusión o propagación de sustancias tóxicas en la comunidad, por lo que se afirma que afecta a la salud pública. La determinación del bien jurídico cumple “una función interpretativa al desempeñar un importante papel de orientación sobre el núcleo de protección perseguido por el legislador en la prescripción penal”[58] y permite colegir que resulta correcta la hipótesis de que la agresión típica se encuentra integrada, en su faz subjetiva, con el “ánimo de tráfico” por parte del agente.

Así, se observa que el contenido disvalioso del transporte de estupefacientes es el peligro que la conducta conlleva -de difusión de esa sustancia- para la salud pública; pero también se advierte que ese peligro -de propagación a terceros- es el fundamento de punición de todos los comportamientos reprimidos en la Ley N° 23.737.

Evidentemente, existen grados de afectación variables entre la tenencia para consumo personal -con ostentación hacia otros individuos-, la tenencia simple y el transporte, lo cual explica la divergencia en la severidad de las escalas penales. Esta diferenciación se traza a partir de la índole del peligro causado, que adquiere su máxima significación en el caso del transporte como consecuencia de que se trata de un comportamiento en articulación con el tráfico.

Tal circunstancia no puede ser captada adecuadamente por el dolo, toda vez que su alcance se encuentra circunscripto al conocimiento del accionar penalmente relevante, pero no abarca el peligro cualificado que este ocasiona en función de su razón motivante. Por ello, la agresión típica contra la salud pública que configura el transporte debe necesariamente integrarse con el “ánimo de tráfico”, en tanto constituye la contracara subjetiva del perjuicio que otorga contenido material a su antijuridicidad.

A modo de corolario de este trabajo, corresponde destacar cuál sería la consecuencia práctica, verificable en los casos diarios que son resueltos en tribunales, de aplicar esta postura. Como ya se ha dicho en los párrafos que anteceden, todo transporte implica una tenencia de estupefacientes; sin embargo, para que dicho comportamiento sea subsumible en la figura contenida en el art. 5°, inc. “c”, dicha sustancia debe estar siendo trasladada de un lugar a otro, sin autorización legal para ello, y enmarcarse dentro de la cadena de tráfico de estupefacientes, es decir, conectar productores con vendedores o vendedores entre sí. Este último aspecto es el contenido del “ánimo de tráfico”, elemento subjetivo distinto al dolo requerido por el tipo penal.

Ahora bien, de no poder constatarse dicho elemento, a pesar de que el estupefaciente se encuentre en movimiento y, por tanto, siendo desplazado, no se podrá aplicar la figura agravada contenida en el art. 5°, inc. “c”, pues faltará uno de sus requisitos típicos - implícito, en este caso-, por lo que corresponderá que el supuesto sea subsumido en la figura residual de tenencia simple de estupefacientes, prevista en el art. 14, primer párrafo, o, de constatarse que esa sustancia es para consumo personal de quien lo traslada, en el tipo contenido en el art. 14, segundo párrafo.

Sin lugar a dudas, esta solución permitirá dar adecuado tratamiento a un sinnúmero de casos que se plantean diariamente en tribunales, en los que la pena prevista para el transporte de estupefacientes deviene desproporcionada e irrazonable, por cuanto la conducta concretamente endilgada posee un contenido de injusto equivalente al de una tenencia simple y no al de un acto inserto en la cadena de tráfico.

#### **V. Para terminar...** [arriba]

A partir de las premisas que fundamentan la postura que en este trabajo se defiende, es posible efectuar diversas críticas a los criterios utilizados por los jueces integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal.

En este sentido, recordemos que Figueroa parte de una proposición que resulta lógicamente inadmisibles -al igual que De Luca-, en tanto rechaza la necesidad de comprobar la finalidad para la cual el material estupefaciente es transportado -en cuanto finalidad de comercio o de efecto propagador del estupefaciente-, pero acepta que, de acreditarse que esa sustancia tenía como fin el consumo personal del transportista, tal conducta no es punible. Es que, de afirmarse que el transporte de estupefacientes no requiere una finalidad distinta al conocimiento de desplazar la droga de un lugar a otro, la mera circunstancia de que esa finalidad sea para consumo personal no puede alterar la tipicidad objetiva del comportamiento. Por tanto, o se admite la relevancia que posee el propósito tenido en miras por quien transporta, o se lo desecha en absoluto.

También las conclusiones arribadas por Petrone y Barroetaveña presentan deficiencias entre sus premisas, pues si, a su criterio, el transporte resulta un eslabón dentro de la cadena de tráfico y la conducta se materializa “por el sólo hecho de llevar la droga... exponiéndola potencialmente a terceros”, implícitamente se requiere la acreditación de esa “potencialidad” de peligro, por lo que resulta desacertado afirmar que “el mero hecho de trasladar la droga independientemente del destino que se le dé a las sustancias transportadas, constituye el delito” puesto que, en rigor de verdad, ese destino es lo que diferencia un comportamiento inserto en la cadena de tráfico de otro que no lo está.

La misma crítica puede efectuarse a la postura sentada por Riggi en tanto él también califica a la conducta de transportar estupefacientes como un eslabón dentro de la cadena de comercialización, pero descarta la necesidad de comprobación de un elemento subjetivo implícito, distinto al dolo. Asimismo, recurre al concurso aparente de tipos -al igual que De Luca- entre el transporte y la tenencia con fines, en la inteligencia que el segundo abarcará siempre al primero cuando se encuentre verificada la finalidad de comercio, pero tal argumento, como ya fue explicado, no resulta ni convincente ni adecuado. Sostener que un transporte con fines de comercialización encuadraría, en esas condiciones, en la figura de tenencia con fines implica desconocer que existe un elemento descriptivo de la conducta, esto es, el desplazamiento, que la tenencia en sí misma no prevé. Justamente, la relación de especialidad se da por el desplazamiento y no por la finalidad de comercio. A su vez, el contenido de esta última finalidad podría no verificarse en el caso concreto en razón de la intencionalidad lucrativa exigida, excediendo, así, al ánimo de tráfico del transporte con el alcance aquí otorgado.

Finalmente, Riggi, Catucci, Borinsky, Hornos y Gemignani realizan una interpretación literal de la norma, que resulta a todas luces insuficiente para delimitar el injusto que la norma reprime y, por tanto, configura una ampliación inadecuada del tipo que contradice el principio de última ratio del Derecho Penal.

Sentado cuanto antecede, se impone resumir ciertas conclusiones a las que se han arribado en este trabajo:

1) El resultado de una interpretación literal de la norma deviene incompatible con el carácter de última ratio que se le asigna al derecho penal, con la razón de política criminal que sustenta la punición y con la coherencia intrasistemática de la norma. A poco que se analice el supuesto de hecho abstracto, sin ningún aditamento, se advierte que la terminología utilizada por el legislador abarca más clases de comportamientos que los que, en verdad, el legislador consideró reprochables.

2) La Ley N° 23.737 tipifica tres grandes clases de comportamientos de acuerdo con el modo en que se relaciona la persona con la sustancia estupefaciente: conductas directamente relacionadas con el tráfico ilícito de sustancias; conductas que importan la mera tenencia; y actividades en las cuales el uso de estupefacientes es de índole personal.

3) La única manera en que el injusto propio del transporte de estupefacientes puede sustentar satisfactoriamente tanto la criminalización en sí misma, como la severidad de la pena prevista, es por su inserción en el ciclo económico del tráfico de tales sustancias ilícitas. Es decir, el transporte será punible como tal, en la medida que se encuentre enderezado a esa finalidad y ello pueda ser acreditado.

4) No constituye un argumento de peso la ausencia expresa del elemento subjetivo distinto al dolo que sí se halla presente en la tenencia prevista en el art. 5°, inc. "c", ya que la Ley N° 23.737 reprime tres clases de tenencias disímiles entre sí: la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la tenencia simple y la tenencia para consumo personal. Ante la existencia de la figura residual prevista en el art. 14, primer párrafo, resultaba necesario la adición de un elemento distinto que permitiera diferenciarla de la figura prevista en el art. 5.

5) El contenido del injusto de todas las figuras previstas en el art. 5°, inc. "c", debe ser equivalente, ya que de lo contrario no resultaría legítimo, en un Estado de Derecho, la aplicación de la misma escala penal sin distinciones de ninguna clase. Las escalas penales, tal como ha sido explicado, varían en función del grado de afectación al bien jurídico; por tal motivo, el contenido de injusto de la conducta de transportar debe ser equivalente al de comerciar o tener con fines de comercialización.

6) La conducta reprochable en el transporte de estupefacientes sólo puede ser correctamente caracterizada mediante la constatación de que, en el nivel de la tipicidad subjetiva, necesariamente debe existir un requerimiento adicional al conocimiento de realizar los elementos del tipo objetivo: el "ánimo de tráfico" completa el contenido material del injusto, dada la afectación producida al bien objeto de valoración jurídica.

7) La consecuencia práctica de la solución interpretativa aquí propuesta, permite, frente a la ausencia de elementos objetivos o subjetivos que acrediten el ánimo de tráfico del autor, que se recurra a la figura residual contenida en el art. 14, primer párrafo, de la Ley N° 23.737 -o, en su caso, al art. 14, segundo párrafo-, pues todo transporte implicará, indefectiblemente, una tenencia de estupefacientes.

#### **Bibliografía** [arriba]

- Alonso, Interpretación de las normas y derecho penal, Bs. As., Ediciones Didot, 2016.

\* "Principios jurídicos implícitos y coherencia" en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 36 (2013).

- Cano, Estupefacientes y Derecho Penal. 1ª ed, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

- Cornejo, Estupefacientes, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

- De Luca, “El Concepto de Transporte de Estupefacientes en la Ley N° 23.737”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año I, número 0, Buenos Aires, Ad-Hoc, agosto de 1995.
- Dias, “El ánimo de apropiación como elemento del delito de hurto”, en Lecciones y Ensayos, N° 98, 2017.
- Falcone y Capparelli, Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- Hruschka, Imputación y derecho penal, 2° ed., Bs. As., Editorial BdeF, 2009.
- Jakobs, Derecho Penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción a cargo de Joaquín Cuello Serrano y José Luis Serrano González de Murillo, 2° ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].
- Medina, Estupefacientes, La ley y el Derecho comparado. 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Editorial Reppertor, 2007 [1984].
- \* El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.
- \* Introducción a las Bases del Derecho Penal, Bs. As., Editorial BdeF, 2003.
- Montiel Fernández, Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal, Bogotá, Universidad de los Andes - Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Núñez Paz y Guillen López, “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal” en Revista Penal - La Ley, N° 22 (2008).
- Otto, Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Traducción a cargo de José R. Béguelin. 7a Edición Reelaborada 2017 [2004], Atelier, Barcelona.
- Robles Planas, Ricardo, “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, N° 2/2010.
- Zaffaroni, Derecho Penal: Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2002 [2000].

#### **Notas** [arriba]

[1] Abogado (UBA). Integrante del Ministerio Público Fiscal. Mail: lautarofichter@hotmail.com.

[2] Abogado (UNLP) y Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral). Integrante del Ministerio Público Fiscal. Mail: franloreabonete@hotmail.com.

[3] Alonso, Interpretación de las normas y derecho penal, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, pág. 28.

[4] Montiel Fernández, Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in

bonam partem en el derecho penal, Bogotá, Universidad de los Andes - Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pág. 118 y ss.

[5] Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Editorial Reppertor, pág. 164.

[6] Schmidhäuser y Alwart, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982, § 3, n.º m. 48, citado en Dias, “El ánimo de apropiación como elemento del delito de hurto”, en Lecciones y Ensayos, nro. 98, 2017, págs. 135-162.

[7] Mir Puig, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pág. 22.

[8] Robles Planas, Ricardo, “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, nro. 2/2010, págs. 134-142.

[9] Jakobs, Derecho Penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 103.

[10] Zaffaroni, Derecho Penal: Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 438.

Montiel Fernández, ob. cit., pág. 20.

[11] Frister, Derecho penal. Parte general, 4ª ed., trad. de Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, § 7, n.º m. 4, citado en Dias, ob. cit.

[12] Robles Planas, ob. cit.

[13] Langer, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1990, págs. 435-466, citado en Robles Planas, ob. cit.

[14] Dias, ob. cit.

[15] Cano, Estupefacientes y Derecho Penal. 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, págs. 181 y ss.

[16] Cano, ob. cit., págs. 188 y 189.

[17] Cano, ob. cit., pág. 122.

[18] Falcone y Capparelli, Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pág. 156.

[19] Falcone y Capparelli, ob. cit., págs. 158 y 159.

[20] Falcone y Capparelli, ob. cit., cfr. nota al pie N° 41, pág. 161.

[21] Falcone y Capparelli, ob. cit., cfr. nota al pie N° 40, pág. 159.

[22] Medina, Estupefacientes, La ley y el Derecho comparado. 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 63-64.

[23] Medina, ob. cit., pág. 71.

[24] Cornejo, Estupefacientes, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, págs. 38-41.

[25] Cornejo, ob. cit., págs. 77 y 78.

[26] Cornejo, ob. cit., pág. 82.

[27] De Luca, “El Concepto de Transporte de Estupefacientes en la Ley N° 23.737”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año I, número 0, Buenos Aires, Ad-Hoc, agosto de 1995, pág. 277.

[28] CFCP, Sala I, “Antipichún Lagos, Juan Andrés s/ recurso de casación”, 21 de diciembre de 2018.

[29] CFCP, Sala II, “Nota, Darío Javier s/ recurso de casación”, 6 de diciembre de 2012; “Piva, Juan Ignacio y otros s/ recurso de casación”, 26 de junio de 2013; Sala I, “Águila, Martín Walter s/ recurso de casación”, 30 de abril de 2013; “López, Elsa Viviana s/recurso de casación”, 4 de diciembre de 2018; “Toledo, Miguel Alejandro s/recurso de casación”, 11 de diciembre de 2018.

[30] CFCP, Sala II, “Cantero, Orlando s/ recurso de casación”, 12 de abril de 2018.

[31] Ídem.

[32] CFCP, Sala II, “Buyuca, Eduardo Alberto s/recurso de casación”, 24 de octubre de 2012.

[33] CFCP, Sala II, “Galeano, Diego s/ recurso de casación”, 28 de diciembre de 2018.

[34] Ídem.

[35] CFCP, Sala II, “Cantero, Orlando s/ recurso de casación”, 12 de abril de 2018.

[36] CFCP, Sala III, “Chamorro, Alberto s/recurso de casación”, 21 de diciembre de 2018; “Figueroa, Rodrigo Javier s/recurso de casación”, 31 de julio de 2018.

[37] CFCP, Sala III, “Velásquez, Roberto Carlos s/ recurso de casación”, 10 de julio de 2013; “Matar, Jorge Luis s/recurso de casación”, 6 de febrero de 2018; “Giménez, Delia s/ rec. de casación”, 16 de octubre de 1996; “Veisaga, José A. s/ recurso de casación”, 10 de marzo de 1994.



[38] CFCP, Sala III, “Matar, Jorge Luis s/recurso de casación”, 6 de febrero de 2018.

[39] CFCP, Sala III, “Peralta, Hilario Marcelo s/recurso de casación”, 13 de julio del 2000, voto del Dr. Mitchell, citado reiteradamente por los Dres. Riggi y Catucci; “Velásquez, Roberto Carlos s/ recurso de casación”, 10 de julio de 2013, remisión efectuada por el Dr. Riggi; “Hinojosa, Juan Ramón y otro s/recurso de casación”, 21 de diciembre de 2018, remisión efectuada por la Dra. Catucci; “Supertino, Carlos D. s/recurso de casación”, 5 de septiembre de 2018, voto de la Dra. Catucci, al cual adhiere el Dr. Riggi.

[40] CFCP, Sala III, “Velásquez, Roberto Carlos y otros s/ recurso de casación”, 10 de julio de 2013; “Pachado, César Alberto s/ recurso de casación”, 4 de diciembre de 2018.

[41] Cabe señalar que los votos emitidos en diversos casos por Riggi resultan, a primera vista, contradictorios entre sí. En efecto, en algunos precedentes (“Velásquez”, “Matar” o “Escudero”), el magistrado ha hecho referencia a la noción de tráfico para precisar el alcance del artículo 5°, inc. “c”; mientras que en otros (“Peralta”, “Hinojosa”, “Supertino” e incluso en el mismo “Velásquez”) ha asentado expresamente que no se requiere ningún “elemento ultraintencional o elemento subjetivo distinto del dolo”. Sin embargo, su posición al respecto se desprende con mayor claridad en el fallo “Giménez Delia”, en donde sostuvo, respecto de los diversos comportamientos que reprime la ley 23.737, que, si bien allí se describen numerosas acciones que integran el tráfico de drogas, lo cierto es que no todas exigen una finalidad de comercio -respecto de la cual existen figuras específicas- sino que configuran eslabones previos a la distribución y que implican, por sí, la creación de un peligro de trascendencia a terceros.

[42] CFCP, Sala IV, “Agüero, Alejandro Daniel Alberto y otros s/recursos de casación”, 3 de julio de 2018; “Albarracín, Ivana Vanesa Alejandra s/ recurso de casación”, 13 de julio de 2018; “Barreto, Marcelo Guillermo y otro s/recurso de casación”, 22 de marzo de 2018; “Cacheda, Jorge Emilio y otros s/recurso de casación”, 13 de diciembre de 2018; “Flores, Graciela Tatiana y otros s/recurso de casación”, 28 de septiembre de 2018; “Gallardo, Bernardo Javier s/recurso de casación”, 26 de noviembre de 2018; cfr. también, su voto como integrante de CFCP, Sala I, “Sepúlveda, Walter David s/recurso de casación”, 21 de abril de 2016.

[43] CFCP, Sala IV, “Servidio, Cristián Samuel s/recurso de casación”, 31 de mayo de 2018; “Vidaurre, Felipe y otros s/recurso de casación”, 17 de diciembre de 2018; “Saldivia Vargas, Ángel Emilio s/recurso de casación”, 20 de marzo de 2014.

[44] CFCP, Sala IV, “Albarracín, Ivana Vanesa Alejandra s/ recurso de casación”, 13 de julio de 2018.

[45] CFCP, Sala IV, “Ledesma, Ariel Alejandro y otro s/recurso de casación”, 18 de abril de 2018; “Maritano, José Alberto s/recurso de casación”, 9 de mayo de 2018; “Servidio, Cristián Samuel s/recurso de casación”, 31 de mayo de 2018; “Aciar, Néstor s/ recurso de casación”, 25 de septiembre de 2013; “Andino Becerra, Pablo Alejandro y otros s/ recurso de casación”, 28 de marzo de 2014; “Malkovic, Silvina Soledad s/recurso de casación”, 8 de julio de 2014; “Jelinek, Adolfo”, 13 de abril de 2015; CFCP, Sala I, “Sepúlveda, Walter David s/recurso de casación”, 21 de abril de 2016.

[46] CFCP, Sala IV, “Saravia, Guillermo Alcides y otros s/ recurso de casación”, 8 de mayo de 2018; “SOTO, Ricardo Daniel y otros s/ recurso de casación”, 14 de agosto de 2018.

[47] CFCP, Sala IV, “Aciar, Néstor s/ recurso de casación”, 25 de septiembre de 2013; “Andino Becerra, Pablo Alejandro y otros s/ recurso de casación”, 28 de marzo de 2014.

[48] Zaffaroni, ob. cit., pág. 434. En idéntico sentido, Mir Puig, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, cit., pág. 22.

[49] Langer, ob. cit.

[50] Respecto de la utilidad del ejemplo, véase Hruschka, Imputación y derecho penal, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2009, págs. 355 y 356. Allí, el autor señala que “es necesario reunir los grupos de casos imaginables, tanto los problemáticos como los aparentemente no problemáticos, tanto los discutidos como los indiscutidos, ordenarlos y establecer variantes de manera sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos y de sistemas de casos... [L]a solución de un caso sólo puede ser satisfactoria en términos intelectuales, si se desarrollan simultáneamente soluciones para todos los restantes grupos de casos pertenecientes al mismo sistema, y si armonizan entre sí las soluciones, evitando entonces -¡es lo mínimo!- contradicciones lógicas o axiológicas entre ellas...”

Además, es necesario delimitar el ámbito sólo dentro del cual las propuestas de solución de casos pueden pretender calificarse de racionales”.

[51] Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pág. 19. Señala dicho autor, en *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2003, pág. 310, que “las más de las veces el texto legal, en cuanto tal texto, resulta perfectamente 'claro', y los problemas nacen a la hora de decidir si es posible subsumir en él el particular supuesto de hecho examinado”.

[52] Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pág. 22. En igual sentido, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., págs. 261 y 311.

[53] Por esa razón, no es típicamente relevante la obtención de un lucro efectivo en la mayoría de esas etapas, con la solitaria excepción de la última. Así, en el caso del artículo 5, inciso “e”, la pena es menor si la entrega es a título gratuito; y ello encuentra suficiente explicación en la constatación de que, al tratarse del último acto en la cadena de tráfico, el castigo debe conservar su trascendencia -en relación con los comportamientos previos a la provisión de sustancia al consumidor- en caso de corroborarse un lucro por parte del sujeto activo. A mayor abundamiento, el último párrafo del artículo 5 dispone una reducción aún más sensible en la hipótesis de que la entrega fuera “ocasional y a título gratuito, y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta”. De esta manera, la excepción confirma la regla ya sustentada.

[54] Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pág. 21

[55] Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., págs. 269 y 270

[56] Nos referimos, concretamente, al principio de igualdad y al principio de legalidad penal. En cuanto al primero de ellos, debe señalarse que la exigencia constitucional de igualdad no se limita a la igualdad en la aplicación del derecho, sino que incluye también la igualdad en la formulación del derecho. En cuanto al segundo, cabe indicar que la legalidad penal sólo prohíbe ampliar el alcance del tipo a casos individuales no comprendidos en la descripción típica en tanto sea en contra del sujeto. Al respecto, puede consultarse Alonso, “Principios jurídicos implícitos y coherencia” en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 36 (2013), págs. 357-385.

[57] Otto, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*. Traducción a cargo de José R. Béguelin. 7a Edición Reelaborada 2017 [2004], Atelier, Barcelona.

[58] Núñez Paz y Guillen López, “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal” en *Revista Penal - La Ley*, N° 22 (2008), págs. 80-108.