

# LEY DE DROGAS: “DEFEDERALIZACIÓN A LA CARTA”<sup>1</sup>

*Daniel Anibal Erbeta*

*Gustavo Daniel Franceschetti*

## **I. Introducción.**

Desde hace unos años asistimos a un fenómeno de particulares características. Bajo la premisa de ganar eficacia en la lucha contra la delincuencia se sacrifican, sin vergüenza alguna, principios y disposiciones de jerarquía constitucional. Aún cuando esto es, en sí mismo, inaceptable, resulta además paradójal. Es que incluso aquellos que adscriben (siempre pensando en los “otros”) a la regla de que el fin justifica los medios deben resignarse y admitir que el fin perseguido (cuanto menos el declamado) nada tiene que ver con los medios elegidos. El resultado es conocido: ni respeto a los principios, ni eficacia en la reducción o control del delito.

Convengamos que, desde esta perspectiva, la moderna política criminal ha logrado saldar una vieja cuestión que, real o supuesta, fue históricamente un dato característico del derecho criminal: la permanente tensión entre garantías y eficacia, entre libertad y prevención, en suma, entre límites y poder. Esta superación se ha logrado, lamentablemente, igualando *in pejus*.

La reciente legislación vinculada a la cuestión criminal se caracteriza por sumar tantas objeciones constitucionales como falta de eficacia y operatividad preventiva. Se logró algo positivo (superar la dicotomía) sumando los dos aspectos negativos (la afectación de normas constitucionales y la burda ineficacia a costa de efectos excluyentemente simbólicos). Las reformas procesales y penales de los últimos años, salvo algunas excepciones, son prueba acabada de la afirmación precedente. Y aún cuando no es este el lugar, puede advertirse que ningún impacto han tenido en la estabilización y hasta descenso de los conflictos o situaciones problemáticas relevados como delitos al margen de la cifra negra.

## **II. La ley 26.052.**

Una vez más con la bandera de la eficacia para combatir el delito, se sancionó la ley

---

<sup>1</sup> Publicado en Editorial La Ley, 31.05.2006, págs. 15 a 22.

nacional 26.052, publicada el 31 de agosto del año 2005 y por la cual se modifica la ley 23.737.

Nos ha interesado formular algunas apreciaciones que queremos compartir, sobretodo, en orden a su constitucionalidad.

De acuerdo a la nueva normativa, el estado nacional se desprende de su competencia para investigar y juzgar algunos hechos delictivos descriptos en la ley 23.737 de estupefacientes (Artículo 5º incisos c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor; Artículo 5º penúltimo párrafo; Artículo 5º último párrafo; Artículo 14; Artículo 29; Artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal).

Los delitos sobre los que se delega competencia, opción mediante a través de ley provincial de adhesión (art. 2 de la ley comentada que introduce modificaciones al art. 34 de la ley 23.737), son el comercio, entrega, suministro y facilitación de estupefacientes; la siembra o cultivo de plantas destinada a obtener estupefacientes para consumo personal; la tenencia para consumo de estupefacientes; el suministro indebido de sustancias medicinales en sus formas dolosas, imprudente y por omisión y la falsificación, suscripción no autorizada y aceptación en esas condiciones de recetas médicas. También se incluye la tenencia simple de estupefacientes, sea o no para consumo personal, pues generalmente se trata de pequeñas cantidades de estas sustancias.

Estos delitos serán ahora investigados y juzgados por las jurisdicciones provinciales o por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en tanto adhieran por ley a esta normativa. Es decir, una suerte de “*desfederalización*” a gusto y medida de cada estado provincial.

## **II. Una ley ambivalente.**

Este cambio, más allá de la preferencia por la jurisdicción federal en casos dudosos - conflictos negativos de competencia, art. 4 de la ley comentada-, parece indicar que los delitos antes enumerados ya no responden al enunciado del art. 116 de la Constitución Nacional o, por caso, de la Ley 48, art. 3º, inc. 5º y bien podría afirmarse que no implican una afectación, directa o indirecta, a la seguridad del estado o de sus instituciones.

Dicho de otro modo, el legislador ha considerado explícitamente que no todos los delitos vinculados a estupefacientes justifican la jurisdicción de excepción (federal). Tanto que la reforma se introduce, precisamente, en el art. 34 de la ley 23.737 que, en su redacción anterior, consagraba expresamente la competencia de la justicia federal en todo el país para todos los delitos previstos en la ley.

Hasta aquí la cuestión podría no plantear problemas. Más cuando se advierte que, cuanto menos, una parte importante de la ley pretende penalizar un problema de salud o refiere a

supuestos delictivos que nada tienen que ver con la competencia de excepción, independientemente de que algunas de esas normas son francamente inconstitucionales sea que su declaración deba pronunciarla un juez federal o uno local<sup>2</sup>.

Sin embargo, la perspectiva cambia cuando se advierte que la *desfederalización* es *condicionada* y que, por el modo de la condición, un mismo delito será de competencia federal o no, según la decisión política de tal o cuál gobierno provincial.

Si se trata de advertir que la penalización del tráfico en pequeña escala y del usuario de drogas y otros delitos de la ley N° 23.737 nada tienen que ver con una competencia de excepción, la reforma resultaría plausible y restaría dramatismo a la magnificación que se asigna a un problema en el que, la ley penal y la operatividad de las agencias del sistema, provocan más daños que los que se -declama- quieren prevenir.

Sin embargo, sólo podríamos afirmar lo anterior si lo hiciéramos apresuradamente.

Dado que la actividad de análisis jurídico debe necesariamente integrarse con una consideración sobre los fundamentos de las normas –tanto manifiestos como latentes- y con el plano de su operatividad real, una ponderación conglobada de esos aspectos permiten anticipar que la delegación de competencias que se busca materializar lejos de alcanzar los objetivos manifiestos de sus defensores y de convertirse en instrumento eficaz para la persecución y juzgamiento de los delitos vinculados a las drogas prohibidas, será fuente de numerosos problemas, como de nuevas situaciones problemáticas que acarrearán consecuencias sumamente negativas.

En cualquier caso, de acuerdo a esta reforma, podrá sostenerse que la ley de drogas será totalmente federal en algunas regiones del país mientras que en otras podrá darse el supuesto de que el mismo cuerpo normativo penal posibilite simultáneamente la intervención de la justicia federal o de la justicia ordinaria según el tipo penal que se considere afectado y, obviamente, en tanto haya mediado acuerdo partes (entre nación y provincia). De otro lado, un mismo delito podrá ser de competencia federal u ordinaria según la provincia en el que se cometa.

Darí la impresión, que los legisladores han decidido reivindicar, en un ámbito de derecho

---

<sup>2</sup> Para demostrar que se penaliza un problema de salud siempre es bueno recordar, además de las estadísticas de los casos judicializados en todo el país, lo dicho por la C.S.J.N. en anterior integración (caso Montalvo), cuando sostuvo, en oportunidad de pronunciarse sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal y aún en contra de sus propios precedentes (Bazterrica y Capalbo), que "...el efecto contagioso de la drogadicción y la tendencia a contagiar de los drogadictos son un hecho público y notorio, ...el adicto es un medio de difusión del vicio, ...la situación de la tenencia se presenta como *síntoma de peligrosidad para la misma supervivencia de la Nación y toda la humanidad...*" (Montalvo), en afirmación tan ilustrativa como grosera, falaz y funcional al narcotráfico.

público, la prevalencia de un viejo y consagrado principio *iusprivatista*, en tanto la ley cambiará de color en función de una suerte de autonomía de la voluntad base de acuerdos entre las partes (Nación y Provincias).

### III. Los fundamentos manifiestos y los latentes.

La actual Ley 26.052 es el resultado de tres iniciativas. Sin embargo, sería ingenuo omitir que el dictado de esta ley responde a un insistente pedido del gobierno de la Provincia de Buenos Aires y no está de más recordar la asistencia personal del gobernador tanto a la Cámara de Diputados como de Senadores a pedir su sanción<sup>3</sup>.

El Ministro de Justicia de Buenos Aires, aseguraba que "...el consumo o tráfico de drogas provoca más del sesenta por ciento de los delitos que se comenten en la Provincia ... más del cincuenta por ciento de los detenidos de la franja de 18 a 26 años tiene o tuvo compromisos con las drogas..."; así, "... el combate del narcotráfico es una cuestión de Estado ..."<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de que algunos de estos datos, de haberse relevado conforme a criterios adecuados, deberían servir para reorientar el orden de los problemas y, con ello, de las soluciones, así como para formularnos muchas otras preguntas y no para arribar a conclusiones tan repetidas como funcionales al incremento del problema, cabe reparar que la inteligencia de la decisión, que contradictoriamente considera "cuestión de estado" el consumo o tráfico de drogas y coetáneamente lo borra del listado de competencia de excepción, se basa en otra especulación: el mayor poderío investigativo que se podría desplegar desde las burocracias provinciales.

Así, los delitos de narcotráfico en la provincia de Buenos Aires no serían solamente investigados por los 28 juzgados federales situados en el territorio provincial (cuya dotación de fiscales es alrededor de 60), sino que podría también quedar a cargo de los 450 fiscales de la justicia bonaerense. El Subsecretario de Seguridad de esa provincia, aclaró que "no se trata de una crítica a la Justicia Federal, pero los juzgados federales se han visto obligados a investigar grandes operaciones de narcotráfico, cargamento de drogas y lavado de dinero, pero no la pequeña distribución de estupefacientes que día a día se produce en cada barrio y es el daño que más nos hace"<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> [www.parlamentario.com](http://www.parlamentario.com) del día 22 de setiembre de 2005.

<sup>4</sup> Semanario Colón Doce del día 23 de setiembre de 2005. [www.colonbuenosaires.com](http://www.colonbuenosaires.com)

<sup>5</sup> "Por un justicia local contra las drogas". Vanesa Giacci, Dirección de Relaciones con Organismos Gubernamentales y No Gubernamentales de la SubSecretaría de Atención a las Adicciones del Ministerio de Salud del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. [www.sada.gba.gov.ar](http://www.sada.gba.gov.ar) del día 22 de setiembre de 2005.

No hay dudas de lo que se pretende: "...La idea medular de ello se puede buscar en la necesidad de ampliar la capacidad de respuesta del Estado en la lucha contra el flagelo de la droga, sirviendo como un mecanismo más para lograr inmediatez, celeridad y eficacia, al menos, en el tráfico a menor escala (menudeo), dejando para la competencia federal el tráfico de gran envergadura..."<sup>6</sup>.

#### **IV. Los reparos operativos y la "ilusión" eficientista.**

A despecho de la realidad, ninguna incidencia tendrá la ley en la prevención o reducción de los delitos de droga. En este plano, la pretensión de eficacia sólo puede admitirse, en el mejor supuesto, como una ingenua ilusión.

Desde otro plano, se confirma una vez más la tendencia moderna a producir leyes penales en serie con la finalidad de generar más ilusiones que soluciones reales. Lo grave, sin embargo, surge cuando se repara en las sospechas que derivan de las supuestas motivaciones latentes de la ley que dieron lugar a varios cuestionamientos en la discusión parlamentaria.

Es que ya en la discusión, los reparos en orden a la funcionalidad real fueron varios, sobretudo al pasar a la Cámara de Diputados, que actuó de cámara revisora. Así, la presidenta de la comisión de seguridad Interior y narcotráfico, Sonia Escudero, fue una de las legisladoras oficialistas que más se opuso a este proyecto. También la legisladora Marcela Rodríguez que advirtió "cualquier meritorio de un juzgado sabe que esta ley no va a funcionar ...esta norma tiene como fin abrirle una nueva caja a la policía bonaerense ....implicará un descalabro a la justicia local, que está abarrotada de expedientes y que va a tener que ocuparse de unos muchachitos que tienen dos cigarrillos de marihuana...", o el legislador Eduardo García que consideró que "...esta descentralización va a ser absolutamente funcional al narcotráfico..."<sup>7</sup>.

Sin embargo, la ley finalmente fue aprobada dando lugar a esta particular situación que un calificado jurista refirió –irónicamente- como ley de "*desfederalización a la carta*".

Con ello, permitiendo la delegación de competencias federales a la órbita provincial sólo en aquellos casos que la jurisdicción provincial lo admita expresamente, se conformó a la jurisdicción impulsora del proyecto y al resto de las Provincias que objetaban la decisión.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que el legislador, lejos de considerar que la penalización del consumo y tráfico de estupefacientes ha dejado de ser una cuestión que afecte al estado nacional, ha considerado exactamente lo contrario. En procura de una más eficaz cobertura policial y judicial del fenómeno facilita la posibilidad de que la acción

---

<sup>6</sup> "Ley 25.052. La desfederalización parcial de la competencia judicial en el marco de la ley 23.737". Rodrigo López Gastón. La Ley, Boletín 23/2005.

<sup>7</sup> [www.clarin.com](http://www.clarin.com) del día 4 de mayo de 2005.

persecutoria y decisoria quede en cabeza de las jurisdicciones locales, estimando que ellas cuentan con una mayor estructura e inmediatez con los hechos, en base al entendimiento que existe una directa vinculación entre la actividad delictiva común con el consumo de estupefacientes.

Aún sin entrar todavía en el nivel de compatibilidad constitucional, en el plano operativo no podemos menos que compartir los reparos de los legisladores citados y advertir a las provincias sobre los potenciales riesgos que la adhesión supone para el funcionamiento del segmento policial y judicial.

Efectivamente, si todas las jurisdicciones locales adhieren a esta ley y asumen la obligación de investigar y juzgar delitos como los descritos, no se habrá hecho más que ampliar indiscriminadamente el poder criminalizador y selectivo de agencias ejecutivas del sistema penal.

No escapa a nadie, y así lo indican estadísticas oficiales, que siete de cada diez procedimientos en materia de estupefacientes se realizan por casos de usuarios de drogas, por tenencia simple o tenencia para consumo personal y los tres restantes son por actos de venta al usuario; con lo que, a partir de ahora, de mediar adhesión a la ley, prácticamente “todos” los procedimientos relacionados con drogas ilegales serán hechos por policías provinciales y juzgados por tribunales locales; salvo que los efectivos de la policía federal se avoquen a investigar el tráfico a gran escala.

Nada indica que algo vaya a cambiar desde este punto de vista. De un lado, si efectivamente hay provincias que cuentan con mayor capacidad de respuesta, podría pronosticarse que la mayoría de los procedimientos por ley de estupefacientes serán contra pequeños consumidores de drogas sólo que se multiplicarán en función de la mayor estructura policial y tribunalaria de las jurisdicciones locales, con lo que se habrá incrementado el poder selectivo de los aparatos de poder estatal y se habrá profundizado las posibilidades de victimizar a este sector de personas, en obvia contradicción con el bien jurídico que pretende tutelar, alejándolos aún más del servicio de salud que el Estado tiene que brindar y asegurar como obligación primaria.

De otro lado, esta misma situación podrá ser eventual fuente del incremento de prácticas no deseables que responden a defectos estructurales del funcionamiento del sistema penal y que, salvo ingenuidad, nadie puede desconocer. Debe admitirse, en este punto, que la neutralización o reducción de estas prácticas no constituye una cuestión sencilla y que el propio gobierno de la provincia impulsora del proyecto ha implementado, en la gestión del actual Ministro de Justicia provincial, propuestas y reformas positivas que, en nuestra opinión, no guardan congruencia alguna con la propuesta legislativa que obtuvo sanción y aprobación y

que aquí criticamos.

Por otra parte, en no pocas jurisdicciones se incrementarán los problemas existentes, se sobrecargará a la justicia ordinaria y se flexibilizarán casi obligadamente los controles judiciales. Ello sin perjuicio de los no pocos conflictos que se van a suscitar y de las dificultades en el funcionamiento entre las policías, fiscales y jueces de instrucción (federales y locales) al habersele otorgado un campo común de actuación, especialmente tendiendo en cuenta la diversidad de criterios Interpretativos sobre la ley de fondo para deslindar a quién le corresponderá intervenir según se trate de tal o cuál delito.

Demás está decir, la diversa suerte que correrán los sospechosos cuando por el mismo e idéntico hecho encuentren las más variadas respuestas según el lugar de comisión, la administración de justicia interviniente y los criterios normativos e interpretativos en orden al sistema de libertad durante el proceso (excarcelaciones), suspensión del juicio a prueba, etc.

Si bien la mayor parte de las provincias probablemente no adhieran a esta ley 26.052 por falta de recursos y capacitación<sup>8</sup>, atendiendo también a la crisis en la que se encuentran inmersos sus tribunales por la situación de colapso<sup>9</sup>, es una puerta que quedará abierta a futuro.

#### **V. Los reparos constitucionales.**

La mentada “*desfederalización a la carta*” o “a gusto del interesado” es una norma del Congreso Nacional con una fisonomía muy particular y relativamente novedosa.

En efecto, la atipicidad morfológica de la ley en cuestión está dada por la inusual distribución de competencias entre estado federal y provincias, en el marco de nuestra carta magna en lo que a jurisdicción penal respecta.

Resulta especialmente llamativo que la competencia local o federal quede supeditada a una opción, acuerdo o mecanismo de adhesión y que un mismo delito pueda ser de competencia federal u ordinaria en el territorio de la República Argentina, según que una u otra provincia haya adherido o no al dispositivo normativo que, desde la nación y luego de asumida la competencia de excepción para la legislación de drogas, se concede para unos (los

---

<sup>8</sup> "Declaración de Buenos Aires 2005". Representantes judiciales de diversas provincias ponen de manifiesto a las autoridades provinciales y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación a cargo de Alberto Juan Bautista Iribarne, la incertidumbre que los embarga ante la posibilidad de adhesión a la ley 26.052 pues consideran que la puesta en marcha de la norma requiere disponibilidad de recursos humanos y materiales que actualmente no son suficientes. [www.misionesonline.net](http://www.misionesonline.net) Edición 2287 Sección Justicia del día 11 de setiembre de 2005.

<sup>9</sup> Acuerdo General N° 23/05 arribado en la Reunión de los Superiores Tribunales y Cortes de la Región Centro realizada el 5/8/05 se expresó la inconveniencia de la adhesión de las provincias de la Región Centro a la ley nacional que deriva a las respectivas competencias locales la persecución penal de delitos menores en materia de estupefacientes.

que opten por adherir) y no para otros (los que no lo hagan).

De comienzo, debería repararse que el deslinde de competencia no está sometido al principio de la autonomía de la voluntad o del libre acuerdo entre Nación y provincias.

Ese deslinde surge con jerarquía constitucional del art. 121, según el cuál las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal.

En el texto de nuestra Constitución existen facultades no delegadas al gobierno federal (así, hay materias penales cuya legislación le está vedada a la Nación y reservada a las provincias, como la prensa –art. 32 C.N.- resultando además un límite a la facultad legislativa de establecer sobre esa materia la competencia federal); poderes reservados (121 parte final), prohibidos a las provincias (art. 126) o exclusivos del gobierno federal, con la salvedad expresa derivada del supuesto previsto en el art. 75, inciso 12 de la C.N., en tanto los códigos de fondo (derecho o legislación común) son aplicables por los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones<sup>10</sup>. También existen supuestos de competencia concurrente según la cual tanto la Nación como las Provincias tienen facultades compartidas y, en caso de ocasional colisión en el ejercicio de las mismas la preeminencia debe ser establecida en función de los fines queridos por la Constitución y el interés general en juego<sup>11</sup>.

La Constitución instituyó un doble orden judicial consistente en una justicia nacional que tienen origen en el poder del gobierno federal y ejerce sus atribuciones en todo el territorio de la República en los asuntos que menciona en el art. 116 y en los lugares sometidos a la exclusiva potestad de dicho gobierno (art. 75, inciso 30) y una justicia provincial que surge de las autonomías locales, ejerce sus funciones por medio de órganos judiciales que cada provincia crea con prescindencia del gobierno central (art. 5, 121, 123) y entiende dentro de sus respectivos ámbitos territoriales de todos los asuntos regidos por el derecho común (con las limitaciones del art. 75 inc. 12) y por el correspondiente derecho local.

La particularidad de la ley 26.052 no sólo está dada por la original manera de distribuir competencias entre Nación y Provincias en materia penal, sino también por la posibilidad que admite de que un mismo hecho relevado por una misma ley penal sea investigado y juzgado por la justicia federal en una parte del territorio y por la justicia provincial en otros.

No se trata de una *ley federal local* -cuyos efectos están circunscriptos a determinado ámbito espacial y los casos son sólo tres y están expresamente previstos en el texto constitucional: legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación, art. 75, inciso 30-;

---

<sup>10</sup> En realidad, se trataría de un caso de facultad concurrente “supletoria” pues la provincia sólo puede legislar hasta tanto lo haga el Estado federal, cesando su vigencia cuando éste lo haya hecho.

<sup>11</sup> CSJN, caso “Leiva” de 1992, Fallos 315:1013.

legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional –art. 75, inciso 30- y legislación especial sobre territorios nacionales –art. 75, inciso 15-. Traemos a colación este tipo de ley pues hubo en nuestro país una situación parecida a la que actualmente se plantea y sucedió cuando la ley 21.566 estableció que en la Capital de la República la competencia correspondía a la justicia en lo criminal y correccional ordinaria, mientras en el resto del país la jurisdicción era federal -esta ley tuvo vigencia hasta que se sancionó la ley 23.737-.

Tampoco se trata de una *ley mixta*, tales como las que contienen simultáneamente normas locales y federales, como lo son la ley de habeas corpus 23.098 –la distinción es explícita- o de residuos peligrosos 24.051 –la distinción es implícita-.

Escindidos estos supuestos del que analizamos, pues no se trata la ley 26.052 de una ley federal local, ni mixta, nos preguntamos si existe alguna objeción constitucional a este particular modelo normativo. Es decir, ¿es constitucionalmente válido que un delito determinado sea cuestión federal en una provincia y no en otra y que ello sea así por acuerdo de partes?.

En primer lugar, diremos que no existiría objeción constitucional alguna a que la punición en materia de estupefacientes se investigue y juzgue por parte de las jurisdicciones locales, ya que la Constitución Nacional no impone en su texto que el tráfico o consumo de estupefacientes sea cuestión federal. Tampoco el caso está directamente e inmediatamente fundado en alguna disposición de un tratado con naciones extranjeras (art. 116). Luego, es derecho común y puede el Congreso Nacional dejar de considerarla una materia federal<sup>12</sup>.

El problema que se discute es si, admitida y asumida la competencia federal puede el Congreso nacional facilitar su *desfederalización* parcial, tanto respecto a una parte de su normativa (por ejemplo, los delitos previstos en el art. 2do. de la ley comentada), como de la competencia para perseguirlos y juzgarlos, en función de la libre opción de cada estado provincial.

Respecto a lo primero, más allá de las dificultades operativas, podría sostenerse –no sin objeciones- que, atendiendo que el narcotráfico en gran escala es un fenómeno con alcance internacional y ha dado lugar a tratados y convenciones internacionales sobre la materia, o cuyo control más eficaz puede lograrse en las fronteras, etc., se justificaría la justicia de excepción, a la par que los delitos cometidos por usuarios y traficantes menores fueran investigados y juzgados por jurisdicciones locales, ya que se encuentran directamente vinculados a delitos comunes y ocurren “intra-muros” y no implican aquella grave afectación.

Un tal posicionamiento quedaría expuesto, en cualquier caso, a los reparos operativos y a su discutible utilidad.

Pero la duda surge cuando una norma Infra-constitucional, alterando el deslinde de competencia previsto en el art. 121 C.N. y las condiciones de la jurisdicción federal que surgen del art. 116 C.N., facilita la *desfederalización* parcial de los delitos de la ley de drogas no para todo el territorio argentino sino sólo para aquellas provincias que, ejerciendo la opción, así lo asuman, quedando –por ende- vigente la competencia federal (pese a la delegación ofrecida y sujeta a condición) en aquellas otras provincias que no adhieran.

Téngase en cuenta, en este punto, que la jurisdicción federal, además de excepcional, contenciosa y de orden público, es *inalterable e improrrogable y privativa y excluyente*, en salvaguarda de la supremacía del orden jurídico federal y en la imposibilidad de resignar a favor de los tribunales locales materias que deben ser juzgadas de modo privativo y excluyente por los tribunales federales<sup>13</sup>.

En efecto, la jurisdicción federal tiene como característica que es (a) limitada y de excepción (sólo se ejerce en los casos que la Constitución y leyes reglamentarias lo indican); (b) privativa y excluyente (porque no pueden los tribunales provinciales conocer de las causas que pertenecen a la jurisdicción federal); (c) improrrogable si surge en razón de la materia o lugar, admitiendo su prórroga sólo cuando se establece por razón de las personas, con excepción de los supuestos de competencia exclusiva y originaria (art. 117 C.N.)<sup>14</sup>.

Luego, carece de *razonabilidad* que una misma ley y un mismo delito varíen de la competencia federal (excepcional, privativa, excluyente, improrrogable) a la ordinaria, en función de una delegación voluntaria supeditada a una opción también voluntaria de cada una de las provincias argentinas porque una tal posibilidad contraviene, precisamente, el sentido y fundamento de la competencia de excepción (la federal) y la supedita a una decisión antojadiza, discrecional y hasta arbitraria que desnaturaliza las características y deslinde que surgen de los arts. 116 y 121 de la Constitución Nacional.

Siendo así: es posible que el mismo hecho delictivo satisfaga esas características en una provincia y no en la limítrofe?, es posible que ello dependa no de la naturaleza de la materia y de la afectación sino de la opción que voluntariamente decida cada provincia?. Al fin y al cabo, es la competencia federal exclusiva e improrrogable?.

---

<sup>12</sup> “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino. Leyes 23.737, 24.424 y 24.819”, Justo Laje Anaya. Marcos Lerner Editor, 3ª edición, Córdoba 1998, pág. 313.

<sup>13</sup> La competencia federal en estupefacientes en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Adolfo Vázquez. La Ley, 1999-III, pág. 1129.

<sup>14</sup> Sabsay, Daniel y Onaindia, José; La Constitución de los argentinos, Errepar S.A., 3era. edición, 1997, pág. 383/4.

El razonamiento expuesto nos lleva a sostener que la ley 26.052 lesiona las normas constitucionales relacionadas.

Como si fuera poco, cabría aún indagar hasta que punto la normativa no lesiona, aunque más no sea de modo indirecto, el principio de igualdad e incluso el de juez natural. Ya hemos señalado arriba que la heterogénea modalidad prevista en la ley permitirá que, según la provincia, los autores de un mismo hecho penal deban responder a órdenes jurisdiccionales diversas, así como enfrentar diferentes respuestas, por ejemplo, en relación a la posibilidad de libertad durante el proceso o a la de obtener una suspensión del juicio a prueba.

## **VI.- Conclusiones**

Sin perjuicio de las profundas discrepancias de fundamento que necesariamente debemos señalar con una visión del problema que apela a la “droga” como razón de estado, que sugiere una idea de “guerra” y con ello de “enemigo” y que reafirma la respuesta punitiva como solución excluyente para estos problemas, resulta cuanto menos difícil suponer que los autores de esta iniciativa estén convencidos de que a través de ella podrá mejorarse la performance investigativa y dar lucha eficaz al “flagelo de la droga”.

Tamaña suposición luce, cuanto menos, ingenua. Especialmente si se advierte que la historia de la legislación sobre droga constituye en nuestro país un modelo paradigmático de la ineficacia preventiva de la ley penal, así como de su enorme potencial y capacidad para aumentar los riesgos y daños individuales y sociales.

Si algo debería haberse internalizado a esta altura, es que cuanto más se amplía el poder penal menos solución encuentran los problemas que se presentan como justificación de esa ampliación, más se amplían los espacios de arbitrariedad de muchas agencias y, ante la falta de controles institucionales adecuados, se abren más ventanas que favorecen la corrupción.

Entretanto, en el caso de las drogas la persecución se focaliza en usuarios a los que se aleja cada vez más de los sistemas de salud y en pequeños traficantes que, en conjunto, terminan engrosando las estadísticas que luego se utilizan para justificar estos disparates legislativos.

En un nivel constitucional, a las dudas que se plantean en orden a la vigencia plena del principio de igualdad y de juez natural, como consecuencia de la heterogénea modalidad prevista en la ley, daría la impresión –en cualquier caso- que la reforma altera y lesiona el deslinde de competencia constitucionalmente consagrado en los art. 121 y 116 y contraviene las características definitorias de la competencia de excepción. En este punto cabe advertir que el deslinde competencia surge del estatuto y no puede alterarse caprichosa y antojadizamente por una ley Infra-constitucional y, menos aún, en función de una suerte de opción voluntaria. Ese límite constitucional no es susceptible de manipulación o distorsión a

partir de acuerdos entre nación y provincia. Con ello, la ley deja, además, un precedente peligroso. Basta pensar qué pasaría si el criterio que aquí cuestionamos fuera extendido a otras materias, de modo que, lejos de las pautas del estatuto constitucional, el deslinde de competencia quedara supeditado a una suerte de *autonomía de la voluntad*.

Desde esta perspectiva, habrá que reflexionar hasta que punto eventuales planteos de inconstitucionalidad subsiguientes no terminarán también por neutralizar el declarado objetivo de *eficiencia*, ahora medido en términos de seguridad jurídica antes que en términos preventivo-represivos.

**Adenda: Texto de la ley 26052.**

ARTICULO 1º — *Incorpórase como último párrafo del artículo 5º de la Ley 23.737 el siguiente: “En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.”*

ARTICULO 2º — *Sustitúyese el artículo 34 de la Ley 23.737 por el siguiente: “Artículo 34: Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación: 1. Artículo 5º incisos c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor. 2. Artículo 5º penúltimo párrafo. 3. Artículo 5º Último párrafo. 4. Artículo 14. 5. Artículo 29. 6. Artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal.*

ARTICULO 3º — *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, conocerá la justicia federal cuando la causa tuviere conexidad subjetiva con otra sustanciada en dicho fuero.*

ARTICULO 4º — *En caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal.*

ARTICULO 5º — *A los efectos de la presente ley, establécese un sistema de transferencias proporcionales, a las jurisdicciones (provinciales o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que adhieran, y que así lo requieran de los créditos presupuestarios de la Administración Pública Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial de la Nación correspondientes a fuerzas de seguridad, servicio penitenciario y prestación de justicia con el objeto de garantizar la ejecución de la presente ley.*

ARTICULO 6º — *Sustitúyese el artículo 39 de la Ley 23.737 por el siguiente: “Artículo 39. Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refiere el artículo 30. Los bienes o el producido de su venta se destinarán a la Lucha contra el Tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y la rehabilitación de los afectados por el consumo.*

*El mismo destino se dará a las multas que se recauden por aplicación de esta ley. Asimismo, el mismo destino se le dará a los bienes decomisados o al producido de su venta, por los delitos previstos en la sección XII, Título I de la Ley 22.415, cuando el objeto de dichos delitos sean estupefacientes, precursores o productos químicos.*

*En las causas de jurisdicción federal y nacional los jueces o las autoridades competentes entregarán las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta a que se refieren los párrafos precedentes, conforme lo establecido por esta ley”. En las causas de jurisdicción provincial las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta, corresponderá a la provincia.*

ARTICULO 7º — *Las causas en trámite alcanzadas por la presente ley continuarán su tramitación por ante el fuero en que se estuvieren sustanciando.*

ARTICULO 8º — *Comuníquese al Poder Ejecutivo.*