




PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

**SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 56

Año: 2020 Tomo: 2 Folio: 541-556

EXPEDIENTE: 3447635 -  - BUSTOS, CESAR GABRIEL - NANTT, LUCILA BELEN - CAUSA CON IMPUTADOS

**SENTENCIA NUMERO: CINCUENTA Y SEIS**

En la ciudad de Córdoba, a los cuatro días del mes de marzo de dos mil veinte, siendo las diez y treinta horas, se constituye en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno, presidido por la señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, con asistencia de los señores Vocales doctores Luis Enrique Rubio, Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Luis Eugenio Angulo, a fin de dictar sentencia en los autos **“BUSTOS, César Gabriel y otra p.s.a. tenencia con fines de comercialización simple -Recurso de Casación e Inconstitucionalidad-” (SAC 3447635)**, con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Marcelo Alejandro Torres, en ejercicio de la defensa de César Gabriel Bustos, en contra de la Sentencia número cincuenta y uno, dictada con fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete por la Excma. Cámara Criminal y Correccional, Civil y Comercial, Familia y Trabajo de la ciudad de Laboulaye.

Abierto el acto por la señora Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º) de la ley 23737?
- 2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Domingo Juan Sesín en forma conjunta; María Marta Cáceres de Bolatti y Luis Enrique Rubio por su parte y Luis Eugenio Angulo según su voto.

### **A LA PRIMERA CUESTION**

**Los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Domingo Juan Sesín dijeron:**

**I.** Por Sentencia n° 51 del 26 de septiembre de 2017, Cámara Criminal y Correccional, Civil y Comercial, Familia y Trabajo de la ciudad de Laboulaye, resolvió -en lo que aquí interesa-: “II) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 5 inc. “c”, segundo supuesto de la ley 23.737, efectuado por el Dr. Héctor Villarino, abogado defensor del imputado Bustos, César Gabriel (...) III) Aplicarle a Bustos, César Gabriel para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años y ocho meses de prisión y multa de 45 unidades fijas (...) todo ello, con costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP, 412, 550 y 551 del CPP)...” (ff. 752/753).

**II.** El Dr. Marcelo Alejandro Torres, interpone recurso de inconstitucionalidad en contra de dicha sentencia, en favor de Gabriel Bustos (ff. 3475/3479).

Para comenzar, especifica el “Objeto” de su planteo, tras lo cual afirma la “Procedencia formal” y la “Procedencia sustancial” de la queja impugnativa, acápiteme este donde se explaya en el desarrollo de los agravios casatorios. En la continuidad de los párrafos, previo formular “Reserva del caso federal” (art. 14 ley 48, 18 CN, 39 y 40 C. Pcial), menciona que “Mantiene pedido de inconstitucionalidad-Expresa agravio casatorio subsidiario”.

En lo atinente, expresa su voluntad de mantener el planteo de inconstitucionalidad referenciado, sustentando su postura en lo resuelto por el TSJ in re “Loyola” (Sent. 470 del 27/10/2016) en cuanto hizo lugar al planteo de la defensa y mudó el mínimo de la escala penal a 3 años de prisión, por carecer la norma de razonabilidad por resultar desproporcionada y desigual, tornándose operativa la regla de la clara equivocación vulneratoria del principio de

igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio.

Agrega que ofrece “ad effectum videndi et probando” el mentado fallo a cuyos fundamentos efectúa una remisión, postulando que –previa declaración de inconstitucionalidad- la escala punitiva arranque de 3 años.

Peticiona que, en caso de que no hiciera lugar a los agravios casatorios, previa declaración de inconstitucionalidad propugnada, se modifique la pena impuesta a su asistido y, considerando las condiciones personales del mismo y su falta de antecedentes, se le aplique el mínimo punitivo de la nueva escala penal (3 años), ordenándose su inmediata libertad por el tiempo que lleva en prisión.

**III.** Notificado de los recursos deducidos, el Sr. Fiscal General emite opinión en sentido contrario a los planteos de inconstitucionalidad formulados (Dictamen “P” n° 45 del 21/2/2018, ff. 806/811).

**1.** En cuanto a los recaudos formales que hacen a la procedencia de los remedios intentados advierte que el impugnante se encuentra subjetivamente legitimado para recurrir y lo han hecho en tiempo y forma. A más de ello señala que el objeto atacado es susceptible de ser embestido por esa vía toda vez que el tribunal *a quo* resolvió la cuestión rechazando, en lo que aquí respecta, el planteo de inconstitucionalidad oportunamente formulado por la defensa, con lo cual se da el requisito de sentencia previa contraria a las pretensiones del recurrente.

**2.** Ahora bien, en lo que hace a la procedencia sustancial de la vía impugnativa escogida, entiende que el escrito interpositor no se encuentra debidamente fundada, al haber obviado - casi por completo- los argumentos proporcionados por el Tribunal de juicio para rechazar su planteo de inconstitucionalidad, principalmente los brindados en orden a que la escala penal se adecuaba perfectamente a las gravedad del injusto cometido por los encartados, no habiéndose vulnerado de manera alguna los principios de proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad ni humanidad; como así también, en cuanto aclaró que los fundamentos dados en el fallo “Loyola” no resultaban aplicables pues no advertía en autos una situación de extrema

necesidad o vulnerabilidad que tornara arbitraria o irrazonable la escala penal cuestionada, a más de los concernientes a la reforma introducida por la ley 27.302.

En efecto, los impugnantes -en lo medular- plantean su insistencia en ampararse netamente en los fundamentos expuestos por el voto mayoritario de este Tribunal Superior en el citado fallo “Loyola”, procurando solo demostrar la existencia de una “clara equivocación” por parte del legislador, mas sobre meras consideraciones dogmáticas e interpretaciones netamente subjetivas, sin lograr demostrar la vulneración constitucional que –a su criterio- se ha infringido en el caso concreto. Al respecto, cabe destacar que tal resolutorio a la fecha no se encuentra firme, sumado a la existencia, como bien advierte el Tribunal de juicio, de nuevos argumentos provenientes del propio Congreso de la Nación idóneos para apartarse de los lineamientos sentados en dicho precedente.

**3.** Sin perjuicio de ello, trae a colación también el criterio asumido por esa Fiscalía General en relación a la presente cuestión, que fuera compartido por el tribunal de mérito en la sentencia embestida.

Así, apunta que conforme fuera razonado en el recurso extraordinario interpuesto en los citados autos “Loyola”, resulta evidente que la escala penal establecida por el art. 5 inc. c de la ley 23737 fue voluntariamente mantenida al momento de sancionar la ley 26052 en el año 2005. Entiende que ello, lejos de constituir un descuido o error, obedeció a criterios de política criminal cuyo ejercicio es privativo del poder legislativo y sólo puede ser revisado en caso de vulneración de principios o garantías constitucionales, lo que estima que no se configura en la especie.

Consecuentemente, estima que no resulta posible afirmar válidamente que el distingo que realiza la mencionada ley 26052, a fin de permitir a las provincias la asunción de competencia sobre determinados delitos previstos por la ley 23737, y por los arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del CP, responda a la consideración de que el tráfico de estupefacientes en pequeña escala revista menor gravedad en relación a la afectación del bien jurídico protegido.

Por el contrario, considera que con la sanción de la ley 26052 el legislador persiguió la incorporación de “elementos contra puestos de venta que inciden directamente sobre la vida de la población de la mayoría de las provincias argentinas y de la ciudad de Buenos Aires, y que para la gente representa un peligro más concreto y letal que la persecución de grandes bandas de narcotraficantes, que en definitiva aparecen la vida de todos los días como un riesgo más mediato” (f. 447 vta.). Ello, en consonancia con la gravedad que atribuyó a las conductas de tráfico dirigidas directamente al consumidor por su poder expansivo y efectos dañosos directos a la salud individual, particularmente de los jóvenes; la incidencia negativa en las comunidades barriales, educativas, deportivas y en los sectores más vulnerables, y su vinculación con la comisión de delitos violentos (cita exposición de motivos y debate parlamentario de fecha 4/5/2005).

Como lo sostuviera en dicha oportunidad, estima que tampoco puede sostenerse que el baremo punitivo plasmado por la reforma implementada por la ley 26052 trasunte por un descuido u olvido del legislador. Por el contrario, entiende que el debate respectivo habla a las claras de los motivos que permitieron afirmar la conservación de los mismos montos punitivos que contempla la ley 23737, en orden a la especial gravedad de la modalidad delictiva relacionada con el tráfico al menudeo de sustancias narcóticas. En ese marco, señala que si bien hay que atender al bien jurídico protegido por la norma (salud pública) que resulta idéntico al amparado por los arts. 200 y 201 del CP, no debe soslayarse la característica de delito pluriofensivo que contienen los comportamientos reprimidos por la ley 23737, tal como fuera receptado por la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988) y por la propia CSJN en “Montalvo” (S. 11/12/1990; Fallos: 313:1333).

Explica que estas razones son las que condujeron a esa Fiscalía General a sostener que no existe violación a los principios de proporcionalidad e igualdad ya que la salud no es el único bien jurídico protegido por la figura de tenencia de estupefacientes con fines de

comercialización y que, en consecuencia, la comparación de su escala punitiva con la prevista para otras figuras que penalizan conductas similares no basta para descartar la razonabilidad de la selección efectuada por el legislador en mérito a razones objetivas de tratamiento diferenciado y en consonancia con compromisos asumidos por el Estado Argentino a nivel internacional (relativos a “dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión, teniendo en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos” y adoptar las medidas adecuadas para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable “comparezca en el proceso penal correspondiente”, cfr. Convención de Viena, art. 3 incs. 6 y 9).

En sintonía con ello, da cuenta también que el mínimo de cuatro años resulta excepcional dentro del esquema normativo del CP por lo que entiende que lo establecido en la ley 23.737 obedece a una consciente y voluntaria selección del legislador, consecuente con la disparidad de bienes jurídicos protegidos que, lejos de responder a un criterio arbitrario, se sustenta en una mesurada valoración.

Sostiene que ese razonamiento quedó rubricado con la sanción de la ley 27302 (B.O. 8/11/2016) que es posterior a lo decidido por este Máximo Tribunal en el fallo “Loyola” y a través de la cual el Congreso de la Nación asentó el mínimo de la pena establecida en la ley 23737, manteniendo la escala penal del art. 5 del inc. c) -cuatro a quince años de prisión- sin introducir modificaciones. Entiende que tal proceder demuestra de manera contundente que la invocada “regla de la clara equivocación” no encuentra en el caso asidero alguno, echando por tierra lo denunciado por los defensores oficiales respecto a que resultó omitida la desigualdad de injustos suscitadas por el art. 34 inc. 1º de la ley 23737.

Considera que la postura asumida por ese Ministerio Público en autos “Loyola” se mantiene en el caso de marras frente a los argumentos expuestos por los recurrentes ya que la cuestión recepta nuevos argumentos relevantes, apreciados al reevaluar la cuestión, que estima aptos para variar lo formulado en aquél precedente.

**IV.** En lo que atañe a la admisibilidad formal de la impugnación, cabe recordar que el recurso de inconstitucionalidad es una vía incidental para traer la materia constitucional y que para su procedencia formal la resolución judicial recurrible debe haberse pronunciado en forma contraria a una determinada pretensión, es decir que debe existir una decisión adversa (TSJ, Sala Penal, “Fernández”, S. n° 82, 22/4/2009; “Alem”, S. n° 294, 12/11/2010; “Marigliano”, S. n° 93, 12/5/2011; “Luna”, S. n° 32, 27/2/2013; “Arce”, S. n° 407, 14/9/2016; entre otras). Atento a que nos encontramos ante una resolución judicial contraria a la pretensión de los recurrentes de que se declare la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 5 inc. “c” de la ley 23.737, tal como exige el art. 483 del CPP, y que se encuentran satisfechos los demás requisitos de admisibilidad, corresponde el pronunciamiento de este Tribunal acerca de la pretendida inconstitucionalidad.

**V.** En ese cometido, adelantamos que los cuestionamientos constitucionales formulados por el recurrente en favor de la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23737 resultan procedentes por las razones que a continuación se brindan que, en gran medida, coinciden y ahondan en los argumentos centrales del fallo dictado por este Tribunal Superior de Justicia en el precedente “Loyola” (S. n° 470, 27/10/2016), aquellos esgrimidos al rechazar el recurso extraordinario interpuesto contra esta última resolución en relación con el valor que debe asignarse a la ley 27.302 (A. n° 89, 19/3/2018) y los desarrollados en igual sentido en autos “Bordoni” (S. n° 215, 22/6/2018), que fueron ratificados en numerosos casos posteriores (“Lencina”, S. n° 220, 25/6/2018; “Bustamante”, S. n° 227, 26/6/2018; “Fernández”, S. n° 228, 27/6/2018; “Ochoa”, S. n° 231, 27/6/2018; “Rivarola”, S. n° 233, 28/6/2018; “Lovera”, S. n° 462, 9/11/2018; “Copa”, S. n° 235, 28/5/2019; entre otros).

**1.** Conforme al sistema de la división de poderes, corresponde al Congreso de la Nación dictar el Código Penal y en ejercicio de esas atribuciones también determinar discrecionalmente las penas. Pero esta potestad se encuentra limitada por las normas constitucionales que

conforman el bloque que garantiza la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad también para la discrecionalidad.

En esa dirección, este Tribunal -a través de su Sala Penal- ha sostenido que en materia de determinación legislativa de los marcos punitivos rige el principio de proporcionalidad pues éste emerge del propio estado democrático de derecho (art. 1 CN), y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines (TSJ, Sala Penal, “Zabala”, S. n° 56, 8/7/2002). Asimismo, se señaló que la potestad legislativa de individualizar las penas no puede afectar el principio de igualdad (art. 16 CN), en tanto veda la desigualdad de trato sin fundamento razonable (TSJ, en pleno, “Toledo”, S. n° 148, 20/7/2008).

En función de estas consideraciones se sostuvo que, si la forma en que ha ejercido el legislador infra constitucional la potestad de fijar las penas implica un desconocimiento de estos límites constitucionales, porque la conminada para un determinado delito resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, se torna aplicable la regla de la clara equivocación conforme a la cual *"sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional"*, en cuyo caso *"la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable"* (Thayer, J.B., *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss; TSJ, Sala Penal, “Zabala”, S. n° 56, 8/7/2002; “Toledo”, S. n° 148, 20/6/2008; “Espíndola”, S. n° 100, 21/4/2010; “Loyola”, S. n° 471, 27/10/2016).

**2.** En oportunidad de analizar el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por los delitos de tráfico del art. 5° inc. “c” de la Ley 23737 en función de lo dispuesto por el



art. 34 inc. 1° del mismo cuerpo legal (cfr. ley 26052 y ley provincial n° 10067), la mayoría del Tribunal consideró que el mantenimiento del mismo monto de pena privativa de la libertad para el caso del micro comercio de estupefacientes de quien ocupa el último eslabón de la cadena y el comercio macro de esas sustancias que incluye al gran narcotraficante, luego de reconocerse jurídicamente su diferencia por la ley 26052 con importantes efectos jurídicos, afecta los principios de racionalidad y proporcionalidad, y la garantía de igualdad ante la ley de nuestro ordenamiento constitucional y convencional por distintas razones.

Entre esas razones, se señaló que la falta de adaptación de la respuesta punitiva en tal supuesto supone: (i) desconocer la significativa diferencia de magnitud entre ambos injustos; (ii) ignorar su expreso reconocimiento con importantes efectos jurídicos por la ley 26052; (iii) plantear diferencias importantes con otros delitos que protegen la salud pública en términos cercanos al micro menudeo, (iv) desconocer la sistemática del código penal vigente; (v) olvidar el valor que en ese nuevo contexto adquieren los antecedentes a la sanción de la ley 23737 -que distinguían las escalas penales entre uno y otro supuesto-, y muy especialmente; (vi) la imposibilidad de dar respuestas alternativas al encarcelamiento en los casos de imputados por mínimas cantidades pertenecientes a sectores vulnerables (extrema pobreza, mujeres, jóvenes infractores, etc.); (vii) obstar con esto último, el cumplimiento de las indicaciones dadas en sentido contrario por los organismos internacionales de la región tanto en relación con ello, como en cuanto a la necesidad de graduar la respuesta a esta delincuencia evitando sanciones desproporcionadas. Es más, se indicó que (viii) esa falta de adaptación de esa escala a pesar del reconocimiento jurídico de esas diferencias, muestra una clara omisión legislativa ante lo que debía hacerse para mantener la constitucionalidad de la normativa citada ante esa diferenciación legal de tipos penales introducida por la ley 26052. En ese sentido, se destacaron las significativas diferencias que existen entre el injusto de quien realiza actos de venta al consumidor final, exponiéndose en el último eslabón de la cadena para transferir pequeñas cantidades de estupefacientes, y los narcotraficantes que

intervienen en los eslabones superiores de la cadena del macro comercio -que incluyen distintos niveles de conexión nacional e internacional-, a los cuales se refieren esencialmente los compromisos internacionales del país y que determinan la afectación de los intereses que autorizan la excepcional competencia federal para esa materia, tal como expresamente ha reconocido el propio legislador en la ley 26051, habilitando la competencia ordinaria para el micro menudeo y delitos menores previstos en la ley 23737.

En la misma línea, se advirtió que el mínimo de la escala penal privativa de la libertad así contemplada es de 4 años, lo cual impide toda alternativa resocializadora como la condena condicional o espacios cercanos de disponibilidad, que posibiliten una mejor respuesta en ciertos casos de integrantes del último eslabón de la cadena de comercialización que venden escasas cantidades y se encuentren en situaciones particulares de vulnerabilidad (como sucede con adictos de sectores de extrema pobreza y marginalidad, no menores en esta materia, las situaciones de género, etcétera). Sobre todo cuando es eso lo que vienen requiriendo los organismos regionales, planteando la necesidad de un más justo y eficaz esfuerzo en la lucha contra el narcotráfico que tenga especialmente en cuenta las diferentes gravedades entre sus delitos y la proporcionalidad de sus penas.

Puntualmente, se recordó que las conclusiones extraídas en el ámbito de la OEA, la Declaración de Antigua-Guatemala en las “Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las Drogas en América”, y el Informe del problema de las drogas en las Américas 16 meses de debates y consensos” (2014, OAS), son contestes sobre la necesidad de respetar tal proporcionalidad entre el daño y la pena, diferenciar las respuestas punitivas en los casos de menor cuantía, incluyendo penas que habiliten alternativas al encarcelamiento en casos de menor cuantía o de sectores vulnerables.

Asimismo, se puso de relieve que esas diferencias se tornaron evidentes, haciendo inevitable la declaración de inconstitucionalidad de esa escala común tras su reconocimiento por parte

del propio legislador, con importantes efectos jurídicos, al modificar el art. 34 1° párrafo de la ley 23737 mediante la ley 26052 del año 2005 que admitió que el micro comercio se sustraiga del ámbito de los intereses federales y pueda ser perseguido por la justicia ordinaria provincial.

Se destacó que ello, además de evidenciar un expreso reconocimiento jurídico de la diferencia y consiguiente desproporcionalidad entre ambas situaciones y la necesidad de su tratamiento punitivo distinto, muestra una clara omisión legislativa ante la falta de adaptación de la respuesta punitiva luego de la diferenciación típica de ese modo introducida.

Es que, a diferencia del macro comercio, el micro comercio al que se refiere el art. 34 1° párrafo de la ley 23737 no plantea razones de interés federal que justifique distingos significativos con la escala penal prevista para otros delitos contra la salud pública como los de los arts. 200 y ss. CP y, particularmente, el caso del art. 201, por ser el más cercano al micro menudeo, que contempla una sanción privativa de la libertad de 3 a 10 años.

Por otra parte, se señaló que el proyecto original de la ley 23737 distinguía el micro del macro comercio, contemplando una pena significativamente menor para el primero, muy inferior a la actual y sí más cercana a la del art. 201 CP, que se condice, también, con la planteada en el Anteproyecto de reforma al Código Penal de 2012 para todos los supuestos de narcotráfico, aún los del macro comercio. Se indicó, además, que desde una perspectiva sistemática, ello armoniza con la distinción que hace el art. 277 inc. 3° CP que considera delitos “especialmente graves” a los sancionados con una pena de prisión cuyo mínimo supere los 3 años.

Finalmente, cabe señalar que también se hizo alusión en los referidos precedentes a los fundamentos desarrollados a esos mismos fines –la declaración de inconstitucionalidad de esa escala- en diversos pronunciamientos dictados en un sentido similar por distintos tribunales de juicio y de casación, provinciales y federales de distintos puntos del país de los que en muchos casos también se toman argumentos, citando en ese sentido las posiciones sostenidas

en votos de la Sala II de la Cámara Federal, del Tribunal Oral Federal N° 1 de Córdoba, de la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad, de distintas Salas de las Cámaras Sexta del Crimen y de Acusación de esta ciudad, entre otros.

**3.**En oportunidad de analizar la admisibilidad del recurso extraordinario federal deducido por el Sr. Fiscal General en contra de la declaración de inconstitucionalidad referida (A. n° 89, 19/3/2018), la mayoría del Tribunal resaltó, también, la total irrelevancia a estos efectos que tiene la ley 27302 -sancionada con posterioridad al dictado del citado fallo “Loyola”-, señalando que en absoluto puede considerarse como una confirmación de las escalas penales de los delitos de micro comercio de estupefacientes previstos en los arts. 5 en función del 34 de la ley 23737 modificado por la ley 26052 y que, en todo caso, un argumento semejante debía desecharse si se hacía un análisis detenido de la cuestión. Más allá que aun si las cosas hubieran sido de ese modo y se hubiera dictado una nueva norma con el objeto de confirmar dicha escala, ello no salvaría la cuestión, pues su inconstitucionalidad no deriva sin más de la voluntad histórica del legislador sino de su racionalidad constitucional.

En ese sentido, se destacó que la ley 27302 surgió del proyecto presentado por la senadora nacional por Salta Sonia Escudero, que expresamente circunscribió al objetivo específico de satisfacer la necesidad de plasmar claramente la penalización del desvío de precursores químicos a la producción ilegal de estupefacientes. Algo muy distinto a la figura del micro menudeo de estupefacientes al que se refiere el pronunciamiento atacado, nada tiene que ver con la producción de estupefacientes y por lo mismo, con los precursores químicos.

En efecto, la propia exposición de motivos del proyecto ante la Cámara de Diputados el 4/4/2016 destacó que la “...*finalidad de este proyecto es que en ordenamiento jurídico de la República Argentina se refleje la preocupación que existe a nivel mundial que busca que se contemple en las legislaciones de todos los estados la penalización del desvío de precursores químicos a la producción ilegal de estupefacientes...*”. Tanto es así que para el trámite parlamentario el proyecto fue llamado de “Penalización del desvío de precursores químicos a

la producción ilegal de estupefacientes; modificación de la ley 23737 (Régimen contra el Narcotráfico)”.

Esta circunstancia también quedó evidenciada por las modificaciones que se introdujeron al texto legal, relativas a la inclusión de la sanción de los precursores químicos destinados a la producción y no a la venta minorista de estupefacientes (se modificaron los arts. 6º, 24, 30, 44 ley 23737) y la inclusión de una nueva figura para sancionar la falsificación de datos suministrados al Registro Nacional de Precursores Químicos (inclusión del art. 44 bis a la ley 23737). Y nada de eso supone, como se argumentó -en relación a un fallo anterior a su sanción-, un examen explícito o implícito de las escalas penales de las figuras penales de micro menudeo a las que se refieren los arts. 5 inc. “c)” en función del 34 de la ley 23737 modificada por la 26052, y ley provincial 10067.

Por todo ello -y los argumentos que, *in extenso*, fueron desarrollados en autos “Loyola” (cit.), a los que nos remitimos- se concluyó que la escala penal de 4 a 15 años de prisión prevista para los delitos vinculados al comercio menor de estupefacientes (art. 5º inc. “c” en función del 34 inc. 1º, ley 23737) resulta inconstitucional por vulnerar los principios de proporcionalidad e igualdad.

**4.** Existen otras razones de peso que concurren a reforzar la apreciación mayoritaria de este Tribunal de que la modificación a la competencia federal introducida por ley 26052 no sólo proyectó una decisión de política criminal de persecución penal sino que introdujo también una diferenciación sustancial en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido por las conductas desfederalizadas que no se reflejó en la adecuación de la consecuencia penal.

En ese sentido, se señaló en autos “Bordoni” (cit.) que, al distinguir entre los delitos que corresponden a la jurisdicción federal y los comprendidos en la jurisdicción provincial, la Corte Suprema recurrió a una interpretación sistemática que integra, para delimitar la jurisdicción federal, los límites estipulados por la Constitución de la Nación (art. 116) y la vinculación de los delitos de tráfico ilícito enumerados en la Convención de las Naciones

Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 3) “*que superan el límite de lo común*”. Al respecto, sostuvo el Máximo Tribunal Nacional –por expresa remisión al Dictamen del Procurador General de la Nación-, que el resto de las figuras que pudieren lesionar el físico o la moral de los habitantes y que importen, en definitiva, un menoscabo en el bien jurídico protegido “la salud pública” son ajenas al derecho federal (CSJN, “Echeverría”, Comp. 130 L.XLII, 13/6/2006).

Siguiendo estos lineamientos, la Corte se expidió en numerosas oportunidades en favor de la competencia provincial por considerar que se trataba de hechos puntuales significativos del último eslabón de la cadena de comercialización, aun cuando el estupefaciente secuestrado no se encuentra fraccionado en dosis tal como lo establece la ley 26052 (“Salazar”, Comp. n° 264 L. XLII, 4/9/2007; “Vialaret”, Comp. n° 303 L.XLII, 4/9/2007; “Olech”, Comp. n° 1177 L. XLII, 11/12/2007; “Muñoz Jofré”, Comp. n° 290, XLII, 11/12/2007; “Romero”, Comp. n° 1027, L. XLII, 18/12/2007; “Frías”, Comp. n° 102 L. XXLVII, 28/8/2012; entre otros, cit. por Hairabedian, Maximilino -Director-, *Fuero de Lucha contra el Narcotráfico-Investigación y Represión Provincial de las Drogas*, 1ª reimpr., Alveroni, Córdoba, 2012, págs. 170/171 y 174/177).

La circunstancia de que el Máximo Tribunal Nacional señalara que lo relativo al tráfico de estupefacientes que supera el límite de lo común se vincula con los delitos de tráfico ilícito enumerados en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 3) y justifica la competencia federal, mientras que los que no exceden de dicho límite, si bien importan un menoscabo a la salud pública, son ajenos al derecho federal, avala la apreciación de que ambos grupos de delitos afectan de diferente manera el mismo bien jurídico (salud pública) en función de su mayor o menor gravedad, de modo tal que justifica no sólo una diferenciación a nivel de persecución penal sino también de la respuesta punitiva.

Es que, si el peligro a conjurar por estos delitos es el de la difusión del consumo de drogas

tóxicas sin tener en cuenta el carácter dañino para la salud individual, sino el peligro de difusión del consumo que importa el tráfico de drogas (cfr. Falcone, Roberto A. y otros, *Derecho penal y tráfico de drogas*, 2º ed. act. ampl., Ad Hoc, Bs. As., 2014, p. 260), resulta evidente que dicho peligro se verá incrementado en la medida en que se ascienda en el circuito de tráfico ya que mientras más arriba en los escalones de comercialización, mayores serán las posibilidades de propagación de dichas sustancias en la sociedad y, por ende, mayor será la afectación del bien jurídico, independientemente del daño a la salud individual que las conductas pueda causar.

Es por ello que, mientras en el ámbito local el bien jurídico protegido principalmente por las disposiciones de la ley 23737 es la salud pública -puesto las conductas vinculadas con el tráfico y con la posesión de drogas tóxicas representan un riesgo para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado-, en el orden federal la protección puede extenderse más fácilmente a otros valores que nunca podrían verse afectados por hechos cometidos por el último eslabón de la cadena de comercialización que proyectan una pluriofensividad de los delitos de mayor cuantía de especial trascendencia, particularmente a partir de la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, que alude a la tutela de las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad y del fallo de la Corte Suprema de la Nación in re “Montalvo” (S. 11/12/1990; Fallos: 313:1333) que ha extendido el amparo a los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y de la subsistencia misma de la Nación (ap. 13), tal como lo ha señalado este Tribunal en el precedente “Cejás” (S. n° 403, 20/10/2014).

De modo tal que el reparto de competencias que el legislador ha establecido en función del criterio del “último eslabón de la cadena de narcotráfico” no sólo obedece a una decisión de política criminal vinculada a la mejor persecución penal de los delitos de tráfico de

estupefacientes sino también a una diferente concepción de la gravedad de dichas conductas en función de la mayor o menor afectación al bien jurídico principalmente protegido e incluso a otros intereses de especial trascendencia a los que se relacionan esos compromisos internacionales que sólo pueden afectar significativamente los delitos de mayor cuantía. Por ello, la falta de adecuación de la sanción penal prevista en el art. 5 inc. “c” para los delitos desfederalizados y, particularmente, para la comercialización dirigida directamente al consumidor (art. 34 inc. 1º), como así también la omisión de incluir dentro del esquema normativo de la ley 23737, conjuntamente con la posibilidad de adhesión del art. 34 de la ley 23737, un nuevo tipo penal que regulara específicamente esa conducta, hace que la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del 34 inc. 1º de la ley 23.737 carezca de razonabilidad por resultar su aplicación al caso desproporcionada y desigual, tornando operativa la regla de la clara equivocación, en virtud de la cual corresponde declarar su inconstitucionalidad.

Así votamos.

**Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati y Luis Enrique Rubio dijeron:**

**I.** Adherimos a la relación de causa efectuada por los señores Vocales preopinantes (puntos I a IV) y las consideraciones respecto a la admisibilidad formal del recurso (punto V), sin embargo discrepamos con la conclusión a la que se arriba con relación a la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la ley 23737 en función del art. 34 inc. 1º inc. por ley 26052.

**II.1.** Conforme sostuvimos en el precedente “Loyola” (S. n° 470, 27/10/2016) a cuyos argumentos remitimos, reiterada y pacífica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 249:51; 260:153; 264:364; 285:369; 288:325; 301:962; 302:457,1149; entre



otros) y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable (Fallos: 338:1504).

Por ello, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo u arbitrario (Fallos: 308:1361 -del voto del Dr. Petracchi-; 313:410; 318:1256: 327:3597; causa A. 959. XLII. RHE, "Alvarez Moser", 4/9/2007 -en las dos últimas, del Dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema).

En ese sentido, se ha señalado que las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 299:428; 312:435; 328:566; 338:1455; entre otros) y que el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte de su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (Fallos: 307:862; 307:906).

El criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, es el que se deriva de la confrontación de la norma legal con la Ley Fundamental en una relación con la propia naturaleza garantizadora del principio de proporcionalidad de la pena, el que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada por un Estado de Derecho. En ese sentido, se ha sostenido que son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución

Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (Fallos: 314:424).

Adviértase que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (cfr. Fallos: 314:424; 327:1479).

Por ello, este Tribunal ha sostenido -siguiendo autorizada doctrina internacional citada por los señores Vocales preopinantes- que cuando la potestad del legislador de fijar las penas implica un desconocimiento de los límites constitucionales, porque la conminada para un determinado delito resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, se torna aplicable, la regla de la clara equivocación conforme a la cual sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional, en cuyo caso la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable (Sala Penal, “Zabala”, S. n° 56, 8/7/2002; “Toledo”, S. n° 148, 20/6/2008; “Espíndola”, S. n° 100, 21/4/2010).

**2.** Bajo tales parámetros, consideramos que no es posible sostener en el caso que la escala penal prevista por el art. 5 inc. “c” en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23737 sea inconstitucional por resultar manifiestamente lesiva del principio de proporcionalidad.

La mención a la menor cuantía o entidad de los delitos desfederalizados no responde, a nuestro entender, a un criterio objetivo de menor afectación a la salud pública y, por ende, no puede concluirse que el legislador incurrió en una clara equivocación al mantener igual respuesta penal para conductas de diferente gravedad. Por el contrario, resulta evidente que consideró que se trata de una modalidad delictiva especialmente grave dentro de la cadena de tráfico de estupefacientes porque afecta de manera más inmediata a los bienes jurídicos individuales y sociales protegidos, y por ello justificó la necesidad de involucrar a los gobiernos provinciales en su persecución y represión, manteniendo la competencia federal para la delincuencia más organizada que es la que generalmente excede a las jurisdicciones locales.

De la exposición de motivos de la ley 26052 surge expresamente que la voluntad del legislador fue que los tipos penales de la ley 23737 se aplicaran de la misma manera según recayeran las conductas en la órbita federal y local conforme al criterio de mayor o menor proximidad al consumidor en la cadena de tráfico. En ese sentido, incluso aclaró que las modificaciones que se introducían no importaban reducción penal alguna.

En consecuencia, no se trata de una omisión o descuido, sino de una elección consciente y voluntaria en atención a los criterios de política criminal que inspiraron la desfederalización y que aparecen razonables en función de la naturaleza de conductas de que se trata y los compromisos asumidos en las Convenciones Internacionales en materia de narcotráfico. Por otra parte, si bien es cierto que la norma en cuestión prevé una pena mayor a la de otras disposiciones de la legislación de fondo que protegen igual bien jurídico -salud pública- (arts. 200 y ss. CP), no se puede soslayar que las conductas reprimidas por la ley 23737 extienden su protección también a otros bienes jurídicos, y por ello se las ha caracterizado como delitos pluriofensivos. Por lo tanto, la mayor sanción prevista por la norma respecto de otras figuras penales –incluso aquellas que penalizan conductas similares (art. 201 CP)– reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado que no aparece arbitraria, sino que

es fruto del uso de la discreción legislativa que no resulta materia de pronunciamiento jurisdiccional en tanto a los tribunales de justicia les está vedado el examen del acierto o conveniencia de las medidas adoptadas por otros poderes en el ámbito de sus propias atribuciones. En función de lo señalando, mal puede concluirse que el legislador incurrió en una clara equivocación al mantener igual respuesta penal para conductas de diferente gravedad.

Cabe añadir, ante los argumentos nuevos incorporados por la mayoría, que la idea de la mayor gravedad y necesidad de punición de los estratos más altos de comercialización de estupefacientes soslaya que desde perspectivas preventivo generales, la lucha contra el micro-menudeo adquiere una especial trascendencia ante la inmediatez de su actividad con el consumidor final al que en definitiva se quiere proteger con el adelantamiento de barreras que supone la tutela de la salud pública que se dirige a tutela este clase de delitos.

Así votamos.

**El señor Vocal doctor Luis Eugenio Angulo dijo:**

Adhiero al voto de los señores Vocales preopinantes, sin perjuicio de los argumentos complementarios que se exponen a continuación.

**1.** Considero necesario destacar, en primer lugar, que en un estado democrático de derecho, respetuoso de los Derechos Humanos, la pena no debe violar la dignidad humana, y que tal vulneración sucede cuando la severidad del castigo penal responde a fines de prevención general incompatibles con el principio de culpabilidad y, a su vez, desatiende las finalidades de prevención especial.

En este sentido, comparto la afirmación de que “no solo desde los límites temporales máximos de las penas pueden producirse actos crueles e inhumanos [lo que es más fácil percibir por la magnitud de las injusticias (prisiones a perpetuidad, accesorias de reclusión por tiempo indeterminado, pena de muerte)], sino también en función de los mínimos inflexibles, que en casos particulares no encuentran adecuación ni proporción con el reproche del cual es

merecedor el imputado, lo cual puede traer aparejado su colisión con principios expuestos de la Constitución Nacional y, específicamente, con el de culpabilidad por el acto” (JULIANO, Mario A: “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales” en *Revista Pensamiento Penal*, disponible en línea en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales>).

Es necesario recordar, asimismo, que “ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad” (ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General*, Traducción de la 2da edición alemana, Civitas, Madrid, 1997 T. I, p. 793). De tal manera, “mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad (...) se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como ‘medio para el fin’ y se le perjudica así en su dignidad como persona” (Roxin, Ob. Cit. p. 102).

En similares términos, se ha referido que los fundamentos del principio de culpabilidad son “el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona”, y que se trata de un principio que “excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma”, de modo que “se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona” (BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 168/169).

De manera más general, Mir Puig desarrolla cuatro principios bajo la idea de “límites del *Ius Puniendi* en un Estado democrático”: el de humanidad de las penas, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el de resocialización (cf. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 9ª. edición BdeF, Buenos Aires, 2012, pp. 122/129).

En particular, respecto del principio de humanidad, el autor citado refiere que “es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va

fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren”; y aclara que “aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre –también la del delincuente– que debe asegurarse en un Estado *para todos*” (Mir Puig, Ob. Cit. p. 123).

Planteamiento éste que deviene de lo establecido como uno de los pilares básicos de respeto a la dignidad humana, plasmado en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

En definitiva, todo ello gira en torno a la idea de que “se torna imprescindible, a la luz de los postulados del modelo de Estado constitucional de derecho, la construcción de un derecho penal antropocéntrico, respetuoso de los derechos y la dignidad humanos, que evite la arbitrariedad y el terrorismo punitivo, para asegurar la convivencia democrática, pluralista y tolerante” (LASCANO, Carlos Julio (h): “Conceptos fundamentales del derecho penal”, en AA. VV., *Derecho Penal Parte General. Libro de Estudio*, dirigido por Carlos Julio Lascano, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 30).

**2.** Bajo tales premisas, estoy de acuerdo, en líneas generales, con los argumentos de los señores Vocales integrantes de la mayoría en los precedentes mencionados en el voto que antecede (“Loyola, S. n° 470, 27/10/2016 y A. n° 89, 19/3/2018; y posteriores), en cuanto a que la escala penal de la figura prevista por el art. 5 inc. c de la ley 23.737 resulta claramente vulneratoria de los principios de proporcionalidad y de igualdad.

Del primero (proporcionalidad), en razón de que el tipo de conductas que se reprocha a los imputados –comercialización de estupefacientes de menor cuantía– provoca una lesión mínima al bien jurídico protegido (salud pública), lo que torna irrazonable que el legislador contemple la misma sanción en relación con otras conductas que claramente revisten mayor gravedad, como sucede con las actividades de quienes están en un nivel superior en la cadena

de comercialización de estupefacientes.

Y del segundo (igualdad) porque el legislador no ha mantenido la coherencia interna del sistema punitivo al castigar con igual severidad delitos de diferente entidad.

De esa manera queda precisado el argumento central de la posición a la que adhiero: las conductas delictivas de quienes se hallan más arriba en los eslabones de comercialización de estupefacientes afectan en mayor medida el bien jurídico tutelado (salud pública) que las de quienes se encuentran en el último eslabón de esa actividad delictiva. Asimismo, y tal como se destaca en el fallo “Bordoni” (S. n° 215, 22/6/2018), en el tráfico de menor cuantía es la salud pública lo que preponderantemente se vulnera e intenta protegerse (peligro de difusión y propagación de estupefacientes en el resto de la población); en el de mayor cuantía, en cambio, la vulneración se extiende más fácilmente a otros valores (pluriofensividad).

Esta diversidad de situaciones que se presentan en el ámbito del tráfico de estupefacientes ha sido soslayada por el legislador, y de esa forma traspuso el límite de la acción legislativa razonable.

**3.** Por otro lado, es irrazonable que reciban el mismo tratamiento jurídico -idéntica respuesta punitiva- el comercio minorista de estupefacientes llevado a cabo por personas de sectores sociales *vulnerables* que el tráfico llevado a cabo por organizaciones con *gran capacidad operativa y económica*.

En efecto, en el presente caso se trata de convivientes que tenían con fines de comercialización determinadas cantidades de marihuana de forma solitaria y no como parte de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes de amplia capacidad operativa, técnica y/o económica. De tal modo, puede afirmarse que la magnitud del ilícito no afectó de manera considerable el bien jurídico protegido que es la salud pública (similares argumentos pueden encontrarse en el caso resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *in re* “Ríos”, resolución de fecha 16/4/2013, en la que la jueza Ángela Ledesma, a cuyo voto adhiere el juez Alejandro Slokar, hace suyos las consideraciones del Fiscal General Javier Augusto de Luca

con respecto a la vulneración del principio de culpabilidad).

Repárese, asimismo, que la imputada Nantt es una persona muy joven (21 años al momento de los hechos), adicta a las drogas, que trabajaba de empleada de casas particulares y en el cuidado de niños y recibía un plan Progresar. Por su parte, el imputado Bustos también presenta adicción a las drogas y posee una minusvalía en uno de sus ojos, discapacidad por la que recibe una pensión mensual, sin trabajo fijo (realiza trabajos temporarios o “changas”) y desocupado al momento de los hechos. Si bien ambos imputados no se encontraban en una situación de extrema necesidad o indigencia (alquilan vivienda con servicios de agua y luz), sus ingresos por los trabajos que realizan son bajos, y no cuentan con obra social ni servicios como internet ni teléfono fijo ni gas natural, ni tienen bienes a su nombre. Finalmente, la cantidad de droga secuestrada no indica más que la posición remota o última de los encartados en la cadena de comercialización de estupefacientes.

Estas circunstancias resultan de relevancia, porque el derecho penal -se ha dicho con acierto- no debe obviar los datos sociales, esto es lo que sucede en las relaciones reales entre las personas, “sus motivaciones, sus relaciones de poder” (cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 21). En esa línea de análisis, se ha destacado que las grandes ciudades presentan zonas urbanas de mayor vulnerabilidad social, con amplios sectores de la población vulnerables a la criminalización, cuyas víctimas principales son los desocupados o subocupados, niños, ancianos y mujeres (cf. autores y obra citada, p. 14).

Tal situación claramente puede apreciarse en concreto si se analizan las últimas mediciones de pobreza de nuestro país: 35,4% de personas afectadas por la pobreza en el primer semestre de 2019 según el INDEC (informe en línea disponible en [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph\\_pobreza\\_01\\_19422F5FC20A.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_01_19422F5FC20A.pdf)), y 40,8% de pobreza y 8,9% de indigencia en el tercer trimestre del año 2019 según el Observatorio de Deuda Social de la UCA (informe en línea disponible en



<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-OBSERVATORIO-PRESENTACION-5D.pdf>).

Por ello, el derecho penal debe mantenerse dentro de lo razonable, evitando recurrir indiscriminadamente a él con objetivos meramente simbólicos.

4. Ahora bien, lo que también se intenta poner de relieve es la irrazonabilidad de castigar con la misma severidad conductas claramente disímiles con respecto al bien jurídico protegido, de tal manera que aquellas de menor gravedad llevadas a cabo por quienes se hallan en un ambiente socio-económico de vulnerabilidad -como ya se explicó- se vean excluidas en todos los casos de las opciones de resocialización como la condena condicional y los institutos de disponibilidad.

Ello no significa que este tipo de conductas deban quedar sin sanción, ya que claramente vulneran el bien jurídico protegido y forman parte del complejo fenómeno de la narcocriminalidad referido.

Empero, reconocer lo anterior no impide concluir que la respuesta penal deba ser adecuada a la conducta delictiva cometida. O con otras palabras: que la medida de la pena deba ser justa y equitativa. Y es precisamente la necesidad de una respuesta proporcional la que torna irrazonable la escala penal de la figura en los casos descriptos, en los que por un lado la vulnerabilidad social, que condiciona la posibilidad de actuar de otra manera, y por otro lado la menor afectación del bien jurídico, comparada con el tráfico mayor de estupefacientes, exigen contemplar una escala penal cuyo mínimo posibilite la aplicación de una pena que sea acorde a la culpabilidad del imputado y que habilite opciones resocializadoras diferentes a la privación de la libertad.

5. Hemos dicho que el mínimo de la escala penal del delito de que se trata impide la aplicación de una pena justa y equitativa, en atención a las circunstancias del caso concreto. Al respecto, Ferrajoli realiza una interesante distinción basada en el concepto de equidad dado por Aristóteles en la Ética Nicomáquea (equidad como justicia del caso concreto), y nos habla

de *equidad o justicia equitativa* vinculada con el carácter singular de los juicios, y de *legalidad o justicia legal* relacionada con el carácter universal de las leyes (FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10a edición, Trotta, Madrid, 2011, p. 156). Intenta, no obstante, aclarar que no son conceptos excluyentes (pp.156-166). Con ese fin, aclara que “el *juicio de legalidad* corresponde a la verificación (...) de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delitos connotada por la ley; el *juicio de equidad* consiste en cambio en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotadas por la ley” (Ob. Cit., pp. 158, 159).

El mismo autor refiere, en ese sentido, que “[a]demás de las legales, el juez tiene sin embargo la tarea de comprender todas las circunstancias -legalmente imprevistas y a menudo imprevisibles- que hacen a cada hecho distinto de todos los demás y que en todo caso tienen relevancia para la valoración de su gravedad específica y para la consiguiente determinación del contenido de la pena, predeterminada a menudo por la ley entre un mínimo y un máximo” (Ob. Cit., p. 160). Y agrega: “La valoración equitativa no se refiere nunca, en realidad, al caso abstracto, sino siempre al caso concreto y humanamente determinado. Es, pues, a través de ella como se realiza el respeto a la persona humana juzgada, que en nuestro ordenamiento, como en otros, no es sólo un principio racional y moral, sino también un principio jurídico constitucional. Y es en ella donde se manifiesta la sensibilidad, la inteligencia y la moralidad de un juez” (Ob. Cit, p. 164).

Incluso llega a afirmar: “bajo este aspecto, me parece en contraste con el principio de equidad la previsión por parte de la ley de límites mínimos (...). Tal previsión (...) humilla la función del juez, al no consentirle valorar plenamente la posible falta de gravedad alguna del caso concreto respecto de la gravedad del tipo de delito abstractamente valorada por la ley, conforme a sus exclusivas connotaciones constitutivas, mediante la estipulación de los límites máximos” (Ob. Cit., p. 166).

No obstante esto último, considero que en los supuestos en que la pena sea claramente inequitativa, de acuerdo a las circunstancias del caso, la solución excepcional será la declaración de inconstitucionalidad de la norma para adecuar la escala a la culpabilidad por el hecho, máxime si existe una incoherencia sistémica con relación a otras figuras que protegen el mismo bien jurídico protegido (como se explicó más arriba). Ello, en definitiva, permitirá la individualización de una pena justa y equitativa en el caso concreto.

**6.** No se desconoce que “la declaración judicial de inconstitucionalidad del texto de una disposición legal -o de su aplicación concreta a un caso- es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada no sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable, un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico” (CSJN fallos 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:323, 1277; 340:669).

Sin embargo, los argumentos desarrollados evidencian que esta situación excepcional de incompatibilidad entre la escala penal prevista por la norma y los preceptos constitucionales se configura en el presente caso, y justifican en consecuencia, la excepcional declaración de inconstitucionalidad.

**7.** En síntesis, dadas las especiales circunstancias de esta causa con imputados que se encuentran situados en un ambiente socio económico de vulnerabilidad, conforme lo analizado en el presente voto, lo que limita su posibilidad de actuar de manera diferente, unido a una escala penal cuya falta de proporcionalidad ya ha sido interpretada por la mayoría de este Tribunal en el sentido en que se emite este pronunciamiento y que llevó al *a quoa* la aplicación de una sanción grave mayor a cuatro años de prisión, no existe otra alternativa que la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal en cuestión. Entender lo contrario implicaría una vulneración de Derechos Humanos concretamente *normados en la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional* (art.

75, inc. 22 CN), conformando el denominado bloque de constitucionalidad, específicamente los mencionados principios de culpabilidad, de proporcionalidad, de humanidad de las penas y de resocialización.

Por todo ello, coincido con los señores Vocales preopinantes en la solución propugnada, esto es, en que debe declararse la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el artículo 5 inciso c) en función del artículo 34 inciso 1) de la ley 23.737 para la pena privativa de la libertad.

Es mi voto.

#### **A LA SEGUNDA CUESTION**

**Los señores Vocales Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña, María de las Mercedes**

**Blanc G. de Arabel y Domingo Juan Sesín dijeron:**

En virtud de la votación que antecede corresponde:

**I.** Por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Marcelo Alejandro Torres, en favor del imputado César Gabriel Bustos, en contra de la sentencia número cincuenta y uno, dictada con fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete, por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º de la ley 23737.

A fin de fijar la pena a imponer a los imputados, tomamos como referencia la escala penal de tres (3) a diez (10) años de prisión establecida en autos “Loyola” (cit.), recordando que, desde una perspectiva sistemática, el nuevo marco recupera la coherencia del sistema pues: a) en primer lugar, refleja las diferencias jurídicas existentes entre la valoración del micro y del marco comercio de estupefacientes evitando la desproporcionalidad mencionada; b) posibilita brindar respuestas adecuadas tanto para los casos cuasi bagatelarios, como para los casos de mayor gravedad de tráfico menor, sin que esto último conduzca a su equiparación con el tráfico mayor de competencia federal; c) respeta la mayor gravedad de esas conductas en

relación a la figura de entrega, suministro o facilitación ocasional y a título gratuito para uso personal, para la cual se prevé una pena de 6 meses a 3 años de prisión (último párr. art. 5); y d) armoniza el monto de la sanción de este grupo de conductas, con la prevista para modalidades semejantes de ataque a la salud pública, particularmente aquellas que presentan mayores similitudes con ese delito (art. 201 CP, que contempla pena de prisión o reclusión de 3 a 10 años). A su vez, desde un punto de vista histórico, esa escala se condice con la regulación previa a la sanción de la ley 23737, en la que las conductas de tráfico contempladas en el actual art. 5 inc. c) se encontraban reprimidas con una pena de 3 y 12 años de prisión (art. 2 de la ley 20771), esto es, con un mínimo de 3 y no de 4 años de pena privativa de la libertad.

**II.** Atento a la nueva escala penal corresponde modificar la pena impuesta al imputado César Gabriel Bustos y, en virtud del efecto extensivo del acogimiento del recurso (art. 452 del C.P.P.), corresponde declarar la inconstitucionalidad de la escala penal también para Lucila Belén Nantt.

A tal fin deben tenerse en cuenta los mismos criterios valorativos considerados por el tribunal de juicio (ff. 730/753) dado que han sido descartados los agravios casatorios contra las agravantes utilizadas por el tribunal para graduar la sanción correspondiente a la imputada Nantt (S. n° 51, 26/9/2017).

En atención al nuevo marco punitivo -que en el caso del art. 11 de la ley 23737 oscila entre los 3 años y los 10 años de prisión-, la prohibición de la *reformatio in peius* y razones de economía procesal, estimamos justo fijar las penas privativas de la libertad del siguiente modo: para César Gabriel Bustos, 3 años y seis meses y para Lucila Belén Nantt, 3 años y cuatro meses; debiendo mantenerse en todos los casos las penas de multa, adicionales de ley, costas y medidas curativas que les fueron impuestas (arts. 2, 5, 9, 12, 40 y 41 del CP; 1 de la ley 10067 y 550 y 551 del CPP).

**III.** Sin costas en esta sede debido al éxito obtenido por los recurrentes (arts. 550 y 551 del

CPP).

Así votamos.

**Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati y Luis Enrique Rubio dijeron:**

Los señores Vocales del primer voto, dan, a nuestro juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adherimos a su voto, expidiéndonos en igual sentido.

**El señor Vocal doctor Luis Eugenio Angulo dijo:**

Comparto también las razones dadas por los señores Vocales que preceden por las cuales la escala penal debe ser establecida en tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión, además de considerar razonables las nuevas penas de prisión fijadas a los imputados con esa base. Estas últimas, si bien impiden la ejecución condicional de la pena de prisión (art. 26 *a contrario sensu* CP), aparecen proporcionadas a los hechos cometidos y eventualmente permitirán obtener, con más anticipación, los beneficios previstos por la ley penal y la de ejecución, siempre que se cumplan los requisitos establecidos, en aras de la reinserción social de aquéllos.

Así voto.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno;

**RESUELVE:**

**I.** Por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Asesor Letrado con funciones múltiples del 2º Turno de la ciudad de Río Cuarto, Dr. Pablo Demarúa, en contra de la sentencia número cincuenta, dictada con fecha veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, por la Cámara Criminal y Correccional, Civil y Comercial, Familia y Trabajo de la ciudad de Laboulaye, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º de la ley 23737 para la pena privativa de libertad, estableciéndola en tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión.

**II.** Modificar las penas impuestas a los imputados fijándolas del siguiente modo: para César Gabriel Bustos, 3 años y seis meses y para Lucila Belén Nantt, 3 años y cuatro meses; debiendo mantenerse en todos los casos las penas de multa, adicionales de ley, costas y medidas curativas que les fueron impuestas (arts. 2, 5, 9, 12, 40 y 41 del CP; 1 de la ley 10067 y 550 y 551 del CPP).

**III.** Sin costas a los recurrentes en esta sede debido al éxito obtenido por los recurrentes (arts. 550 y 551 del CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

CACERES de BOLLATI, María Marta  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ANGULO MARTIN, Luis Eugenio  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María  
SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J