

## Diferencias en la respuesta punitiva entre la comercialización de estupefacientes a gran escala y el narcomenudeo

### Differences in the Criminal Law Response between Large-Scale Drug Trafficking and Small-Scale Drug Dealing

*Ignacio Funes Peralta \**

#### Resumen

Este breve ensayo tiene por finalidad analizar las modificaciones en la política criminal relacionadas con la Ley Nro. 23.737 –(Ley de Estupefacientes), sus antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, las modificaciones legislativas (Ley Nro. 26.052) y su impacto jurisprudencial que modificaron de manera sustancial e insoslayable la política criminal para abordar al delito de comercialización de estupefacientes, comprendido en el Art. 5 inc. c de dicha norma. Juntamente con evidenciar las necesarias nuevas estrategias criminales relevantes que se deben desarrollar en virtud de lo que ha sido determinado por nuestros legisladores y la jurisprudencia en la materia.

**Palabras clave:** narcomenudeo – política criminal – venta de estupefacientes – fallo Loyola – proporcionalidad penal

#### Abstract

This brief essay aims to analyze the changes in criminal policy related to Law No. 23737 (the Narcotic Drugs Law), its historical background, legal nature, legislative modifications (Law No. 26052) and its jurisprudential impact that have substantially and unavoidably altered criminal policy in addressing the crime of drug trafficking, as defined in Article 5, section c of said law. It also seeks to highlight the necessary new criminal strategies that need to be developed in light of what has been determined by our legislators and the jurisprudence on the matter.

**Keywords:** small-scale drug dealing – criminal policy – drug sale – loyola judgment – penal proportionality

---

\* Abogado penalista, egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Diplomado en Actualización en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Comahue. Coordinador del equipo jurídico de la rama Vientos de Libertad – MTE. Investigador independiente.

## **I. Introducción**

Este ensayo se enfocará en analizar el desarrollo de la política criminal vinculada a los delitos de venta de estupefacientes. Se abarcarán sus antecedentes normativos históricos, las modificaciones y definiciones propias de la política criminal, con el objetivo de evidenciar la reforma sustancial que se legisló en relación con la conducta de “narcomenudeo”. También se abordará el nuevo enfoque que implican estas transformaciones y el desglose, con diferentes gravedades, que se realiza de la acción típica de venta de estupefacientes en la Ley Nro. 23.737. Asimismo, se analizarán las implicancias prácticas que se derivan de estas modificaciones. Finalmente, se estudiarán las respuestas jurisprudenciales que ayuden a la construcción de argumentos jurídicos que puedan ser utilizados en litigio.

## **II. Repaso histórico de la tipicidad penal**

Es importante observar el recorrido legislativo en materia penal que se ha desarrollado en el digesto jurídico argentino. En primer lugar, se destaca que, con anterioridad a la Ley Nro. 20.771 (BO 09/10/1974), los delitos relacionados con la materia en cuestión se legislaban en el anterior art. 204 del Código Penal. Este preveía una pena de 6 meses a 2 años de prisión para quien vendiera, entregare o suministrare alcaloides o narcóticos sin recetas por parte de quien estuviera autorizado a tal fin y de 3 meses a 1 año para quien los tuviera sin autorización.<sup>2</sup> Una vez sancionada la Ley Nro. 20.771, la pena se recrudecía de 3 años a 12 años para acciones relacionadas con la tenencia, comercialización y suministro de estupefacientes.

Al analizar los antecedentes parlamentarios de dicha ley, se observa la necesidad manifestada por parte de legisladores de la época de obtener una norma que diera respuesta de manera eficiente a la problemática creciente de estupefacientes en el país. Principalmente, se intentó adecuarla al prohibicionismo y la criminalización que comenzaba a reinar en la Comunidad Internacional luego de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972 y Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 de la ONU. Por otra parte, se estableció la competencia federal, argumentando, en Sesiones de la Cámara de Diputados, que:

---

<sup>2</sup> Ley Nro. 20.509, *Justicia Nacional*, B.O. del 27/05/1973.

El criterio para atribuir la competencia federal no puede ser otro que el de que deben ser juzgados por los magistrados de este fuero todos aquellos delitos que afectan la seguridad de la Nación, el orden jurídico total de la República y que afectan profundamente los intereses colectivos de manera que deba intervenir en función de la primera parte del art. 100 de la Constitución Nacional (hoy art. 116).<sup>3</sup>

Se avanzó en este criterio. En el año 1989 el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nro. 23.737 (Ley de Estupefacientes) en la cual, con la finalidad de disuadir la conducta, se buscó agravar la escala penal en los delitos relacionados con la comercialización y suministro de estupefacientes de 4 a 15 años.<sup>4</sup> Ello con el único objetivo de “evitar la excarcelación” sin mayor fundamentación. También se continuó fijando la competencia federal, por entender que la comisión de este tipo penal es caracterizada por la interjurisdiccionalidad.

Hasta el momento, se observa una estrategia criminal definida por ley penal que se relaciona con una finalidad disuasoria. Con el pasar del tiempo, la estrategia se agudizó, ya que se vislumbra una mayor escala penal en la tipificación e, incluso se intenta, inconstitucionalmente, limitar de la posibilidad de que los imputados accedan a la excarcelación hasta el momento de sancionar sentencia condenatoria firme (Principio de Inocencia Art. 18 CN).

### III. Modificación de Política Criminal

Ahora bien, en el año 2005 se sancionó la Ley Nacional Nro. 26.052, la cual modifico principalmente el criterio de competencia federal fijado por la Ley Nro. 23.737.<sup>5</sup> La nueva norma habilitó la posibilidad de que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumieran –previa adhesión por ley– la competencia en delitos de tenencia y tráfico menor de estupefacientes. Es decir, la ley modifica la política criminal en la materia y realiza un reconocimiento expreso en materia de política criminal.

Para nuestros legisladores, a partir de la sanción de esta nueva norma, la comercialización a gran escala no presenta la misma gravedad de aquella que se realiza en una escala proporcionalmente menor. En lo particular, la ley aborda la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis directamente al consumidor,

---

3 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1974, pp. 2863, 2866.

<sup>4</sup> Ley Nro. 23.737, art. 5, B.O. del 11-oct-1989.

<sup>5</sup> Ley Nro. 26.052, B.O. del 31/08/2005, modifica la Ley Nro. 23.737.

se aludió expresamente a la menor entidad y cuantía del delito por tratarse del último tramo o eslabón de la cadena de comercialización. Asimismo, se refirió a la intención de dejar en la órbita provincial únicamente el comercio minorista o el "menudeo" de la droga, reservando el ámbito federal para la comercialización a gran escala.<sup>6</sup>

Dicha norma representa un cambio de paradigma en materia de política criminal. Esta norma representa un cambio de paradigma en materia de política criminal, al hacer una distinción explícita sobre la menor entidad del delito y reconocer que la respuesta estatal en materia penal no puede ser abordada con la misma magnitud en todos los casos. Siguiendo la directriz adoptada por el propio legislador, Al quitar el interés federal, la Ley Nro. 26.052 reconoce la modalidad tipificada como menos gravosa. Teniendo presente los principios y garantías que constitucionalmente rigen nuestro Bloque Federal Constitucional (como el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad) es que no puede continuar siendo la misma la respuesta punitiva que se ofrece desde el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial de cada jurisdicción. La nueva normativa exige una modificación en la política criminal abordada para la conducta típica.

En relación con esta caracterización observada, es importante atender a que la Ley Nro. 26.052 ha diferenciado, de manera cualitativa, las conductas contempladas en el art. 5 de la Ley Nro. 23.737. Diferencia la comisión de la conducta típica en dos grupos: una denominada "narcomenudeo"– de menor entidad– y otra considerada de mayor gravedad, que contempla la necesidad de persecución federal. Así ha sido analizado por nuestra doctrina

Que las razones de esa distinción se vinculan tanto con la condición de último eslabón de la cadena del vendedor al menudeo como de una menor gravedad (en términos de lesividad y culpabilidad) de estas infracciones con respecto a los demás casos de comercialización.<sup>7</sup>

Entonces, la conducta típica comprendida en el Art. 5 inc. c de la Ley Nro. 23.737 contempla una diferenciación en su modalidad, trascendental para nuestra ley. Según esta, el modo de comisión de la acción típica comprendida en el tipo penal discrimina gravedades diferentes y contempla, por lo tanto, dos acciones típicas diferenciadas. Por una parte, se reconoce por la Ley Nro. 26.052 como un modo de ejecutar la acción típica definido como "menudeo" a la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis

<sup>6</sup> Cámara de Senadores de la Nación Argentina, *Versión Taquigráfica Provisional: 27ª Reunión, 21ª Sesión Ordinaria del 6 de octubre de 2004* (Buenos Aires: Senado de la Nación, 2004), pp. 17-20.

<sup>7</sup> Germán Alegre, Leandro Gastón y Pablo Ordoñez, *Narcomenudeo: herramientas para una consideración jurídico-penal del fenómeno* (Buenos Aires: Editores del Sur, 2021), p. 99.

directamente al consumidor. Esta primera acción típica se define como *menos gravosa* y es clara con relación a la modalidad de ejecución requerida. Por otra parte, se encuentra la conducta tipificada que se considera más gravosa y contempla modalidades taxativamente enumeradas por la ley, siendo estas comerciar estupefacientes utilizables para producir; almacenar y transportar estupefacientes con fines de comercialización; y distribuir estupefacientes o darlos en pago.

Estas acciones típicas conllevan una evidente diferenciación. La legislación es clara sobre comprender la diferente modalidad haciendo alusión a que, por un lado, se encuentra tipificada la conducta hacia el último eslabón de la cadena criminal, para el cual contempla una modalidad en su conducta típica específica [*menudeo*]. Mientras que, por otra parte, reconoce mayor gravedad en toda persona que desarrolla conductas típicas, definidas y vinculadas con la producción, almacenamiento, distribución y comercialización a gran escala de estupefacientes. Significando entonces, conductas típicas diferenciadas en su modalidad, resultando disímil su gravedad con relación al Bien Jurídico protegido. Esta diferenciación resulta clave a la hora de atender a la diferencia de las conductas y principalmente, a la menor cuantía y/o daño al Bien Jurídico protegido por la ley penal que se realiza en esta modificación.

Al presente, con posterioridad a la sanción de la mentada ley, se han adherido las siguientes provincias: Provincia de Buenos Aires,<sup>8</sup> Provincia de Córdoba,<sup>9</sup> Provincia de Salta,<sup>10</sup> Provincia de Chaco,<sup>11</sup> Provincia de Formosa,<sup>12</sup> Provincia de Entre Ríos,<sup>13</sup> Provincia de Santiago del Estero,<sup>14</sup> Ciudad Autónoma de Buenos Aires,<sup>15</sup> La Rioja.<sup>16</sup> Es menester aclarar que la provincia de Jujuy<sup>17</sup> adhirió a la ley, pero aún no se encuentra en vigencia.

Es decir, al presente existen varias jurisdicciones llevando adelante la política criminal propia en relación con el delito de “narcomenudeo”. Ahora bien, esto abre al gran interrogante: ¿cuál es la diferencia en la respuesta criminal entre la comercialización

---

<sup>8</sup> Ley Nro. 13.392, 2007.

<sup>9</sup> Ley Nro. 10.067, 2008.

<sup>10</sup> Ley Nro. 7.782, 2020.

<sup>11</sup> Ley Nro. 7.573, 2014.

<sup>12</sup> Ley Nro. 1.627, 2000.

<sup>13</sup> Ley Nro. 10.566, 2017.

<sup>14</sup> Ley Nro. 7.252, 2018.

<sup>15</sup> Ley Nro. 5.935, 2016.

<sup>16</sup> Ley Nro. 7.893, 2007.

<sup>17</sup> Ley Nro. 5.888, 2020.

a gran escala y el narcomenudeo? Porque, tal como se ha detallado con anterioridad, la modificación legislativa debe implicar un cambio de política criminal que impacte de manera cierta en las respuestas punitivas pensadas para abordar tal fenómeno social. Sobre todo, si queremos continuar en un Estado de Derecho que respete los derechos y garantías mínimas establecidas en nuestras normas de mayor jerarquía.

La Ley Nro. 26.052 deja en evidencia que, para el legislador, las conductas relacionadas con el comercio mayorista de estupefacientes no son igualmente graves que aquellas vinculadas al comercio minorista o narcomenudeo. Se diferencian aquellas que considera especialmente graves, las cuales involucra un interés federal, y aquellas que son de escasa gravedad, que no involucran tal interés y puede ser investigadas y juzgadas por autoridad local.

En caso de dar la misma respuesta punitiva a estas conductas discriminadas por los legisladores, se violaría el *principio de proporcionalidad*. Dicho principio presenta máxima jerarquía normativa en nuestro digesto jurídico y es requisito de posibilidad para garantizar el desarrollo en un Estado de Derecho. En tal sentido es atinado destacar, de las diferentes afirmaciones de nuestra doctrina, lo que debe entenderse por proporcionalidad como principio;

La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrando y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el texto constitucional argentino, esto resulta manifestado por las exigencias del art.28 de la C.N.. Desde perspectiva constitucional, este principio pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a *que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio sea adecuado al fin, resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficaces y respeto el contenido esencial de los derechos involucrados*. En el campo penal, este principio representa un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. De esos criterios de proporcionalidad penal surgen incluso los principios de ultima ratio, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel su consistencia explicativa. Dice a ese respecto Prittwitz que el principio de proporcionalidad requiere de criterios de subsidiariedad y de ultima ratio para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin.<sup>18</sup> (el resaltado me pertenece)

---

<sup>18</sup> Guillermo Jorge Yacobucci, "El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de la Política Criminal," *SAIJ*, 2004, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar), ID SAIJ: DACF040067.

En lo particular, es importante resaltar la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que define la importancia del principio de proporcionalidad y logra conceptualizarlo inserto en la dogmática del derecho penal.

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.<sup>19</sup>

De este razonamiento se desprende que, en el ámbito del Derecho Penal, si la magnitud de una conducta se mide a partir de la escala penal, no resulta proporcional aplicar la misma sanción (de 4 a 15 años según el Art. 5 de la Ley Nro. 23.737) a conductas que el legislador ha considerado de diferente daño social. Por lo tanto, de ofrecerse la misma respuesta punitiva como política criminal al delito de comercialización, sin tener en cuenta la diferenciación que ha establecido la Ley Nro. 26.052, estaríamos violentando el principio de proporcionalidad que rige en la materia.

Es fundamental evitar las arbitrariedades, de allí que se exija racionalidad a la hora de determinar la sanción teniendo presente la proporcionalidad del injusto penal sujeto a consideración. Resulta necesario compartir lo enunciado por parte de nuestra doctrina en la materia:

La escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico, determinando el valor proporcional de la norma dentro del sistema, señalando su importancia y rango, y la posición del bien jurídico en relación con otro, al conformar el punto de partida fundamental para poder determinar la pena en forma racional. Por ello es que la justicia de una pena y por ende, su constitucionalidad, depende, ante todo, de su proporcionalidad con la infracción.<sup>20</sup>

Existe una relación directa, reconocido por nuestro máximo tribunal, en donde la proporcionalidad debe tener relación lógica y jurídica con la lesión al bien jurídico afectado, con las valoraciones establecidas por ley y diferentes fuentes del derecho. Nuestra CSJN lo ha dejado de manifiesto en el precedente Gramajo:

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales. Que la vida humana resulta

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Administración General de Obras Sanitarias s/ Ejecución Fiscal - Radicación de Vehículos, C. 1395. XLI, sentencia del 11/07/2006, Fallos: 329:2810.

<sup>20</sup> Patricia Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, 2ª ed. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005), pp. 37, 39-40.

más valiosa que la propiedad es un dato parte de la propia Constitución Nacional, pero la expresión penal de ello debe concretarse estableciendo una pena más elevada respecto del delito de homicidio que aquella fijada con relación al hurto o robo <sup>21</sup>

En definitiva, lo que este fallo permite es analizar que la proporcionalidad se relaciona directamente con la afectación que la conducta típica tiene con relación al bien jurídico protegido, así como, la relación con el principio de culpabilidad. En este sentido, no hay pena más allá de este principio y la relación que guarda para este particular.

En igual sentido es menester traer a colación el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Masacre de Rochela, en donde el tribunal internacional dispuso:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.<sup>22</sup>

Se encuentra reconocido por parte de la Corte IDH y nuestra CSJN la necesidad de que la determinación de la pena debe resultar proporcionada al hecho típico y la afectación al bien jurídico. Esto transforma en necesaria la consideración de antijuricidad material al momento de resolver casos concretos, debiendo evaluarse los diferentes grados de lesión al bien jurídico afectado y reconocer las diferentes consecuencias con relación a la pena. La antijuricidad material debe evaluar la mayor o menor gravedad en la lesión y/o peligro al bien jurídico la cual debe influir decisivamente en la gravedad del hecho. Resaltando que la proporcionalidad, no solo se observa por los legisladores al momento de la sanción de un tipo penal, sino que debe ser observada por los jueces al momento de la aplicación de las conductas típicas y la resolución del caso concreto. Es importante destacar los mencionado por el jurista español, pensador contemporáneo del dogma en materia penal, Dr. Mir Puig. Él detalla que:

[e]l principio de proporcionalidad debe orientar, también, el arbitrio judicial...| en el momento judicial adquiere especial importancia la solución justa de los casos juzgados, lo que implica que cada sujeto sea castigado en proporción al daño causado y la peligrosidad del ataque

<sup>21</sup> Fallo Gramajo C.S.J.N Fallo 329:2810.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 7 de marzo de 2005 p. 196.

representados por su delito. Éste es el camino de realización del postulado democrático de igualdad ante la ley<sup>23</sup>

La resumida expresión de fundamentos vertidas con anterioridad no hace más que reconocer que para que la imposición de una pena sea legal y legítima debe, ante todo, ser proporcional a la infracción. Por lo tanto, en los casos de narcomenudeo, la respuesta punitiva lisa y llana que ofrece el art. 5 inc. c de la Ley Nro. 23.737 es excesiva conforme los criterios de necesidad de la pena y su merecimiento, con relación al ya analizado criterio de proporcionalidad.

#### **IV. Resolución jurisprudencial en la respuesta punitiva. Fallo Loyola**

Este punto de análisis, que da origen al presente ensayo, ha sido motivado por diferentes agentes del derecho en causas judiciales que guardan relación directa con el caso. Es interesante desmenuzar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en su fallo Loyola, del año 2016.

Dicho fallo declaró la inconstitucionalidad, para el caso concreto, de la escala penal del art. 5, inc. C, de la Ley Nro. 23.737 y estableció una nueva para el injusto, definiéndola de 3 a 10 años. La jurisprudencia generada en este caso particular viene a ofrecer una solución al problema punitivo, punto de partida del presente análisis. De allí que es primordial desmenuzar diferentes argumentaciones utilizadas para atender al criterio sentenciado, en donde no solo evidencia la problemática, sino que propone una resolución concreta.

Haciendo énfasis en la violación al principio de proporcionalidad, el tribunal superior consideró y realizó una vasta fundamentación, de la cual resulta menester destacar que:

El establecimiento de una misma pena para conductas de tráfico de estupefacientes de menor entidad como lo son las dirigidas directamente al consumidor, y aquellas que involucran al tráfico a gran escala, resulta objetivamente desproporcionada ya que, siguiendo la directriz adoptada por el propio legislador al sancionar la ley n° 26.052 de desfederalización, la primera es una modalidad menos gravosa que la que involucra el interés federal<sup>24</sup>

El fallo puesto a análisis realiza la siguiente interpretación:

A los efectos de mantener la coherencia interna del sistema punitivo, si el legislador ponderó la distinta gravedad de los delitos de tráfico de estupefacientes para determinar la existencia o no de un interés federal en su persecución, debió mantener esa diferente valoración de la entidad

<sup>23</sup> Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal: Concepto y Método*, 2ª ed. (Montevideo: Editorial B de F, 2003), p 146-147.

<sup>24</sup> Sala Penal, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sentencia de 2016, pp. 3751-3784.

del delito y reprimirla con marcos punitivos diferenciados. Al omitir esta distinción, consideramos que se vulneró el principio constitucional de igualdad (o razonabilidad) ya que se extendió la imputación de una misma sanción a hechos ponderados como desiguales. Máxime cuando el mismo legislador ha considerado previamente que un delito es “especialmente grave” cuando su pena mínima es superior a los tres años de prisión (Art. 277 inc. 3° CP).<sup>25</sup>

En este punto el tribunal considera que existe una afectación a la igualdad ante la ley, violentando ya no solo la proporción de sanción ante el injusto penal, sino también, alterando otro derecho humano fundamental. En concordancia con este punto, resulta importante destacar lo que ha sido entendido por parte de nuestra doctrina al considerar que:

Siguiendo estas pautas, resultará irrazonable, a su vez, la selección de hechos distintos a los que se les imputa una misma consecuencia. En este argumento, la norma que estipula la misma sanción para dos conductas con grados de injusto disímil -distinguidos por el propio legislador-, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, contraría también el principio constitucional explícito de igualdad. Ello así por cuanto, lo que *no tolerarían las normas constitucionales, a la luz de este principio, es que una vez optado por uno u otro sistema represivo, existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligio [sic].*<sup>26</sup> (el resaltado me pertenece)

Como conclusión, se podría inferir que este tribunal superior emite la sentencia con el fin de mantener coherencia con el sistema penal. Esto se basa en el entendimiento de que, si el legislador realiza una diferenciación en la ponderación de una conducta para determinar la existencia de un interés federal, debió mantener esa diferencia en la entidad del delito y reprimirla con marcos punitivos diferenciados. Este fallo debería ser el puntapié inicial que dé forma a la necesaria reforma legislativa que se requiere para subsanar la manifiesta inconstitucionalidad que presente la escala penal de conducta típica del *menudeo* en la comercialización de estupefacientes.

En esta línea argumentativa es que el tribunal sentencia una solución coherente con el sistema punitivo. Con relación a la escala modificada por este fallo, es importante resaltar la argumentación detallada por parte de los magistrados, quienes señalaron que:

Para establecer un marco punitivo que resulte coherente con el sistema legal vigente debe tenerse en cuenta las escalas penales establecidas para las tipologías delictivas básicas que involucran al mismo bien jurídico protegido (salud pública), particularmente aquellas que presentan mayores similitudes con el delito analizado, como ocurre con

<sup>25</sup> Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, pp. 37, 39-40

<sup>26</sup> Juan Pablo Alonso, *Interpretación de las Normas y Derecho Penal* (Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006), p. 304

el envenenamiento de aguas y sustancias del art. 200 y la venta, suministro, distribución y almacenamiento con fines de comercialización de aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo, del art. 201 CP, que se encuentran conminadas con pena de prisión o reclusión de 3 a 10 años. [...] Finalmente, la solución propuesta también coincide con la dada a la cuestión en los dos últimos anteproyectos de reforma al Código Penal de 2006 y 2014. En efecto, ambos coinciden no sólo en la sistemática de su tratamiento, incluyéndolos dentro de los atentados a la salud pública (junto a las figuras mencionadas), sino la solución punitiva dada, pues en los dos casos las figuras analizadas se encuentran conminadas con penas de prisión de 3 a 10 años (arts. 246 “b” del Anteproyecto 2006 y 199 del Anteproyecto 2014). Y en el último de ellos, esa es también la sanción prevista para las figuras de envenenamiento de aguas y mercaderías y la de venta, suministro, distribución y almacenamiento con fines de comercialización de sustancias nocivas (art. 194 incs. 1 y 2, respectivamente, Anteproyecto 2014). *En consecuencia, estimamos razonable como escala penal para los delitos contemplados actualmente en el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1o ley 23.737 la de tres (3) a diez (10) años de prisión por resultar una respuesta punitiva proporcionada con la entidad del injusto que devuelve coherencia al sistema legal vigente y al mismo tiempo, permite brindar una respuesta adecuada para los casos cuasi bagatelarios dentro del tráfico menor de estupefacientes y establecer un límite que permite dar respuesta a los casos de mayor gravedad sin que ello conduzca a su equiparación con el tráfico mayor de competencia federal.*”<sup>27</sup>[sic] (el resaltado me pertenece)

Este tribunal realiza una interpretación jurisprudencial armoniosa ante la problemática planteada y propone una solución que es coherente y respetuosa de nuestro ordenamiento jurídico vigente. Existen antecedentes en otras jurisdicciones de igual resolución. Por ejemplo, en la sentencia de la Cámara Federal de Casación, Sala II, se argumentó que:

Teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado, excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes.<sup>28</sup>

Estas interpretaciones jurisprudenciales permiten mantener la dinámica en la interpretación armónica que deben realizar nuestros magistrados. Reconocen la existencia de arbitrariedades en mantener la misma escala penal para conductas legalmente diferenciadas y proponen soluciones que tiendan a armonizar la inconsistencia jurídica.

<sup>27</sup> Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, pp. 37, 39-40.

<sup>28</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Ríos, Mauricio David s/ recurso de casación*, Causa N.º 16261, 16/04/2013.

## V. Conclusión

Como bien definió en la introducción a este ensayo, se tuvo como objetivo analizar las modificaciones en la política criminal relacionadas con la Ley Nro. 23.737 a partir, principalmente, de la sanción de la Ley Nro. 26.052 y su impacto jurisprudencial.

Según lo detallado en el presente, se ha podido evidenciar que la modificación introducida por la Ley Nro. 26.052 tuvo un impacto directo sobre la legalidad de la escala penal comprendida en el Art. 5 inc. c de la Ley Nro. 23.737. Principalmente, a partir de la distinción entre diferentes conductas, que hacen a la constitución de la acción típica, diferenciadas en dos grupos; una denominada “narcomenudeo” –de menor entidad– y otra considerada de mayor gravedad que contempla la necesidad de persecución federal. Se entiende que la modificación de jurisdicción se realizó en virtud de la disímil gravedad de las conductas, considerando a una más gravosa que la otra.

Esta principal diferencia constituye, tal como se ha desarrollado, una violación al principio de proporcionalidad. Esto así, a partir de las implicancias de este principio que desarrolla nuestra doctrina y jurisprudencia, las cuales han sido vertidas en el presente ensayo.

Esto logra demostrar que la modificación de política criminal es un requisito de legalidad exigida por la normativa aplicable al caso y la dogmática penal desarrollada. Situación necesaria para respetar el principio de proporcionalidad que se ve afectado al aplicar idéntica sanción para injustos que han sido valorados de manera diferenciada por nuestra normativa.

Asimismo, se evidencia que los legisladores, al momento de sancionar la Ley Nro. 26.052 justificaron la modificación de jurisdicción con base en la menor cuantía de una conducta con relación a la otra. Ahora bien, omitieron sancionar la diferencia en la escala penal de tales conductas.

Tal omisión, representa una incongruencia en nuestro sistema jurídico cuando se tiene que aplicar la normativa para resolver una causa penal en curso. De allí que sea importante atender a la respuesta que ha desarrollado nuestra jurisprudencia. De hecho, en el precedente *Loyola* de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba se reconoce la incongruencia, se desarrolla la afectación al principio de proporcionalidad, sumando a la igualdad ante la ley. Se realiza una propuesta armoniosa de nuestro bloque constitucional federal, que da respuesta a la inconsistencia jurídica que

han cristalizado nuestros legisladores al omitir modificar la escala penal al momento de la sanción de la Ley Nro. 26.052.

Es decir, que, atendiendo a las explicaciones y fundamentaciones desarrolladas en el presente ensayo, entiendo que aplicar lisa y llanamente la escala penal prevista en el art. 5 inc. C de la Ley Nro. 23737 para conductas de “narcomenudeo”, legisladas en la Ley Nro. 26.052, es inconstitucional por violentar el principio de proporcionalidad y de igualdad ante a la ley. Este avance de la jurisprudencia ha sido posible a partir de que nuestro máximo tribunal habilita y fomenta a que todos los jueces de la Nación sean intérpretes de las normas, y por consecuencia, evalúen su constitucionalidad.

Es claro que, para las conductas de narcomenudeo, la norma aplicable al caso se contrapone con garantías que emanan de nuestra Carta Magna. Ahora bien, la problemática se agudiza, porque ya no se trata de un caso concreto que se subsanaría con la declaración de inconstitucionalidad, sino que tiene un efecto extensivo. La particularidad de la consecuencia erga omnes evidencia que la única solución respetuosa de nuestro sistema republicano de gobierno y de división de poderes (Art. 1 CN) es modificar legislativamente el tipo penal del Art. 5, inc. c, de la Ley Nro. 23.737. Este cambio debe discriminar las escalas penales entre las conductas de narcomenudeo y la comercialización a gran escala, según lo definido en la Ley Nro. 26.052

Se vislumbra que el Estado, al reconocer la gravedad menor de la conducta del narcomenudeo, evidencia que se reconoce, normativamente, que el flagelo del narcotráfico no se resolverá con mayor criminalización del eslabón más débil de la cadena. Indirectamente implica agudizar estrategias criminales propias que expongan a los principales responsables que permita combatir el fenómeno criminal de manera cierta y respetuosa de nuestra legislación.

### **Bibliografía**

- Alegre, Germán, Leandro Gastón, y Pablo Ordóñez. *Narcomenudeo: Herramientas para una Consideración Jurídico-Penal del Fenómeno*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2021.
- Alonso, Juan Pablo. *Interpretación de las Normas y Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones: Sesión del 19 de septiembre de 1974*, páginas 2863-2866. Buenos Aires: Cámara de Diputados, 1974.

Cámara de Senadores de la Nación Argentina. *Versión Taquigráfica Provisional: 27ª Reunión, 21ª Sesión Ordinaria del 6 de octubre de 2004*, páginas 17-20. Buenos Aires: Senado de la Nación, 2004.

Mir Puig, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal: Concepto y Método*. 2ª ed. Montevideo: Editorial B de F, 2003.

Yacobucci, Guillermo Jorge. "El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de la Política Criminal." *SAIJ* (2004). [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar). ID SAIJ: DACF040067.

Ziffer, Patricia. *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.