

A diez años de la "desfederalización"

Por WALTER ALBERTO RODRÍGUEZ

6 de Marzo de 2015

En el año 2005 el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires impulsó la llamada "desfederalización" de los delitos de menor cuantía previstos en la ley 23.737 -derivando en el dictado de ley 26.052- (1), cuyo eje central implicó una parcialización de la competencia para investigar y juzgar algunas de las conductas delictivas allí previstas, en caso de que los Estados locales adhiriesen a la ley.

A casi diez años de su promulgación, la norma se aplica en las provincias de Buenos Aires (adhiirió en diciembre del mismo año 2005 mediante ley provincial N° 13.392), Córdoba (adhiirió con efectiva implementación el 1° de diciembre de 2012, mediante la ley provincial N° 10.067), y Salta (adhiirió el 22 de agosto de 2013, mediante la ley N° 7.782, estableciéndose su vigencia a partir del 1° de enero del año 2014).

Si bien hicieron lo propio Entre Ríos (adhiirió mediante la ley provincial N° 9.783 el 22 de agosto del año 2007) y La Rioja (adhiirió mediante la ley provincial N° 7.893 el 6 de octubre del año 2006 siendo luego modificada por la ley N° 8.762 en diciembre de 2009), ambas dejaron supeditada su operatividad a la transferencia de los créditos aludidos por el artículo 5° de la ley 26.052 (algunas veces, por lo bajo, llegaron al extremo de afirmar que el factor patrimonial era el verdadero atractivo de la modificatoria a favor de los Estados locales).

En Santa Fe existe un proyecto de adhesión que obtuvo media sanción en el Senado provincial el 5 de septiembre de 2012, mientras que en Misiones el Ejecutivo provincial envió a la legislatura un proyecto de ley en la misma dirección, que se encuentra pendiente para ser discutido en sede parlamentaria.

En Catamarca el gobierno provincial tiene en estudio un proyecto de ley de adhesión para enviar a la Legislatura provincial, en reemplazo de otro anterior.

El resto de las provincias se mantuvieron ajenas a la opción generada por la nueva norma en su artículo 2. LOS ANTECEDENTES.

En torno a la controversia producida durante los años '70 alrededor de la ley 20.771 (2), la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba estuvo a la vanguardia contra la ampliación de la intervención de la justicia federal en todo cuanto comprendía la materia de estupefacientes, alegando que ello significaba avasallar los límites que la Constitución imponía en su art. 100 (3).

La Cámara mediterránea contaba por aquel tiempo con el aval dogmático de Ricardo Núñez, quien sostenía: "...la seguridad de la Nación se lesiona por actos que importen un daño o un peligro para la incolumidad de sus instituciones o de su orden social. No se lesiona en cambio, aunque se lesiona la incolumidad física o moral de los habitantes del país, como sucede cuando se atenta contra sus vidas o su salud mediante la comisión de delitos contra las personas o contra la salud pública." (4).

La postura contraria la comandó en Buenos Aires la Sala Criminal y Correccional de la Cámara Nacional Federal, aludiendo que la dimensión del problema de los estupefacientes compromete intereses vitales del país en áreas de defensa y seguridad interna, destacando que el tráfico de alcaloides, al desarrollarse en forma inter jurisdiccional dentro de nuestro territorio e internacional con otros Estados, resulta de imprescindible intervención de la jurisdicción federal (5).

En la misma línea, Roberto Terán Lamas destacó que esa sección de la legislación penal, además de su integración con el sistema del Código Penal, se encontraba dentro del amplio marco de la actividad administrativa nacional en materia sanitaria, señalando que nuestro país era signatario de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, ratificada por decreto ley 7672/63 (ley 16.478), y que cualquier aspecto vinculado con la Convención, justificaba la intervención de la justicia federal de conformidad a lo establecido por el art. 100 CN, en su referencia a los tratados. (6) Los antagonismos fueron dirimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de un conflicto negativo de competencia originado en la Provincia de Córdoba (caso "Juan Aruedy Jarjura"), reproduciendo el hilo argumental del entonces Procurador General Enrique Petracchi. (7) En su dictamen, Petracchi recordó el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional mediante el cual se remitió el proyecto de ley al Congreso de la Nación propiciando la competencia federal dada la existencia de conductas atentatorias contra la seguridad nacional, a cuyo efecto consideró imperativo la defensa nacional y la preservación del individuo en todos los aspectos concernientes a su interrelación social.

Volviendo a la ley del año 2005, naturalmente, la Corte reeditó su rol de Tribunal encargado de despejar la atribución de la competencia, a cuyo fin requirió la opinión del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

En su respuesta el ex Procurador General Esteban Righi mencionó que "... la asignación a favor de la justicia provincial no se encuentra prevista para todos los tipos penales contenidos en la ley, sino que ésta reserva para la justicia federal los delitos que pertenecen al contenido del art. 116 de la Constitución Nacional, es decir, los hechos tipificados en la ley 23.737 que se vinculan con el tráfico ilícito y que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en su artículo 3, se encarga de enumerar, que superan el límite de lo común. El resto de las figuras que pudieren lesionar el físico o la moral de los habitantes, que importan en definitiva un menoscabo en el bien jurídico protegido: "la salud pública" son ajenas al derecho federal (Conf. Del Mensaje del Poder Ejecutivo de la Nación al enviar al Honorable Congreso de la Nación el proyecto de ley de fecha 21 de mayo de 2004)".

En ese mismo dictamen destacó el Procurador que se encuentran "...fuera de la jurisdicción federal los hechos puntuales que significarían el último eslabón de la cadena de comercialización, con principal fundamento, además, en la inmediatez con la que puede actuar en esos casos la justicia local en el interior del país... . Atento según tiene dicho el Tribunal, la primera regla de interpretación de la leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de su letra o de su espíritu (Fallos 150:150)...".

Al momento de resolver la contienda los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay suscribieron su decisión guiados por los fundamentos elaborados por el Procurador (8), sin que aparezca mención alguna del ministro Petracchi respecto de aquella postura asumida en su condición de titular del MPF, a la que me referí párrafos atrás en el caso "Juan Aruedy Jarjura".

Pese a la razonabilidad de tales argumentos, no coincido con la solución jurídica adoptada por la Corte, pues como bien señaló el ex ministro Raúl Eugenio Zaffaroni al desarrollarse el primer plenario de comisiones en la Cámara de Diputados de la Nación de junio del año 2012: "Creo que hay delitos federales y delitos ordinarios. Nunca he visto un delito que se convierta en ordinario según la provincia quiera o no." Es evidente que la duda de Zaffaroni se generó a partir del deslinde de la competencia previsto en el art. 121 C.N.: "Las provincias conservan todo el poder no delegado...", y su conjugación con las condiciones de la jurisdicción federal del art. 116 C.N.: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75...".

En otras palabras, el cuestionamiento está centrado en que una norma "infraconstitucional" establezca la posibilidad de "desfederalizar" parcialmente delitos previstos en la ley de drogas, cuando la ley suprema fija en términos generales que la competencia es exclusiva de una u otra jurisdicción (federal o local), impidiendo su desgaje a la deriva de una voluntad posterior. Además de los reparos dirigidos a la parcialización, creo que en razón de la materia no debería quedar margen de duda alguna acerca de la intervención de la justicia federal en el entendimiento de todos los casos de tráfico, dada la magnitud y dimensión de una problemática absolutamente conglobada más allá de la lógica diferenciación que pudiera surgir de los diversos tipos penales enumerados por la ley, tal como implícitamente lo marca el hecho de que el Congreso Nacional haya sancionado la ley 24.072 en el año 1992.

Dicha norma aprobó la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", incorporando la tutela de aspectos relativos al menoscabo de las bases económicas, políticas y culturales de la sociedad en la temática, que claramente rebasan el marco propio de las cosas comunes y avalan la existencia de un interés del Estado Federal.

En esa dirección no podemos desconocer que durante los últimos años, el fenómeno del narcotráfico generó una alerta en distintos sectores de la comunidad al asociarse algunas prácticas novedosas en nuestro territorio con experiencias recogidas en otros lugares del mundo, principalmente relacionadas con México y Colombia. Ello llevó, luego de recibir un diagnóstico crítico relativo a determinadas zonas del país, a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación instara al Poder Ejecutivo Nacional a disponer acciones concretas principalmente en lugares fronterizos (9); y un año más tarde, a la Cámara de Senadores de la Nación a proyectar la creación de Secretarías Especializadas para funcionar en el ámbito judicial de todas las provincias del país, dando cuenta de la creciente preocupación institucional alrededor del tráfico ilícito.

A ello se agregaron iniciativas legislativas orientadas a desarticular bandas "narcos" desde la afectación patrimonial de sus integrantes o "testaferros" -tensionando el derecho a la propiedad

regulado por el art. 17 CN-, las cuales hablan por un lado de cierto fracaso del sistema represivo convencional, y por otro, de indicadores que demuestran la entidad de un delito complejo y comprensivo de los intereses nacionales en virtud de su envergadura.

Lo anterior no implica desconocer distintos contextos verificados alrededor de este fenómeno desarrollado en Argentina que responde a las particularidades provinciales donde se manifiesta, tanto por las modalidades que hacen a su ejecución como por los efectos causados y la capacidad corrosiva que las organizaciones criminales dirigen para captar voluntades de funcionarios públicos (las condiciones geográficas, territoriales, poblacionales y la impronta policial influyen en la no uniformidad de los distintos escenarios regionales).

Sin embargo, ello es insuficiente a la hora de justificar la fragmentación que consagró la ley 26.052.

Volviendo al eje de la crítica, cabe decir que el debate parlamentario de la ley aquí comentada revela que los legisladores centraron su atención en argumentos que giraron en torno a la conveniencia práctica de la reforma, dejando marginada la trama legal de una eventual superación de los límites supra normativos concernientes a la opción depositada en cada Estado local.

Todo indicaría que la "originalidad" de parcializar la competencia se debió a la necesidad de armonizar una solución contemplativa de intereses encontrados: la fuerte demanda bonaerense por un lado, y la resistencia que tuvo la reforma en la mayoría de las provincias, por el otro.

En síntesis, lo importante no pasaba por el análisis constitucional de la futura ley, sino por lo efectiva que podría llegar a ser su aplicación, según la perspectiva de sus impulsores.

El objetivo insignia de estos últimos fue que la reforma proporcionaría un instrumento para que las fuerzas de seguridad y las policías provinciales colaboren en la persecución de los ilícitos previstos en la Ley de Estupefacientes; mientras unos investigarían los delitos menores, los otros podrían abocarse exclusivamente a la investigación de los ilícitos más complejos.

La premisa fue refutada recientemente por la Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación (10), delatando que no se alcanzaron los objetivos buscados, e incluso, pudiéndose interpretar un desmejoramiento del sistema en el área específica.

Si bien ese análisis se acotó principalmente a la experiencia recogida en la provincia de Buenos Aires, las características del distrito indican que se trata de un parámetro comparativo válido, del cual se extrae que la posibilidad de acceder al conocimiento de ilícitos más complejos disminuyó considerablemente para los operadores judiciales federales.

Más aún, se verificó en dicha provincia -como en el resto de las jurisdicciones federales del país- un incremento exponencial en la persecución de las conductas de tenencia simple y tenencia para consumo personal, cuyo índice de crecimiento ascendió al 199% en Buenos Aires, mientras que un 61% se registró en el resto del país (período 2005-2008).

Todo lo dicho me permite concluir que los efectos prácticos de la reforma, aun prescindiendo de los serios reparos constitucionales ya señalados, no conformaron las expectativas y proyecciones

declaradas originalmente por sus impulsores, abriendo espacio a una eventual revisión de la misma.

TECNICA LEGISLATIVA.

También en este aspecto puede criticarse la reforma, ya que omitió mencionar la conducta de "tener estupefacientes con fines de comercialización" dentro de aquellas con competencia de la justicia local, tratándose justamente de una modalidad de tráfico frecuente en la realidad cotidiana que se encuentra atrapada por el concepto de "menor cuantía" en la mayoría de los casos.

Esta falta llevaría a un absurdo, esto es que la provincia que adhiera a la ley sea autorizada a juzgar al individuo que acaba de vender la sustancia, ya que el delito de comercio está entre los "desfederalizados", y sin embargo no pueda hacerlo si la conducta se detecta en el momento inmediato anterior.

Al mismo tiempo puede verse que al "nuevo" artículo 5 incisos "c" y "e" se han agregado requisitos que no estaban previstos con anterioridad, esto es, que los estupefacientes estén fraccionados en dosis y que esas dosis sean directas al consumidor. (ver art. 34 Ley 23.737 según la sustitución operada a raíz de la 26.052).

Se deduce entonces que sólo los tribunales locales serían competentes cuando el comercio (inc. "c") o la entrega, suministro o facilitación a título oneroso o gratuito (inc. "e") de estupefacientes esté dividido en dosis y que ellas, siempre, insisto, fuesen destinadas para el hipotético consumidor.

Por el contrario, sería competente el fuero federal si en estos casos el narcótico aparece en estado compacto, o si a falta de ello, no se determina que las dosis efectivamente fueran acondicionadas para los eventuales consumidores directos.

Sin embargo, interpreto que la voluntad del legislador fue admitir la competencia material del fuero local en torno a todas las conductas que no excediesen la relación entre quienes comercializan la droga y los consumidores finales, ya que el estado del material prohibido, fraccionado o no, puede variar debido a contingencias fortuitas sin que sustancialmente se modifique el contexto en que se desarrolla el delito. Descarto por otro lado, obviamente, que los integrantes del Congreso pudieran construir una herramienta legal que contenga tipos penales con diferencias "regionales" de configuración; no obstante lo cual la técnica legislativa es evidentemente defectuosa por el sólo hecho de ser permeable a recibir dispares interpretaciones relativas a la existencia de tipos penales no uniformes dentro del territorio nacional, aunque ambos regímenes emanados del Congreso Nacional, pudieron complementarse con la tarea jurisprudencial de los magistrados en cada caso concreto.

CONCLUSIÓN Y PROPUESTA.

La falta de comprobación de aspectos centrales que sustentaron la reforma evidencia un saldo negativo desde la evaluación de sus resultados, y la desacredita como acto de gobierno. Ello porque toda modificación normativa debe generar un cuadro de situación verificable, que permita claramente demostrar la legitimidad sobre la cual el Poder Legislativo intenta adaptar las pautas legales a una nueva realidad que las impone.

La evidencia más elocuente está dada en que el deslinde de investigaciones de menor cuantía respecto de aquellas complejas, atenta contra la lógica elemental que persigue el descubrimiento de la verdad, ya que -por ejemplo- toda organización dedicada al tráfico de drogas necesita la concatenación de actos para concretar uno de sus fines más importantes: poner el material prohibido en los centros masivos de consumo. Bajo esa premisa, una investigación fragmentada corre el riesgo de no comprender la real dimensión del caso concreto (la rotura de esa cadena de responsabilidades puede afectar, a título ilustrativo, la correcta aplicación del agravante del artículo 11 inc. "c", y también, la adecuada apreciación del tipo penal que reprime la organización o financiación del artículo 7, ambos, de la ley 23.737).

Estas observaciones, aún parciales, deberían desalentar a los Estados que por estos tiempos plantean la posibilidad de adherir a la ley en estudio; generando un nuevo debate en aquellos donde se concretó la "desfederalización", en torno a la necesidad de evaluar su derogación. Finalmente y dicho de paso en delitos de "menor cuantía", la reforma desaprovechó una buena oportunidad para abordar problemáticas impostergables tales como la que afecta a una gran cantidad de imputados incluidos en la franja que va entre principiantes o experimentadores y los dependientes psíquicos o físicos, sobre los cuales debería priorizarse una política pública para tratar sus afecciones de salud a propósito del innegable fin tuitivo de la ley (arts. 18 y 21 de la ley 23.737). Ello se profundiza porque la aplicación cotidiana del precedente "Arriola" de la CSJN - posterior a la ley- deja a la mitad del camino y sin resolver la relación naciente de un conflicto penal, donde el Estado se anoticia de miles de casos de tenencia para consumo personal sin que ello sirva como disparador a los fines de abordar un fenómeno extra penal lo suficientemente masivo como para provocar un llamado de atención desde el ámbito sanitario, lo que se impone por peso propio.

Notas al pie:

(*) Fiscal Federal ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de la ciudad de Santa Fe y Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal en la UNLZ.

(1) Sancionada por el Congreso de la Nación el día 27 de julio de 2005, publicada en el Boletín Oficial el día 31 de agosto del mismo año, Adla, LXV-D, 3654).

(2) Sancionada el 26 de septiembre de 1974, promulgada el 3 de octubre y publicada en el Boletín Oficial el 9 de octubre) (3) Causa "Palazzo, Ricardo, C.F.A.C., 2/4/75, publicado en JA, serie contemporánea, t. 27, p. 572).

(4) Ricardo Núñez, "Tratado de Derecho Penal", Tomo actualización, p. 69 y sigtes.; Lerner Ediciones, impreso en 1979.

(5) C.N.F., Sala Crim. Y Corr., 30/4/75 "Lescano, Raúl, publicado en JA serie contemporánea, t. 27. pag. 256.

(6) Terán Lomas, Roberto, "La ley 20.771, el Código Penal y la Constitución Nacional", JA serie contemporánea. T. 27, pag. 256.

(7) CSJN, "Fallos" 292:534.

(8) (C.S. Comp. Nro. 130. XLII, rta. El 27 de diciembre de 2006) (9) CSJN, Resolución 2813/13 del 12 de noviembre de 2013.

(10) web mpf.gob.ar, Procunar, "Ley de Desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes -Ley N° 26.052-. Estudio preliminar sobre su implementación" (año 2014).