

EXPEDIENTE: 1147952 - LOYOLA, SERGIO ALEJANDRO - CAUSA CON IMPUTADOS

SENTENCIA NÚMERO: CUATROCIENTOS SETENTA

En la ciudad de Córdoba, a los veintisiete días del mes de octubre de dos mil dieciseis, siendo las trece horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno, presidido por el señor Vocal Domingo Juan Sesín, con asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Sebastián López Peña, María Marta Cáceres de Bollati, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio y Carlos Francisco García Allocco, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "**LOYOLA, Sergio Alejandro p.s.a. comercialización de estupefacientes, etc. –Recurso de Inconstitucionalidad–**" (S.A.C. Nº 1147952), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Asesor Letrado Penal del Décimo Séptimo Turno de esta ciudad, Dr. Horacio Augusto Carranza, defensor del imputado Sergio Alejandro Loyola, en contra de la Sentencia número veinticinco del catorce de octubre de dos mil catorce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esta ciudad en Sala Unipersonal.

Abierto el acto por el señor 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 23.737?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, Sebastián López Peña, Domingo Juan Sesín, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bolatti, Luis Enrique Rubio y Carlos Francisco García Allocco.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia número veinticinco del catorce de octubre de dos mil catorce, la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad, en Sala Unipersonal resolvió: *"I. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad deducido por el defensor del encargado Sergio Alejandro Loyola, Dr. Horacio Carranza, sin costas (arts. 550 y 551 CPP). II. DECLARAR a Sergio Alejandro LOYOLA, autor responsable del delito de comercialización de estupefacientes (art. 45, CP y 5 inc. c, primer supuesto; ley 23.737) e imponerle la pena de cuatro años de prisión y de pesos doscientos veinticinco (\$225) de multa, con adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 40 y 41 CP y 412, 550 y 551 CPP)"* (fs. 323 vta.).

II. El Dr. Horacio Augusto Carranza, Asesor Letrado Penal del 17° Turno de esta ciudad, defensor del imputado Sergio Alejandro Loyola, interpone recurso de inconstitucionalidad en contra de dicha sentencia (fs. 329/333).

Invoca como *"Punto de agravio"*, el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la escala prevista para el delito de comercialización de estupefacientes atribuido a su defendido (fs. 329 vta.).

Luego de referir sintéticamente a las condiciones de *"Admisibilidad formal"* del recurso incoado (fs. 329 vta.), ingresa al *"Desarrollo del agravio"*, donde remite a los argumentos expuestos por el Dr. Roberto E. Spinka de la Cámara Novena en lo Criminal de esta ciudad *in re* "Lucero" (S. del 12/09/2014) sobre la inconstitucionalidad de la escala del art. 5 de la ley 23.737, los cuales transcribe (fs. 330/331).

En prieta síntesis, fundamenta su decisión en la "clara equivocación del legislador" a la que esta Sala ha aludido en los precedentes "Zabala" (S. n° 56, 8/7/2002) y "Espíndola" (S. n° 100, 21/4/2010), invocando que resulta claramente irracional por

desproporcional y, por ende, inconstitucional, un sistema que impone idénticas respuestas punitivas para conductas objetivamente distintas (como ocurrió en "Espíndola", cit.) como lo es el que impone distintas respuestas para conductas, sino idénticas en sustancia, al menos de semejanza innegable e, incluso, una mayor respuesta para una conducta que es, comparativamente, menos gravosa otra (fs. 331 vta.).

En tal sentido, señala que el Código Penal regula una serie de delitos que afectan la Salud Pública, comprendidos en el Capítulo 4 de los Delitos de Seguridad Pública y entre ello, el art. 200 impone reclusión o prisión de tres a diez años al que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso de la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad, mientras que el 201 impone igual escala al que vende o almacena con fines de comercialización aguas potables peligrosas para la salud (fs. 331 vta.).

Sostiene que desde el punto de vista de la gravedad del hecho y de la afectación al mismo bien jurídico, la punición con una escala de reclusión o prisión de 4 a 15 años a quien comercie estupefacientes o los tenga con fines de comercialización, no es una respuesta racional. Esgrime que dicha conclusión se confirma y demuestra si se repara en que los delitos relacionados con estupefacientes tienen como base tipos de peligro abstracto, mientras que las conductas del art. 200 CP constituyen tipos de peligro concreto, al punto que el art. 201 bis CP prevé el agravamiento por muerte con una pena de 10 a 25 años de reclusión o prisión y esa disposición que no se encuentra prevista en la ley 23.737 (fs. 332).

En cuanto al fundamento central de la denegatoria del planteo de inconstitucionalidad formulado, esto es, que no existe esa clara equivocación del legislador pues el bien jurídico protegido por la ley de estupefacientes no es sólo la salud pública sino que también se pretende impedir una práctica social peligrosa para la comunidad, remite a

lo sostenido por el Sala Penal de este Tribunal Superior de Justicia en autos "Cejas" (S. N° 403, 20/10/2014) en cuanto señala que las figuras previstas por la ley 23.737 protegen la "salud pública", el mismo bien jurídico que los previstos en los arts. 200 y 201 CP, y que se trata –a diferencia de éstos- de delitos de peligro abstracto (fs. 332). Indica, además, que la figura del art. 201 CP describe la conducta más semejante a la comercialización de estupefaciente pero requiere un plus: *la disimulación del carácter nocivo de la sustancia que se comercializa*, lo cual pone en evidencia un injusto más gravoso que el previsto en el art. 5 inc. c) 1° supuesto de la ley 23.737. Ello así, pues para que el obrar sea penalmente relevante según el art. 201 CP, no basta con comercializar una sustancia nociva para la salud pública (como lo sería un estupefaciente), sino que también se requiere disimular el carácter nocivo, cosa que no se exige en la figura que se le atribuye a su defendido. Sostiene, además, que la discordancia sancionatoria es palmaria pues el incremento de pena es en un tercio del mínimo (de tres años pasa a cuatro) y en un medio del máximo (de diez años pasa a quince) (fs. 332 vta.).

Indica que esa discordancia ha sido advertida también por los autores del Anteproyecto de Reforma al Código Penal atento a que dentro de los Delitos contra la Salud Pública, se ha regulado el envenenamiento, adulteración y riesgo colectivo con una pena de tres a diez años de prisión (art. 194) y la comercialización y tenencia de estupefacientes con la misma pena (art. 199, inc. c) (fs. 232 vta.).

Por todo ello, solicita se declare la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de comercialización de estupefacientes atribuido a su asistido y se aplique la escala penal prevista por el art. 201 del CP, fijando una pena que estima no puede superar los tres años en razón de que la juzgadora le impuso el mínimo legal y no le otorgó peso alguno a la única agravante ponderada (fs. 333).

III. Por Dictamen P-1132 del 30/12/2014, el Sr. Fiscal General de la Provincia, Dr.

Alejandro Moyano, se expide por la inadmisibilidad de la impugnación deducida (fs. 340/345).

Explica que si bien se han cumplimentado los *recaudos formales* que hacen a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 483 CPP) –alude a la legitimación y existencia de sentencia previa contraria-, no así en lo que hace a la *procedencia sustancial* por cuanto entiende que no se encuentra debidamente fundado al haberse obviado, casi por completo, los argumentos proporcionados por el Tribunal de juicio para rechazar el planteo de inconstitucionalidad.

En ese sentido, aduce que el recurrente sólo intenta rebatir la afirmación de que no existe una "clara equivocación" por parte del legislador pero de forma dogmática, sin llegar a demostrar la vulneración constitucional que, a su criterio, se ha infringido en el caso.

Recuerda que el recurso de inconstitucionalidad no se encuentra exento del requisito de motivación que rige en materia recursiva, consistente en la refutación clara y precisa de los fundamentos que informan la resolución que se intenta poner en crisis, por cuanto respecto a ellos deben esgrimirse los defectos susceptibles de conmovir su validez. De tal suerte, señala que, en la medida en que los razonamientos del Tribunal de juicio resultan obviados, carecen de embate recursivo y lo resuelto deviene incólume, adquiriendo la consolidación propia de la cosa juzgada. Cita jurisprudencia de esta Sala Penal en tal sentido.

Por otra parte, señala que, para que el recurso de inconstitucionalidad sea autosuficiente, debe especificar razonadamente la vinculación entre la norma y la garantía constitucional que se invoca, no bastando la referencia genérica de que se han vulnerado derechos constitucionales –en el caso, el principio de proporcionalidad-. Se trata, por el contrario, de efectuar una verdadera **crítica concreta y razonada**, mediante una censura conteste con el agravio que se dice ocasionado, replicando las

conclusiones que sirven de basamento al fallo en crisis.

Surge claro, a su entender, que en el *sub lite*, el impugnante ha inobservado el principio rector que exige rebatir los argumentos del juzgador, toda vez que se limita a reiterar y ampliar las manifestaciones opuestas con anterioridad, las cuales ya fueron atendidas por la sentenciante. Con ello, considera que sólo deja traslucir su postura contraria a la previsión legal mediante una crítica dogmática a la pena prevista en abstracto por el art. 5 de la ley 23.737 pero sin efectuar ninguna referencia al caso concreto.

En ese punto, destaca que, tanto en oportunidad de la audiencia de debate como en la presente instancia impugnativa, basa su queja en lo resuelto por el Dr. Roberto Spinka, en Sala Unipersonal de la Cámara 9ª del Crimen de esta ciudad, en autos "Lucero" (S. 21, 2/9/2014), técnica que aparece como insuficiente para lograr el control de lo resuelto por el Tribunal *a quo* toda vez que no analiza ninguna circunstancia particular de Loyola que autorice a reconsiderar si la imposición de una pena de cuatro años o más, resulta desproporcionada en su caso.

Señala que, además, soslaya que la vocal que integra la Sala Unipersonal que juzgó a su defendido, tuvo en cuenta para rechazar la tacha de inconstitucionalidad, las características del caso y la cantidad y calidad de las sustancias secuestradas (*canabis sativa*, cocaína y gran cantidad de sustancias de corte, a más de otros efectos que –junto a otros elementos probatorios- dan cuenta del ánimo de lucro, de la habitualidad con la que el imputado ejercía el comercio de estupefacientes y que lo hacía por cuenta propia), descartando que la escala prevista para el delito por el que fue condenado, afecte alguna de las garantías constitucionales en juego (igualdad, proporcionalidad, culpabilidad).

Continúa indicando que, haciendo caso omiso de las consideraciones vertidas en torno al hecho juzgado, el defensor insiste en afirmar que la escala prevista para los delitos

descriptos en el art. 5 de la ley 23.737 resulta excesiva en comparación a otros tipos penales contenidos en los arts. 200 y 201 del CP, cuestión que ya fue abordada específicamente por el Tribunal *a quo*.

Señala, además, que los argumentos del precedente "Lucero" a los que se remite el defensor en nada se ajustan al caso juzgado de autos, sino que se trata de reflexiones que abordan el tema desde un punto de vista general, trasuntando una crítica al sistema punitivo. Aclara que el análisis efectuado por el Dr. Spinka resulta, sin duda, de un estudio razonado y pertinente de la ley, mas su sola mención y transcripción no aparece como una crítica suficiente para abatir los argumentos de la sentenciante, que sí tuvo en consideración las peculiaridades del caso para desechar el planteo de inconstitucionalidad.

Por todo ello, concluye que el planteo de inconstitucionalidad del art. 5 inc. "c" de la ley 23.737 resulta *formalmente inadmisibile*.

IV. Al expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad, el Tribunal *a quo* sostuvo:

* que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que debe presentarse como la única manera de reparar el error legislativo (fs. 322);

* que no se trata de controvertir por los jueces el mérito, conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales, sino de restablecer los principios constitucionales en juego, que se han vulnerado mediante ese error (fs. 322);

* que entre esos principios, se encuentra el de **igualdad** (CN, 16), que exige tratar de modo semejante a quienes se encuentren en situaciones similares; el de **proporcionalidad** de la pena, que prohíbe la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines; y el de **culpabilidad** (fs. 322);

* que la irrazonabilidad de inequidad debe ser manifiesta, harto elocuente para

acarrear la inconstitucionalidad de la escala penal, que debe aparecer como un claro error del legislador, es decir, resultar de aplicación al caso concreto la denominada **regla de la clara equivocación** conforme a la cual sólo puede anularse una ley cuando aquellos 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 (fs. 322 vta.);

* que si bien los tipos penales de los arts. 200 y 201 CP resultan de mayor afectación al bien jurídico (salud pública) que los comprendidos en la ley 23.737, otras parecen ser las razones del legislador para la agravación de las penas en supuestos como el del caso bajo examen, cual es la de impedir una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en ella; de modo que la expansión del tráfico de drogas y el peligro que ello trae aparejado para la sociedad no resulta comparable con las acciones descriptas esos los tipos penales, que no experimentan una situación similar, habiendo asumido el legislador la necesidad de establecer una escala elevada de penas en este caso con fines preventivos (fs. 322 vta.);

* que en algunos casos será necesario apartarse del mínimo de la escala, por ejemplo, cuando la cantidad y calidad de las sustancias comercializadas sean insignificantes, en los que la pena resulte evidentemente desproporcionada, pero no en el examinado atendiendo a las particulares características, primordialmente la calidad y cantidad de las sustancias comercializadas, en especial cocaína (fs. 323).

V. Previo ingresar al análisis de la cuestión planteada, 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, “Alem”, S. n° 294, 12/11/2010; entre otras).

Atento a que nos encontramos ante una resolución judicial contraria a la pretensión del recurrente 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.

En ese cometido, se analizarán las disposiciones legales vinculadas con la regla que ha sido objetada en su regularidad constitucional, luego se aludirá al planteo recursivo y al control de constitucionalidad de las penas para determinar y, por último, se determinará si se verifica en el caso la afectación de los principios constitucionales de proporcionalidad e igualdad tal como se denuncia.

Debe aclararse, no obstante, que el presente pronunciamiento versará sobre la constitucionalidad de la pena impuesta al acusado, como consecuencia de la desproporción de la escala penal de la que partió el Tribunal en su labor de individualización judicial para los delitos atribuidos, tal como ha sido planteada y traída a consideración en el presente recurso.

1. Disposición legal bajo examen. Antecedentes.

El **art. 5 de la ley 23.737** (BO, 11/10/1989) prevé una pena de **cuatro (4) a quince (15) años** de reclusión o prisión y multa para diversas conductas vinculadas a la preparación, producción, tenencia, transporte y comercialización de estupefacientes:

* siembra o cultivo de plantas, guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes o materias primas o elementos destinados a su producción o fabricación (inc. a);

* producción, fabricación, extracción o preparación de estupefacientes (inc. b);

* comercialización de estupefacientes o materias primas para su producción, fabricación, tenencia con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenamiento o transporte (inc. c);

* comercialización con plantas o sus semillas utilizables para producir estupefacientes, su tenencia con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenamiento o transporte (inc. d);

* entrega, suministro, aplicación o facilitación a otro de estupefacientes a título oneroso -si lo fuere a título gratuito se establece una pena de tres (3) a doce (12 años) y multa- (inc. e).

Esta norma tiene antecedente en el art. 2 de la **ley 20.771** (BO, 9/10/1974), que reprimía con pena de reclusión o prisión de **tres (3) a doce (12) años** y multa una serie de conductas similares: siembra o cultivo de plantas, guarda de semillas para producir estupefacientes, o de materias primas o elementos destinados a su elaboración (inc. a); producción, fabricación, extracción o preparación (inc. b); comercialización, distribución, almacenamiento o transporte (inc. c); entrega, suministro, aplicación o facilitación aunque sea a título gratuito (inc. d); y la introducción o extracción del país en cualquier etapa de su elaboración (inc. e).

Cabe recordar que la ley 20.771 fue la primera que abordó la problemática de los estupefacientes con autonomía, como ley complementaria al Código Penal, ya que con anterioridad, las prescripciones penales sobre la materia estaban reguladas en el art. 204 del Código Penal que preveía una pena de 6 meses a 2 años de prisión para la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos sin receta por parte de quien estuviese autorizado a tal fin y de 3 meses a 1 año para quien los tuviere sin autorización (TO ley 20.509).

De los antecedentes parlamentarios de la ley 20.771 surge la apreciación del legislador de que las penas establecidas en el Código Penal se habían tornado completamente insuficientes para la represión de los delitos de tráfico de estupefacientes. Asimismo, se ponderó la necesidad de adecuar la legislación nacional a la de los países a la vanguardia en la materia y a lo preconizado en las convenciones internacionales

(Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972 y Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 de ONU), justificando el aumento de las sanciones con fines disuasivos. En cuanto a la concreta disposición del art. 2º (actual art. 5º), expresamente se consideró que se trataba "*casos de la misma gravedad*" que debían ser reprimidos con la misma pena (3 a 12 años), lo suficientemente amplia para que el juez pudiera individualizar la sanción en casos que aparecían más leves que otros contemplados por la misma norma. Por otra parte, se estableció la competencia federal argumentando que "*el criterio para atribuir la competencia federal no puede ser otro que el de que deben ser juzgados por los magistrados de este fuero todos aquellos delitos que afectan la seguridad de la Nación, el orden jurídico total de la República y que afectan profundamente los intereses colectivos de manera que deba intervenir en función de la primera parte del art. 100 de la Constitución Nacional (hoy art. 116)...*" (cfr. Diario de Sesiones Cámara de Diputados del día 19/9/1974, p. 2863 y 2866).

Con la sanción de la **ley 23.737** (BO 11/10/89) se ahondó en esos criterios, justificándose nuevamente la elevación de las penas en la ineficacia de su valor disuasivo, las de multa por desactualización y las privativas de libertad porque la sanción de las leyes 23.050 y 23.057, al ampliar el régimen de eximición de prisión y excarcelación, "*tornaron excarcelables conductas que se previó no lo fueran*" (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del día 21/8/1986, p. 1839).

Cabe destacar que el proyecto original de la ley 23.737 que fue aprobado por la Cámara de Senadores establecía una diferencia según se tratara de conductas de producción y tráfico mayorista o minorista. Concretamente, preveía una pena 6 a 20 años de prisión "*cuando se tratara de estupefacientes que producen dependencia rígida grave y las circunstancias permitan presumir que se trata de una actividad a gran escala, equiparable a lo que en la producción y comercio lícito se denomina*

"industrial" o "mayorista" (inc. 1º art. 4) y de prisión de 5 a 15 años cuando en el mismo supuesto *"no se trate de estupefacientes que produzcan dependencia rígida grave"* (inc. 2º) y para el resto de los casos, esto es, producción o comercio minorista, establecía una pena de 2 a 10 años de prisión (cf. Diario de Sesiones cit., p. 1833).

Esa diferenciación fue desechada por la Cámara de Diputados con el argumento de que *"la gravedad de las infracciones depende más de su cualidad y medida de probable afectación del bien jurídico, o de su modalidad y no tanto de su cantidad. Para ello contamos con la concreta posibilidad de graduación de la pena"* (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del día 22/02/1989, p. 7730). Sin otra explicación más allá de evitar la excarcelación, se dejó establecida la pena para la comercialización de estupefacientes en la de prisión de 4 a 15 años y multa, manteniendo la competencia federal en la materia por considerar que se trataba de *"conductas ilícitas caracterizadas como interjurisdiccionales"* (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados cit., p. 7924).

Con la sanción de la ley **26.052** (BO, 31/8/2005), se modificó en la ley 23.737 la competencia federal, contemplando la posibilidad de que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, asumieran –previa adhesión por ley- la competencia en los delitos de tenencia y tráfico menor de estupefacientes.

Sin pretender ahondar aquí en las razones político-criminales que motivaron dicha reforma en tanto exceden los fines de este pronunciamiento, puede señalarse no obstante que en el caso de la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis directamente al consumidor (nuevo art. 34 inc. 1º), se aludió expresamente a la *menor entidad y cuantía* del delito por tratarse del *último tramo o eslabón de la cadena de comercialización*. Asimismo, se refirió a la intención de dejar en la órbita provincial únicamente el *comercio minorista* o el *"menudeo" de la droga*, reservando el ámbito federal para la comercialización "a gran escala" (Cámara de Senadores, 27ª

reunión, 21° sesión ordinaria del 6/10/2004, Versión Taquigráfica –provisional-, p. 17/20).

2. La cuestión constitucional planteada.

Se denuncia en el presente la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de comercialización de estupefacientes (art. 5 inc. c, ley 23.737) por considerarlo vulneratorio del principio de proporcionalidad. Esencialmente, argumenta el recurrente que la conducta reprochada a su defendido en virtud de la aplicación de esa norma (comercialización de estupefacientes) es semejante a la contemplada por el código de fondo en los artículos 200 y 201 del CP, e incluso menos gravosa en cuanto a la afectación del mismo bien jurídico (salud pública), no obstante lo cual se encuentra reprimida con una pena mayor.

3. El estándar de control judicial de constitucionalidad.

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 ha señalado 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 cuanto al **principio de proporcionalidad**, se ha señalado que los marcos penales

reflejan la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico, determinando el valor proporcional de la norma dentro del sistema, señalando su importancia y rango, y la posición del bien jurídico en relación con otro, al conformar el punto de partida fundamental para poder determinar la pena en forma racional. Por ello es que la justicia de una pena y por ende, su constitucionalidad, depende, ante todo, de su proporcionalidad con la infracción (Ziffer, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2º edic., Ad-Hoc, Bs. As., 2005, p. 37, 39/40; TSJ, "Toledo", cit.).

Sobre esta relación entre el hecho cometido y la pena aplicada se han pronunciado tanto el Máximo Tribunal, como la Sala Penal de este Tribunal Superior, señalando que *“toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...”* (del voto de los Dres. Elena I. Highthon de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni en autos “Gramajo”, S. 5/9/2006, Fallos: 329:2810; TSJ, Sala Penal, “Simonetti”, S. n° 144, 2/11/2006, “Pereyra”, S. n° 152, 3/11/2006, “Acuña”, S. n° 176, 30/11/2006, “Baigorria”, S. n° 177, 30/11/2006, “Gutiérrez”, S. n° 184, 14/12/2006; “Romero”, S. n° 215, 29/12/2006; “Unanue”, S. N° 37, 26/3/2007; “Ibáñez”, S. n° 72, 11/5/2007; “Ortiz”, S. n° 178, 8/8/2007; “Bustos”, S. n° 195, 17/8/2007).

Por otra parte, el principio de igualdad (art. 16 CN) exige tratar de manera semejante a quienes se encuentren en situaciones similares. En estrictez, para la conceptualización de la Corte Suprema, la garantía de igualdad *“importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”* (Fallos 101:401; 124:122; 126:280; 127: 167, entre

muchos otros). Si esto es así para quienes se encuentran en identidad de circunstancias, se ha sostenido que también lo es respecto de quien se encuentra en una situación similar y de menor reprochabilidad (TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. n° 56, 8/7/2002). En función de estas consideraciones se ha sostenido 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 *"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 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).

4. El examen del caso.

Ingresando al análisis de la cuestión planteada, adelantamos nuestra opinión en sentido favorable a la declaración de inconstitucionalidad, en autos, de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º) de la ley 23.737 por los argumentos que a continuación se exponen.

Enfocado el **principio de proporcionalidad** en lo que concierne al caso concreto, puede advertirse que en materia de tráfico de estupefacientes el legislador ha adoptado la directriz de una única graduación punitiva para diferentes magnitudes de afectación

del bien jurídico, dejando al arbitrio judicial la ponderación concreta de la entidad del injusto. De ello se sigue que para el legislador, todas las conductas de producción y tráfico de estupefacientes previstas en el art. 5 de la ley 23.737 –entre ellas la de comercialización aquí analizada (inc. c)- son igualmente graves y por ello las ha sometido a una misma escala penal.

Sin embargo, esta concepción comienza a presentar tensiones a partir de la sanción de la Ley n° 26.052 que, al reservar la competencia federal para la *comercialización a gran escala* por ser la que traspasa las fronteras y se vincula con el tráfico ilícito al que refieren los compromisos internacionales (art. 3° de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas), introduce como criterio rector del interés federal la entidad del delito. Es que, al considerar la competencia local para las actividades de *comercialización minorista dirigida directamente al consumidor*, claramente efectúa una distinción entre las conductas de tráfico especialmente graves, que involucran un interés federal y deben permanecer bajo esa órbita, de aquellas que son de escasa gravedad, no involucran interés federal y pueden ser investigadas y juzgadas por las autoridades locales.

Esa distinción cualitativa, que diferencia en dos grupos las conductas encuadrables en los tipos del art. 5 inc. c) de la ley 23.737, en función de la mayor o menor importancia de la actividad de delictiva dentro de la cadena de comercialización, pone en evidencia que para el legislador ya no se trata de actividades igualmente graves, sino que entre el comercio mayorista y el minorista existen diferencias sustanciales sobre las que hace descansar la modificación de la competencia federal y la asignación de los delitos menores a las jurisdicciones provinciales.

Sin embargo, esa diferente valoración del injusto evidenciada a partir de la ley 26.052, no encuentra reflejo en el mantenimiento de una misma escala penal para ambos grupos de conductas contempladas en el art. 5 de la ley 23.737 antes de la

modificación. Vale decir, no obstante reconocer la menor gravedad de los delitos de tráfico de estupefacientes cuando tienen por destino directo al consumidor (art. 34 inc. 1° ley 23.737) en relación a los que, por su mayor gravedad, involucran intereses federales, el legislador omitió efectuar la correlativa adecuación de la única sanción fijada para ambos casos, incurriendo por ello en una "*clara equivocación*" que habilita la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737.

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

Lo señalado, tiene correspondencia con los consensos que vienen gestándose en la región acerca del problema de las drogas en el ámbito de OEA. En tal sentido, la Declaración de Antigua-Guatemala "Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas" (AG/DEC. 73 (XLIII-O/13) corr. 1, aprobada en el 43° Asamblea General, el 6 de junio de 2013), alienta a los Estados para que en el marco de la legislación nacional fortalezcan acciones y políticas tendientes a "reducir el hacinamiento carcelario... **respetando la proporcionalidad entre el daño y la pena y el apoyo de alternativas al encarcelamiento**" (Num. 18); y reafirmada en la Declaración "Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las drogas en las Américas" (AG AG/RES. 1 (XLVI-E/14), aprobada en 46° período extraordinario de sesiones por la Asamblea General, 19 de setiembre de 2014), en el que se resolvió "promover, cuando corresponda y de conformidad con las legislaciones nacionales, **alternativas al**

encarcelamiento teniendo en cuenta, entre otros criterios, **la perspectiva de género, la gravedad de las conductas delictivas y la proporcionalidad entre los daños y las penas...**” (Num. 4, ii). En tal sentido señaló el “Informe del problema de las drogas en las Américas 16 meses de debates y consensos”, 2014, OAS. Documentos oficiales, OEA/Ser.D/XXV.4.1), el consenso acerca de la implementación de reformas orientadas a las alternativas, porque la severidad de las penas ha disparado las tasas de encarcelamiento en la región, la prioridad que debe darse a la proporcionalidad de la pena, especialmente en las personas que cometen delitos en los eslabones más débiles en la cadena del tráfico (p. 10 y 11).

Por otra parte se advierte, también, que la parificación punitiva de la norma examinada genera tensiones en torno al **principio de igualdad**.

Cabe recordar que el examen de este principio presenta dos niveles: uno, relacionado con la aplicación en forma igualitaria a casos individuales de los casos genéricos dispuestos en la ley, y el otro, referido a la selección de casos por el legislador en forma igualitaria.

En cuanto a este segundo nivel, con diferente terminología, se ha señalado que al determinarse en una norma jurídica positiva cuáles son los contenidos dogmáticos que integran el hecho antecedente (esto es, conducta o situación reglada) de la norma, pueden dejarse fuera de la extensión del concepto del hecho antecedente situaciones iguales a las normadas como tal hecho. Con lo que, pese a ser iguales, quedan regladas de otra manera por otras normas de la misma ley o por anteriores o posteriores leyes vigentes (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, 2da. Ed., Bs. As., 1970, p. 116; TSJ, Sala Penal, "Espíndola", S. n° 100, 21/04/2010).

La valoración de la razonabilidad o irrazonabilidad (igualdad o desigualdad) de la selección, necesita de la comparación de las reglas con diferentes consecuencias: si los

hechos son estimados como desiguales y lo son efectivamente, se dará una valoración positiva de razonabilidad de la selección. Si los hechos son iguales y pese a ellos se le imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad de la selección (Linares, Juan Francisco, ob.cit., p. 117).

Siguiendo estas pautas, resultará irrazonable, a su vez, la selección de hechos distintos a los que se les imputa una misma consecuencia. En este argumento, la norma que estipula la misma sanción para dos conductas con grados de injusto disímil -distinguidos por el propio legislador-, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, contraría también el principio constitucional explícito de igualdad. Ello así por cuanto, lo que no tolerarían las normas constitucionales, a la luz de este principio, es que una vez optado por uno u otro sistema represivo, existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió (arg. conf. Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, p. 304, Ed. Del Puerto, 2006).

En definitiva, a los efectos de mantener la coherencia interna del sistema punitivo, si el legislador ponderó la distinta gravedad de los delitos de tráfico de estupefacientes para determinar la existencia o no de un interés federal en su persecución, debió mantener esa diferente valoración de la entidad del delito y reprimirla con marcos punitivos diferenciados. Al omitir esta distinción, consideramos que se vulneró el principio constitucional de igualdad (o razonabilidad) ya que se extendió la imputación de una misma sanción a hechos ponderados como desiguales. Máxime cuando el mismo legislador ha considerado previamente que un delito es "especialmente grave" cuando su pena mínima es superior a los tres años de prisión (art. 277 inc. 3° CP). De modo tal que, mantener la pena mínima de cuatro años para los delitos de tráfico de menor gravedad -al punto que los excluyó de la competencia federal- pone en evidencia una

incoherencia sistémica que debe ser corregida en esta instancia.

En ese marco cabe reparar, asimismo, en la gravedad del mínimo de pena de que se trata y que es el que ha sido el impuesto al imputado en el caso concreto (4 años). Es que, además, de tratarse de un mínimo de pena que se encuentra reservado para delitos especialmente graves tal como surge del art. 277 inc. 3° CP, resulta sensiblemente superior al de todos los tipos penales que afectan al mismo bien jurídico (arts. 200 a 208 CP -excepto la agravante por resultado lesivo o por muerte del art. 201 bis-), y particularmente el de aquellas conductas con las cuales presenta mayores similitudes (art. 201 CP).

Se advierte, además, que ante el silencio de la ley 26.052, la única justificación para mantener una sanción más gravosa para las conductas de tráfico desfederalizadas remite a las consideraciones expuestas por el legislador al momento de sancionarse la ley 23.737 que, tal como se señalara previamente (punto IV.1), se vinculaban exclusivamente con la modificación del régimen de privación cautelar y la intención de que estos delitos no fueran excarcelables. Pues bien, estas razones han perdido vigencia debido a las reformas legislativas que ha sufrido el Código Procesal Penal de la Nación en la materia, la última de ellas por ley 27.063 de inminente implementación, que condiciona el dictado de la prisión preventiva a la existencia de indicadores de peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso (art. 185). En este mismo sentido se han pronunciado, además, la Cámara Nacional de Casación Penal (Acuerdo 1/08, Plenario n° 13, en autos "Díaz Bessone", 30/8/2008) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Loyo Fraire", S. del 6/5/2014, respectivamente), siendo el criterio que rige también a nivel provincial (art. 281 CPP según ley 10.366, BO 02/09/2016).

Las tensiones a las que nos hemos referido no han pasado inadvertidas a la *Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del*

Código Penal de la Nación designada por Decreto N° 678 de 2012 en tanto, al elevar el Anteproyecto de Reforma al Código Penal, expresamente alude a la regulación penal existente en materia de estupefacientes como *"altamente farragosa, confusa y ha sido objeto de permanentes reformas y retoques en las últimas décadas"* al punto que *"por momentos altera tanto los principios generales de todo el derecho penal, que se tiene la impresión de que surge un derecho penal especial, que corre por caminos totalmente separados"* (v. Exposición de Motivos, comentario al art. 199).

En la concreta regulación legal, los delitos de tráfico de estupefacientes previstos actualmente en la ley 23.737 pasan a integrar el Capítulo V (Delitos contra la salud pública) del Título X (Delitos contra la seguridad pública) y se unifican las diversas conductas de tráfico (comercialización, tenencia para comercialización, almacenamiento, transporte y tráfico en cualquier forma con estupefacientes, como también de plantas o semillas, precursores o materias primas para su producción o fabricación, siempre que no sean de uso o consumo común) bajo la pena única de 3 a 10 años de prisión y multa. Esta sanción alcanza un máximo de 15 años en el caso de organización o financiamiento internacional de tales actividades (art. 199), siendo ésta la escala penal más elevada en la materia y en todos los tipos básicos de dicho capítulo. Se establece, además, la misma escala penal (3 a 10 años) para los delitos contra la salud pública actualmente contemplados por el citado art. 201 CP (art. 195, inc. 2.a.) y una similar (3 a 12 años) para el contrabando de estupefacientes (art. 170). Repárese que al pasar a integrar estas conductas el cuerpo codificado, quedó eliminada la diferenciación establecida por la ley 26.052 para la asignación de competencia y, por ende, la diferenciación entre micro y macro tráfico, por lo que cobra sentido que para todas las conductas de tráfico ilícito se fije una escala penal menor a la actualmente prevista por el art. 5 de la ley 23.737, de modo que la reacción penal en el caso de las actividades de menor entidad –actualmente desfederalizadas- reciban una

respuesta punitiva proporcionada al injusto.

En definitiva, si a partir de la ley 25.052 el legislador ha diferenciado entre conductas de tráfico a gran escala y tráfico minorista de estupefacientes en función de la mayor gravedad de aquellas en relación a éstas, y por ello se transfirió a las provincias la competencia para investigar y juzgar los casos de menor cuantía, resulta incoherente que haya mantenido para esos delitos de menor gravedad la misma sanción penal establecida para aquellos que por su mayor entidad involucran un interés federal y quedaron reservados a la competencia de excepción. Sobre todo cuando su mínimo es superior al establecido para similares conductas que afectan asimismo la salud pública (art. 201 bis CP) y ha sido considerado en la legislación penal como propio de los delitos "especialmente graves" (art. 277 inc. 3° CP).

En el presente, además, la declaración de inconstitucionalidad solicitada reviste interés puesto que se impuso al imputado el mínimo legal (4 años). Cabe aclarar que si bien la juzgadora ponderó que la cantidad y calidad de las sustancias comercializadas no eran insignificantes en el caso concreto, argumentando en base a ello que el mínimo de pena no resultaba aquí evidentemente desproporcionado, lo cierto es que no formuló consideración alguna en torno a la posible vulneración del principio de igualdad a la que previamente nos hemos referido. Máxime cuando, no obstante haber advertido que podían presentarse casos de menor entidad al juzgado, consideró adecuado imponer al acusado una pena equivalente al monto de ese mínimo legal cuestionado de la escala penal, restando toda eficacia a las circunstancias agravantes en función de las cuales desechó el planteo de desproporcionalidad.

Por lo demás, la motivación que atribuye la sentenciante al legislador para conjurar en materia de estupefacientes penalidades más severas que las previstas para otros delitos contra la salud pública, esto es, la voluntad de *"impedir una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que ella puede causar"* (fs. 322 vta.) no encuentra

asidero en los antecedentes históricos previamente reseñados (punto V.1.), de los que claramente surge que si bien las sanciones del código fueron agravadas con fines preventivo-generales, en el caso de la ley 20.771 la escala penal para la comercialización de estupefacientes no superaba la de 3 a 12 años contemplada por los arts. 200 y 201 CP (art. 2), mientras que en el caso de la ley 23.737, si bien la superaba (4 a 15 años), ello obedeció a la voluntad de eximir estas conductas del régimen de excarcelación que había sido por entonces modificado, tal como se refiriera.

Sin perjuicio de ello, esas razones tampoco resultan un argumento válido para desechar la clara equivocación del legislador a la que nos hemos referido puesto que las figuras previstas en la ley 23.737 protegen el mismo bien jurídico que los delitos contemplados en los arts. 200 y 201 del CP. En ese sentido, la Sala Penal de este Tribunal tiene dicho que 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 ("Cejas", S. n° 403, 20/10/2014), de modo que no puede sostenerse por esa sola razón que constituyan conductas más gravosas que las contempladas en el Código Penal.

Por todo lo expuesto, consideramos que la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23.737 resulta irrazonable por desproporcionada y desigual lo cual torna aplicable al caso la regla de la clara equivocación y, en consecuencia, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

Así voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

Adhiero a la relación de causa (Puntos I, II y III), y al análisis de los agravios traídos

por el quejoso, efectuados en el voto precedente, arribando a idéntica conclusión, por los motivos que a continuación expongo.

Antes de adentrarnos en el planteo en cuestión debemos realizar una serie de consideraciones previas que serán divididas en acápites para un mejor entendimiento.

I. Considero -y de esta forma adelanto criterio- que la escala penal en abstracto para el delito de comercialización de estupefacientes destinados directamente al consumidor previsto por el art. 5° inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23.737 (cuatro a quince años de prisión) **resulta inconstitucional** -de acuerdo a los argumentos y antecedentes que desarrollaré a continuación-.

Esta postura, se basa en el entendimiento de que desde la última reforma de la Ley 23.737 (por Ley 26.052) se ha introducido una distinción cualitativa –evidenciada en el cambio de competencia federal a provincial y que debió traducirse legislativamente en un nuevo tipo penal– ente el *micro* y el *macro* comercio de estupefacientes para las provincias que opten por adherir a la persecución local de los siguientes delitos: a. Tenencia simple (art. 14 primer párrafo – Ley 23.737); b. Tenencia para consumo personal (art. 14 segundo párrafo - Ley 23.737); c. **Tenencia con fines de comercialización simple (art. 5 inc. c - Ley 23.737) o agravado (art. 11- Ley 23.737); d. Comercialización de estupefacientes simple (art. 5 inc. c -Ley 23.737) o agravado (art. 11- Ley 23.737);** e. Entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título oneroso simple (art. 5 inc. e - Ley 23.737) o agravado (art. 11- Ley 23.737); f. Entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título gratuito simple (art. 5 inc. e - Ley 23.737) o agravado (art. 11- Ley 23.737); g. Entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título gratuito atenuada (art. 5, último párrafo - Ley 23.737); i. Siembra o cultivo de estupefacientes para consumo personal (art. 5, penúltimo párrafo - Ley 23.737); j. Confabulación para cometer los delitos comprendidos en los delitos de tráfico desfederalizados (art. 29 bis – Ley 23.737); k.

Facilitación de un lugar para el consumo de estupefacientes (art. 10, primer párrafo, in fine- Ley 23.737); l. Suministro infiel o indebido de sustancias medicinales (art. 204, CP); ll. Suministro indebido culposo de sustancias medicinales (art. 204 bis, CP); m. Incumplimiento de deberes para evitar el suministro infiel o indebido de sustancias medicinales (art. 204 quater, CP); n. Producción o fabricación indebida de sustancias medicinales (art. 204 ter, CP); ñ. Venta de sustancias medicinales sin autorización (art. 204 quinquies, CP) - (Acuerdo 10/12 – TSJ). Justamente los tipos penales resaltados con negrita son los que de acuerdo a la concurrencia de determinadas circunstancias (vg. venta destinada directamente al consumidor) pueden ser de competencia federal o local.

También corresponde aclarar, que me refiero a *la escala penal en abstracto* debido a que esta situación de desproporción (que –en efecto- existe en este caso particular), se repetiría en todos los futuros y eventuales casos que compartan similares características.

Es ostensible en el estudio del presente caso la existencia de un quiebre entre la **proporcionalidad** que debe darse entre la lesión a un bien jurídico y la sanción con que amenaza el Estado a los ciudadanos que intenten cometer de hecho esa lesión.

Este quiebre –fruto de un error u omisión legislativa- torna procedente la declaración de inconstitucionalidad de la norma, tal como ocurrió en el caso “Zabala Hilda” resuelto por este Tribunal con fecha 08/07/02, y de otros tantos de la CSJN referidos más adelante.

Este argumento encuentra reflejo en jurisprudencia extranjera. Se destaca lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en “Atkins vs. Virginia (Daryl Renard Atkins, petitioner vs. Virginia – 536 u.s. 304, n° 00.8452, 20 de junio del 2002), en donde –por mayoría- sostuvo “...Hemos aplicado repetidamente este precepto de **proporcionalidad** en casos posteriores interpretando la octava enmienda

(ver Harmelin v. Michigan, 501, U.S. 957-998 (1991) (Kennedy, adhiriendo en parte), ver también id., en 1009-1011 (disenso de White). Así, incluso aunque “la prisión por 90 días no es, en abstracto, una pena ni cruel o inusual”, no puede ser impuesta como una penalidad por “el ‘status’ de adicción a narcóticos” (Robinson v California, 370 U.S. 660, 666-667 (1962)), porque tal sanción sería excesiva. Como el Juez Steward explicó en Robinson: “Aún un día en prisión sería un castigo cruel e inusual por el delito de tener un resfrío común”. Id. en 667...”.

Una última—pero no menos importante—salvedad, estriba en que es necesario dejar sentado de antemano que aun cuando considere que para este tipo de delitos debería haberse legislado una escala penal inferior a la actual, esta circunstancia no guarda ninguna vinculación con la situación de libertad o detención de los sujetos sometidos a proceso. A esta altura del desarrollo jurisprudencial nacional, y bajo el rumbo impuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los criterios para decidir sobre este aspecto se resumen a la existencia de “peligro procesal” (básicamente, la posibilidad de que el imputado pueda entorpecer u obstaculizar la instrucción, alterar, ocultar la prueba, darse a la fuga, etc.), siendo la escala penal (más claramente un mínimo superior a tres años de prisión o reclusión) sólo un aspecto más a tener en cuenta por el juez en el caso concreto (vg. CSJN - "Recurso de hecho deducido por la defensa de Guillermo Daniel Piñeiro en la causa Loyo Fraire, Gabriel Eduardo -p.s.a. estafa reiterada -causa n° 161.070-"). En otras palabras, **mi postura no implica una facilidad para que los imputados o acusados de conductas vinculadas al narcotráfico menor se vean automáticamente beneficiados mediante un “cese de prisión” o acto procesal equivalente.**

II. A los fines de desarrollar mi voto adecuadamente, y teniendo en cuenta que existen ya varios pronunciamientos que —de una u otra forma, y aún con argumentos disímiles— llegan a la misma conclusión, resulta pertinente realizar un breve repaso

jurisprudencial.

1. Precedentes en la órbita federal. El caso “Ríos” - Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

Existen -en efecto- precedentes en la órbita del fuero federal que declaran la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal para los hechos de venta “al menudeo”. Este extremo, en cierta forma, avala la postura aquí sostenida, ya que puede derivarse que no se trata de una “simple disconformidad” con la escala penal prevista para un determinado tipo legal, sino de un postulado diferente. Se trata –en definitiva- de reconocer que en ciertos supuestos de hecho, mediante la jurisprudencia y en todos los niveles, se intenta solucionar una omisión u olvido del legislador. Es que, los supuestos de hecho que provocan la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal prevista para el art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737, pueden identificarse mediante el siguiente hilo conductor: venta o ventas de escasa cantidad de estupefacientes a un tercero que los adquiere con fines de consumo personal. Esto demuestra que no se trata de una simple desproporción de la escala penal. Se trata en realidad de una omisión legislativa que se vio patentizada con la posibilidad de deslinde de la persecución penal **del comercio menor** –mediante la posibilidad de su traslado a la órbita de persecución provincial- **del comercio mayor** –que se mantiene en la órbita de persecución federal-.

El voto de la mayoría de la Sala II de la CFCP, ajustándose al pedido formulado por el Fiscal General ante dicho Tribunal, en donde éste requería la imposición de una pena por debajo del mínimo previsto en la escala penal correspondiente a esa figura, anuló parcialmente la sentencia condenatoria sólo en lo que hacía a ese aspecto (la determinación de la sanción impuesta a Ríos), designando a los fines de la fijación de una nueva pena a otro Tribunal Oral Federal de la misma ciudad (Córdoba).

Del voto de la Dra. Ledesma –que lidera el acuerdo- se pueden extraer las siguientes

ideas centrales: 1) “...teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado, excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes...”; 2) “...Si de proporción se trata entre la conducta que se reprocha y la respuesta penal correspondiente, se debe tener especialmente en consideración al momento de decidir, insisto en esto, que el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, destacó que el encartado Ríos no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con gran capacidad operativa, sino que comercializaba estupefacientes en forma solitaria y en pequeñas cantidades, que se trataba de marihuana y no de otra substancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud, y que la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa, sino que su concentración de THC no superaba el 3%; por tales razones, considero que la sanción a imponer, no debe superar los tres años de prisión...”; 3) “...En la línea de pensamiento que se viene trazando, debemos decir que si bien *“los límites mínimos de las escalas legislativas penales...”*, *“tienen valor de regla general...no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía...señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos.”* (conf. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Derecho Penal, Parte General”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, segunda edición, fs. 995/996)...”; 4) “...considero que en las especialísimas condiciones verificadas en el caso, y teniendo puntualmente en cuenta que el órgano encargado de la acusación, delimitó los parámetros en virtud de los cuales entendió que un grado de reproche respetuoso de los principios de orden

superior observados, no debe exceder de una pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso, corresponde determinar una nueva sanción, que no podrá bajo ningún concepto, superar el límite trazado por el representante de la vindicta pública, so riesgo de violentar notablemente el sistema de garantías que nos rige...”.

Estos argumentos se replican en otros tribunales federales del país (vg. Tribunal Oral Federal Nro. 1 de Córdoba), pero también son rechazados en gran medida (por ejemplo véase el criterio de la Sala III de la misma Cámara Federal de Casación Penal).

Es dable advertir que el argumento aquí circula por un andarivel distinto al expuesto en la jurisprudencia local. El eje en el que se asienta la Cámara se concentra, por una parte, en una visión particular del principio acusatorio –el juez se encuentra completamente atado a la solicitud del Ministerio Público Fiscal, en este caso, el monto de la pena a aplicar- y por otro, en una baja afectación al bien jurídico tutelado por la norma que torna excesivo el mínimo de la escala penal con relación a la culpabilidad del autor, en perjuicio de los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes.

Considero que no es correcto concluir que los mínimos de las escalas penales constituyan sólo un “valor indicativo”, ya que, de ser así, no existirían mínimos en nuestra legislación, y como fácilmente puede apreciarse, esto es reflejo de nuestra realidad normativa. Los mínimos son vinculantes para el juez, salvo que, como en el caso de autos, se dé una situación que exceda ampliamente un disgusto o desacuerdo del magistrado con la escala penal en abstracto que brinda la norma.

Con argumentos respetables, tanto académicos y doctrinarios, como magistrados, han sostenido como saludable la no utilización de mínimos en la escala penal aplicable. En este sentido –por ejemplo- el Dr. Mario Alberto Juliano, Juez del Tribunal en lo

Criminal N°1 de Necochea, opina que “...tanto aspectos teórico-legales como prácticos hacen aconsejable (a nuestro juicio) la lisa y llana eliminación de los topes mínimos en las escalas de los catálogos punitivos, toda vez que (verificada la existencia de un delito) la culpabilidad por el acto debe ser medida de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso en concreto, para cuyo logro el órgano judicial no puede ser constreñido por mínimos fijos (establecidos discrecionalmente por el legislador) que no se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad...” (“La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales” – <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/04/doctrina30093.pdf>).

Por mi parte –reitero- si esta hubiese sido la voluntad del legislador –mínimos indicativos- directamente podría haber prescindido de ellos (como lo hizo el legislador paraguayo en su momento http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf), **extremo que es totalmente extraño a nuestro ordenamiento normativo penal** (sólo se plasmaron estas ideas en los Anteproyectos de Código Penal presentados en 2006, por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal -Resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05-, Art. 9 del mismo; y en 2014, por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación -Decreto P.E.N. 678 de 2012-, Art. 19 del mismo).

2. Precedentes relevantes en el orden local.

Un argumento similar al aquí propuesto fue sostenido en autos “Sánchez Bustamante, Mariana del Valle –p.s.a. comercialización de estupefacientes agravada, etc.” (Expte. SAC N° 1211309), sentencia nro. 24 del 17 de junio del año próximo pasado, dictada por la Cámara en lo Criminal de 6° Nominación, Secretaría N° 12 (Sala Unipersonal a cargo de la Dra. Adriana Carranza).

En dichas actuaciones, la defensa planteó la inconstitucionalidad de la escala penal

prevista para el delito tipificado en el art 5 inc. “c” de la ley 23.737. Sostuvo la magistrada actuante que en ejercicio de la facultad de revisar las leyes en orden a establecer si su aplicación al caso concreto vulnera algún derecho consagrado por la Carta Magna o los Tratados Internacionales incorporados a ella, que compete a todos los jueces de la República en virtud del “control difuso de constitucionalidad”, correspondía –a su criterio- declarar la inconstitucionalidad de la pena del art. 5 inc. “c” en función del art. 34 inc. 1° de la Ley n° 23.737, por entender que no respetaba la proporcionalidad que debía existir entre la magnitud del injusto y la severidad de la pena.

Apoyó su argumento en precedentes anteriores tales como “...*el caso de la Cámara 9° del Crimen (S. N° 21 del 2/9/2014 dictada por el Dr. Roberto Spinka in re “Lucero, Julio César”); varios precedentes de la Cámara 5° del Crimen (“Sánchez” -S. N° 63 del 19/12/2014; “Ávila” S. N° 56 de fecha 17/11/2014; “Moyano”, S. N° 61 del 05/12/2014; “Vivas”, S. N° 26 del 1/6/2015) y de esta Cámara 6° en Sala Unipersonal a cargo del Dr. Julio Guerrero Marín (S. N° 6 del 13/4/15 en autos “Zitta, Walter Hugo”), además de existir precedentes de la Justicia Federal (C.F.C.P., Sala Segunda, autos “Ríos, Mauricio”, S. del 16 del/4/2013; T.O. n° 2 de Córdoba (“González, Sabrina”, Sentencia del 16/8/13)...”.*

Asimismo, mencionó que este Tribunal en el precedente “Espíndola” (S. n° 100 del 21/4/2010), sostuvo que “*Los marcos penales reflejan la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico, determinando el valor proporcional de la norma dentro del sistema, señalando su importancia y rango y la posición del bien jurídico en relación con otro, al conformar el punto de partida fundamental para poder determinar la pena en forma racional. Por ello es que la justicia de una pena y por ende, su constitucionalidad, depende, ante todo, de su proporcionalidad con la infracción. A su vez, sobre esta relación entre el hecho cometido y la pena aplicada se*

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

Consideró que la pena prevista en abstracto por el art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737 (de 4 a 15 años de prisión) resultaba desproporcionada con el hecho cometido, ya que *“...la imputada vendía pequeñas fracciones de estupefacientes destinadas al consumo personal y operaba individualmente, no formando parte de ninguna organización...”*.

Es justo señalar que coincido con el primer argumento de la sentenciante, en cuanto a que debería existir una previsión legal especial para las conductas del vendedor de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes destinadas al consumo personal del comprador. No así con respecto a la supuesta necesidad de “formar parte de una organización”, ya que ese extremo tiene reflejo en otro tipo penal de la misma ley 23.737.

El argumento central de su postura se funda *en la necesidad de atender al espíritu de la Ley 26.052 en tanto faculta a las provincias a asumir competencia en los delitos penados por la Ley 23.737 cuando se trate del último eslabón de la cadena del tráfico de sustancias ilegales.*

Entiende que ese condicionamiento importa la conformación de una atenuante a los delitos de “tenencia y tráfico de estupefacientes”, debido a que *el art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737 describe un hecho genérico, mientras que el art. 34 de la misma ley (conf. con la citada Ley 26.052), al regular las condiciones de traspaso de jurisdicción, crea un tipo atenuado de aquella figura básica, estipulando que los delitos contenidos en el art. 5 inc. “c” y “e” serán de competencia provincial “cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al*

consumidor”.

Según su óptica, se normativizó “...un ámbito de menor criminalidad, más el nuevo tipo no ha sido acompañado de la correlativa mengua de la escala penal. En efecto, el aludido art. 34 desfederaliza conductas de menor envergadura que aquellas que permanecen en la órbita de la Justicia Federal, a cuyo fin describe los comportamientos, creando figuras atenuadas; técnica que lejos de constituir un simple criterio delimitador de jurisdicciones, instaura claramente un nuevo delito que contempla lo que se denomina “microtráfico” o “narco menudeo” y se erige en un subtipo -mitigado- de la figura básica...”.

Se comparte en gran proporción esos argumentos. El legislador mediante la inclusión de la previsión del art. 34 de la citada ley plantea una diferencia sustancial entre los supuestos orientados al micro y al marco comercio de estupefacientes, que luego omite regular en un artículo específico del plexo, aun cuando así debiera haberlo hecho.

Finalmente, señala que “...al no haberse reducido equitativamente la escala penal aplicable a aquellos que se ubican en el último tramo del narcotráfico, el legislador ha incurrido en una omisión que decanta en una injusticia violatoria del principio de proporcionalidad, ya que los tipos introducidos por el art. 34 inc. 1º (según ley 26.052) definen una ofensa de menor gravedad para el bien jurídico protegido, al contemplar el comercio de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor, esto es aquel que constituye “el último eslabón de la cadena de comercialización”; empero no prevén una pena morigerada, sino que se encuentran conminados con la misma sanción que la prevista para aquellos delitos que reprimen hechos de mayor envergadura, más sofisticación y menor vulnerabilidad de los sujetos que la perpetran (los que continúan siendo de competencia federal)...”.

Concluye entonces sosteniendo que “el legislador ha incurrido en una omisión”, y que

esta debe ser subsanada por vía judicial, resultando aplicable al caso la denominada “regla de la clara equivocación” definida por este Tribunal en “Zavala” (S. n° 56 del 8/7/2002).

Por su parte, **la Cámara Novena del Crimen, en el fallo “Lucero” (sentencia n° 21 del 02/09/2014)**, señaló que era necesario que los jueces, al aplicar los preceptos mencionados de la ley 23.737, preserven *“la necesaria armonía del sistema..., pues es inocultable la realidad de que desde hace mucho tiempo se ha prescindido de la idea de lo que constituye un “sistema”, como que tras cientos y cientos de reformas que ha sufrido el Código Penal, muchas de ellas de manera espasmódica frente a algunos hechos de resonancia social, en la actualidad, éste, las leyes complementarias y las especiales, muestran discordancias graves y evidentes en torno a las penas”*.

Expuso además que se refería también a *“las leyes complementarias y las especiales porque pareciera haberse entendido que éstas no forman parte del sistema penal: no se explica de otra forma –salvo que se piense que son penas seleccionadas adrede en procura de un efecto procesal– que el mínimo de cuatro años de prisión sea algo excepcional en el Código, como que se lo emplea sólo en dos oportunidades (art. 125 inc. 1 y 126), pero está presente en la ley 23737 casi como el mínimo normal (arts. 5, 6 y 9)”*.

En este precedente –al igual que en el emanado de la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba que veremos a continuación- se declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en abstracto por la Ley 23.737, aunque con argumentos distintos a los aquí sostenidos.

En los autos “Giménez, Sebastián Andrés – Reynoso Ivana Soledad” (Expte. 1836639 – Auto n° 156 del 30 de Abril de 2015, dictado por la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba), en voto en minoría, el Dr. Gabriel Pérez Barberá señala (en el punto “IX” de su exposición) que -a su juicio- si la ley de estupefacientes introdujo

una distinción entre tráfico mayor y tráfico menor de estupefacientes, y no obstante “*...no dispuso ninguna diferenciación en las escalas penales que correspondería aplicar a uno y otro supuesto, quedando por tanto todos ellos bajo un mismo marco punitivo –cuatro a quince años de prisión– que de ninguna manera puede decirse que es el que corresponde a una criminalidad escasa o menor, es claro que dicha ley no puede ser razonable en los términos establecidos por la CSJN en su jurisprudencia sobre control judicial de razonabilidad de las leyes (inicialmente elaborada a partir del art. 28 de la CN), en la que, cuando se trata de injerencias estatales en derechos individuales fundamentales (que es lo que obviamente ocurre cuando el Estado pretende imponer una pena privativa de la libertad a un individuo), la proporcionalidad de la injerencia estatal (en este caso la pena) juega un papel preponderante...*”.

Salvando las diferencias existentes entre ambos casos (en el de referencia sólo se analizó la constitucionalidad del mínimo de la escala penal del delito en cuestión, en abstracto; en el presente se analiza la constitucionalidad de ambos extremos) coincido sustancialmente con su razonamiento. Debo aclarar además que, por la naturaleza de la situación que hoy debemos resolver, corresponde expedirse sobre su incidencia en la constitucionalidad de la escala prevista para el delito analizado, sobre la cual se individualizó la pena impuesta al imputado Loyola.

Según el voto del Dr. Pérez Barbera –en coincidencia a su vez con “Lucero” de la Cámara Novena del Crimen- estamos en este caso ante “*una clara equivocación del legislador lo que se verifica en el caso de la pena mínima hoy vigente para casos de comercialización (o de tenencia con ese fin) de estupefacientes que forman parte del denominado “tráfico menor”, esto es, de aquel que, según el actual art. 34 de la ley 23.737 (introducido por ley n° 26.052, B.O. 31/08/2005), puede ser investigado por las justicias provinciales, previa ley de adhesión*”. Si bien y como ya lo señalé, en este

caso nos referiremos a la escala completa, debo reconocer que coincido en este aspecto también: lo que aquí se diga con respecto a la escala penal del art. 5° inc. “c” de la ley 23.737 debe ser entendido indistintamente para los delitos de comercialización de estupefacientes y los de tenencia de estupefacientes con esa finalidad.

En cuanto a los motivos que autorizan la declaración de inconstitucionalidad de una norma –considerada en abstracto- señala el votante que *“el camino correcto consiste en detectar incoherencias crasas en las que ha incurrido el legislador dentro de la regulación referida al narcotráfico”*, diferenciándose de los distintos argumentos sostenidos por sus colegas (especialmente en autos “Lucero”) para llegar a tal fin. Más adelante marcaré mis coincidencias con sus argumentos.

III. Habiendo realizado un repaso sobre las distintas posturas y soluciones a que arribaran tribunales –tanto en el orden federal como local- corresponde dejar sentada mi postura al respecto.

1. Un parangón que ilustra mi posición.

Aun encontrándonos ante tipos penales diferentes, que intentan proteger un bien jurídico distinto a la salud pública (básicamente, la actividad financiera del Estado, actividad destinada a generar recursos), entiendo que puede realizarse un ejercicio comparativo entre la distinción micro-macro narcotráfico (específicamente en el tipo de comercio de estupefacientes) y el delito de evasión impositiva simple del art. 1° de la Ley 24.769 y la evasión agravada del art. 2° inc. “a” de la misma ley.

Por estar ambas conductas en la órbita penal, me encuentro eximido de desarrollar la controvertida distinción entre infracción tributaria y delito tributario (es decir las conductas de evasión previstas en la Ley de procedimiento administrativo -N° 11.683- y la Ley Penal Tributaria –N° 24.769-). No obstante, me veo obligado a aclarar que coincido en este sentido con el tributarista Juan Manuel Álvarez Echagüe, quien –con citas de distintos autores- señala que para quienes se enrolan en la teoría penalista, no

hay diferencias ontológicas esenciales entre las sanciones penales y las administrativas, existiendo entre ellas una unidad sustancial, ya que ambas tienen como finalidad sancionar menoscabando un bien jurídico del infractor con fines retributivos o preventivos (Ver Díaz Sieiro H., y otros, ob. cit., pág. 319). Ambas sanciones pertenecen a la categoría de sanciones de naturaleza penal (dentro de las cuales encontramos a las sanciones administrativas y a las sanciones penales en sentido estricto, cfr. Pérez Royo, “Infracciones Tributarias”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág.13), cuya principal diferencia la encontramos cuando analizamos cuál es el órgano encargado de aplicarlas, sea la Administración Pública en el caso de las sanciones administrativas, o bien los tribunales del Poder Judicial en el caso de las sanciones penales *stricto sensu*. Otra diferencia que no es sustancial, sino que sólo es una cuestión de grado, es la relacionada con que a los delitos les corresponden penas más duras que a los incumplimientos de deberes formales (en este sentido, Gutman Marcos, “La sanción de clausura en el Derecho Tributario Argentino”, Revista Iberoamericana de Derecho Tributario, n° 3, pág. 647) – (Seminario sobre “Sanciones Tributarias - Tres años de experiencia y el Proyecto de Reforma” organizado por la Universidad para la Cooperación Internacional, el Centro de Estudios Tributarios y el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 17 y 18 de marzo de 1999). En efecto, el artículo 1° de la Ley 24.769 señala que “Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año”.

A su vez, el artículo 2° indica que “La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años de prisión, cuando en el caso del artículo 1° se verificare cualquiera de los siguientes supuestos: a) Si el monto evadido superare la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000)...” - (artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011).

En estos supuestos, el legislador tuvo la sabia precaución de prever la creación de dos tipos penales, idénticos en cuanto a su conformación, con un solo elemento que los diferencia: el monto evadido.

El monto evadido por el contribuyente es el que marca la pauta que indica cuándo estamos ante un hecho “más grave” o que provoca una lesión mayor al bien jurídico que la norma protege, o ante un hecho “menos grave” que provoca una lesión de inferior intensidad. Esta “condición objetiva de punibilidad” (o elemento del tipo penal, según la posición doctrinaria a la que se adscriba), divide la evasión simple (más de \$ 400.000) de la evasión agravada (más de \$4.000.000).

Va de suyo, el hecho “más grave”, en el sentido de “el hecho que provoca más daño o mayor lesión al bien jurídico”, conlleva una escala penal mayor.

Como fácilmente puede advertirse, en este caso, el legislador realizó una previsión al momento de la conformación de la norma (Ley Penal Tributaria), en cuanto a la descripción en abstracto de una misma conducta, contenida en dos artículos diferentes (art. 1 y 2), los que, de acuerdo a la intensidad de lesión que cada uno de ellos provoca con relación al bien jurídico, tienen asignada una escala penal en abstracto diferenciada: la lesión mayor –en abstracto- conlleva una escala penal mayor; la lesión menor –en abstracto- conlleva una escala penal menor.

Esta diferenciación que brinda al juez la posibilidad de fijar la pena en concreto para el caso particular, en base a diferentes escalas penales de acuerdo a la entidad de la lesión, lo que a su vez marca la posibilidad de encuadrar la conducta en el tipo penal

adecuado, se encuentra tanto en el texto actual de la ley penal tributaria, como en su redacción anterior.

Y es justamente esa situación la que –lamentablemente- no se tuvo en cuenta al momento de la sanción de la Ley 26.052.

Volviendo al caso de autos, considero que el punto de inflexión está en la distinta afectación al bien jurídico que poseen las conductas llamadas de micro y macro tráfico, en contraposición a la idea tradicional que sostiene que el tráfico o comercio de estupefacientes es siempre un mismo hecho y que para diferenciar los distintos niveles de lesión es suficiente con recurrir al marco de la escala penal en abstracto de esa figura.

Problemas varios se suscitan –como en el presente- cuando el mínimo de la escala penal excede la lesión al bien jurídico (en comparación con otros tipos penales que reflejan hechos más gravosos, que generan mayor lesión) y además –en el caso concreto- de forma desproporcionada a la culpabilidad del autor. Esta situación no se tuvo en cuenta al momento de la sanción de la Ley 23.737, ya que históricamente toda actividad de comercio (mayorista o minorista) se encontraba -o se suponía que debía encontrarse- dentro de los márgenes legales previstos por el legislador, sin existir en ese momento la diferencia de competencias según se trate de conductas de tráfico mayor o menor.

El cambio sustancial surge –reitero- con la posibilidad de adhesión provincial a la persecución de determinados delitos vinculados al narcotráfico. Esto -en realidad- podría ser visto no como una delegación de competencia federal a la provincial, sino como la reasunción de la provincia en la persecución de determinado fenómeno delictivo (en este caso el narcotráfico de menor cuantía). Circunstancias varias llevaron a la incorporación de esta posibilidad. Una de ellas -entiendo- se centra en que en la actualidad es necesario realizar una diferenciación entre los distintos tipos o

formas que ha adoptado el comercio de estupefacientes. Esta diferenciación debe considerarse de manera sustancial, cercana a la necesidad de la conformación de un tipo penal que refleje una realidad (conducta) que de hecho existe (el micro comercio).

En este marco, se puede afirmar que existió un claro error, un olvido u omisión del legislador que debe ser considerado craso y relevante. La situación merecía una diferenciación legal que abarcara este segmento de hechos que eventualmente pueden pasar a la competencia provincial. No obstante -obviamente- la referida diferenciación no podría restringirse sólo a los casos de persecución penal de provincias adherentes, sino que la norma general debería abarcar a las que conservan la competencia federal, mientras que hubiera correspondido incluir dentro del esquema normativo de la Ley 23.737, y conjuntamente con la posibilidad de adhesión del art. 34 de la Ley 23.737, un nuevo tipo penal que regulara específicamente la situación del llamado menudeo o microtráfico.

Este extremo puede considerarse una "clara equivocación" del legislador (tal como se plasmó por este mismo cuerpo en autos "Zabala, Hilda"). Y este error puede ser reconducido a una situación de "olvido u omisión". El olvido o la omisión pueden ser considerados como un error, pero sólo desde el punto de vista de quien advierta que realmente existió la necesidad de generar o crear aquello que se omitió u olvidó, caso contrario, no podría ser tenido en cuenta como error.

En definitiva, lo que demuestra la posibilidad de adhesión, dividiendo las conductas de micro tráfico y tráfico mayor -entre otras tantas- es que al menos para este tipo penal -"comercialización de estupefacientes o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización" (art. 5 inc. "c" de la Ley 23.737)-, es que actualmente no puede sostenerse que todo comercio de estupefacientes puede ser considerado de la misma forma o bajo el mismo estándar normativo/punitivo. Esta situación lleva a los jueces a

analizar la constitucionalidad de los mínimos de las escalas penales tradicionales que no se adecuan a las circunstancias del hecho, en vinculación directa a la lesión al bien jurídico y a la culpabilidad del autor, violando en consecuencia diversos derechos reconocidos constitucionalmente, entre otros -pero principalmente- el de proporcionalidad de la pena con el hecho o conducta lesionadora.

2. El precedente “Zabala” de esta Sala - Inconstitucionalidad del mínimo legal.

Teniendo en cuenta la pertinencia de la cita de dicho precedente, me permito reproducir su contenido sustancial, enfatizando que –en el aspecto técnico jurídico- la discusión de entonces giraba en torno a las diferencias existentes entre la emoción violenta y las circunstancias extraordinarias, que posibilitaban conceptuar a la primera como una atenuante de mayor entidad que la segunda.

Viene al caso recordar algunos segmentos del fallo. Textualmente, dice: *“La emoción violenta, por su excusabilidad, genera un menor reproche de culpabilidad que en las circunstancias extraordinarias, pues si en ésta ha existido emoción violenta falta la excusabilidad; de allí que las penas de ambas figuras, cuando comenzaron a coexistir en el Código Penal, reflejasen esa diferencia. Cuando la ley 17.567 introdujo las circunstancias extraordinarias en caso de concurrencia con la agravante del vínculo (80, 1º), estableció la pena de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años; mientras que para la emoción violenta (81, 1º) en idéntica concurrencia fijó la escala de dos a ocho años de prisión. Adviértase que la punitividad de la emoción violenta era notablemente menor por la magnitud de la pena, tanto en su mínimo como en su máximo. Esa relación fue mantenida incluso por la ley 21.338. La discordancia aparece cuando, al derogarse la ley 21.338 por el Parlamento del gobierno democrático de 1983, la Ley de Defensa de la Democracia (Nº 23.077) mantuvo, en lo que aquí interesa, la misma pena para las circunstancias extraordinarias de atenuación de la ley 21.338, pero al derogar la disposición que se refería a la pena de*

la emoción violenta, se volvió a la que originariamente tenía en el Código Penal de 1921: reclusión o prisión de 10 a 25 años. Desde la vigencia de la ley 23.077 (1984) hasta la actualidad, es decir durante prácticamente dos décadas, se mantienen esos incongruentes marcos punitivos que conducen a una pena más grave para la atenuante mayor, ya que el mínimo de la emoción violenta -máxima atenuante- es dos años mayor que el de las circunstancias extraordinarias de atenuación -atenuante menor-. La apuntada discordancia resulta de una irrazonabilidad e inequidad manifiesta (CSJ, "Martínez, José Martín", Fallos 312:826, del Voto del Dr. Fayt que concurre a formar la mayoría del Alto Tribunal), harto elocuente para viciar la constitucionalidad de la escala penal del homicidio en estado de emoción violenta. No obsta a este examen la falta de planteo de la cuestión constitucional ya que "tratándose de materia penal, que está al margen de los intereses puramente individuales y corresponde a la esfera del interés público, los tribunales pueden, en los casos sometidos a su conocimiento, examinar por propia iniciativa la constitucionalidad de las normas en cuestión y negar la aplicación de las que consideren inconstitucionales". (Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Ed. Lerner, T. I, p. 91). Tal irrazonabilidad aparece, como se ha visto, como fruto de un error del legislador que al derogar la ley penal del gobierno de facto en relación a la emoción violenta, produjo el efecto de punir con mayor rigor esa ofensa al mismo bien jurídico con menor culpabilidad, que la ofensa con un grado de culpabilidad mayor. Resulta al caso aplicable la denominada **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

constitucional 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). No se trata de controvertir por los jueces el mérito, conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales, sino de reparar el error a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego. Entre esos principios se encuentran el de igualdad (CN, 16), que al menos exige tratar de manera semejante a quienes se encuentren en situaciones similares. En estrictez, para la conceptualización de la Corte Suprema, la garantía de igualdad "importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos 101:401; 124:122; 126:280; 127: 167, entre muchos otros). Si esto es así para quienes se encuentran en identidad de circunstancias, también lo es respecto de quien se encuentra en una situación similar y de menor reprochabilidad, como acontece para quien mata en estado de emoción violenta excusable respecto de quien está en las circunstancias extraordinarias. Es que resulta lesionada esta garantía a por lo menos igualdad de trato, si el mínimo de la pena para quien tiene la atenuante mayor es superior a la de quien tiene la atenuante menor. También entre los principios constitucionales lesionados se encuentra la proporcionalidad de la pena con la culpabilidad. El principio de proporcionalidad emerge del propio estado democrático de derecho (CN, 1) y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines. En su vinculación con la culpabilidad, se ha señalado que "cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal debe apartarse del mínimo hasta lograr una pena

adecuada a la culpabilidad del hecho" (Zaffaroni, Eugenio R. y otros, "Derecho Penal-Parte General", Ed. Ediar 2000, p. 955). Para el caso, el mínimo de la emoción violenta (10 años) resulta desproporcionado para el grado de culpabilidad de la acusada, en comparación con el mínimo de las circunstancias extraordinarias (8 años) en que el grado de culpabilidad es mayor. Por las razones expuestas, entonces corresponde declarar la inconstitucionalidad de la pena del homicidio en estado de emoción violenta cuando concurre con la agravante del vínculo. Atendiendo a que la defensa ha consentido el monto de la pena establecido por el tribunal de juicio (8 años de prisión) ésta es la pena que corresponde individualizar, con las accesorias de ley y costas. Adviértase por lo demás que esa cuantía resulta ser el mínimo del homicidio calificado en circunstancias extraordinarias y de acuerdo a los antecedentes de las leyes 17567 y 21338 era el máximo de la escala penal del homicidio calificado en estado de emoción violenta. Esta última equivalencia sustenta asimismo la falta de interés en el tratamiento de los recursos de los acusadores en relación a la ausencia de ponderación de circunstancias agravantes por los jueces de la causa...".

En definitiva, de lo expuesto surge con claridad la desproporción y consiguiente desigualdad que comportaría aplicar al caso la escala penal del delito que venimos tratando, por lo que oportunamente resultará indispensable que me expida sobre la escala penal que considero adecuada a los fines de devolver la proporcionalidad y razonabilidad que debe existir entre la conducta descrita en abstracto, la magnitud del castigo que el Estado puede infligir al autor de la lesión al bien jurídico (traducida en un mínimo y un máximo de prisión), y la intensidad de la lesión -en sí misma y relacionada con otros tipos penales de la misma Ley 23.737 (narcotráfico mayor)-.

En ese camino, fueron varios los argumentos tratados en los distintos supuestos anteriormente analizados. En ese sentido, entiendo que argumentar que existe otro

delito similar o que se considera similar al tratado efectivamente en la causa, que posee una escala penal distinta, pero que resulta *mucho más adecuada al caso de autos*, no autoriza a trasladar la escala desde el primero al segundo.

Por mi parte, considero que el punto de inflexión está en la distinta afectación al bien jurídico que poseen las conductas llamadas de micro y macro tráfico, en contraposición a la idea tradicional que sostiene que el tráfico o comercio de estupefacientes es siempre un mismo hecho y que para diferenciar los distintos niveles de lesión es suficiente con recurrir al marco de la escala penal en abstracto de esa figura. Esta distinción es posible –como ya mencioné- tras la modificación de la ley de estupefacientes.

Problemas varios se suscitan –como en el presente- cuando el mínimo de la escala penal excede la lesión al bien jurídico y además de forma desproporcionada a la culpabilidad del autor. Esta situación no se tuvo en cuenta al momento de la sanción de la Ley 23.737, ya que históricamente toda actividad de comercio (mayorista o minorista) se encontraba -o se suponía que debía encontrarse- dentro de los márgenes legales previstos por el legislador.

El cambio sustancial surge con la posibilidad de la adhesión provincial a la persecución de determinados delitos vinculados al narcotráfico. Esto -en realidad- podría ser visto no como una delegación federal a la provincia, sino como la reasunción de la provincia en la persecución de determinado fenómeno delictivo (en este caso el narcotráfico de menor cuantía). Circunstancias varias llevaron a la incorporación de esta posibilidad. Una de ellas -entiendo- se centra en que –en la actualidad- corresponde realizar una diferenciación entre los distintos tipos o formas que ha adoptado el comercio de estupefacientes. Esta diferenciación debe considerarse de manera sustancial, más allá de la simple escala en abstracto de la figura penal, cercana a la necesidad de la conformación de un tipo penal que refleje una realidad

(conducta) que de hecho existe (el micro comercio).

Entiendo que la posibilidad prevista en el art. 34 de la Ley 23.737 refleja en parte esta idea, con la salvedad de que el legislador omitió su redacción a modo de reconocimiento específico para los delitos "desfederalización", sin contemplar además una escala penal adecuada a la real lesión que ese tipo de conductas provoca al bien jurídico que la norma intenta proteger (salud pública o pluriofensa, de acuerdo al criterio).

En este marco, se puede afirmar que existió un olvido u omisión palmariamente relevante. La situación merecía una diferenciación legal que abarcara este segmento de hechos: los que eventualmente pueden pasar a la competencia provincial. No obstante, considero que -obviamente- la referida diferenciación no podría restringirse sólo a los casos de persecución penal en las provincias adherentes, sino que la norma general debería abarcar a las que conservan la competencia federal. Es que -repito- de acuerdo a mi entendimiento, **hubiera correspondido incluir dentro del esquema normativo de la Ley 23.737, y conjuntamente con la posibilidad de adhesión del art. 34 de la Ley 23.737, un nuevo tipo penal que regulara específicamente la situación del llamado menudeo o microtráfico.**

La falta de coherencia que generó la diferente valoración entre el comercio mayor y el comercio menor de estupefacientes sin su proyección en un tipo autónomo con una escala penal diferenciada, rompió el equilibrio y la razonabilidad que poseía la estructura de la Ley 23.737 antes de la reforma en el año 2005, situación que impacta en los casos concretos de este fuero a partir de la sanción de la Ley Nro. 10.067 que comenzó a regir con fecha 1/12/2012 (art. 1° - Adhiérase la Provincia de Córdoba a las disposiciones del artículo 34 y concordantes de la Ley Nacional N° 23,737 y sus modificatorias, en los términos, condiciones y alcances previstos por la Ley Nacional N° 26.052).

Recapitulando, esta situación debe considerarse como una "clara equivocación" del legislador (tal como se plasmó por este mismo cuerpo en autos "Zabala Hilda..."). Esta equivocación puede ser reconducida fácilmente a un "olvido u omisión" del legislador. Y el olvido o la omisión pueden ser considerados como un error, pero sólo desde el punto de vista de quien advierta que realmente existió la necesidad de generar o crear eso que se omitió u olvidó, caso contrario, no podría ser tenido en cuenta como error.

Como sea, lo que demuestra la posibilidad de adhesión, dividiendo las conductas de micro tráfico y tráfico mayor -entre otras tantas- es que al menos para este tipo penal "comercialización de estupefacientes o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización" (art. 5to. inc. c de la Ley 23.737) es que actualmente no puede sostenerse que todo comercio de estupefacientes puede ser considerado de la misma forma o bajo el mismo estándar normativo/punitivo. Esta situación lleva a los jueces a analizar la constitucionalidad de los mínimos de las escalas penales tradicionales que no se adecuan a las circunstancias del hecho en vinculación directa a la lesión al bien jurídico y a la culpabilidad del autor, violando en consecuencia diversos derechos reconocidos constitucionalmente, entre otros -pero principalmente- el de proporcionalidad de la pena/hecho o conducta lesionadora.

Claramente lo señaló el Dr. Pérez Barbera en autos "Giménez": *"...Dicho de otro modo: es evidente que el legislador tuvo el tino de considerar menos grave en abstracto a esas conductas (y que por eso las incluyó entre las que podían pasar a las jurisdicciones provinciales para su investigación y juzgamiento), pero que, no obstante ello, equivocadamente y sin dudas por mero olvido involuntario, omitió reflejar esa consideración más benigna en la pertinente disminución de la escala penal aplicable a ellas. Así, a la competencia provincial pasan delitos relacionados con estupefacientes que son todos ellos leves (o por lo menos de escasa gravedad) por*

sus atenuadas escalas penales, salvo el único caso del art. 34 inc. 1º de la ley 23.737, que en virtud de este claro error legislativo mantiene una escala penal de cuatro a quince años de prisión, propia de delitos especialmente graves, según se vio. Esta es la clara equivocación legislativa que corresponde corregir aquí mediante la pertinente declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la pena privativa de la libertad aplicable al supuesto previsto por este art. 34 inc. 1º de la ley 23.737, en conjunción con el primer párrafo del art. 5º de la misma ley (cuatro años de prisión)...”.

También agrega -al avanzar con el análisis de este punto y a los fines de no confundir la necesidad de la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal referida, con una cuestión que sólo involucre una disconformidad del juez con cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia legislativas-, el siguiente párrafo: *“Lo que, por el contrario, deja de ser una decisión de política criminal y constituye un error legislativo sí censurable por los jueces en virtud de su manifiesta claridad (en el sentido expuesto por el TSJ en la citada causa “Zabala”) es el hecho de que se haya mantenido una pena propia de un delito especialmente grave para un tipo penal nuevo que, como surge de su propia redacción y de la discusión parlamentaria, explícitamente pretendía incluir sólo a conductas de comercialización de escasa gravedad, entre otros comportamientos similares como los de entrega, suministro, etc. a título oneroso...”*. Esas circunstancias –claramente- no están sujetas a control jurisdiccional.

Amén de lo enunciado, considero que la proporcionalidad como garantía constitucional en el proceso penal no sólo se debe limitar a la pena concreta que se impone a un sujeto penalmente responsable por el hecho cometido en vinculación directa al bien jurídico lesionado (la lesión concretamente ocasionada) sino también como proporcionalidad en cuanto a un tratamiento equivalente ante situaciones de

similares características. En este sentido es aplicable el parangón que párrafos más arriba realicé con respecto a la previsión en el ámbito normativo de los ilícitos tributarios; en otras palabras, una escala penal diferenciada ante conductas similares que tienen un poder de lesión de menor entidad.

En este sentido, el Dr. Yacobucci, al justificar la razón de una de sus excelentes publicaciones, sostuvo que *“El objeto de este estudio es poner en evidencia la importancia que tiene el principio de proporcionalidad como instrumento regulador de la Política Criminal en todas sus instancias de configuración (legislativa y jurisdiccional). El principio de proporcionalidad aparece en el centro de la Política Criminal por cuanto es el encargado de vincular de manera razonable las exigencias, muchas veces enfrentadas, de la comunidad, por un lado, frente a las libertades individuales, por el otro. Según mi pensamiento, la proporcionalidad otorga razonabilidad al modo en que los requerimientos del Bien Común Político en materia de seguridad y tranquilidad social, son instrumentados frente al reconocimiento de la Dignidad de la Persona Humana...”* (El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal - GUILLERMO JORGE YACOBUCCI – 2004 - www.saij.jus.gov.ar - Id SAIJ: DACF040067).

La CSJN, en un antiguo precedente, señaló que *“...La garantía de la igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en iguales circunstancias...”* (M. 896. XXI.; Martínez, José Agustín s/ robo calificado s/ causa N° 32.154 - 06-06-1989 T. 312, P. 826). En el mismo fallo sostuvo que *“...Constituye una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la Constitución Nacional, aquella establecida por una ley que contempla en forma distinta situaciones que son iguales...”*; *“...El art. 38 del decreto -ley 6582/58, que reprime el delito de robo de automotor cometido con armas, incurre en un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en*

los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado...”; “...Cabe ponderar la arbitrariedad y la irrazonabilidad de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo, a efectos de impugnarlas como inconstitucionales... Establecida la irrazonabilidad o iniquidad manifiesta de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo, corresponde declarar su inconstitucionalidad (Voto del Dr. Carlos S. Fayt)”; “...la norma cuestionada ha tenido como resultado que al acusado se le haya aplicado una sanción penal que parte de una mínima que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles (art. 166 cit.), sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple (art. 79 CP), debiéndose tomar en cuenta la jerarquía del bien jurídico protegido en éste último caso, ya que la vida humana constituye una condición necesaria para el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y las leyes. Tales circunstancias ponen de relieve un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (ver en sentido coincidente el fallo de la Corte Suprema estadounidense, in re Solem v. Helm, 463 U.S. 277, 77 L. Ed, 2d. 637 y sus citas)...”.

Este precedente del Máximo Tribunal del país nos permite deducir –prima facie– dos cuestiones fundamentales: (1) es posible analizar la constitucionalidad de las escalas penales establecidas por el legislador; y por otro lado (2), al señalar que “*Constituye una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la Constitución Nacional, aquella establecida por una ley que contempla en forma distinta situaciones que son iguales*”, está diciendo también que contemplar de igual forma dos situaciones distintas

constituye por ende una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la CN.

En sentido similar se expidió en autos “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa n° 6491” (14-05-1991 - T. 314, P. 424 - Fallo: 314:424), al señalar que “*De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos 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 en un Estado de Derecho. En ese sentido, 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*”; “*En virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 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 estime pertinente*”; “*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*”; “*Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la*

conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente”; “Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada”; “Se puede introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad, pero el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal”; “La única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan”.

Lo expone claramente también el Dr. Pérez Barbera en su voto –anteriormente reseñado- al indicar que “...corresponde, en casos como el presente, analizar el mandato de razonabilidad de la ley, emanado del ya varias veces citado art. 28 de la CN, según jurisprudencia constante de nuestro máximo tribunal constitucional (cf. especialmente Fallos, 199:483). Con la expresión ‘razonabilidad’ la Corte hace referencia, en rigor, al mandato de proporcionalidad que toda ley, y en especial toda ley restrictiva de derechos fundamentales, debe observar para ser constitucionalmente válida. Esto es lo que surge de la definición que la propia CSJN brinda de la exigencia de razonabilidad de la ley: ‘esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional «cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o

cuando consagren una manifiesta iniquidad» (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas)’ (Fallos: 315:142; 319:2151, entre muchos otros). La adecuación del medio al fin es, en efecto, lo que hace que una ley sea proporcional en sentido estricto, y por eso se ha dicho que la Corte ha adoptado a ‘la proporcionalidad como medida de la razonabilidad’ (Gelli, op. cit., p. 251). La Corte, en efecto, ya desde el citado caso ‘Inchauspe’ viene sosteniendo que a ella sólo le ‘incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir’. Es decir, queda afuera del control constitucional todo lo referido a las razones de oportunidad y conveniencia que determinaron al legislador a dictar la normativa de que se trate (CSJN, Fallos: 224:810, 256:386, 311:1565, 318:785, etc.), pues ello forma parte de las llamadas cuestiones políticas no justiciables (CSJN, Fallos: 68:238, 243:467, 304:351, entre muchos otros).

En consecuencia, considero que la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del 34 inc. 1° de la ley 23.737 carece 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 voto.

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijeron:

Considerando razonables y adecuados los fundamentos de los dos votos precedentes, no existiendo contradicciones entre sus argumentos y conclusiones, adherimos a ellos.

Así votamos.

Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati, Luis Enrique Rubio y Carlos Francisco García Allocco, dijeron:

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 arriban respecto a la existencia de una clara equivocación del legislador al mantener la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la ley 23737 para los delitos desfederalizados en función de la incorporación del art. 34 por ley 26052. Damos razones:

I. Conforme 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", 04/09/2007 -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), no es el caso que se presenta en autos.

II. Bajo tales parámetros, no es posible afirmar que la escala penal prevista por el art. 5 inc. "c" de la ley 23737 sea inconstitucional para el caso, por resultar manifiestamente lesiva del principio de proporcionalidad como invoca el impugnante con fundamento en disposiciones del Código Penal que protegen igual bien jurídico (arts. 200 y ss.) y tampoco a consecuencia de la modificación introducida a la competencia federal por ley 26.052 (art. 34), como sostienen los señores vocales preopinantes.

En cuanto a lo primero, porque si bien la norma objetada protege el mismo bien jurídico -salud pública- que otras disposiciones de la legislación de fondo (arts. 200 y ss. CP), las conductas reprimidas por la ley 23737 extienden también su protección a otros bienes jurídicos y por ello se las ha caracterizado como delitos *pluriofensivos*, principalmente a partir de la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena 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 extiende 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" (Fallos: 313:1333; "Montalvo"). Así lo ha señalado este Tribunal al pronunciarse sobre el bien jurídico protegido por la ley 23737 (Sala Penal, "Cejas", S. n° 403, 20/10/2014).

Además, porque al establecer las sanciones a aplicar en materia de narcotráfico el legislador tuvo en cuenta otras *razones de política criminal* estrechamente vinculadas a los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, entre los cuales se destaca el de asegurar que cualquiera facultad legal discrecional relativa al enjuiciamiento de personas por estos delitos se ejerza "*para 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*" (art. 3 incs. 6 y 9 de la Convención de Viena de 1988).

Así surge de los fundamentos de la ley 23737, que expresamente refieren a la ineficacia de las penas y la pérdida del valor disuasivo "*al tornarse excarcelables conductas que se previó no lo fueran*" como principales razones para el aumento de las sanciones penales previstas por la ley 20771 (v. punto V.1, primer voto).

Por lo tanto, la mayor sanción prevista por el art. 5 inc. c de la ley 23737 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 (cfr. Fallos: 240:223; 247:121; 251:21; entre muchos otros).

Tampoco son suficientes los argumentos relativos a la desproporcionalidad o

desigualdad de la pena prevista por el art. 5 inc. c de la ley 23727, que surgiría luego de la modificación a la competencia federal introducida por la ley 26052 (art. 34).

La referencia del legislador al tráfico de menor cuantía o entidad o "microtráfico" de estupefacientes como criterio para delimitar el ámbito de la competencia provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la inconveniencia de recurrir a parámetros numéricos (v. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del día 21/8/1986, p. 1839), no conduce a concluir que ha sido considerada por aquél como un conducta de menor gravedad en relación a la afectación del bien jurídico protegido.

De la exposición de motivos de la ley 26052 surge que el fin que persiguió la modificación de la competencia fue *"incorporar elementos contra esos 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 en la vida de todos los días como un riesgo más mediato."* (HCS, Expte. 1222-S-03).

Por otra parte, diversos pasajes del debate parlamentario aluden a la gravedad de las conductas de tráfico dirigidas directamente al consumidor por su poder expansivo, por los efectos dañosos que producen directamente en la salud individual y particularmente de los jóvenes, por la incidencia negativa que tiene en las comunidades barriales, educativas, deportivas y en los sectores más vulnerables, y por su vinculación con la comisión de delitos violentos (v. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del día 6/8/2004, pág. 16/32).

En consecuencia, no es posible asegurar que la mención del legislador a la menor cuantía o entidad de los delitos desfederalizados responda a un criterio objetivo de menor afectación a la salud pública y, por ende, concluir que incurrió en una clara equivocación al mantener igual respuesta penal para conductas de diferente gravedad.

Máxime, cuando 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 y mantener la competencia federal para la delincuencia más organizada que es la que generalmente excede a las jurisdicciones locales (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 4/5/2005, p. 134).

En el mismo sentido se advierte 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 y en ese sentido, incluso aclaró que las modificaciones que se introducían no importaban reducción penal alguna (*"No estamos bajando ninguna pena referida a la comercialización de droga, la que sigue siendo de 4 a 12 años"*, v. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 6/10/2004, p. 40). No se trata, entonces, de una omisión o descuido, sino de una elección consciente y voluntaria del legislador 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.

Adviértase que la propia Corte Suprema de Justicia ha señalado -sin reparo alguno- que el criterio utilizado para distribuir la competencia en materia de narcotráfico se inspiró en principios de política criminal consistentes en dejar afuera de la jurisdicción federal aquellos hechos que significarían *"el último eslabón de la cadena de comercialización"* por *"la inmediatez con la que puede actuar en esos casos la justicia local en el interior del país"* ("Echevarría", Fallos: 329:6047; entre otros). Repárese, además, que el Máximo Tribunal de la Nación también tiene dicho que las

normas deben ser interpretadas indagándose su verdadero alcance mediante un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador *"la que no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal que dificulten la consecución de la finalidad que persigue"* (Fallos: 310:572) y que la primera regla de interpretación de las leyes es la de *"dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley"* (Fallos: 316:2561) y que también debe efectuarse una interpretación lógica del precepto teniendo en cuenta *"la exposición de motivos de las normas legales como un valioso criterio interpretativo acerca de la intención de sus autores"* (Fallos: 316:1718). Asimismo ha señalado *"que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto"* (Fallos: 301:46 y 304:794, entre otros).

Pues bien; la voluntad del legislador reflejada en el debate parlamentario y en uno de los proyectos que dieran origen a la sanción de la ley 26.052 (ver en especial por su orden la posición al respecto de las senadoras Sonia Margarita Escudero y Mabel Müller) se dirigió a desfederalizar las conductas vinculadas al tráfico de drogas *"fraccionadas en dosis destinadas directamente al consumidor"* (art. 34) por la inmediatez y mayor eficacia con la que los gobiernos locales podían investigar, perseguir y reprimir estas conductas, es decir, por cuestiones de *política criminal* y no porque considerara que se trata de conductas de menor gravedad en cuanto grado de afectación del bien jurídico protegido. De allí que haya aclarado expresamente que la modificación de la competencia federal no alteraba en nada las penalidades previstas en la ley 23.737, cuya aplicación corresponde entonces sin distinción en ambas jurisdicciones, dentro de los parámetros previstos por los arts. 40 y 41 CP.

En ese contexto, no resulta un dato menor que en el tiempo de vigencia que lleva la ley

23737 –20 años- el Máximo Tribunal de la Nación no se haya expedido sobre la regularidad constitucionalidad del art. 5 inc. c) y sí en numerosas oportunidades sobre el art. 14, segundo párrafo ("Colavini", "Bazterrica", "Montalvo", "Arriola", entre otros), situación que no se ha modificado con la sanción de la ley 26052 y de las leyes de adhesión provincial, la primera de ellas de la provincia de Buenos Aires del año 2005 (ley n° 13392. B.O. 2/12/2005).

Asimismo, cabe señalar que en oportunidad de analizar un planteo de similares características, la Cámara Federal de Casación Penal se expidió por la constitucionalidad del monto mínimo de la escala penal del art. 5 inc. "c" (Sala III, "Guantay", S. del 12/09/2013) y si bien en otro pronunciamiento avaló el pedido fiscal de imponer una pena por debajo del mínimo previsto en la escala penal (Sala II, "Ríos", S. del 16/4/2013), las razones que brindó en sustento de tal decisión transitaron por un carril diverso al que aquí se analiza (principio acusatorio), como lo señaló el señor Vocal preopinante (v. punto II.1.).

Además, a nivel provincial la jurisprudencia no ha sido pacífica pues mientras algunos Tribunales de juicio se expidieron por la inconstitucionalidad de la norma examinada (Cám. Crim. 9ª, "Lucero", S. n° 21, 2/9/2014; Cám. Crim. Corr. Río III, "Lucero", S. de fecha 17/03/2014), otros tantos –e incluso más- avalaron su regularidad constitucional (Cám. Crim. 1ª en los presentes autos; Cám. Crim. 3ª, "Cejas", S. n° 47, 27/11/2013; Cám. Crim. 5ª, "Tello", S. n° 37, 09/09/2014; Cám. Crim. 11ª, "Farías", S. n° 31, 25/8/2015; Cám. Crim. Corr. San Francisco, "Farías", S. n° 132, 26/06/2015; Cám. Crim. Corr. Cruz del Eje, "Evans", S. n° 9, 11/03/2015).

Se advierte, por otra parte, que en las provincias en las que la desfederalización se encuentra vigente –sólo Buenos Aires y Salta, ya que en Entre Ríos, La Rioja y Tucumán se encuentra suspendida y en Santa Fe, Misiones, Catamarca y Neuquén en trámite legislativo- tampoco se han registrado pronunciamientos en ninguno de los

sentidos señalados (v. <http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php> y <http://www.scba.gov.ar/casacion/>), por lo que la concepción sobre la inconstitucionalidad de escala penal de la norma examinada no resulta mayoritaria a nivel nacional.

Finalmente debe señalarse, sin perjuicio de lo anterior, que como con acierto destacó el sentenciante, tampoco se advierte que la pena concretamente impuesta en el caso (4 años de prisión) resulte manifiestamente desproporcionada con la conducta juzgada o las características personales del imputado, particularmente teniendo en cuenta que las sustancias comercializadas no fueron insignificantes en especie, cantidad y calidad y que tampoco surge que el incoado se haya encontrado al momento de comisión de los hechos en una situación de particular vulnerabilidad, de manera tal que la sanción exceda la medida de culpabilidad en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes (en ese sentido, “Ríos”, CNCP, 16/4/2013).

Por todo ello, votamos conjuntamente por el rechazo de la pretensión recursiva analizada.

A LA SEGUNDA CUESTION:

Los señores Vocales Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña, Domingo Juan Sesín, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Luis Enrique Rubio y Carlos Francisco García Allocco, dijeron:

I. En virtud de la votación que antecede corresponde, por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Horacio Augusto Carranza, Asesor Letrado Penal del 17º turno de esta ciudad, defensor del imputado Sergio Alejandro Loyola, en contra de la sentencia número veinticinco del catorce de octubre de dos mil catorce dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad de Córdoba y en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la escala penal

prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23.737.

A fin de elaborar el nuevo marco punitivo para graduar la sanción penal a imponer debe tenerse presente, en principio, que la comercialización de estupefacientes directamente al consumidor el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23.737 es de menor gravedad que la comercialización a gran escala que quedó reservada a la órbita federal, para la que se contempla la pena de 4 a 15 años. No obstante, resulta también más gravosa que la 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), de modo que el nuevo marco punitivo debería encontrarse en un punto intermedio entre ambos extremos.

Para establecer un **marco punitivo que resulte coherente con el sistema legal vigente** debe tenerse en cuenta las escalas penales establecidas para las tipologías delictivas básicas que involucran al mismo bien jurídico protegido (salud pública), particularmente aquellas que presentan mayores similitudes con el delito analizado, como ocurre con el envenenamiento de aguas y sustancias del art. 200 y la venta, suministro, distribución y almacenamiento con fines de comercialización de aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo, del art. 201 CP, que se encuentran conminadas con pena de prisión o reclusión de 3 a 10 años.

Esa solución también encuentra respaldo en argumentos históricos (punto V.1. de la primera cuestión), pues antes de la sanción de la ley 23.737, 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 20.771). Esto es, con un mínimo de 3 y no de 4 años de pena privativa de la libertad.

Finalmente, la solución propuesta también coincide con la dada a la cuestión en los dos últimos anteproyectos de reforma al Código Penal de 2006 y 2014. En efecto,

ambos coinciden no sólo en la sistemática de su tratamiento, incluyéndolos dentro de los atentados a la salud pública (junto a las figuras mencionadas), sino la solución punitiva dada, pues en los dos casos las figuras analizadas se encuentran conminadas con penas de prisión de 3 a 10 años (arts. 246 “b” del Anteproyecto 2006 y 199 del Anteproyecto 2014). Y en el último de ellos, esa es también la sanción prevista para las figuras de envenenamiento de aguas y mercaderías y la de venta, suministro, distribución y almacenamiento con fines de comercialización de sustancias nocivas (art. 194 incs. 1 y 2, respectivamente, Anteproyecto 2014).

En consecuencia, estimamos razonable como escala penal para los delitos contemplados actualmente en el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º ley 23.737 la de tres (3) a diez (10) años de prisión por resultar una respuesta punitiva proporcionada con la entidad del injusto que devuelve coherencia al sistema legal vigente y al mismo tiempo, permite brindar una respuesta adecuada para los casos cuasi bagatelarios dentro del tráfico menor de estupefacientes y establecer un límite que permite dar respuesta a los casos de mayor gravedad sin que ello conduzca a su equiparación con el tráfico mayor de competencia federal.

Siendo así las cosas, resulta útil formular algunas precisiones en relación a las proyecciones que acarrearán esos cambios, dada la relación de ese mínimo de 3 años de prisión, con institutos como los previstos por los arts. 26 y 76 bis del CP. En ese sentido es importante aclarar que ese monto punitivo sólo representa al mínimo de una escala penal que cuenta con un máximo de 10 años de prisión que también habrá que considerar, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, a fin de determinar judicialmente la pena que corresponda imponer. De modo que, como es doctrina consolidada de la Sala Penal, de ponderarse alguna situación agravante a los fines de esa individualización, resultará razonable que el Tribunal se aparte de ese mínimo legal. Es más, aun cuando eso no ocurra -verbigracia, por no concurrir ninguna

circunstancia agravante de la pena-, la procedencia de institutos como la Condena Condicional, deberá analizarse atendiendo a los criterios específicos del art. 26 CP. Adviértase además, que en el caso de la Suspensión del Juicio a Prueba, a esos condicionamientos se añaden las razones de político-criminal que pueda adoptar el Ministerio Público en esta materia.

2. Atento a la nueva escala penal y a los fines de la nueva individualización de la pena que corresponde al imputado Sergio Alejandro Loyola, corresponde tener en cuenta los mismos criterios valorativos considerados por el a quo, a saber:

*** a su favor:** *"su condición económica, de origen humilde, sin contar con vivienda propia, padre de una familia numerosa, con seis hijos pequeños y concubina que recibe una ayuda estatal –asignación universal por hijo- siendo insuficientes los ingresos que en su oficio de albañil percibe para el sostén propio y de los suyos", así como que "... el dictamen pericial da cuenta de la presencia de indicadores de trastorno por consumo de sustancias (marihuana y cocaína) sin tratamiento... adicción que pudo influir negativamente en su accionar delictivo"* (fs. 323/vta.);

*** en contra:** *"que las sustancias secuestradas en el domicilio...no fueron sólo marihuana, sino también una de mayor poder de afectación para la salud como es la cocaína y que la cantidad incautada no fue escasa"* (cabe aclarar que se trata de un total de 16,52 grs. de cocaína en seis envoltorios y 56,24 grs. de marihuana en un envoltorio y 29 cigarrillos, v. fs. 308 y 315 vta.).

En razón de ello y aunque siempre que se pondere alguna circunstancia agravante, es posible imponer al acusado una pena superior al mínimo legal de la escala prevista para el delito que se le atribuye (TSJ, Sala Penal, "Bazán", S. n° 274, 21/10/2009; "Quevedo", S. n° 276, 19/10/2010; "Toledo", S. 201, 17/08/2012; "Puente", S. n° 235, 21/08/2013; "Andruchow", S. n° 514, 30/12/2014; entre otros), en el caso el Tribunal

de juicio no asignó a esos argumentos peso agravatorio alguno, por lo cual tratándose de un recurso a favor del imputado, por la prohibición de la *reformatio in pejus*, corresponde atenerse al mínimo, esto es, a la pena de tres (3) años prisión, manteniendo la de pesos doscientos veinticinco (\$ 225) de multa, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3, 40, 41 y 50 del CP; 550 y 551 del CPP).

III. Sin costas en la Alzada, debido al éxito obtenido (arts. 550 y 551, CPP).

Así votamos.

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

RESUELVE: **I.** Por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Horacio Augusto Carranza, Asesor Letrado Penal del 17° turno de esta ciudad, defensor del imputado Sergio Alejandro Loyola, en contra de la sentencia número veinticinco del catorce de octubre de dos mil catorce dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad de Córdoba y en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la ley 23.737 para la pena privativa de libertad, estableciéndola en tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión.

II. Modificar la pena de cuatro (4) años de prisión que le aplicara el Tribunal de juicio por la de tres (3) años de prisión, manteniendo la de pesos doscientos veinticinco (\$ 225) de multa, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3, 40, 41 y 50 del CP; 550 y 551 del CPP).

III. Sin costas, en la Alzada atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551, CPP).

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

SESIN, Domingo Juan
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
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

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

GARCIA ALLOCCO, Carlos Francisco
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

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