



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

**SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 149

Año: 2020 Tomo: 5 Folio: 1434-1445

EXPEDIENTE: 6379051 -  - MALDONADO, GUSTAVO ABEL - CAUSA CON IMPUTADOS

SENTENCIA NUMERO: CIENTO CUARENTA Y NUEVE

En la ciudad de Córdoba, a los veinticuatro días del mes de junio de dos mil veinte, siendo las nueve 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 Martín, a fin de dictar sentencia en los autos “MALDONADO, Gustavo Abel p.s.a. de tenencia con fines de comercialización –Recurso de Casación e Inconstitucionalidad-” (SAC 6379051), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal de Cámara de Río Tercero, en contra de la Sentencia número quince del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, en sala unipersonal.

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

1º) ¿Resulta procedente el recurso deducido en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737?

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 Bollati y Luis Enrique Rubio por su parte y Luis Eugenio Angulo Martín según su voto.

A LA PRIMERA CUESTION:

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

I. Por Sentencia n° 15, del 24 de abril de 2018, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, en sala unipersonal, resolvió –en lo que aquí interesa–: “I) Declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. “c”, en función del art. 34 inc. 1 de la ley de estupefacientes 23.737, por violar principios republicanos de proporcionalidad, culpabilidad e igualdad ante la ley (art. 1, 16, 28, 33 CN), estableciéndola entre tres (3) y diez (10) años de reclusión o prisión...” (f. 352).

II. El Sr. Fiscal de Cámara de la ciudad de Río Tercero, Dr. Gustavo D. Martín, interpone recurso de inconstitucionalidad en contra de dicha sentencia (ff. 355/370).

Luego de identificar el objeto de la impugnación realiza una breve “Introducción” a la cuestión planteada donde repasa los actos procesales que precedieron a la resolución impugnada.

Seguidamente, refiere a la “Procedencia formal del recurso” aludiendo a la legitimación de ese Ministerio Público para interponer el recurso incoado (cita arts. 483, 444, 474 y cc. del CPP), la oportunidad en que fue deducido el planteo defensivo de inconstitucionalidad del mínimo de la pena dispuesta por el art. 5 de la Ley 23.737 por parte de la defensa de los imputados y la existencia de

distintos posicionamientos en el ámbito judicial sobre ello que genera, a su entender, “una situación aberrante al art. 16 de la CN que impone el dictado de una resolución que parangone el devenir de las futuras resoluciones judiciales” (f. 356 vta.), máxime teniendo en cuenta que el fallo “Loyola” de este tribunal en la materia no adquirió firmeza por cuanto fue impugnado por el fiscal general de la provincia ante la CSJN.

Bajo el título “Puntos del decisorio impugnado” aclara que no pretende por el presente cuestionar el discernimiento en orden a la mensuración de la sanción que la señora vocal estimó justa y equitativa sino el marco en el que lo hizo, esto es, perforando el mínimo establecido por el legislador cuya defensa formalizó esa fiscalía.

Reseña a continuación “Antecedentes de la causa” donde transcribe el hecho atribuido al imputado y los argumentos esgrimidos por el a quo en sustento de la declaración de inconstitucionalidad que objeta. Hace especial hincapié en los argumentos desarrollados por esa fiscalía en oportunidad de expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa que –esencialmente– han sido los siguientes:

- \* la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, quedando reservado solo para aquellos casos en que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e ineludible (cita autos “Nieto” de este Tribunal –S. n° 143, 9/6/2008– y fallos de la CJSN, como así también doctrina y jurisprudencia sobre el control constitucional);
- \* la norma atacada es válida en tanto fue dictada por los órganos constitucionales dispuestos a tal fin, no aparece arbitraria ni resulta manifiestamente ilegal pues se trata de una norma general, que no viola la

igualdad contemplada en el art. 16 de la CN y 7 de la Const. Pcial. (cita autos “Toledo”, S. n° 148, 20/6/2008, de este Tribunal);

\* el mínimo de la escala penal previsto por el art. 5 de la Ley 23.737 no vulnera ninguna garantía constitucional toda vez que dicha ley, por la temática que aborda, su gravedad y los compromisos internacionales asumidos, reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado que no se presenta como arbitrario, sino que es fruto del uso de la discreción legislativa, una cuestión opinable ajena a los estrados judiciales ya que recae en una cuestión de política criminal que no resulta materia de pronunciamiento judicial sino de debate legislativo en tanto al Poder Judicial no le es dable invadir la zona reservada a los otros poderes, según la atribución que de sus competencias regula la ley fundamental;

\* la escala penal que establece la norma en cuestión no es inconstitucional puesto que esta determinada por numerosos factores y, además, debe contextualizarse la selección que el legislador realiza del mínimo en la valoración que la persecución del narcotráfico imponen a la república los tratados internacionales sobre la materia;

\* en dicha valoración debe tenerse en cuenta que, aunque el bien prevalentemente protegido por la norma es la salud pública, se trata de un delito pluriofensivo que apoya en este último eslabón todo el andamiaje del tráfico de estupefaciente por lo que, al sancionar conductas vinculadas con la propia existencia de tráfico y posesión de drogas tóxicas, sanciona la posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población general con su efecto pernicioso, tanto en la salud pública cuanto en la multiplicación que su existencia puede sustentar al desactivarse parcialmente los fines de prevención general y particular de la norma en cuestión;

\* no puede hablarse de una evidencia de “clara equivocación” de la decisión del legislador puesto que dicho monto reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado, que no aparece arbitraria sino fruto del uso de la discreción legislativa debidamente justificada;

\* no se trata de una omisión legislativa sino de una elección –ratificada en oportunidad de la sanción de la Ley 27.302- de no crear una nueva categoría (gran comerciante, pequeño comerciante) y configurar una división del trabajo tendiente a la optimización de esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico, atribuyendo una parte de la tarea de persecución penal a las provincias que adhieran al régimen de la Ley 26.052 (narcomenudeo) y la otra justicia federal (estratos superiores del narcotráfico).

En definitiva, solicita que este tribunal se expida favorablemente sobre la materia puesta en crisis de conformidad con los arts. 483 ss. y cc. del CP y, en consecuencia adecue la pena impuesta al imputado en 4 años y 6 meses de prisión.

III. Corrida vista al señor Fiscal General, doctor Alejandro Moyano, expresa su voluntad de mantener el recurso deducido (Dictamen P-458, 29/6/2018, ff. 390/393).

En lo que atañe a los requisitos de admisibilidad formal, advierte que la presentación ataca una sentencia definitiva que resuelve la cuestión relativa a la constitucionalidad del art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737 en sentido contrario a las pretensiones del recurrente, por lo que encuadra en las previsiones del art. 483 del CPP y satisface, asimismo, las condiciones de lugar, tiempo y forma establecidas por el art. 474, exigibles en virtud de la remisión dispuesta por el art. 484 del CPP.

En orden a la procedencia sustancial del recurso, considera que el análisis de los

fundamentos desarrollados por el impugnante permite afirmar que ha dado cumplimiento a la carga procesal de consignar por escrito las razones que informan su queja, de modo tal que el planteo se basta a sí mismo.

Estima, además, que los argumentos han sido desarrollados de manera exhaustiva, congruentes con los fundamentos que dan base a la decisión atacada y ponen en evidencia que la entidad de los vicios que invoca compromete el interés social en la eficaz y recta administración de justicia que ese Ministerio Público está llamado a custodiar.

Por lo demás, remite *brevitatis causae* al criterio sustentado por esa fiscalía general al deducir recurso extraordinario federal en el aludido fallo “Loyola” respecto de la constitucionalidad de la escala penal en cuestión que fue concedido por este tribunal y se encuentra pendiente de resolución por la CSJN.

IV. Previo ingresar al análisis de procedencia de la impugnación traída a examen, 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 muchos otros).

Atento a que nos encontramos ante una resolución judicial contraria a la pretensión del recurrente de que se rechace el planteo de 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. Ingresando al análisis de la cuestión planteada, anticipamos que el recurso deducido en autos será rechazado en tanto consideramos que el recurrente no logra exponer nuevos y superadores argumentos a los esgrimidos en sustento de la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º de la Ley 23.737 efectuada por la mayoría de este tribunal en autos “Loyola” (S. n° 470, 27/10/2016) y los desarrollados al rechazar el recurso extraordinario interpuesto contra esa resolución (A. n° 89, 19/3/2018) y en autos “Bordoni” (S. n° 215, 22/6/2018) y 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), los que pueden resumirse de la siguiente manera.

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 este 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 infraconstitucional 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 “solo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no solo 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 Porrassa, 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 23.737 en función de lo dispuesto por el art. 34 inc. 1° del mismo cuerpo legal (cfr. Ley 26.052 y Ley provincial n°10.067), se dijo que el mantenimiento del mismo monto de pena privativa de la libertad para el caso del microcomercio 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 26.052 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 26.052; (iii) plantear diferencias importantes con otros delitos que protegen la salud pública en términos cercanos al micromenudeo, (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 23.737 –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 26.052.

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 macrocomercio –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 26.052, habilitando la competencia ordinaria para el micromenudeo y delitos menores previstos en la Ley 23.737.

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, párrafo 1° de la Ley 23.737 mediante la Ley 26.052 del año 2005 que admitió que el microcomercio 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 macrocomercio, el micro comercio al que se refiere el art. 34, párrafo 1° de la Ley 23.737 no plantea razones de interés federal que justifique distinguos 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 micromenudeo, 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 23.737 distinguía el micro del macrocomercio, 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 macrocomercio. 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, 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 en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, de distintas Salas de las Cámaras Sexta en lo Criminal y Correccional y de Acusación de esta ciudad, entre otros.

3. En oportunidad de analizar la admisibilidad del recurso extraordinario federal deducido por el señor Fiscal General en contra de la declaración de inconstitucionalidad referida (A. n° 89, 19/3/2018), se resaltó también la total irrelevancia a estos efectos que tiene la Ley 27.302 –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 microcomercio de estupefacientes previstos en los arts. 5 en función del 34 de la Ley 23.737 modificado por la Ley 26.052 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 27.302 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 23.737 (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 23.737) 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 23.737). 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 micromenudeo a las que se refieren los arts. 5 inc. “c)” en función del 34 de la Ley 23.737 modificada por la 26.052, y Ley provincial 10.067.

Por todo ello –y los argumentos que in extenso fueron desarrollados en autos “Loyola” (cit.), a los que nos remitimos- la mayoría del tribunal concluyó que la escala penal de 4 a 15 años de prisión prevista para los delitos vinculados al comercio menor de estupefacientes (art. 5° inc. “c” en función del 34 inc. 1°, Ley 23.737) resulta inconstitucional por vulnerar los principios de proporcionalidad e igualdad.

4. Existen otras razones de peso que concurren a reforzar la apreciación mayoritaria de que la modificación a la competencia federal introducida por Ley 26.052 no solo 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 26.052 (“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 solo 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, 2° 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 23.737 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 “Cejas” (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 solo 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 23.737, conjuntamente con la posibilidad de adhesión del art. 34 de la Ley 23.737, 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.

5. Las críticas esgrimidas por el recurrente en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737 para los delitos de competencia provincial (cfr. art. 34 inc. 1º CP), transitan por los mismos carriles que fueron ya analizados por la mayoría de este tribunal en oportunidad de expedirse sobre la cuestión constitucional planteada pero no logran exponer nuevos argumentos que resulten superadores

de dicho análisis, motivo por el cual se impone el rechazo del recurso incoado.

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 III) y las consideraciones respecto a la admisibilidad formal del recurso (punto IV), sin embargo discrepamos con la conclusión a la que arriban con relación a la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 en función del art. 34 inc. 1º inc. por Ley 26.052 y, por ende, la improcedencia del recurso deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal que se analiza.

II.1. Conforme sostuvimos en el precedente “Loyola” (S. nº 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 solo 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, inicu o 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 solo 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 solo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no solo 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 23.737 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 26.052 surge expresamente que la voluntad del legislador fue que los tipos penales de la Ley 23.737 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 23.737 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 micromenudeo 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 Martín dijo:

Adhiero al voto de los señores Vocales que conforman mayoría, sin perjuicio de los argumentos complementarios que he desarrollado en autos “Bustos” (S. n° 56, 4/3/2020), a los cuales me remito en lo que resulta de aplicación al presente caso.

Así 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, por mayoría, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Fiscal de Cámara de Río Tercero, en contra de la Sentencia número quince del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, en sala unipersonal.

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:

Estimo correcta la solución que dan los señores Vocales del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

Así voto.

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

RESUELVE:

Por mayoría, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Fiscal de Cámara de Río Tercero, en contra de la Sentencia número quince del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, en sala unipersonal.

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la

señora Presidenta 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

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique  
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