



SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

🕒 05/08/2022 - Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 282

Año: 2022 Tomo: 9 Folio: 2672-2692

EXPEDIENTE SAC: 2217412 - ALLENDE, DARIO GERMAN - CAUSA CON IMPUTADOS

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 282 DEL 05/08/2022

En la ciudad de Córdoba, se constituyó el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno, presidido por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de los señores Vocales doctores Luis Enrique Rubio, Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati y Luis Eugenio Angulo, a fin de dictar sentencia en los autos **“ALLENDE, Darío Germán p.s.a. entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título oneroso agravado –Recurso de Inconstitucionalidad-”** (SAC 2217412), con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado por la asesora letrada con funciones múltiples del tercer turno de la ciudad de Río Cuarto, doctora Luciana Casas, fundando la voluntad recursiva oportunamente manifestada por el imputado Darío Germán Allende, en contra de la Sentencia número treinta, del veinticuatro de abril de dos mil diecinueve, dictada por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto.

Seguidamente el señor Presidente informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto, en función del art. 34 inc. 1 de la Ley n° 23.737?
- 2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Domingo Juan

Sesín en forma conjunta; María Marta Cáceres de Bolatti y Luis Enrique Rubio por su parte y Luis Eugenio Angulo según su voto.

A LA PRIMERA CUESTION

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

I. Por Sentencia n° 30, del 24 de abril de 2019, la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, resolvió, en lo que aquí interesa: “1. Rechazar los planteos de inconstitucionalidad formulados por la defensa y por el Representante del Ministerio Público Fiscal. 2. Declarar a Darío Germán Allende, ya filiado, autor penalmente responsable de los delitos de facilitación de estupefacientes a título gratuito, agravado por ser un lugar de detención, en grado de tentativa, correspondiente al “proceso principal”- SAC: 2217412); y como autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia a la autoridad, violación de domicilio, amenazas y daño en concurso real (primer proceso acumulado SAC 7237567), lesiones leves calificadas, desobediencia a la autoridad, violación de domicilio y daño a título de autor y en concurso real (segundo proceso acumulado SAC 7237567); desobediencia a la autoridad -2 hechos- violación de domicilio -2 hechos- y resistencia a la autoridad a título de autor y en concurso real (tercer proceso acumulado SAC 7237567); amenazas, desobediencia a la autoridad y violación de domicilio, a título de autor y en concurso real (cuarto proceso acumulado SAC 7237567), todos del proceso acumulado SAC 7237567, todo en concurso real y en los términos de los arts. 5 inc. “e” segundo supuesto, 11 inc. “e” Ley n° 23.737 y 42; 45, 55, 92, 150, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, 183, 237, y 239 del C.P., e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años y tres meses prisión, accesorias de ley y las costas del proceso y multa de quince unidades fijas (15UF) equivalente a cincuenta y cuatro mil pesos (\$54.000), pagaderos en sesenta (60) cuotas fijas, iguales, consecutivas y mensuales de novecientos pesos cada una, debiendo hacer efectiva la primera, treinta días después de recuperar su libertad (arts. 5, 9, 29

inc. 3, 40 y 41 del CP; 412, 550, 551 y conc del CPP)...” (f. 264 vta.).

II. La asesora letrada con funciones múltiples del tercer turno de la ciudad de Río Cuarto, doctora Luciana Casas, fundando la voluntad recursiva oportunamente manifestada por el imputado Darío Germán Allende (f. 268), presenta recurso de inconstitucionalidad en contra de dicha resolución (ff. 278/300).

Esgrime que la impugnación resulta admisible porque el planteo de inconstitucionalidad fue introducido tempestivamente durante el debate y se obtuvo respuesta negativa por parte del juzgador (resolución contraria adversa).

Explica que dicha decisión se fundó en la consideración de que el hecho del que se trata no es de escasa gravedad como para considerar que la pena resulta violatoria de los principios de igualdad y proporcionalidad y que se trata de una hipótesis delictiva que no ha sido tratada por este tribunal en autos “Loyola” ni en fallos posteriores (art. 5 inc. “e” de la Ley n° 23.737).

Reconoce que asiste razón al *a quo* en cuanto a que se trata de un supuesto diverso al analizado en el mencionado precedente “Loyola”, no obstante lo cual entiende que los argumentos que allí se esgrimieron para declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la escala prevista por el art. 5 de la Ley n° 23.737 cobran absoluta virtualidad en el caso.

Esgrime que la cantidad de droga que Allende intentó ingresar al establecimiento carcelario se encuentra dentro de las cantidades destinadas al consumidor y que por ello la investigación fue asumida por parte de la justicia provincial. Es decir, que no se trata de un tráfico a gran escala por lo que, como se dijo en “Loyola”, la escala penal resulta objetivamente desproporcionada.

Entiende que también se encuentra vulnerado el principio de igualdad ya que –como también lo dijo este tribunal en el citado precedente- si el legislador ponderó la diferente gravedad de los delitos de tráfico de estupefacientes para determinar la existencia o no de un interés federal en su persecución, debió mantener esa diferenciación en la determinación de los

marcos punitivos. Más aún cuando el delito del que se trata (facilitación de estupefacientes a título gratuito, correspondiente al segundo supuesto del art. 5 inc. e), ya había sido considerado de menor gravedad (en relación al mismo delito cuando es a título oneroso –primer supuesto del art. 5 inc. e).

Alega, por ello, que resulta ostensible la existencia de un quiebre en la proporcionalidad que debe darse entre la lesión a un bien jurídico y la sanción que amenaza el estado a los ciudadanos que intentan cometer de hecho esa lesión y que tal quiebre es fruto de un error u omisión legislativa que torna precedente la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

En ese sentido, refiere especialmente a lo consignado por el doctor López Peña en el precedente “Loyola” respecto de la distinción micro/macro tráfico con los delitos de evasión impositiva simple y agravada y el distinto modo en el que ambos fueron legislados; esto es, que mientras que en la ley penal tributaria se previó una escala penal diferenciada para una misma conducta con dos grados de intensidad distintos, en la ley de narcotráfico se omitió proceder de igual manera luego de la sanción de la Ley n° 26.052 que diferenció las conductas de tráfico que afectan intereses nacionales (tráfico mayor) de aquellas que son de interés local (tráfico menor), tales como la comercialización o tenencia con fines de comercialización correspondientes a la última cadena de tráfico (art. 5 inc. c en función del art. 34 inc. 1° de la Ley n° 23.737) y los supuestos de entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes (art. 5 inc. e en función del art. 34 inc. 1° de la Ley n° 23.737).

Invoca que los argumentos desarrollados por la mayoría de este tribunal en autos “Loyola” resultan aplicables al caso porque se trata de la facilitación de estupefacientes en menor escala, lo que surge no sólo de la cantidad de estupefaciente secuestrado sino también de las circunstancias en las que dicho secuestro ocurrió (dentro de un establecimiento penitenciario) lo que, en definitiva, motivó que la investigación quedara en manos de la justicia local. Esgrime, además, que esa cantidad (equivalente a 18 dosis umbrales) refleja un peligro de lesión al bien jurídico menor que el de cantidades mayores o de sustancias cuyo consumo

tiene consecuencias más perjudiciales para la salud.

Advierte, además, que se trata de una actividad que el propio legislador ya consideró atenuada por ser “a título gratuito”, por lo que entiende que esa doble atenuación debe reflejarse en la escala penal. Explica que de lo contrario, dicho supuesto quedaría más severamente penado (con una escala de 3 a 12 años de prisión) que la tenencia con fines de comercialización o la propia comercialización de estupefacientes (art. 5 inc. “c”) que, por aplicación del precedente “Loyola”, quedarían con una escala reducida de 3 a 10 años de prisión. Es decir que se estarían tratando como iguales dos situaciones que claramente no lo son y que así fueron consideradas por el legislador al diferenciar sus penas.

Considera que una vez declarada la inconstitucionalidad de la escala prevista por el art. 5 inc. e) segundo supuesto de la Ley n° 23.737 por resultar violatoria de los principios de proporcionalidad e igualdad (arts. 16 y 33 de la CN) y contraria a la necesaria armonía que debe imperar en el sistema jurídico en torno a las penas, el nuevo marco penal debe partir de la disminución ya efectuada por el legislador (1/4 del mínimo y 1/5 del máximo de la escala de 5 a 15 años de prisión prevista por el art. 5), lo que arroja en el caso una escala de 2 años y 3 meses a 9 años y 6 meses de prisión, lo que así solicita.

Aclara que el planteo de inconstitucionalidad no tiene por fin controvertir la conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales sino reparar el error a través del remedio con el que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego (en ese sentido cita TSJ, Sala Penal, “Zabala”, S. n° 56, 8/7/2002).

2. En cuanto a la pena de multa prevista para todos los supuestos del 5 de la Ley n° 23.737 (45 a 900 unidades fijas), entiende que la inconstitucionalidad deriva la violación del principio de proporcionalidad con la gravedad del injusto y el de culpabilidad por el hecho cometido por los mismos argumentos que desarrolló en relación a la pena de prisión, a los cuales remite.

Agrega, además, que Allende no se encuentra en condiciones objetivas de cumplimentar con

dicha medida, por lo que le resulta imposible acatar la sanción.

Entiende, por ello, que se vulneran y alteran de manera esencial principios elementales sobre los que se estructura el Estado constitucional tales como el de razonabilidad y supremacía constitucional (arts. 1, 28 y 31 de la CN), legalidad ejecutiva (art. 18 de la CN), resocialización del condenado (art. 75 inc. 22 y cc. de la CN, art. 10.3 del PIDCyP y art. 5.6 de la CADH), igualdad (art. 16 de la CN), culpabilidad y derecho penal de acto (art. 18 de la CN), humanidad de la pena (art. 18 de la CN, 25 y 26 de la DADDHH, art. 5.2 de la CADH y art. 10.21 del PIDCyP, arts. 3 y 9 de la Ley n° 24.660 y art. 3 de la ley provincial 8878) y de progresividad del régimen penitenciario (art. 6 de la Ley n° 24.660 y art. 7 de la Ley provincial 8.878).

Explica que la multa es la pena en segunda gravedad del sistema penal después de las privativas de la libertad (art. 5 del CP) y que en el caso del art. 5 de la Ley n° 23.737 se encuentra prevista de manera conjunta con la de prisión, habiendo establecido la Ley n° 27.302 que oscile en una escala que va de 45 a 900 “unidades fijas” cuyo favor será establecido (según lo prescribe el art. 45 de la Ley n° 23.737), por resolución del Ministerio de Seguridad de la Nación (Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico) en función al costo del formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos (F-01). Advierte que para el delito que se le atribuye a su asistido (art. 5 inc. “e”, segundo supuesto), la escala en cuestión es de 15 a 300 unidades fijas, lo que arroja que el mínimo de la pena pecuniaria equivalga a la suma de \$45000.

Invoca que resulta utópico suponer que personas que –como su asistido- provienen de sectores de extrema vulnerabilidad social y económica, pueda afrontar el pago de dicho monto al recuperar su libertad. Para abonar dicha conclusión, apela a los datos oficiales (Instituto de Estadísticas de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Córdoba), de los que surge que en el mes de mayo en curso (año 2019), el costo de la canasta básica alimentaria para una familia tipo es de \$6767,10 (lo que implica el 71,23% del sueldo mínimo vital y móvil que asciende a

\$9500), mientras que la canasta básica total asciende a la suma de \$17323,77 (un 182,36% del SMVM). De modo tal que, según estas estadísticas, una familia tipo con un ingreso de \$9500 sólo podría satisfacer sus necesidades alimentarias y quedaría por debajo de la línea de pobreza.

Aduce que en el caso se da una enorme paradoja pues el propio sistema jurídico está consagrando una obligación de imposible cumplimiento ya que la escala económica seleccionada en abstracto por el legislador se da de bruces con la realidad y se torna irracional al menos en este caso si se atiende que Allende ganaba \$500 diarios y que, aun cuando se actualizara dicho monto a \$700 por efecto de la inflación, aun trabajando 6 días a la semana no llegaría a obtener lo necesario para que su familia satisfaga las necesidades básicas y supere la línea de la pobreza. De tal suerte, entiende que la pena como herramienta de política criminal pierde su utilidad y se convierte en un obstáculo para una eficaz administración de justicia porque pretender que una persona que vive en condiciones paupérrimas afronte una multa de \$54000, supera cualquier razonamiento lógico y aparece desapegado de los principios que surgen del propio ordenamiento penal, imposibilitando la aplicación de una pena justa.

Recuerda, además, que para justipreciar el monto de las penas, el Código Penal contiene pautas de mensuración que exigen que el juzgador tenga en consideración –entre otras cosas– la extensión del daño causado y las condiciones del autor, mencionando específicamente la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos (art. 41 inc. 2). A más de ello, el art. 21 establece que para mensurar la cantidad de dinero que deberá pagar el reo en concepto de multa, el juez debe tener en cuenta la situación económica del penado.

Invoca que al sancionar la Ley n° 27.302 el legislador olvidó tales mandatos obviando la racionalidad que debe regir en materia de punición -uno de cuyos principios es la proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del agente y la entidad del daño causado al

bien jurídico- ya que fijó un monto de multa que, en la mayoría de los casos, será de contenido confiscatorio.

Destaca que las paupérrimas condiciones de su asistido fueron expuestas en el debate ya que se trata de un albañil que trabaja de manera informal que percibía unos \$500 diarios, tiene tres hijos menores de edad a cargo, padece problemas de salud ya que es diabético e insulino-dependiente y no tiene bienes a su nombre, todo lo cual considera demostrativo de la imposibilidad de cumplir con la elevada obligación monetaria impuesta.

Alega que ello es así aun cuando se haya previsto el pago en cuotas porque debe considerarse que cuando recupere su libertad, luego de haber estado más de un año preso y con la dificultad que ello importa para insertarse en el mercado laboral nuevamente, es difícil considerar que conseguirá de inmediato un trabajo siendo que ello ya es dificultoso para cualquier persona, y mucho menos que vaya a percibir una suma que no esté por debajo del límite de la pobreza teniendo en cuenta que tiene tres hijos menores de edad respecto a los cuales subsiste su deber alimentario y que, como dijo, padece de una enfermedad crónica que le insume gastos y trastornos y no tiene obra social.

Entiende que en esas circunstancias, suponer que podrá cumplir con una cuota de \$1000 mensuales durante 60 meses implica casi una utopía pues la realidad es que se le dificultará conseguir trabajo inmediatamente y percibir un sueldo superior al que necesite él y su familiar para superar el límite de la pobreza, de modo tal que quizá por varios meses no podrá hacer frente al pago de la multa y ello alargará indeterminadamente el cumplimiento de dicha pena o provocará su ejecución por las vías que prescribe el ordenamiento jurídico, esto es, transformación en prisión (art. 21 del CP) agravando su situación.

Por todo ello y de manera coincidente con lo manifestado por el fiscal de cámara, entiende que procede en el caso la declaración de inconstitucionalidad de la pena de multa prevista por el art. 5 de la Ley n° 23.737.

A fin de determinar cuál es la escala que debe tomarse para individualizar el monto de la

multa en tal caso, estima que puede recurrirse a la prevista en los delitos contra la seguridad pública del ordenamiento penal (capítulo 4), tomando la pena más alta -cuyo su monto máximo oscila entre \$10000 y \$200000- para el delito de facilitación de estupefacientes a título oneroso (art. 5 inc. e, primer supuesto de la Ley n° 23.737) y luego disminuir proporcionalmente dicho monto para el tipo atenuado, esto es, cuando fuere a título gratuito (segundo supuesto del art. 5 inc. e que se le atribuye a su defendido).

3. Por todo ello, solicita que se haga lugar al recurso presentado, se declare la inconstitucionalidad de la escala penales prevista por el art. 5 de la Ley n° 23.737 para el supuesto del que se trata (inc. e, segundo supuesto) y se fije como nueva escala la de 2 años y 3 meses a 9 años y 6 meses para la pena de prisión y de \$10000 a \$200000 para la de multa, procediendo a la adecuación de las penas impuestas a su asistido. A tal fin y teniendo en cuenta que el tribunal de juicio sólo adicionó un año y tres meses de prisión al mínimo de la escala –aun considerando los demás delitos por los cuales fue condenado el imputado, todos ellos en concurso real-, entiende que la pena cuya aplicación se pretende puede resultar demasiado alejada del mínimo aludido, por lo que considera justa la de 2 años y 9 meses de prisión, y una multa de \$10000 pagadera en 20 cuotas iguales y consecutivas por haber sido también el mínimo el elegido por el sentenciante.

III. El representante del Ministerio Público Fiscal ante este tribunal, emite opinión contraria a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad deducido (Dictamen “P” n° 419 del 20/8/2020, ff. 315/331).

1. En primer lugar analiza si se han cumplimentado los recaudos formales que hacen a la procedencia del remedio intentado (recurso de inconstitucionalidad, art. 483 del CPP). En tal cometido, señala que la impugnante se encuentra subjetivamente legitimada para recurrir y que lo ha hecho en tiempo y forma y que el objeto atacado es susceptible de ser embestido por esta vía toda vez que el tribunal *a quo* resolvió la cuestión rechazando el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa del encartado, con lo cual se da el requisito de

sentencia previa contraria a las pretensiones del recurrente.

2. Ahora bien, en lo que hace a la procedencia sustancial de la vía impugnativa escogida, entiende que las quejas formuladas no resultan de recibo.

2.1. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión, entiende que si bien no puede perderse de vista la relevancia de los argumentos expuestos por la defensora oficial, la impugnación no se encuentra debidamente fundada al contraponerla con los sólidos argumentos proporcionados por el tribunal de juicio para rechazarlos.

Entiende que ello ocurre porque la recurrente afirma la existencia de una “clara equivocación” por parte del legislador respecto a la escala penal fijada para el delito atribuido a su defendido efectuando mayormente su reclamo en análogos argumentos brindados por el voto mayoritario de ese Alto Cuerpo en el fallo “Loyola”, sin atender al examen concreto de la *a quo*. Esto es, que si bien el accionar endilgado a Allende integra una de las modalidades típicas del art. 5 de la Ley n° 23.737, se trata de una hipótesis delictiva distinta de la prevista en el inc. “c” de esa norma que no ha sido motivo de tratamiento por este Alto Cuerpo en el precedente invocado, por lo que la declaración de inconstitucionalidad no puede ser aplicada en forma automática.

En este sentido, destaca que consolidada doctrina diferencia los distintos eslabones que componen la larga cadena de narcotráfico, entre cuyas conductas se destaca al comercio como “la acción a partir de la cual se obtienen los réditos que hacen sustentable la actividad ilícita (...) comerciar implica negociar comprando, vendiendo o permutando la mercadería ilícita, debiendo el sujeto activo reunir todo lo que se precisa para tener la calidad de comerciante, sin importar que sea al por mayor o por menor. Entre los requisitos, se pone el acento en la habitualidad, desde el punto de vista subjetivo, comprensiva de la actitud que tenga el sujeto activo de ejercer el comercio para el futuro” (cita a Hairabedian, Maximiliano, *Fuero de Lucha contra el Narcotráfico. Investigación y Represión Provincial de las Drogas*, Alveroni Ediciones, 2° Ed. ampliada, 3° reimpresión, pp. 63/64, 2019).

Por otra parte, advierte que en la disposición del art. 5 inc. e, se contempla el núcleo de lo que se conoce como “conductas de tráfico”, atrapando la situación de aquellas personas que si bien objetivamente despliegan conductas de entrega, suministro o facilitación, lo efectúan fuera del marco de tráfico ilícito de estupefacientes, circunscribiendo su alcance a uno de los últimos eslabones de la cadena de distribución, donde resulta frecuente el “convite” entre consumidores. En otras palabras, estima que el supuesto de hecho de la figura atenuada, contempla situaciones en las que hay entrega gratuita de estupefacientes pero no se logra probar la voluntad de tráfico, lo que se conoce como convite entre adictos, que no es el convite en la intención de ganar un cliente. El tipo penal atenuado, exige que la entrega, suministro y facilitación se realicen en forma gratuita. Por tanto, quedan fuera de esta figura, aquellas conductas donde exista cualquier tipo de contraprestación entre el sujeto activo y el destinatario que impliquen onerosidad. De la misma manera, se requiere que la entrega se efectúe de forma ocasional, es decir, que no exista regularidad, habitualidad o periodicidad en el accionar del sujeto activo (cfr. Hairabedian, Maximiliano, ob. cit., ff. 73/74).

En definitiva, entiende que los supuestos del art. 5 incs. “c” y “e” comprenden acciones típicas distintas e independientes, tal como lo sostuvo la *a quo*.

Sin perjuicio de ello y a fin de dar acabada respuesta a las expectativas de la impugnante, repara en el criterio plasmado en oportunidad de interponer recurso extraordinario en contra de la decisión adoptada por este tribunal en autos “Loyola Sergio Alejandro p.s.a. comercialización de estupefacientes -recurso de inconstitucionalidad” en el que -por mayoría- declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1° de la Ley n° 23.737, contemplado que dicha impugnación federal fue concedida ante la CSJN (mediante A. n° 89/2018), a cuyos argumentos se remite.

Advierte que si bien en posteriores precedentes, este tribunal -también por mayoría- mantuvo la censura respecto al mentado dispositivo con idénticos parámetros a los signados en el precedente “Loyola” (a partir de “Bordoni” S. 215 de fecha 22/6/2018), considera que los

argumentos introducidos oportunamente en dicho recurso extraordinario resultan igualmente idóneos para mutar lo allí decidido.

En ese escenario, estima valioso traer a colación que en dicho recurso federal obtuvo dictamen favorable del Procurador General de la Nación se pronunció en el mismo sentido que este Ministerio Público, esto es, avalando la constitucionalidad del mínimo de cuatro años de prisión para los delitos desfederalizados en materia de narcotráfico. Señala que las razones en que se fundó la Procuración fueron las siguientes:

a) Que los vocales que emitieron su voto en mayoría se excedieron en su control de constitucionalidad.

b) Que incurrieron en un error de interpretación al declarar la invalidez de la escala penal del artículo 5 de la Ley n° 23.737 a partir de “consideraciones inadecuadas para prescindir de una ley nacional”. Advirtió en tal sentido que “El error en la fundamentación de la mayoría del tribunal comienza con el punto de partida equivocado según el cual la reforma que introdujo la Ley n° 26.052 habría establecido una diferencia en el tipo de comercialización de estupefacientes que, en rigor, no estableció”. Asimismo, indicó que “La modificación legislativa se fundó en el entendimiento de que un mejor reparto de labores entre los órganos provinciales y federales podría hacer más eficaz la prevención y persecución del narcotráfico y que son los organismos provinciales los que están en mejores condiciones para actuar ante el fenómeno, característicamente local, de la venta al consumidor final”. En tales condiciones, descartó una equivocación del legislador nacional frente a la ausencia de una escala penal atenuada para los delitos de comercialización cuya persecución puede quedar a cargo de las jurisdicciones locales, agregando que “No cualquier error o equivocación es tal que, de acuerdo con ese argumento, permite a la judicatura invalidar una ley, sino sólo aquéllos mediante los que el Poder Legislativo traspasa, sin lugar a dudas, la frontera exterior de la actividad legislativa razonable, que no es posible burlar sin violar las prohibiciones de la Constitución o cruzar el límite de lo que ella garantiza”.

c) Que la determinación de las escalas punitivas es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso de la Nación. A su vez, consideró sin sustento que “la imposición de una pena de cuatro años de prisión al condenado en estas actuaciones, habría sido desmesurada -en un sentido en el que no lo sería la pena de tres años de privación de la libertad que dejó en su lugar el a quo”. A su vez, destacó “No cualquier desviación entre la pena temporal que los magistrados juzguen proporcional y las definidas en una ley del Congreso, autoriza a aquéllos a prescindir de ésta con la invocación del resguardo al principio de proporcionalidad de las penas. Sólo una evidente o grosera desmesura es capaz de resultar, en el ya citado lenguaje del tribunal, repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana y de justificar, por ello, una declaración de inconstitucionalidad”.

2.2. En relación a la instancia de inconstitucionalidad de la pena de multa concerniente a los delitos de narcotráfico, entiende que su estudio debe encaminarse en base a la procedencia sustancial de la vía impugnativa.

A. Marco constitucional y planteo de la defensa

1. En lo que respecta a la cuestión constitucional, recuerda que además del requisito propio de la vía recursiva (concurso de una resolución contraria a los intereses del recurrente, art. 483 del CPP), la impugnación que invoque una pugna entre una norma de derecho común con principios elementales del sistema constitucional, no se encuentra exenta de las exigencias de motivación que rige en la materia, debiendo contener una argumentación capaz de poner en jaque los fundamentos del fallo contra el que se dirige y ponga en discusión la validez de la norma contra la cual se presenta.

En ese marco, entiende que el cuestionamiento impetrado debe ser estudiado a la luz del principio que establece que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad que se erige en la última *ratio* del ordenamiento jurídico, pues no puede el juzgador arrogarse tareas que solo corresponden al depositario de la soberanía popular, el Poder Legislativo.

De otro costado, señala que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no persigue la uniformidad de criterio en el tratamiento de los casos, sino el mantenimiento incólume de los principios rectores del orden constitucional (conf. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, actualizado por Jorge R. Montero, 1998) y que la supremacía y la rigidez de las normas constitucionales reside en los principios consagrados en la Ley Suprema, los cuales son considerados conquistas de derecho y obran como un dique o una valla insalvable contra las concepciones movedizas o circunstanciales de los cuerpos legislativos (cfr. Guastavino, Elías P., *Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad*, tomo I, p.144).

2. Avanzando en el análisis, da cuenta de la modificación introducida a la Ley n° 23.737 con la sanción de la Ley n° 27.302 (BO, 8/11/2016) en lo que atañe a la pena de multa establecida en forma conjunta con la pena de prisión para los delitos de narcotráfico.

B. Cuestión constitucional

Delimitado así el ámbito de discusión y teniendo en cuenta las distintas posturas vertidas en la causa, adhiere a la asumida por el *a quo* en cuanto a la validez constitucional de la norma impugnada. Asimismo, ofrece los siguientes argumentos adicionales:

1. En oportunidad de emitir opinión respecto al control constitucional de la escala penal de los delitos llamados de narcomenudeo -desfederalizados por la Ley n° 26.052- en el *leading case* “Loyola”, se expidió a favor de su constitucionalidad a través del Dictamen “P” n° 1132 de fecha 30 de diciembre de 2014, presentando un recurso extraordinario federal contra la sentencia n° 470 dictada el 27 de octubre de 2016 en la que este tribunal, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión modificando el piso mínimo de cuatro años para fijarlo en tres. Reitera que dicho recurso obtuvo dictamen favorable del Procurador General de la Nación, quien se pronunció en el mismo sentido que esa Fiscalía General, avalando la constitucionalidad del mínimo de cuatro años de prisión para los delitos desfederalizados en materia de narcotráfico.

2. Haciendo pie en aquellos fundamentos, advierte que en esta oportunidad emitirá opinión

sobre la tacha de inconstitucionalidad de la pena de multa en los delitos de drogas (art. 16 ap. 4 de Ley N° 7.826) teniendo en cuenta los parámetros establecido a partir de lo desarrollado previamente *in re* “Campos” (Dictamen N° 161 *bis*, de fecha 26/5/2020).

a. En primer lugar, recuerda que la misión del Ministerio Público es la de actuar en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurando ante los tribunales la satisfacción del interés social y custodiar la normal prestación del servicio de justicia y que dentro de las tareas asignadas se encuentra la de “fijar la política de persecución penal” (art. 172 de la Constitución provincial y 16 ap. 7 “a” de la Ley n° 7.826), en función de la cual, se plasmó la Instrucción General n° 8/2012 que delineó las “pautas para la persecución penal de los delitos de narcotráfico desfederalizados”.

Explica que, a partir de ello, se llevaron adelante acciones concretas a través de una firme y sincera postura en el cumplimiento de la política criminal en pos de asegurar una eficaz persecución de los delitos que configuran el denominado “último eslabón” de la cadena de comercialización de estupefacientes. Señala que conforme a ese paradigma, cuando se discutió la constitucionalidad del mínimo de la escala penal para los delitos de narcomenudeo (cuatro años de prisión) no solo se ratificó la voluntad legislativa sino, también, la conveniencia práctica de la reforma con una convicción que persiste en el presente.

b. En el caso que nos convoca, advierte que la defensa no cuestiona la legalidad de la técnica legislativa que introdujo un nuevo sistema de actualización automática previsto para los montos de la multa en el art. 45 de la Ley n° 27.302, esto es, mediante unidades fijas sino que enarbola su queja en que la pena pecuniaria efectivamente impuesta a su asistido vulnera principios constitucionales que entrarían en contradicción con su situación y/o capacidad económica. Da cuenta que, en esa tarea, la recurrente esgrime que la pena de multa impuesta a Allende se torna irracional por resultar excesiva y cuestiona el razonamiento del *a quo* respecto a la gravedad del delito endilgado toda vez que, a su entender, no tendría tal entidad. En relación a la reforma de la Ley n° 27.302, en tanto, destaca que el legislador estableció un

doble sistema de multas distinguiendo entre los delitos de menor y mayor envergadura, siendo los segundos los que serían alcanzados por la ley impugnada.

b.1. Advierte que los argumentos brindados por la recurrente transitan en afirmaciones dogmáticas que no encuentran asidero en el espíritu de la ley; que de la lectura de las constancias de la causa y de los motivos dados por el tribunal en orden a imponer el monto mínimo de la multa prevista en el artículo 5 inc. “e” de la Ley n° 23.737, no surge ninguna de las transgresiones alegadas y que en lo que atañe al principio de proporcionalidad, no se avizora la irrazonabilidad expresada ni que la pena impuesta exceda la culpabilidad del imputado por el hecho.

b.2. Manifiesta que debe tenerse en cuenta que una de las finalidades de la pena es la prevención general negativa, que tiene como justificación el disuadir al conjunto de ciudadanos de la comisión de delitos mediante la intimidación, temor o coacción psíquica (conf., De la Rúa, Jorge y Tarditti, Aída, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Hammurabi, 2015, T 2, p. 491).

En lo que atañe al delito en cuestión, señala que el monto elegido por el legislador para determinar la pena de multa no resulta caprichoso, sino que posee virtualidad para disuadir al delincuente de la comisión del delito y que el art. 5 de la ley cuestionada pretende vedar el tráfico de estupefacientes y que las personas hagan de ello un modo de subsistencia, por lo que estima que es en ese marco que se deben examinar los argumentos defensivos que procuran demostrar la vulneración a derechos fundamentales del acusado.

En ese cometido, destaca que el principio de proporcionalidad se sustenta en dos aspectos o exigencias: por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito; y por la otra, que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”). Indica que la necesidad misma de la proporción se funda en la conveniencia de una prevención general, no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general

positiva); y que esa afirmación de las normas, aconseja apoyar con mayor pena a las más importantes respecto a las que lo son menos, con el objeto de evitar que aquéllas se devalúen (cita al respecto a Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9º edición. Ed. BdF, 2015, p.128). Entiende que de ello se sigue que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que tienen para la sociedad los hechos a los que se asignan, según el grado de “nocividad social” del ataque al bien jurídico.

Con relación al principio de culpabilidad que se dice vulnerado, sostiene que no se advierte en qué medida la imposición de la multa le ocasiona a Allende un perjuicio de tal magnitud que comprometa esa garantía toda vez que la atribución de responsabilidad que sobre él pesa, es por el acto cometido y no por sus condiciones personales, habiendo sido condenado por un delito doloso bajo condiciones normales de motivación (principio de imputación personal).

Igualmente estima que se deben descartar los argumentos defensivos que suponen una afectación al principio de igualdad ante la ley, en tanto se plantea que el monto mínimo de la pena de multa (15 unidades fijas que se corresponden con la suma de \$ 54.000), es de tal magnitud que resulta de imposible pago para su defendido y que ello implica su eventual conversión en prisión, lo que estima que es una afirmación dogmática toda vez que de admitir dicho argumento cualquier pena de multa sería inconstitucional en virtud de que siempre habrá quien pueda hacer frente a su pago y quien no pueda abonarla, con lo cual la sanción debería suprimirse sin más del Código Penal, lo que aparece como una hipótesis absurda.

En sintonía con lo antedicho, se destaca que la desigualdad puede paliarse concediendo al juez la posibilidad de graduar la cuantía de la multa según las posibilidades económicas del condenado (Mir Puig, Santiago, “Derecho penal - Parte general”, 9º edición. Ed. BdF, 2015, p.726). Así, los arts. 40 y 41 del CP indican al juzgador que al momento de individualizar la pena debe tener en cuenta “la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”. Por ende, es esa circunstancia la que debe operar como guía y -desde el punto de vista preventivo general- corresponderá imponer penas moderadas conforme al

mayor o menor poder adquisitivo del condenado. Esta aparece como la solución más justa y equitativa, y evitaría caer en una medida tan drástica como pretender eliminar una pena de multa que cumple también una finalidad de resocialización.

b.3. En definitiva, considera que no habiéndose demostrado la repugnancia que alega la defensa con los preceptos de la Carta Magna, se impone opinar favorablemente a la constitucionalidad del monto mínimo de la pena de multa.

Aclara que la reforma operada por Ley n° 27.302 sólo introdujo una propuesta superadora de actualización de los montos previstos para estos delitos, satisfaciéndose así los postulados que prevé la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada por Ley n° 24.072, en cuanto imponen a los Estados firmantes el deber de que “se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso” (artículo 3.4.a).

Por otra parte, como sostuvo al analizar la constitucionalidad del mínimo de la escala prevista para la pena de prisión para esta clase de delitos al presentar el Recurso Extraordinario Federal por ante la Corte Suprema *in re* “Loyola”, alega que la sistemática legislativa obedece a una consiente y voluntaria selección del parlamentario, consecuente con la disparidad de bienes jurídicos protegidos, que lejos de responder a un criterio arbitrario, se sustenta en una medida valorada.

En este aspecto, recuerda que este tribunal en numerosas oportunidades ha expresado que resulta ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (cita Fallos: 300:642; 301:341; 314:424) y que fue el Congreso el que, atendiendo a cuestiones de política criminal ajenas al control jurisdiccional y en el entendimiento de que de ese modo -y no de otro-, se reprimiría en forma eficaz el complejo delito de tráfico de estupefacientes, decidió disponer esa escala punitiva y multa para los casos como el que nos ocupa que fue

actualizada mediante la ley cuestionada.

Esgrime que el criterio empleado por el legislador responde entonces a una razón objetiva de discriminación que no se presenta arbitraria, sino que es fruto de su discreción, relativa a cuestiones de política criminal que pertenecen al ámbito del debate legislativo que el Poder Judicial no puede invadir.

En definitiva, entiende que en el caso, la escala de multa no conculca los principios de culpabilidad y proporcionalidad que deben regir al momento de aplicar la pena, en los términos invocados por la defensa.

Aclara que no soslaya la realidad socio económica de la mayoría de los condenados por delitos de micro tráfico de estupefacientes, pero que esa sola circunstancia no alcanza *per se* para declarar la inconstitucionalidad de una norma dictada por el Congreso de la Nación ya que, entre las condiciones negativas de este tipo de delito, emerge su incidencia nociva en la población lo cual también requiere del resguardo del Estado.

b.4. Así ilustrado el cuadro bajo estudio, entiende que las condiciones personales del imputado y su situación económica constituirán un aspecto objetivo que, en particular y en cada caso, deben convencer al *a quo* en la tarea de graduación de la pena de multa a imponer y que la forma de su cumplimiento corre por otro carril.

Con arreglo a ello, repara en la solución propiciada por el tribunal ya que, de acuerdo a lo establecido en el art. 21 del Código Penal y las pautas contenidas en los artículos 40 y 41, ponderó la razonabilidad del mínimo de la pena de multa impuesta a Allende a través de su pago en cuotas (art. 21 del CP).

Sin desmerecer en lo más mínimo la propuesta de la juzgadora, estima que ello no se compadece con el sistema legal previsto, pues no se trata de una alternativa que surja *sine qua non* de la ley.

Esgrime que constituye regla general que el pago de la multa se efectúe en un solo acto y en dinero efectivo, por su monto total en el término fijado en la sentencia (cita en ese sentido a

De la Rúa, Jorge y Tarditti, Aída, en *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, 2015, Tomo 2, p. 673), de modo tal que recién a partir de su incumplimiento se puede seguir la secuencia que mejor se adecúe a la situación del imputado, esto es, el cobro compulsivo, el pago en cuotas, la amortización con trabajo libre o la conversión en prisión. Este cuadro, a su entender, parece poner a la luz la imposibilidad de que en la propia sentencia “ya se pueda imponer la forma de trabajo o de cuotas” (*ib ídem* p. 673).

Explica que recién en caso de suscitarse una situación de incumplimiento, la cuestión a elucidar será discutida en la etapa ejecutiva, esto es, cuando efectivamente -y agotadas las posibilidades legales-, el condenado no pueda afrontar esa pena (la cual, en su caso, podrá ser fraccionada y amortizada de acuerdo a la condición económica del reo). Así, será en el hipotético caso en que ésta no pueda ser realmente satisfecha que se procederá al análisis de las otras alternativas previstas en el art. 21 del digesto sustantivo.

En este escenario, estima que el tribunal de sentencia se adelantó en ese quehacer y ponderó, en el caso de Allende, que podía afrontar el pago de la pena de multa en 60 cuotas iguales de una suma determinada.

Atento a ello, estima que el planteo de la defensa en esta instancia resulta incierto puesto que aún se trata de una obligación inexigible que recién adquirirá esa potencia a partir de los primeros treinta días en que el imputado recupere su libertad.

c. Finalmente y a modo de colofón, recuerda que la CSJN ha señalado reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad *ratio* de una norma se erige como la última del orden jurídico, agregando que “...implica un acto de suma gravedad institucional (...) Y está a cargo de quien invoca una irrazonabilidad la alegación y prueba respectiva (...) pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable...” (Fallos: 226:688; 42:73; 300:241, 1087;

325:645; 312:122; causa E. 73. XXI, 'Entel c/ Municipalidad de Córdoba s/sumario' fallada el 8/9/1987, entre muchos otros).

IV. En lo que atañe a la admisibilidad formal de la impugnación cabe recordar que el recurso de inconstitucionalidad es una vía incidental para traer la materia constitucional y que para su procedencia formal la resolución judicial recurrible debe haberse pronunciado en forma contraria a una determinada pretensión, es decir que debe existir una decisión adversa (TSJ, Sala Penal, "Fernández", S. n° 82, 22/4/2009; "Alem", S. n° 294, 12/11/2010; "Marigliano", S. n° 93, 12/5/2011; "Luna", S. n° 32, 27/2/2013; "Arce", S. n° 407, 14/9/2016; entre otras). Atento a que nos encontramos ante una resolución judicial contraria a la pretensión del recurrente de que se declare la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 5 inc. e, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737, tal como exige el art. 483 del CPP, en principio el recurso resulta formalmente admisible.

V. En lo que atañe a la pena de prisión, consideramos que los cuestionamientos constitucionales formulados por el recurrente en favor de la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto, en función del art. 34 inc. 1 de la Ley n° 23.737 resultan procedentes por las mismas razones que fueron desarrolladas *in extenso* en el fallo dictado por este Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Loyola" (S. n° 470, 27/10/2016) en relación al inc. c de dicha norma, y al rechazar el recurso extraordinario interpuesto contra esta última resolución (A. n° 89, 19/3/2018), como así también en autos "Bordoni" (S. n° 215, 22/6/2018) y posteriores ("Lencina", S. n° 220, 25/6/2018; "Bustamante", S. n° 227, 26/6/2018; "Fernández", S. n° 228, 27/6/2018; "Ochoa", S. n° 231, 27/6/2018; "Rivarola", S. n° 233, 28/6/2018; "Lovera", S. n° 462, 9/11/2018; "Copa", S. n° 235, 28/5/2019; "Gómez", S. n° 132, 29/5/2020; "Vázquez", S. n° 138, 1/7/2020; entre muchos otros), que consideramos aplicables al caso, como seguidamente pasamos a explicar.

1. De acuerdo con el 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, potestad que se encuentra limitada por las normas constitucionales que conforman el bloque que garantiza la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad también para la discrecionalidad.

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

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

2. En oportunidad de analizar el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por los delitos de tráfico del art. 5° inc. c de la Ley n° 23.737 en función de lo dispuesto por el art. 34 inc. 1 del mismo cuerpo legal (cfr. Ley n° 26.052 y Ley provincial n° 10.067), la mayoría de este tribunal consideró que el mantenimiento del mismo monto de pena privativa de la libertad para el caso del micro comercio de estupefacientes de quien ocupa el último eslabón de la cadena y el comercio macro de esas sustancias que incluye al gran narcotraficante, luego de reconocerse jurídicamente su diferencia por la Ley n° 26.052 con importantes efectos jurídicos, afecta los principios de racionalidad y proporcionalidad, y la garantía de igualdad ante la ley de nuestro ordenamiento constitucional y convencional por distintas razones.

Entre esas razones, se señaló que la falta de adaptación de la respuesta punitiva en tal supuesto supone: (i) desconocer la significativa diferencia de magnitud entre ambos injustos; (ii) ignorar su expreso reconocimiento con importantes efectos jurídicos por la Ley n° 26.052; (iii) plantear diferencias importantes con otros delitos que protegen la salud pública en términos cercanos al micro menudeo; (iv) desconocer la sistemática del código penal vigente; (v) olvidar el valor que en ese nuevo contexto adquieren los antecedentes a la sanción de la Ley n° 23.737 –que distinguían las escalas penales entre uno y otro supuesto–, y muy especialmente; (vi) la imposibilidad de dar respuestas alternativas al encarcelamiento en los casos de imputados por mínimas cantidades pertenecientes a sectores vulnerables (extrema pobreza, mujeres, jóvenes infractores, etc.), lo cual obsta al cumplimiento de las indicaciones dadas en sentido contrario por los organismos internacionales de la región tanto en relación con ello, como en cuanto a la necesidad de graduar la respuesta a esta delincuencia evitando sanciones desproporcionadas. Es más, se indicó que (vii) esa falta de adaptación de esa escala a pesar del reconocimiento jurídico de esas diferencias, muestra una clara omisión legislativa ante lo que debía hacerse para mantener la constitucionalidad de la normativa citada ante esa diferenciación legal de tipos penales introducida por la Ley n° 26.052.

En ese sentido, se destacaron las significativas diferencias que existen entre el injusto de quien realiza actos de venta al consumidor final, exponiéndose en el último eslabón de la cadena para transferir pequeñas cantidades de estupefacientes, y los narcotraficantes que intervienen en los eslabones superiores de la cadena del macro comercio –que incluyen distintos niveles de conexión nacional e internacional–, a los cuales se refieren esencialmente los compromisos internacionales del país y que determinan la afectación de los intereses que autorizan la excepcional competencia federal para esa materia, tal como expresamente ha reconocido el propio legislador en la Ley n° 26.052, habilitando la competencia ordinaria para el micro menudeo y delitos menores previstos en la Ley n° 23.737.

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

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

vulnerables.

Asimismo, se puso de relieve que esas diferencias se tornaron evidentes, haciendo inevitable la declaración de inconstitucionalidad de esa escala común tras su reconocimiento por parte del propio legislador, con importantes efectos jurídicos, al modificar el art. 34 párrafo 1° de la Ley n° 23.737 mediante la Ley n° 26.052 del año 2005 que admitió que el micro comercio se sustraiga del ámbito de los intereses federales y pueda ser perseguido por la justicia ordinaria provincial.

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

Es que, a diferencia del macro comercio, el micro comercio al que se refiere el art. 34 párrafo 1° de la Ley n° 23.737 no plantea razones de interés federal que justifique distingos significativos con la escala penal prevista para otros delitos contra la salud pública como los de los arts. 200 y ss. CP y, particularmente, el caso del art. 201, por ser el más cercano al micro menudeo, que contempla una sanción privativa de la libertad de 3 a 10 años.

Por otra parte, se señaló que el proyecto original de la Ley n° 23.737 distinguía el micro del macro comercio, contemplando una pena significativamente menor para el primero, muy inferior a la actual y sí más cercana a la del art. 201 CP, que se condice, también, con la planteada en el Anteproyecto de reforma al Código Penal de 2012 para todos los supuestos de narcotráfico, aún los del macro comercio. Se indicó, además, que desde una perspectiva sistemática, ello armoniza con la distinción que hace el art. 277 inc. 3° CP que considera delitos “especialmente graves” a los sancionados con una pena de prisión cuyo mínimo supere los 3 años.

Finalmente, cabe señalar que también se hizo alusión en los referidos precedentes a los fundamentos desarrollados a esos mismos fines –la declaración de inconstitucionalidad de esa

escala- en diversos pronunciamientos dictados en un sentido similar por distintos tribunales de juicio y de casación, provinciales y federales de distintos puntos del país, de los que también se toman argumentos, citando en ese sentido las posiciones sostenidas en votos de la Sala II de la Cámara Federal (“Ríos, Mauricio”, S. del 16 del/4/2013), del Tribunal Oral Federal n° 1 de Córdoba (“González, Sabrina”, S. del 16/8/2013), de la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad (voto del doctor Spinka en autos “Lucero”, S. nN° 21 del 2/9/2014), de la Cámara Sexta del Crimen en distintas integraciones (“Sánchez Bustamante” S. n° 24 del 17/6/2014 -sala unipersonal a cargo de la doctora Carranza-; “Zita”, S. n° 6 del 13/4/2015 -sala unipersonal a cargo del doctor Guerrero Marín-), y de la Cámara Acusación de esta ciudad (“Giménez”, A. n° 156 del 30/4/2015, voto del doctor Pérez Barberá); entre otros.

3. En oportunidad de analizar la admisibilidad del recurso extraordinario federal deducido por el señor Fiscal General en contra de la declaración de inconstitucionalidad referida (A. n° 89, 19/3/2018), la mayoría del tribunal resaltó, también, la total irrelevancia a estos efectos que tiene la Ley n° 27.302 –sancionada con posterioridad al dictado del citado fallo “Loyola”-, señalando que en absoluto puede considerarse como una confirmación de las escalas penales de los delitos de micro comercio de estupefacientes previstos en los arts. 5 en función del 34 de la Ley n° 23.737 modificado por la Ley n° 26.052 y que, en todo caso, un argumento semejante debía desecharse si se hacía un análisis detenido de la cuestión. Más allá de que aun si las cosas hubieran sido de ese modo y se hubiera dictado una nueva norma con el objeto de confirmar dicha escala, ello no salvaría la cuestión, pues su inconstitucionalidad no deriva sin más de la voluntad histórica del legislador sino de su racionalidad constitucional.

En ese sentido, se destacó que la Ley n° 27.302 surgió del proyecto presentado por la senadora nacional por Salta Sonia Escudero, que expresamente circunscribió al objetivo específico de satisfacer la necesidad de plasmar claramente la penalización del desvío de precursores químicos a la producción ilegal de estupefacientes. Algo muy distinto a la figura del micro menudeo de estupefacientes al que se refiere el pronunciamiento atacado, nada tiene

que ver con la producción de estupefacientes y por lo mismo, con los precursores químicos. En efecto, la propia exposición de motivos del proyecto ante la Cámara de Diputados el 4/4/2016 destacó que la “...*finalidad de este proyecto es que en ordenamiento jurídico de la República Argentina se refleje la preocupación que existe a nivel mundial que busca que se contemple en las legislaciones de todos los estados la penalización del desvío de precursores químicos a la producción ilegal de estupefacientes...*”. Tanto es así que para el trámite parlamentario el proyecto fue llamado de “Penalización del desvío de precursores químicos a la producción ilegal de estupefacientes; modificación de la Ley n° 23.737 (Régimen contra el Narcotráfico)”.

Esta circunstancia también quedó evidenciada por las modificaciones que se introdujeron al texto legal, relativas a la inclusión de la sanción de los precursores químicos destinados a la producción y no a la venta minorista de estupefacientes (se modificaron los arts. 6°, 24, 30, 44 Ley n° 23.737) y la inclusión de una nueva figura para sancionar la falsificación de datos suministrados al Registro Nacional de Precursores Químicos (inclusión del art. 44 *bis* a la Ley n° 23.737). Y nada de eso supone, como se argumentó –en relación a un fallo anterior a su sanción–, un examen explícito o implícito de las escalas penales de las figuras penales de micro menudeo a las que se refieren los arts. 5 inc. c en función del 34 de la Ley n° 23.737 modificada por la 26.052, y Ley provincial n° 10.067.

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

4. Posteriormente, se sostuvo que hay otras razones de peso que concurren a reforzar la apreciación mayoritaria de este tribunal de que la modificación a la competencia federal introducida por Ley n° 26.052 no solo proyectó una decisión de política criminal de

persecución penal sino que introdujo también una diferenciación sustancial en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido por las conductas desfederalizadas que no se reflejó en la adecuación de la consecuencia penal.

En ese sentido, se señaló en autos “Bordoni” (cit.) que, al distinguir entre los delitos que corresponden a la jurisdicción federal y los comprendidos en la jurisdicción provincial, la Corte Suprema recurrió a una interpretación sistemática que integra, para delimitar la jurisdicción federal, los límites estipulados por la Constitución de la Nación (art. 116) y la vinculación de los delitos de tráfico ilícito enumerados en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 3) “*que superan el límite de lo común*”. Al respecto, sostuvo el Máximo Tribunal Nacional –por expresa remisión al Dictamen del Procurador General de la Nación–, que el resto de las figuras que pudieren lesionar el físico o la moral de los habitantes y que importen, en definitiva, un menoscabo en el bien jurídico protegido “la salud pública” son ajenas al derecho federal (CSJN, “Echeverría”, Comp. 130 L.XLII, 13/6/2006).

Siguiendo estos lineamientos, la Corte se expidió en numerosas oportunidades en favor de la competencia provincial por considerar que se trataba de hechos puntuales significativos del último eslabón de la cadena de comercialización, aun cuando el estupefaciente secuestrado no se encuentra fraccionado en dosis tal como lo establece la Ley n° 26.052 (“Salazar”, Comp. n° 264 L. XLII., 4/9/2007; “Vialaret”, Comp. n° 303 L.XLII, 4/9/2007; “Olech”, Comp. n° 1177 L. XLII, 11/12/2007; “Muñoz Jofré”, Comp. n° 290, XLII, 11/12/2007; “Romero”, Comp. n° 1027, L. XLII, 18/12/2007; “Frías”, Comp. n° 102 L. XXLVII, 28/8/2012; entre otros, cit. por Hairabedian, Maximilino -Director-, *Fuero de Lucha contra el Narcotráfico-Investigación y Represión Provincial de las Drogas*, 1ª reimpr., Alveroni, Córdoba, 2012, págs. 170/171 y 174/177).

La circunstancia de que el Máximo Tribunal Nacional señalara que lo relativo al tráfico de estupefacientes que supera el límite de lo común se vincula con los delitos de tráfico ilícito

enumerados en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 3) y justifica la competencia federal, mientras que los que no exceden de dicho límite, si bien importan un menoscabo a la salud pública, son ajenos al derecho federal, avala la apreciación de que ambos grupos de delitos afectan de diferente manera el mismo bien jurídico (salud pública) en función de su mayor o menor gravedad, de modo tal que justifica no solo una diferenciación a nivel de persecución penal sino también de la respuesta punitiva.

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

Es por ello que, mientras en el ámbito local el bien jurídico protegido principalmente por las disposiciones de la Ley n° 23.737 es la salud pública -puesto las conductas vinculadas con el tráfico y con la posesión de drogas tóxicas representan un riesgo para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado-, en el orden federal la protección puede extenderse más fácilmente a otros valores que nunca podrían verse afectados por hechos cometidos por el último eslabón de la cadena de comercialización que proyectan una pluriofensividad de los delitos de mayor cuantía de especial trascendencia, particularmente a partir de la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, que alude a la tutela

de las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad y del fallo de la Corte Suprema de la Nación *in re* “Montalvo” (S. 11/12/1990; Fallos: 313:1333) que ha extendido el amparo a los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y de la subsistencia misma de la Nación (ap. 13), tal como lo ha señalado este tribunal en el precedente “Cejas” (S. n° 403, 20/10/2014).

De modo tal que el reparto de competencias que el legislador ha establecido en función del criterio del “último eslabón de la cadena de narcotráfico” no solo obedece a una decisión de política criminal vinculada a la mejor persecución penal de los delitos de tráfico de estupefacientes sino también a una diferente concepción de la gravedad de dichas conductas en función de la mayor o menor afectación al bien jurídico principalmente protegido e incluso a otros intereses de especial trascendencia a los que se relacionan esos compromisos internacionales que solo pueden afectar significativamente los delitos de mayor cuantía.

Por ello, la falta de adecuación de la sanción penal prevista en el art. 5 inc. “c” para los delitos desfederalizados y, particularmente, para la comercialización dirigida directamente al consumidor (art. 34 inc. 1°), como así también la omisión de incluir dentro del esquema normativo de la Ley n° 23.737, conjuntamente con la posibilidad de adhesión del art. 34 de la Ley n° 23.737, un nuevo tipo penal que regulara específicamente esa conducta, hace que la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del 34 inc. 1° de la Ley n° 23.737 carezca de razonabilidad por resultar su aplicación al caso desproporcionada y desigual, tornando operativa la regla de la clara equivocación, en virtud de la cual corresponde declarar su inconstitucionalidad.

5. La figura prevista en el art. 5 inc. “e” de la Ley n° 23.737 contempla la entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes y ha sido expresamente incluida dentro de los supuestos contemplados por el inc. 1° del art. 34 de la Ley n° 23.737, por lo que lo predicado sobre la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. “c” resulta también al caso.

Si bien para la modalidad no onerosa de dicha figura –aplicada al caso- contempla una pena que permite *prima facie* otras alternativas resocializadoras (3 a 12 años de prisión), incluye el tráfico a gran escala como el micro tráfico o destinado directamente al consumidor, por lo que se torna necesaria la declaración de inconstitucionalidad a fin de reparar el error legislativo apuntado en “Loyola”.

Además, de no procederse así, se produciría una desigualdad de trato que resulta inaceptable, en tanto la inconstitucionalidad sería procedente en relación a las figuras previstas en el inc. c (comercialización, tenencia con fines de comercialización, etc.) y en el primer supuesto del inc. e (entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes a título oneroso) pero no al segundo supuesto (entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes a título gratuito) que ya ha sido considerado por el legislador como de menor afectación al bien jurídico al establecer una reducción de la escala penal en relación a aquellos supuestos.

VI. Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento constitucional de la pena de multa advertimos que el tribunal *a quo* incurrió en error al aplicar la escala prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto de la Ley n° 23.737 conforme al texto de la Ley n° 27.302 (BO. 8/11/2016) -15 a 300 unidades de multa- ya que, por la fecha del hecho (10/3/2015), correspondía aplicar la ley anterior (art. 2 del CP), que preveía una multa de \$112,50 a \$4500 (Ley n° 23.975).

Esta circunstancia condiciona la suerte del planteo formulado ya que, en definitiva, la inconstitucionalidad denunciada recae sobre una norma que no debió ser aplicada por constituir una ley más gravosa que la que regía al momento del hecho (art. 2 *a contrario sensu* del CP).

Si bien la defensora del imputado no trajo este agravio en oportunidad de interponer el recurso de casación que corre por vía separada (se limitó allí a reclamar la aplicación de la figura atenuada del art. 5 *in fine* de la Ley n° 23.737, ver Sentencia n° 281/2022), por un imperativo de justicia se impone que se proceda a la corrección jurídica del fallo en lo que atañe a la determinación de la pena de multa, lo que torna abstracto el recurso de

inconstitucionalidad por sustracción de materia (TSJ, Sala Penal, “Pérez”, A. n° 201, 20/6/2002; “Benítez”, S. n° 7, 16/3/2004; “Cuello” S. n° 203, 18/8/2011; “Oviedo” S. n° 207, 30/8/2010; “Moyano”, A. n° 196, 23/7/2012; “Eve”, A. n° 362, 3/9/2020; “Taborda”, S. n° 562 del 4/12/2020; entre otros).

Así votamos.

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

I. Adherimos a la relación de causa efectuada por los señores Vocales preopinantes (puntos I a III), las consideraciones respecto a la admisibilidad formal del recurso (punto IV) y la solución propiciada con relación a la pena de multa (punto VI). Sin embargo discrepamos con la conclusión a la que se arriba con relación a la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737 en función del art. 34 inc. 1°, por Ley n° 26.052, en lo referido a pena de prisión.

II.1. Conforme lo sostuvimos en el precedente “Loyola” (S. n° 470, 27/10/2016) a cuyos argumentos remitimos, reiterada y pacífica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 249:51; 260:153; 264:364; 285:369; 288:325; 301:962; 302:457,1149; entre otros) y solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable (Fallos: 338:1504).

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

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

El criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, es el que se deriva de la confrontación de la norma legal con la ley fundamental en una relación con la propia naturaleza garantizadora del principio de proporcionalidad de la pena, el que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que solo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada por un Estado de Derecho. En ese sentido, se ha sostenido que son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (Fallos: 314:424).

Adviértase que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en

los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (cfr. Fallos: 314:424; 327:1479).

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

2. Bajo tales parámetros, consideramos que no es posible sostener en el caso que la escala penal prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto, en función del art. 34 inc. 1 de la Ley n° 23.737 sea inconstitucional por resultar manifiestamente lesiva del principio de proporcionalidad.

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

gobiernos provinciales en su persecución y represión, manteniendo la competencia federal para la delincuencia más organizada que es la que generalmente excede a las jurisdicciones locales.

De la exposición de motivos de la Ley n° 26.052 surge expresamente que la voluntad del legislador fue que los tipos penales de la Ley n° 23.737 se aplicaran de la misma manera según recayeran las conductas en la órbita federal y local conforme al criterio de mayor o menor proximidad al consumidor en la cadena de tráfico. En ese sentido, incluso aclaró que las modificaciones que se introducían no importaban reducción penal alguna.

En consecuencia, no se trata de una omisión o descuido, sino de una elección consciente y voluntaria en atención a los criterios de política criminal que inspiraron la desfederalización y que aparecen razonables en función de la naturaleza de conductas de que se trata y los compromisos asumidos en las Convenciones Internacionales en materia de narcotráfico.

Por otra parte, si bien es cierto que el art. 5 de la Ley n° 23.737 prevé una pena mayor a la de otras disposiciones de la legislación de fondo que protegen igual bien jurídico -salud pública- (arts. 200 y ss. CP), no puede soslayar se que las conductas reprimidas por la Ley n° 23.737 extienden su protección también a otros bienes jurídicos, y por ello se las ha caracterizado como delitos pluriofensivos.

Por lo tanto, la mayor sanción prevista por la norma respecto de otras figuras penales –incluso aquellas que penalizan conductas similares (art. 201 CP)– reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado que no aparece arbitraria, sino que es fruto del uso de la discreción legislativa que no resulta materia de pronunciamiento jurisdiccional en tanto a los tribunales de justicia les está vedado el examen del acierto o conveniencia de las medidas adoptadas por otros poderes en el ámbito de sus propias atribuciones. En función de lo señalando, mal puede concluirse que el legislador incurrió en una clara equivocación al mantener igual respuesta penal para conductas de diferente gravedad.

Cabe añadir, ante los argumentos incorporados por la mayoría a partir del fallo “Bordoni”

(cit.), que la idea de la mayor gravedad y necesidad de punición de los estratos más altos de comercialización de estupefacientes soslaya que desde perspectivas preventivo generales, la lucha contra el micromenudeo adquiere una especial trascendencia ante la inmediatez de su actividad con el consumidor final que es al que, en definitiva, se quiere proteger con el adelantamiento de barreras que supone la tutela de la Salud Pública en esta clase de delitos. Por lo demás, la norma que se analiza concretamente en el caso (art. 5 inc. e, segundo supuesto) difiere de las previstas por el art. 5 inc. c) ya que contempla una pena atenuada (3 a 12 años) que permite otras alternativas al encarcelamiento para casos de menor gravedad.

III. En cuanto a la inconstitucionalidad referida a la pena de multa, nos remitimos a las consideraciones efectuadas por los señores Vocales del primer voto y a la solución allí propugnada.

Así votamos.

El señor Vocal doctor Luis Eugenio Angulo Martín dijo:

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

En lo referido a la pena de multa, comparto los fundamentos y la solución de los vocales que me preceden.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTION

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

Blanc G. de Arabel y Domingo Juan Sesín dijeron:

En virtud de la votación que antecede corresponde:

I. Por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad presentado por la recurso de inconstitucionalidad presentado por la asesora letrada con funciones múltiples del tercer turno

de la ciudad de Río Cuarto, doctora Luciana Casas, fundando la voluntad recursiva oportunamente manifestada por el imputado Darío Germán Allende, en contra de la Sentencia número treinta del veinticuatro de abril de dos mil diecinueve, dictada por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. “e”, segundo supuesto, en función del art. 34 inc. 1 de la Ley n° 23.737, para la pena privativa de libertad.

A fin de fijar la nueva pena, tomamos como referencia la escala penal de tres (3) a diez (10) años de prisión establecida en autos “Loyola” (cit.), recordando que, desde una perspectiva sistemática, el nuevo marco recupera la coherencia del sistema pues: a) refleja las diferencias jurídicas existentes entre la valoración del micro y del marco comercio de estupefacientes evitando la desproporcionalidad mencionada; b) posibilita brindar respuestas adecuadas tanto para los casos cuasi bagatelarios, como para los casos de mayor gravedad de tráfico menor, sin que esto último conduzca a su equiparación con el tráfico mayor de competencia federal; c) respeta la mayor gravedad de esas conductas en relación a la figura de entrega, suministro o facilitación ocasional y a título gratuito para uso personal, para la cual se prevé una pena de 6 meses a 3 años de prisión (último párr. art. 5); y d) armoniza el monto de la sanción de este grupo de conductas, con la prevista para modalidades semejantes de ataque a la salud pública, particularmente aquellas que presentan mayores similitudes con ese delito (art. 201 CP, que contempla pena de prisión o reclusión de 3 a 10 años).

Teniendo presente ese nuevo marco punitivo, la reducción efectuada por el propio legislador sobre la figura del inc. e, segundo supuesto y la pena de 6 meses a 3 años de prisión prevista para la entrega, suministro o facilitación ocasional y a título gratuito para uso personal (art. 5 *in fine*), estimamos que la nueva escala debe fijarse en un punto intermedio y proporcional entre estas figuras que, respetando el criterio del legislador, debe ser de 2 a 7 años de prisión.

II. Atento a la nueva escala penal corresponde modificar la pena impuesta al imputado. Las

particularidades del caso tornan necesario reenviar la causa al tribunal de origen dada la pluralidad de delitos que integran la condena y la aplicación de un criterio compositivo en relación a la pena de prisión.

A tal fin, sin embargo, debe recordarse que por aplicación del principio de la *reformatio in peius*, no se podrán tener en cuenta circunstancias agravantes no contempladas anteriormente (TSJ, Sala Penal, “Villagra”, S. 148, 3/11/2006; “Castaño”, S. n° 165, 30/6/2008; “Bazán”, S. n° 198, 20/8/2010; “Olmos”, S. n° 20, 24/2/2012; “Valente”, S. n° 234, 3/6/2016; en pleno, “Lencina”, S. n° 220, 25/6/2018; entre muchos otros).

III. En función de lo expuesto en relación al planteo de inconstitucionalidad de la pena de multa, por unanimidad, corresponde proceder a la corrección jurídica del fallo, es decir, anular parcialmente la sentencia en cuanto impuso a Darío Germán Allende la pena de multa de quince unidades fijas (15 UF) equivalente a cincuenta y cuatro mil pesos (\$54.000), pagaderos en sesenta (60) cuotas fijas, iguales, consecutivas y mensuales de novecientos pesos cada una, debiendo hacer efectiva la primera, treinta días después de recuperar su libertad.

En su lugar, debe fijarse la pena de multa de conformidad con la escala prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737 vigente a la fecha del hecho (10/3/2015), que oscila entre \$112,50 y \$4500 (Ley n° 23.975).

Atento a que el tribunal *a quo* impuso el mínimo de la escala luego de analizar las circunstancias agravantes y atenuantes (f. 263) y que un eventual reenvío no podrá agravar la situación del imputado por aplicación del principio de la *reformatio in peius*, se torna inconducente reenviar la causa para que se renueve dicho segmento de la sentencia, por lo que corresponde fijar la pena de multa en la suma de \$112,50 (art. 2 del CP y 5 inc. “e”, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737).

IV. En atención a lo expuesto, debe declararse abstracto por sustracción de materia el recurso de inconstitucionalidad deducido en lo que atañe a la pena de multa prevista por el art. 5 inc.

e, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737 conforme al texto de la Ley n° 27.302 (BO. 8/11/2016)

V.Sin costas atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 del CPP).

Así votamos.

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

Los señores Vocales del primer voto, dan, a nuestro juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adherimos a su voto, expidiéndonos en igual sentido, sin perjuicio de mantener nuestra postura desarrollada en la primera cuestión sobre la pena de prisión.

El señor Vocal doctor Luis Eugenio Angulo dijo:

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

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

RESUELVE:

I. Por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad presentado por la asesora letrada con funciones múltiples del tercer turno de la ciudad de Río Cuarto, doctora Luciana Casas, fundando la voluntad recursiva oportunamente manifestada por el imputado Darío Germán Allende, en contra de la Sentencia número treinta del veinticuatro de abril de dos mil diecinueve, dictada por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. “e”, segundo supuesto, en función del art. 34 inc. 1 de la Ley n° 23.737, para la pena privativa de libertad, estableciéndola en dos (2) a siete (7) años de prisión.

II. Reenviar la causa al tribunal de origen para que fije la nueva pena privativa de la libertad a imponer al imputado teniendo en cuenta que, por aplicación del principio de la *reformatio in*

peius, no se podrán tener en cuenta circunstancias agravantes no contempladas anteriormente.

III. Por unanimidad, anular parcialmente la sentencia en cuanto impuso a Darío Germán Allende la pena de multa de quince unidades fijas (15 UF) equivalente a cincuenta y cuatro mil pesos (\$54.000), pagaderos en sesenta (60) cuotas fijas, iguales, consecutivas y mensuales de novecientos pesos cada una, debiendo hacer efectiva la primera, treinta días después de recuperar su libertad. En su lugar, fijar la pena de multa en la suma de \$112,50 (art. 2 del CP y 5 inc. e, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737).

IV. Por unanimidad, declarar abstracto el recurso de inconstitucionalidad deducido en lo que atañe a la pena de multa prevista por el art. 5 inc. e, segundo supuesto, de la Ley n° 23.737, conforme al texto de la Ley n° 27.302 (BO. 8/11/2016).

V. Sin costas atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 del CPP).

Protocolícese, hágase saber y bajen.

Texto Firmado digitalmente por:

LOPEZ PEÑA Sebastian Cruz

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

TARDITTI Aida Lucia Teresa

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

SESIN Domingo Juan

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

RUBIO Luis Enrique

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

BLANC GERZICICH María De Las Mercedes

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

CACERES Maria Marta

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

ANGULO MARTIN Luis Eugenio

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2022.08.05

PUEYRREDÓN Maria Raquel

SECRETARIO/A T.S.J.

Fecha: 2022.08.05