Buenos Aires, 19 de marzo de 2025

Vistos los autos: "Loyola, Sergio Alejandro s/ comercialización de estupefacientes - recurso de inconstitucionalidad - recurso extraordinario".

Considerando:

1º) Que Sergio Alejandro Loyola dedujo un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal de la Primera Nominación de la ciudad de Córdoba que lo condenó a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor del delito de comercialización de estupefacientes previsto en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737.

2°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, por mayoría, hizo lugar al recurso, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 -de cuatro a quince años de reclusión o prisión-, estableció que la aplicable al caso sería de tres a diez años de reclusión o prisión, y redujo a tres años la pena impuesta.

Para resolver el caso, el tribunal provincial afirmó que una escala penal solo podía ser declarada inconstitucional si se demostraba que el Congreso había cometido una muy clara equivocación, “tan clara que no queda abierta a una cuestión racional”. Concluyó en que pese a ese alto estándar de deferencia al legislador, en este caso se configuraba una inconstitucionalidad por dos razones.

En primer lugar, entendió que la ley 26.052 permitió que la justicia provincial asuma la competencia del delito de comercialización de estupefacientes “fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor” mientras reservó la competencia federal para los delitos de comercialización a gran escala porque consideró que aquellas conductas eran menos graves que estas. A criterio del tribunal, la desfederalización de la competencia de ciertos delitos expresó una nueva valoración de la conducta y esa nueva ponderación

obligaba a establecer escalas penales diferenciadas para uno y otro tipo de comercialización, motivo por el cual el mantenimiento de la escala de cuatro a quince años de prisión para ambas clases de comportamiento sería el resultado de una “clara equivocación” del Congreso de la Nación que autorizaría su invalidación judicial.

En segundo lugar, entendió que reprimir con una misma escala penal dos conductas de diferente gravedad ofendía la coherencia interna del sistema punitivo y, por ello, resultaba violatoria de los principios constitucionales de proporcionalidad y de igualdad, “sobre todo cuando [el] mínimo [de cuatro años de la escala prevista para este caso] es superior al establecido para similares conductas que afectan asimismo la salud pública (artículo 201 bis Código Penal) y ha sido considerado en la legislación penal como propio de los delitos "especialmente graves" (artículo 277 inciso 3º Código Penal).

3º) Que contra esa decisión el Fiscal General de la provincia interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

En su presentación, argumentó que resultaba errónea la interpretación del tribunal según la cual, tras la reforma introducida por la ley 26.052, el tipo del artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 establecería una distinción entre conductas de distinta gravedad; e indicó que resulta “palmariamente arbitraria” la inferencia de que la ausencia de una escala penal diferenciada para el comportamiento más leve sería consecuencia de un olvido legislativo o de una clara equivocación.

A su vez, adujo que al concluir que la escala penal prevista en esa norma es desproporcionada e indebidamente desigualitaria y aplicar en su lugar la sanción legal fijada para otro delito, el tribunal excedió el rol que le cabe en el

control de constitucionalidad de las leyes e invadió funciones correspondientes a otro poder del Estado.

4°) Que el recurso extraordinario fue correctamente concedido, en tanto se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa y suscita una cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso de la Nación -la escala penal prevista en el artículo 5° de la ley 23.737- y la decisión apelada es contraria a esa validez (artículo 14, inciso 1°, de la ley 48; Fallos: 311:1451; 324:2153; 329:3680 y 344:3458).

5°) Que, en lo que aquí interesa, la Constitución Nacional establece que es el Congreso Nacional quien debe *"*[d]*ictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales…"* (artículo 75, inciso 12).

Con fundamento en ello, la Constitución ofrece al legislador un amplio margen en materia de política criminal para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (Fallos: 311:1451; 344:3458). Solo el Congreso Nacional está investido de la facultad para declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal y establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (Fallos: 312:1920; 314:424). En este sentido, como ha sostenido esta Corte Suprema, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros y establecer escalas penales conforme lo estime pertinente (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89 y 314:424).

En este marco, el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse

(Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). Por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho *"...el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto..."* (Fallos: 249:425; 333:866; 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256 y 329:385, entre muchos otros).

6°) Que desde ese estándar corresponde analizar la ley aplicable al caso. En lo que aquí importa, el artículo 5°, inciso c de la ley 23.737, reprimía con *"reclusión o prisión de cuatro a quince años [...al] que sin autorización o con destino ilegítimo: (...) comercie con estupefacientes o materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte"*.

Por su parte, el artículo 2° de la ley 26.052 (Boletín Oficial 31 de agosto de 2005) modificó el artículo 34 de la ley 23.737 (Boletín Oficial 11 de octubre de 1989), que establecía la competencia federal para todos los delitos previstos y penados en ella, y dispuso que *"...serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación: 1. Artículo 5° incisos c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor..."*.

7°) Que el argumento central de la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba radica en que, con la sanción de la ley

26.052, el Congreso Nacional *"al considerar la competencia local para las actividades de comercialización minorista dirigida directamente al consumidor, claramente efecto*[uó] *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".* Al ser ello así, agregó el tribunal, *"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".*

El tribunal describió que, en su redacción original la ley 23.737, no estableció distinciones entre las conductas reguladas en el artículo 5°, inciso c, sino que las consideraba *"igualmente graves"* y sometidas a una misma escala penal. La ley 26.052, a su criterio, puso en tensión esta concepción, estableciendo 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".*

En la propia lógica de la sentencia impugnada –y sin que esto suponga convalidar el estándar de deferencia al legislador que el tribunal provincial dice adoptar– correspondía que al menos se demostrase que existió una intención legislativa de establecer distinciones entre las conductas reprimidas en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 y que aquellas se fundaban en la mayor gravedad de una por sobre la otra.

No obstante, de la lectura de la ley 26.052, de su debate parlamentario y de la evolución del régimen penal en materia de estupefacientes

no surge que la intención del Poder Legislativo, al incorporar el artículo 2° de la ley 26.052, haya sido la de realizar modificaciones o clasificaciones de índole sustantiva entre los delitos, sino exclusivamente disponer su desfederalización parcial y sujeta a la adhesión por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe recordar, al respecto, que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal. Así, cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (arg. Fallos: 218:56; 299:167; 313:1007; 326:4909; 344:3006, entre otros). De modo concordante, se ha enfatizado que no son reglas hermenéuticas aceptables la de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, ni la de considerar superfluos los términos utilizados en la norma, ni la de distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 338:1344; 343:140; 344:5, entre otros).

8°) Que a su vez una lectura sistemática de la ley 26.052 tampoco evidencia que el Poder Legislativo haya considerado que la comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas directamente para el consumidor haya sido menos grave que otros tipos de comercio de estupefacientes. En efecto:

i) Cuando el legislador quiso modificar la escala penal de una conducta, lo hizo expresamente

En esta reforma el Congreso Nacional no solo modificó las competencias de ciertos delitos, sino que, también introdujo cambios sustantivos en otros tipos penales. Así, en su artículo 1°, la ley incorporó una variante para

el delito reprimido en el artículo 5°, inciso e, de la ley 23.737, con una escala penal atenuada. Esa modificación sustantiva, que se introdujo sobre un delito también sujeto a desfederalización, fue motivo de amplio debate en el seno del Congreso Nacional, al punto tal de que fue aprobado por el Senado de la Nación, rechazado luego por la Honorable Cámara de Diputados e insistido finalmente por la cámara alta con las mayorías necesarias para convertirlo en ley.

Entonces, a la luz de estas observaciones, no se puede sostener en forma congruente y coherente que al dictar la ley 26.052 el Congreso Nacional omitió adecuar la sanción existente para las conductas previstas en el artículo 5°, inciso c, de la Ley de Estupefacientes, cuando en esa misma oportunidad modificó uno de los tipos penales sujetos a desfederalización y le incorporó una variante atenuada en su escala penal, tras considerar que no mediaba proporción entre la acción típica y la pena prevista.

ii) La desfederalización no obedeció a un criterio de gravedad

En esta misma reforma, el Congreso Nacional mantuvo la competencia federal sobre otros delitos con penas menores a las del artículo 5°, inciso c. Por ejemplo, los motivos para mantener el juzgamiento del delito previsto en el artículo 12 de la ley 23.737 en la órbita de la justicia federal no pueden abrevar sobre su gravedad –considerada a partir de la escala aplicable–, sino que evidentemente responden a otros criterios de oportunidad, mérito y conveniencia decididos exclusivamente por el legislador.

Ciertamente, si una conclusión debió inferirse de la actuación del Poder Legislativo era precisamente la contraria de la propuesta por el tribunal superior: cuando la intención del legislador fue la de distinguir entre delitos y modificar las escalas penales, lo estableció expresamente y cuando no lo era, mantuvo la normativa sin alteraciones. Entonces, si la ley 26.052 no introdujo

cambios en el tipo y la escala del artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 las conductas allí reprimidas -desfederalizadas o no- conservaban la regulación vigente. Esta conclusión se imponía, en especial, cuando la postura que asumió el tribunal suponía subrogarse en la competencia exclusiva del Congreso Nacional para determinar la política criminal, colocando en clara tensión el principio constitucional de división de poderes.

9°) Que, a su vez, también la discusión parlamentaria de la ley 26.052 sugiere que la desfederalización de ciertos delitos 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 primeros los que están en mejores condiciones para actuar ante el fenómeno, típicamente local, de la venta al consumidor final.

Tanto en los fundamentos de los proyectos de ley presentados, como en el debate parlamentario resultante, la preocupación dominante que guió la reforma fue la eventual mayor capacidad que tendrían las jurisdicciones provinciales para dar respuesta inmediata a las denuncias de la población, o de fuerzas de seguridad locales, acerca de la existencia de puntos de venta de estupefacientes en sus barrios o comunidades (Diario de Sesiones del Honorable Senado de la Nación, 27ª reunión, 21ª sesión ordinaria, 6 de octubre de 2004 y 21ª reunión, 13ª sesión ordinaria, 27 de julio de 2005; Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 11ª reunión, 6ª sesión ordinaria, 4 de mayo de 2005 y 12ª reunión, continuación 6ª sesión ordinaria, 11 de mayo de 2005).

En tal sentido, como concluye el dictamen del señor Procurador General, la reforma de la ley 26.052 introdujo solo una modificación en la competencia para investigar y juzgar una parte de los casos que se encuentran sancionados por el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, al entenderse que,

dadas las diferencias entre la organización de la jurisdicción federal y la de las provincias, era posible que algunas de estas pudieran atender, con mayor eficacia que aquella, la actividad de la venta directa al consumidor.

10) Que, por los demás, con posterioridad a la sanción de la ley 26.052, el Congreso Nacional modificó el régimen penal de estupefacientes y, sin embargo, mantuvo inalterada la escala penal aplicable para el comercio de estupefacientes en dosis fraccionadas al consumidor (confrontar la ley 27.302, sancionada por el Congreso de la Nación el 19 de octubre de 2016).

11) Que, finalmente, corresponde realizar una apreciación sobre el argumento del Tribunal Superior de Justicia que relaciona el nivel de gravedad de una conducta con la atribución de su conocimiento a la justicia federal o a la ordinaria, en tanto ese razonamiento denota un incorrecto entendimiento sobre el funcionamiento del sistema federal.

En la sentencia recurrida, se sostuvo que *"a partir de la ley 26.052 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"*.

En este sentido, debe puntualizarse que no es correcto inferir que la diferencia de gravedad entre las conductas típicas esté determinada por la sujeción de determinados delitos a la jurisdicción federal o a la ordinaria, como si mediara una relación jerárquica entre ellas, donde la primera estuviera abocada a la persecución de crímenes "mayores" y la restante a crímenes "menores", porque esa conclusión importa entremezclar equivocadamente una consideración normativa de índole competencial con una sustantiva.

En efecto, no necesariamente un delito sujeto a la competencia federal es más grave -cualquiera sea el instrumento que se utilice para establecer esa calificación- o posee una escala penal más alta que uno sometido a la competencia ordinaria, pues tales decisiones de política criminal y de delimitación de competencias discurren por carriles separados e independientes. Tan independientes son estas variables que, en ocasiones, los mismos delitos pueden verse sujetos a la competencia federal u ordinaria por cuestiones que no hacen a la estructura del tipo penal.

El federalismo argentino constituye un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, por lo que el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada (Fallos: 340:1695). Ello no implica subordinación de los Estados particulares al gobierno central, sino coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común, tarea en la que ambos deben colaborar para la consecución eficaz de aquel fin (Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012; 330:4564).

Como corolario de ello, debe señalarse que los intereses por los que vela la jurisdicción federal no son superiores o de mayor trascendencia o importancia que los perseguidos por las jurisdicciones provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que son de una naturaleza y abrevan sobre bienes jurídicos diferentes.

12) Que los argumentos desarrollados hasta aquí también vacían de sustento los fundamentos de proporcionalidad e igualdad que esgrime el tribunal local para declarar inválida la escala penal aplicable al caso.

En efecto, todo su razonamiento al respecto se sostiene sobre la misma equivocada premisa, esto es, que la ley 26.052 reputó a la comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas para la venta al consumidor como una conducta menos grave que los otros supuestos comprendidos por el artículo 5°, inciso c de la ley 23.737.

13) Que, a la luz de todas estas consideraciones, es preciso recordar que en el sistema constitucional argentino queda en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos y en qué medida debe expresarse la respuesta punitiva para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque solo quienes están investidos de la facultad para declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa tutela mediante la determinación abstracta de la pena que se ha estimado adecuada (Fallos: 314:424).

En esta línea de pensamiento, resulta indiscutible que la decisión recurrida se inmiscuyó incorrectamente en las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional al Poder Legislativo en materia de legislación penal y estableció una distinción que aquel no había dispuesto.

En este sentido, cualesquiera sean las apreciaciones que se tengan respecto de la política criminal adoptada por el Congreso Nacional en materia de estupefacientes, lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella. Cabe recordar, al respecto, que la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, por lo que el ejercicio de esa potestad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio*

del orden jurídico (conf. Fallos: 331:2799; 340:669; 341:1675; 343:345 -voto del juez Rosatti-, entre otros). Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor mesura en dicho ejercicio, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Constitución Nacional asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 343:345 -voto del juez Rosatti- y 347:1527 -voto del juez Rosatti-).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

Que, sin embargo, conviene aclarar que las conclusiones a las que se arriba como resultado del prolijo análisis jurisprudencial que se efectúa en el acápite V del mencionado dictamen no deben entenderse como consagrando una pauta cerrada de análisis de la cuestión de la eventual inconstitucionalidad de una pena por falta de proporcionalidad y, en consecuencia, como excluyentes de otros supuestos no examinados por esta Corte hasta la fecha. Como no podría ser de otra manera, "…cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las espresiones *[sic]* generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan…" (conf. "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo", Fallos: 33:162, considerando 26; criterio reiterado en épocas recientes en Fallos: 338:134; 340:1084; 342:278, entre otros).

Que, en estos términos, no se ha demostrado, en el marco de las circunstancias de la causa, una concreta violación a los principios de proporcionalidad de la pena e igualdad en los que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fundó la inconstitucionalidad declarada.

Por ello, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso

extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que Sergio Alejandro Loyola dedujo un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal de la Primera Nominación de la ciudad de Córdoba que lo condenó a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor del delito de comercialización de estupefacientes previsto en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737.

Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, por mayoría, hizo lugar al recurso, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, estableció que la pena aplicable al caso sería de tres a diez años de reclusión o prisión, y redujo a tres años la pena impuesta.

Que contra esa decisión el Fiscal General de la provincia interpuso recurso extraordinario, que fue concedido. Argumentó que resultaba errónea la interpretación del tribunal según la cual, tras la reforma introducida por la ley 26.052, el tipo del artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 establecería una distinción entre conductas de distinta gravedad; e indicó que resulta "palmariamente arbitraria" la inferencia de que la ausencia de una escala penal diferenciada para el comportamiento más leve sería consecuencia de un olvido legislativo o de una clara equivocación.

2°) Que el recurso extraordinario fue correctamente concedido, en tanto se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa y suscita una cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso de la Nación -la escala penal prevista en el artículo 5° de la ley

23.737- y la decisión apelada es contraria a esa validez (artículo 14, inciso 1°, de la ley 48; Fallos: 311;1451; 324:2153; 329;3680 y 344;3458).

3°) Que el tribunal *a quo* declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el artículo 5°, inciso c de la ley 23.737, argumentando que en la ley 26.052, el Congreso Nacional *"...al considerar la competencia local para las actividades de comercialización minorista dirigida directamente al consumidor, claramente efecto*[uó] *una distinción entre las conductas de trafico 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".*

En esa dirección, entendió que al disponer la competencia local, considerándola menos grave, el legislador también debió corregir la adecuación de la pena, lo que no se hizo. Al respecto, señaló que 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"* (voto de la jueza Tarditti, con argumentos similares en el voto del juez López Peña, a los que adhirieron los jueces Blanc de Arabel y Sesín). En el mismo sentido, consideró que la ley 26.052 supone 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"* (voto de la jueza Tarditti; con argumentos similares en el voto del juez López Peña, a los que adhirieron los jueces Blanc de Arabel y Sesín).

4°) Que, sin perjuicio del respeto que debe ser reconocido al Superior Tribunal de Córdoba por su prestigio, basado en sentencias de elevado nivel jurídico dictadas durante muchos años, en este caso, corresponde la descalificación del pronunciamiento apelado, en virtud de que se trata de una interpretación que no se ajusta a la Constitución Nacional y al procedimiento argumentativo exigible a los Poderes Judiciales.

Que la intervención de esta Corte está justificada además, porque esta interpretación tiene consecuencias que exceden el caso y pueden ser extendidas no solo territorialmente a otras provincias, sino también, sustantivamente, a otros delitos.

Que, por lo tanto, se trata de la seguridad jurídica y del control de razonabilidad de las sentencias.

5°) Que en el caso corresponde, en primer lugar, examinar si los tribunales están facultados para no aplicar una ley vigente, y declararla inconstitucional presumiendo un error del legislador.

Que, en segundo lugar, es preciso analizar si es correcto argumentar que una reforma de la organización procesal que delega en las provincias la investigación penal, es un fundamento válido para considerar que implica una menor valoración de la conducta punible; tema este que corresponde a la legislación sustantiva nacional.

Que, en tercer lugar, es relevante examinar el argumento por el cual el nivel de gravedad de una conducta tendría relación con la atribución de su conocimiento a la justicia federal o a la ordinaria, en tanto ese razonamiento denota un incorrecto entendimiento sobre el funcionamiento del sistema federal.

6°) Que las sentencias deben ser razonablemente fundadas en criterios jurídicamente controlables, y no pueden descansar en la sola voluntad libre de un tribunal.

Esta regla, que hoy tiene recepción legal en el artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación, es aplicable a todo tipo de sentencias, cualquiera sea la especialidad. Es una regla general de la decisión judicial, de antigua raigambre en la historia jurídica, ampliamente admitida en la filosofía del derecho y en la teoría de la argumentación.

Esta exigencia cumple una doble finalidad: por un lado, garantiza el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto realizado por el sentenciante; por el otro, desde la perspectiva del Estado de Derecho, hace posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional (Fallos: 342:1261).

La argumentación no puede basarse en la interpretación libre de un tribunal, sino en reglas o tópicos, que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, toda vez que constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso (cfr. Fallos: 330:3432 "Farías c/ Clínica Privada Psiquiátrica Esquirol S.A.", disidencia del juez Lorenzetti, considerando 4°; Fallos: 332:967 "De la Cruz c/ Chilavert Paredes", disidencia del juez Lorenzetti, considerando 5° y Fallos: 344:3345, considerando 6° del voto del juez Lorenzetti).

7°) Que la sentencia válida debe seguir un procedimiento argumentativo controlable.

Que el primer paso lógico, consiste en la delimitación de los hechos (elemento fáctico), la identificación de la norma aplicable (elemento normativo) para elaborar el juicio de subsunción (elemento deductivo). Que el

segundo paso consiste en comprobar que la solución deductiva sea coherente con los precedentes judiciales en los que se establecieron reglas jurídicas para casos con circunstancias fácticas similares (elemento de consistencia), a fin de garantizar que la ley se aplique en forma igualitaria y previsible. Que el tercer paso requiere asegurar que la solución también sea coherente con el resto del sistema jurídico, cuyas reglas es preciso armonizar (elemento de coherencia). Que un cuarto paso lógico debe enfocarse en las posibles repercusiones futuras de la solución (elemento consecuencialista) ("Serantes Peña, Diego Manuel" - Fallos: 344:2601-, voto del juez Lorenzetti).

Que la sentencia en recurso, no se ajusta al primer paso lógico, porque se aparta claramente del texto legal, sin fundamento razonable.

8°) Que no es posible presumir el error o la omisión del legislador, porque de admitirlo, la ley se transforma en un mero consejo que puede ser dejado de lado por razones de conveniencia y genera una incertidumbre que, finalmente, pondrá en riesgo la vida y la libertad de las personas.

Que, por esta razón esta Corte Suprema, estableció que no constituyen reglas interpretativas aceptables la de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, ni la de considerar superfluos los términos utilizados en la norma, ni la de distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 338:1344; 344:5, entre otros).

9°) Que la ley dispone una competencia penal para la investigación y no hay ningún elemento que permita interpretar que también supone una modificación de la pena.

De los antecedentes parlamentarios no surge que la intención del Poder Legislativo, al incorporar el artículo 2° de la ley 26.052, haya sido la de realizar modificaciones o clasificaciones de índole sustantiva entre los delitos,

sino exclusivamente disponer su desfederalización parcial y sujeta a la adhesión por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tampoco surge de los antecedentes parlamentarios esta voluntad del Poder Legislativo de distinguir entre las conductas, resultando injustificada la construcción y valoración que realizó el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba respecto de la actuación y las intenciones del Congreso Nacional a la hora de sancionar las distintas leyes en materia de estupefacientes y, en particular, con el dictado de la ley 26.052.

De ello se sigue que no hay fundamento alguno para dejar de lado la voluntad expresa del Congreso Nacional de aumentar la escala penal y no diferenciar entre los delitos. Menos aún existe fundamento para modificar la interpretación de una ley sustantiva a través de una legislación procesal.

Cabe considerar, además, que la ley 26.052, también incorporó una variante para el delito reprimido en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, con una escala penal atenuada. Dicha variante resulta de aplicación en aquellos casos en que la *"...entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, sugiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, [estableciendo que] la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21"* (artículo 1°).

Este artículo 1°, que -es preciso remarcar- se introdujo sobre uno de los delitos sujetos a la desfederalización, fue motivo de amplio debate en el seno del Congreso Nacional, al punto tal que fue aprobado por el Senado de la Nación, rechazado luego por la Honorable Cámara de Diputados e insistido finalmente por la cámara alta con las mayorías necesarias para convertirlo en ley.

Cuando la intención del legislador fue la de distinguir entre delitos y modificar las escalas penales, lo estableció expresamente; mientras que, cuando no lo era, mantuvo la normativa sin alteraciones. Por consiguiente, si la ley 26.052 no introdujo cambios en el tipo y la escala del artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 las conductas allí reprimidas -desfederalizadas o no- conservaban la regulación vigente.

Por último, esta posición es reafirmada por el hecho de que la ley 27.302 (sancionada por el Congreso Nacional el 19 de octubre de 2016, ocho días antes del dictado de la sentencia apelada, pero publicada en el Boletín Oficial el 8 de noviembre de 2016) modificó el artículo 5° de la ley 23.737, quitando la pena de reclusión, cambiando las multas a abonar e incorporando la penalización de la guarda y el comercio de precursores químicos en los incisos a y c, pero manteniendo incólume el resto del tipo y, en particular, la escala penal para todas las conductas allí previstas.

Es claro entonces que el Congreso debatió profundamente los alcances de la ley y no hay fundamento para presumir un error.

10) Que tampoco la expresión *"...fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor"*, incorporada por la ley 26.052 conducía a la conclusión arribada en la sentencia recurrida. Al respecto, el tribunal *a quo* consideró que, a partir de la introducción de esa frase, el Congreso Nacional habría atribuido distintos grados de gravedad a los delitos reprimidos en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, ya fuera que se vinculasen, por un lado, con el delito de menor cuantía, o, por otro, con el delito a "gran escala". Es decir, a partir de esa norma de deslinde de competencias existiría un delito de menor gravedad, el vinculado a la actividad de estupefacientes de corte minorista, que quedaría abierto a la posibilidad de ser sometido a la competencia

de las justicias provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro, el más grave, vinculado con la actividad mayorista, que quedaría sometido a la jurisdicción federal.

Esa afirmación, parte de considerar que la gravedad de las conductas era la única razón que podía haber tomado en cuenta el Poder Legislativo para actuar del modo en que lo hizo. Ese presupuesto, por el caso, soslaya que existían numerosas variables -mencionadas en los debates parlamentarios- que pudieron ser consideradas por el legislador al tiempo de determinar qué delitos estarían abiertos a la posibilidad de ser juzgados por la justicia ordinaria, y cuáles no, y que no se fundan ni repercuten sobre los caracteres del tipo penal (por ejemplo: la afectación de intereses del Estado Nacional, la interjurisdiccionalidad de las conductas, la cantidad de delitos involucrados, las capacidades operativas de la justicia federal y de las justicias ordinarias, etcétera).

Incluso, si se analiza la ley en su conjunto, se observa que, por ejemplo, el Congreso Nacional mantuvo sin desfederalizar delitos con penas menores a las del artículo 5°, inciso c, como el reprimido en el artículo 12 de la ley 23.737, que prevé la pena de dos a seis años y multa a quien preconice o difunda públicamente el uso de estupefacientes, induzca a otro a consumirlos o use estupefacientes con ostentación y trascendencia al público. Los motivos para mantener el juzgamiento de este delito en la órbita de la justicia federal no parecerían abrevar sobre su gravedad -considerada a partir de la escala aplicable-, sino que responderían a otros criterios de oportunidad, mérito y conveniencia decididos exclusivamente por el legislador.

Entonces, sobre la base de estas apreciaciones, no resultaba posible aseverar indubitablemente que el Poder Legislativo pretendió establecer una diferencia sustantiva entre las conductas del artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 fundada en el criterio de la gravedad del delito.

11) Que, por el contrario -y como sostiene el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen-, de la discusión parlamentaria surge que la modificación introducida por la ley 26.052 no estuvo motivada por una evaluación acerca de la eventual menor gravedad de las conductas que se llevan a cabo en el último eslabón de la cadena de producción y venta de estupefacientes. En lugar de ello, la reforma 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 primeros los que están en mejores condiciones para actuar ante el fenómeno, característicamente local, de la venta al consumidor final.

En efecto, tanto en los fundamentos de los proyectos de ley presentados, como en el debate parlamentario resultante, se aprecia que la preocupación dominante que guió la reforma fue la eventual mayor capacidad que tendrían las jurisdicciones provinciales para dar respuesta inmediata ante las denuncias de la población, o de fuerzas de seguridad locales, acerca de la existencia de puntos de venta de estupefacientes en sus barrios o comunidades (Diario de Sesiones del Honorable Senado de la Nación, 27ª reunión, 21ª sesión ordinaria, 6 de octubre de 2004 y 21ª reunión, 13ª sesión ordinaria, 27 de julio de 2005; Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 11ª reunión, 6ª sesión ordinaria, 4 de mayo de 2005 y 12ª reunión, continuación 6ª sesión ordinaria, 11 de mayo de 2005).

En tal sentido, como concluye el dictamen, la reforma de la ley 26.052 introdujo solo una modificación en la competencia para investigar y juzgar una porción de los casos que se encuentran sancionados por el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, al entenderse que, dadas las diferencias entre la organización de la jurisdicción federal y la de las provincias, era posible que algunas de estas pudieran atender, con mayor eficacia que aquella, la actividad de la venta directa al consumidor.

12) Que, finalmente, corresponde realizar una apreciación sobre el argumento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba vinculado a la idea de que el nivel de gravedad de una conducta tendría relación con la atribución de su conocimiento a la justicia federal o a la ordinaria, en tanto ese razonamiento denota un incorrecto entendimiento sobre el funcionamiento del sistema federal.

El federalismo argentino constituye un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, por lo que el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada (Fallos: 340:1695). Ello no implica subordinación de los estados particulares al gobierno central, sino coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común, tarea en la que ambos deben colaborar para la consecución eficaz de aquel fin (Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012 y 330:4564).

Como corolario de ello, debe señalarse que los intereses por los que vela la jurisdicción federal no son superiores o de mayor trascendencia o

importancia que los perseguidos por las jurisdicciones provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que son de una naturaleza y abrevan sobre bienes jurídicos diferentes.

En la sentencia recurrida, no obstante, se sostuvo 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- entre el micro y el macro comercio de estupefacientes para las provincias que opten por adherir a la persecución local de los delitos"* (voto del juez López Peña; con argumentos similares en el voto de la jueza Tarditti).

En su razonamiento, el tribunal *a quo* parte de reconocer que, en un primer momento, para el legislador las conductas vinculadas a la actividad mayorista y minorista eran consideradas igualmente graves, pero luego, solamente a raíz de la eventual atribución de competencia a la justicia ordinaria sobre los casos vinculados al fraccionamiento *"...en dosis destinadas directamente al consumidor"*, deriva la premisa de que se tratan de acciones de menor gravedad y merecedoras de una pena inferior.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba propone esa conclusión a pesar de que, bajo esa misma estructura argumentativa, bien podría haber entendido enteramente lo opuesto. Esto es: que los delitos sometidos a la competencia de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires eran más graves.

En este sentido, debe puntualizarse que no es correcto inferir que la diferencia de gravedad entre las conductas típicas esté determinada por la sujeción de determinados delitos a la jurisdicción federal o a la ordinaria, como si mediara una relación jerárquica entre ellas, donde la primera estuviera

abocada a la persecución de crímenes "mayores" y la restante a crímenes "menores", porque esa conclusión importa entremezclar equivocadamente una consideración normativa de índole competencial con una sustantiva. En efecto, no necesariamente un delito sujeto a la competencia federal es más grave -cualquiera sea el instrumento que se utilice para establecer esa calificación- o posee una escala penal más alta que uno sometido a la competencia ordinaria, pues tales decisiones de política criminal y de delimitación de competencias discurren por carriles separados e independientes.

Tan independientes son estas variables que, en ocasiones, los mismos delitos pueden verse sujetos a la competencia federal u ordinaria por cuestiones que no hacen a la estructura del tipo penal. En la propia ley 26.052 se observa esta circunstancia en cuanto en ella se establecen supuestos en los cuales los delitos que pueden ser juzgados en la jurisdicción ordinaria quedan sujetos a la jurisdicción federal, como son los casos en los que exista conexidad con otros que están siendo investigados en la justicia de excepción o aquellos donde haya duda respecto del tribunal competente (artículos 3° y 4°).

13) Que, a la luz de todas estas consideraciones, es preciso recordar que en el sistema constitucional argentino queda en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos y en qué medida debe expresarse la respuesta punitiva para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque solo quienes están investidos de la facultad para 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 estimado adecuada (Fallos: 314:424).

La arquitectura constitucional, en este sentido, resuelve la tensión entre las atribuciones del poder público y los derechos individuales a partir de

los mandatos explícitos contenidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El principio de juridicidad expresa delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia. La precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los poderes públicos, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, quien ostente la potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Fallos: 326:417 y 341:1017).

La seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y es reiteradamente reclamada por distintos sectores de la sociedad como presupuesto necesario para su desarrollo. Su aseguramiento requiere que la normativa aplicable esté determinada de forma clara, precisa y previsible, más aún en los procesos penales, donde confluyen singular y sensiblemente los derechos del acusado y de la víctima y las expectativas de la sociedad (Fallos: 347:905, voto del juez Rosatti).

14) Que, en esta línea de pensamiento, resulta indiscutible que la decisión recurrida se inmiscuyó incorrectamente en las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional al Poder Legislativo en materia de legislación penal y estableció una distinción que aquel no había dispuesto.

En este sentido, cualesquiera sean las apreciaciones que se tengan respecto de la política criminal adoptada por el Congreso Nacional en materia de estupefacientes, lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basada en su mero desacuerdo con ella. Cabe recordar, al respecto, que la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, por lo que el ejercicio de esa potestad

configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado corno *ultima ratio* del orden jurídico (conf. Fallos: 331:2799; 340:669 y 341:1675, entre otros).

15) Que, en estos términos, deviene inoficioso expedirse sobre el resto de los argumentos brindados en la sentencia, vinculados a la proporcionalidad de las penas y la violación del principio de igualdad, en la medida en que se encuentran fundados en la ya descartada distinción de gravedad entre las conductas previstas en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON MANUEL JOSÉ GARCÍA -MANSILLA

Considerando:

1°) Que en relación con los antecedentes de la causa y la admisibilidad formal del recurso extraordinario cabe remitir a los puntos I a III del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, los que se dan por reproducidos por razones de brevedad.

2°) Que la Constitución Nacional adoptó desde 1853 el modelo estadounidense de control judicial de constitucionalidad. Ese modelo es único en el mundo y tiene particularidades que deben respetar todos los poderes públicos, especialmente los jueces.

El ejercicio de la función judicial supone el deber de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que violen la Constitución. Sin embargo, el ejercicio de una atribución tan importante está sujeto a ciertos límites. Durante la Convención de Filadelfia, uno de sus miembros más influyentes explicó uno de esos límites. En la sesión del 21 de julio de 1787, James Wilson hizo una advertencia que ningún juez de nuestro país puede desoír al momento de ejercer el control judicial de constitucionalidad: "Las leyes pueden ser injustas, pueden ser imprudentes, pueden ser peligrosas, pueden ser destructivas; y, sin embargo, pueden no ser tan inconstitucionales como para justificar que los jueces se nieguen a aplicarlas" (FARRAND, Max, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tomo II, Yale University Press, New Haven, 1937, p. 21). Aplicando el principio enunciado por Wilson, esta Corte Suprema ha advertido de forma reiterada que por más amplias que sean las facultades judiciales a la hora de interpretar y aplicar el derecho, el principio constitucional de separación de poderes no autoriza a los jueces a prescindir de lo dispuesto por

la ley respecto al caso concreto, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos: 249:425; 258:17; 263:460; 314:1849; 318:785; 329:1586; 342:1376; 344:3458; 346:25; 347:1137).

Por ende, está vedado a los jueces desechar la solución prevista en la ley vigente y reemplazarla luego por aquella que ellos prefieran, por el mero hecho de considerar injusta la solución prevista por el Congreso.

3°) Que, contrariamente a lo que afirma el Tribunal Superior de Justicia local, el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, en su actual redacción, no tiene vicio de constitucionalidad alguno.

El Congreso de la Nación ejerció una atribución propia en el marco de la delegación que las provincias le hicieron mediante el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. En efecto, la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso "[d]ictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales" (artículo citado). Como contrapartida, la Constitución Nacional prohíbe a las provincias "dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado" (artículo 126).

Esos códigos, en función del artículo 31 de la Constitución Nacional, son parte de la ley suprema de la Nación. En este punto, el constituyente se apartó del modelo constitucional de los Estados Unidos, adoptando el principio de unidad de la legislación común. Con el objeto de preservar las ventajas de una legislación uniforme para todo el país, la Constitución Nacional no contiene disposición alguna que atribuya a los gobiernos de provincia el poder de destruir o anular las leyes sancionadas por el Congreso (Fallos: 156:20; 184:223; 321:3108).

Esta realidad es congruente con las explicaciones brindadas en la Convención General Constituyente de Santa Fe en la sesión del día 28 de abril de 1853 por el principal redactor de la Constitución Nacional y entonces miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales, el convencional José Benjamín Gorostiaga. Al responder a las objeciones efectuadas por el convencional Salustiano Zavalía al artículo 67, inciso 11, del proyecto de Constitución para la Confederación Argentina (fuente directa del actual artículo 75, inciso 12 de la Constitución), Gorostiaga sostuvo que "la mente de la comisi[ó]n en este artículo no era [que] el [Gobierno] Federal hubiese de dictar leyes en el interior de las Provincias, sino [que] el Congreso sancionase los Códigos Civil, mineral, penal y dem[á]s leyes [g]enerales [para] toda la [Confederación]; [que] si se dejaba [a] cada [Provincia] esta facultad, la le[g]islaci[ó]n del Pa[í]s sería un inmenso laberinto de donde resultarían males inconcebibles. […]" (cfr. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Tomo IV, Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1937, pp. 528-529).

4°) Que, en el marco del sistema de gobierno que consagra nuestra Constitución Nacional desde 1853, solamente el Congreso está investido de la facultad para declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal y para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (Fallos: 312:1920; 314:424). En este sentido, como ha sostenido esta Corte Suprema, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo aumentar o disminuir las escalas penales en los casos en que el legislador lo estime pertinente (Fallos: 191:245; 275:89 y 314:424).

5°) Que el Congreso de la Nación ha fijado una escala penal para ciertos delitos a partir de una política criminal que pretende combatir el

narcotráfico y sus derivaciones en todo el país. El Congreso federal es el órgano constitucionalmente competente para fijar esa política criminal. En ese marco, esta Corte Suprema ha dicho que "el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso" (Fallos: 311:1451). Por eso es que esta Corte también ha reiterado en términos muy similares esta doctrina al recordar que, a los fines de la declaración de inconstitucionalidad, "es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (Fallos: 344:3458). El tribunal local no tuvo debidamente en cuenta ese margen constitucional que corresponde al Congreso federal a la hora de establecer una política criminal determinada.

6°) Que desde su primera instalación, esta Corte Suprema ha dicho que: "siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente ó comun de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de eseparación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno" (Fallos: 1:32). Cuando el Congreso de la Nación toma decisiones en el marco de las atribuciones que la Constitución le reconoce expresamente, esas decisiones deben ser respetadas por los demás poderes, excepto que, por supuesto, aquel órgano haya desbordado los límites que le impone el propio texto constitucional. Son esos los casos en que los jueces pueden controlar la constitucionalidad de las leyes en el marco de un caso concreto (Fallos: 14:425). Nada de esto supone anular ni debilitar el control recíproco entre los distintos poderes en el marco del principio de la separación de los poderes con frenos y

contrapesos (adoptado también por nuestros constituyentes siguiendo los principios fundamentales del modelo estadounidense), sino interpretarlo correctamente dentro de los márgenes que la propia Constitución Nacional impone.

7°) Que en el caso bajo examen, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad arroja un resultado muy claro: el Congreso de la Nación sancionó una ley en ejercicio de la atribución de dictar el Código Penal prevista en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Mediante esa ley, el Congreso adoptó una determinada política criminal de persecución al narcotráfico en todo el país. La sentencia recurrida no alcanza a demostrar en qué sentido la escala penal establecida en el artículo 5°, inc. c, de la ley 23.737 resultaría violatoria de algún artículo de la Constitución Nacional. En este marco, el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda o deba pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032).

8°) Que, con respecto a los topes mínimos de las escalas penales, y respetando los principios antes enunciados, esta Corte Suprema ha sido deferente hacia el Congreso de la Nación y ha respetado el imperio de la ley penal incluso en casos en los que su estricta aplicación podría haber sido considerada excesivamente gravosa. En 1866, por ejemplo, ante un recurso de la defensa de Alejo Bianchi, que había sido condenado por hurtar una botella de aceite de los depósitos de la Aduana, el Tribunal confirmó la sentencia que lo había condenado a la pena de 3 años de trabajos forzados (artículo 81 de la ley 49). Más allá de esa solución, en virtud de consideraciones de “equidad y fuera del mérito legal de esta causa”, la Corte invitó al Poder Ejecutivo Nacional a ejercer “el derecho de indulto” previsto en la Constitución Nacional por considerar que tal pena no era proporcional al delito cometido (Fallos: 3:87).

Esta Corte adoptó el mismo criterio en 1886, en un caso en el que dos personas fueron condenadas por el crimen de falsificación de moneda por colorear de plata cuatro monedas de cobre. El Tribunal, al confirmar la sentencia apelada, aplicó la ley vigente y condenó a los procesados a la pena de 4 años de trabajos forzados y a una multa de quinientos pesos fuertes, pena mínima según el artículo 60 de la ley 49, e invitó al Presidente a indultar a los condenados (Fallos: 29:330).

Esta clara deferencia hacia el Poder Legislativo fue mantenida por esta Corte Suprema en el precedente "Pupelis" (Fallos: 314:424) que, al dejar de lado el criterio adoptado dos años antes en "Martínez, José Agustín" (Fallos: 312:826), desestimó los planteos de inconstitucionalidad del artículo 38 del decreto-ley 6582/58 (ratificado por la ley 14.467), por el cual se había elevado la escala penal para el delito de robo de automotores con armas fijándola en entre 9 y 20 años de prisión. En lo que aquí interesa, el Tribunal reafirmó allí que "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" (Fallos: 314:424).

9°) Que el Tribunal Superior de Justicia local afirma en su sentencia que el Congreso de la Nación cometió un error que debe ser subsanado por los jueces. Esta Corte Suprema ha advertido desde sus inicios que los jueces no pueden presumir que el Congreso ha errado al momento de sancionar una ley: "La inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador, y por esto se reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 1:297).

Ese criterio fue reiterado por este Tribunal en varias oportunidades (Fallos: 315:1922; 321:2021; 321:2453; 322:2189; 329:4007, entre otros). Desoyendo esta doctrina, el Tribunal Superior de Justicia local asumió que el Congreso se equivocó claramente al momento de sancionar la ley 26.052 y mantener la escala penal prevista en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737, pero omitió dar razones plausibles para justificar esa afirmación.

10) Que, en realidad, los argumentos de la sentencia recurrida que pretenden fundar la inconstitucionalidad de la ley 23.737 en este punto son solo una muestra de desacuerdo de los jueces de la mayoría del Tribunal Superior de Justicia local con el mínimo de prisión fijado por el Congreso de la Nación para un delito en particular. Ese desacuerdo puede ser entendible e incluso puede compartirse la visión que expresa. Sin embargo, eso no autoriza a dejar sin efecto la solución sancionada por el Congreso. Un desacuerdo no implica una inconstitucionalidad. Permitir que los jueces dejen sin efecto de esta forma las escalas penales fijadas por el Congreso federal en el marco de sus atribuciones constitucionales por una mera discrepancia sería no solo contrario a nuestro régimen constitucional, sino sencillamente absurdo: distintos tribunales podrían tener distintos criterios de qué escala es la que corresponde aplicar y, de esta forma, la política criminal fijada por el Congreso quedaría trunca, ya que podrían existir tantas escalas penales como tribunales en funcionamiento en el país. La ley que el tribunal inferior declaró inconstitucional puede ser considerada injusta, pero eso no la torna inconstitucional. No todo lo que no nos gusta es inconstitucional.

11) Que las razones esgrimidas por el tribunal local para declarar la inconstitucionalidad de la norma antes mencionada no son más que meras discrepancias respecto de la conveniencia de la solución legislativa adoptada por el Congreso, pero no alcanzan a demostrar que el artículo 5°, inciso c, de la ley

23.737 viole algún precepto constitucional, requisito imprescindible para que proceda la declaración de inconstitucionalidad. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha pretendido sustituir el criterio del Congreso federal por el suyo propio, algo vedado a un tribunal judicial. Tal como ha advertido esta Corte Suprema, "en virtud del principio de separación de poderes, […] no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió" (Fallos: 306:1597).

12) Que, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737 en virtud de una supuesta "incoherencia sistémica", el Tribunal Superior de Justicia local eligió fijar como escala penal aplicable para la condena a Loyola la del artículo 201 del Código Penal, relativo al tráfico de "aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud". Esta disposición no solo se revela como una decisión arbitraria que sustituye la voluntad del legislador por la de los jueces, sino que también desvirtúa el sistema federal previsto en la Constitución Nacional. Al proceder como lo hizo, el tribunal inferior diseñó una nueva legislación propia para una provincia, de modo que el delito por el cual fue condenado Loyola posee una escala penal sui generis en Córdoba que resulta diferente a la del resto de la República. De seguirse tal criterio, se habilitaría a cada superior tribunal provincial a reformar las leyes jurisprudencialmente y dictar sus propios códigos por vía interpretativa, lo que claramente violenta tanto el principio de separación de poderes como el sistema constitucional de unidad del derecho común previsto en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

13) Que también resulta necesario realizar algunas precisiones respecto de la errónea aplicación que hace la sentencia recurrida de los estándares enunciados por James B. Thayer para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Sin perjuicio de las múltiples objeciones que pueden hacerse a

esa doctrina (que no son pocas), el Tribunal Superior de Justicia local soslaya que aquella está lejos de justificar la declaración de inconstitucionalidad. Thayer afirma que los tribunales "solo pueden dejar de aplicar la ley cuando aquellos que tienen el derecho de sancionar leyes no han cometido solamente un error, sino que han cometido uno muy claro, tan claro que no está sujeto a debate racional" (THAYER, James B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, 1893, p. 144). El error al que se refiere Thayer no es una mera equivocación del legislador, sino la sanción de una ley palmariamente contraria a la Constitución. No se trata de haber consagrado una solución legislativa inconveniente o injusta, sino claramente violatoria de la Constitución. El autor citado agrega que "muchas veces hay un rango de elección y de juicio, que en esos casos la Constitución no impone al Poder Legislativo una opción específica, pero deja abierta una serie de alternativas y que cualquier opción racional es constitucional" (p. 144). La doctrina de Thayer que, cabe reiterar, es merecedora de importantes objeciones, fue utilizada para justificar la máxima deferencia hacia el legislador. Se observa así que, lejos de justificar la decisión del Tribunal Superior de Justicia local, la propia doctrina que cita, en realidad, la descalifica completamente.

14) Que lo expuesto no implica afirmar que cualquier escala penal sancionada por el Congreso estará exenta de cuestionamientos constitucionales. Sin embargo, una posible inconstitucionalidad debe basarse en que esa escala sea manifiestamente irrazonable y desproporcionada. Nada de eso se verifica en este caso concreto. Sostener que una escala penal con un mínimo de 4 años es tan groseramente desproporcionada que amerita su declaración de inconstitucionalidad, pero un mínimo de 3 años no lo es, es una proposición tan absurda como infundada.

15) Que, en definitiva, ante la ausencia de una clara incompatibilidad entre la Constitución Nacional y una ley del Congreso de la Nación que determina la escala penal para un delito, los jueces deben aplicar la ley sin alterarla con fundamento en las naturales discrepancias valorativas que pueden suscitar tanto la apreciación de la gravedad de los delitos cometidos como las penas que corresponda imponer a quien resulte efectivamente culpable. La razón es sencilla: esa tarea fue delegada por las provincias al Congreso. Es allí donde tales discrepancias deben ser debatidas y, eventualmente, expresadas mediante las leyes que el Congreso sancione para formar parte integrante de la Ley Suprema de la Nación (artículo 31 de la Constitución Nacional). Cuando la ley es clara, corresponde su aplicación por parte de los jueces salvo que se viole algún derecho o algún artículo de la Constitución en el marco de un caso concreto. El Tribunal Superior de Justicia local se apartó de una ley vigente, sin brindar argumentos serios que desvirtúen su correcta interpretación y aplicación. De esta forma, transgredió los límites que todos los jueces del país debemos respetar al momento de ejercer el control judicial de constitucionalidad que la Constitución Nacional nos encarga.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel
Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando
Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis
Firmado Digitalmente por GARCIA MANSILLA Manuel Jose

Recurso extraordinario interpuesto por el **Dr. Alejandro Oscar Moyano, Fiscal General de la Provincia de Córdoba.**

Traslado contestado por **Sergio Alejandro Loyola,** asistido por el **Dr. Horacio Augusto Carranza, Asesor Letrado Penal.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Córdoba.**

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

–I–

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el artículo 5, inciso *c*, en función del artículo 34, inciso 1°, de la ley 23.737 en lo que respecta a la pena privativa de la libertad, estableció que la escala penal aplicable era la de tres a diez años de reclusión o prisión —en lugar de la de cuatro a quince años de prisión declarada inválida— y modificó la sanción de cuatro años de prisión que le había fijado a Sergio Alejandro L el tribunal de juicio que lo condenó por el delito de comercialización de estupefacientes, reduciéndola a la de tres años de prisión (cf. fs. 348/381 de los autos principales).

La corte provincial entendió, por un lado, que la sanción de la ley 26.052 introdujo una distinción en el tipo del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, entre comercialización de estupefacientes en gran volumen y la dirigida directamente al consumidor, que obligaría al establecimiento de escalas penales diferenciadas para una y otra conducta, de modo que el mantenimiento de la de cuatro a quince años de prisión para ambas clases de comportamiento sería el resultado de una "clara equivocación" del Congreso de la Nación que autorizaría su invalidación judicial.

En segundo término, juzgó que la escala penal prevista en esa norma no guardaría proporción con la gravedad del delito en cuestión, pues cuando éste se refiere a estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor el crimen sería leve, y las penas cuyo mínimo es superior a tres años de prisión corresponderían a los "especialmente graves" en el sentido fijado en el artículo 277, inciso 3°, apartado *a*, del Código Penal.

Asimismo, la aplicación al caso de esa sanción importaría —según la mayoría del superior tribunal de Córdoba— el sometimiento del condenado a un trato indebidamente desigualitario, en atención a que la ley penal establece penas menores, de entre tres y diez años de prisión, para las conductas criminalizadas en los artículos 200 y 201

del Código Penal, que la corte provincial estimó comparables a la comercialización de estupefacientes directamente al consumidor.

En esa postulada semejanza sustancial fundó, a su vez, su decisión de aplicar el mínimo punitivo de tres años de encierro carcelario al condenado en estas actuaciones, la que respaldó también en el hecho de que el régimen de estupefacientes anterior al de la ley 23.737 —el de la derogada ley 20.771— también sancionaba el tráfico de estupefacientes con una escala punitiva cuyo mínimo era de tres años de pena privativa de la libertad y que lo mismo se propondría en algunos proyectos de reforma legislativa.

–II–

El fiscal general de la provincia interpuso recurso extraordinario en el que objetó la inteligencia que el tribunal superior cordobés dio al derecho federal aplicable al caso.

En particular, sostuvo que es errónea la interpretación según la cual, tras la reforma introducida por la ley 26.052, el tipo del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737 establecería una distinción entre conductas de distinta gravedad; y que es "palmariamente arbitraria" la inferencia de que la ausencia de una escala penal diferenciada para el comportamiento más leve sería consecuencia de un olvido legislativo o una clara equivocación.

A su vez, adujo que al concluir que la escala penal prevista en esa regla es desproporcionada e indebidamente desigualitaria y, en consecuencia, aplicar en su lugar la sanción fijada en la ley para otro delito, el *a quo* excedió el rol que le cabe en el control de constitucionalidad de las leyes e invadió funciones correspondientes a otro poder del Estado (cf. fs. 4/22).

–III–

La corte local concedió la apelación (cf. fs. 30/38 vta.), en mi entender, con acierto.

En efecto, el recurso se dirige contra la sentencia del tribunal superior de la provincia de Córdoba que puso fin a este litigio en el que se ha cuestionado la validez de una cláusula de una ley del Congreso de la Nación —la escala penal prevista en el artículo 5 de la ley 23.737—; y donde mediante una interpretación de normas de derecho federal —el propio régimen de estupefacientes y los principios constitucionales de proporcionalidad de las penas e igualdad ante la ley— que el apelante también objeta, la decisión ha sido contraria a la validez de la pretensión del acusador público.

La impugnación es, por ello, según lo aprecio, formalmente admisible en los términos del artículo 14, incisos 1° y 3°, de la ley 48.

–IV–

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, entiendo que lleva la razón el apelante. El *a quo* declaró la invalidez de la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737, e impuso al condenado una pena inferior al mínimo que allí se regula, sobre la base de consideraciones inadecuadas para prescindir de una ley nacional.

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 26.052 habría establecido una diferencia en el tipo de comercialización de estupefacientes que, en rigor, no estableció.

En lo que respecta al delito de comercialización del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, la norma en cuestión se limitó a modificar el artículo 34 del régimen original que establecía que "los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país", para adoptar en su lugar una regulación más compleja que permite a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumir su competencia mediante una ley de adhesión, cuando el objeto del comercio sea "estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor".

Como lo muestra, sin dudas, la discusión parlamentaria que dio lugar a la reforma, esa desfederalización, parcial y condicional, de la persecución penal de los crímenes de comercialización de estupefacientes no estuvo motivada en una evaluación

acerca de la eventual menor gravedad de las conductas que se llevan a cabo en el último eslabón de la cadena de producción y venta de estupefacientes. Antes bien, la modificación 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.

Tanto en los fundamentos que acompañaron al proyecto original —que proponía atribuir jurisdicción provincial sobre todos los delitos de venta y distribución de estupefacientes, sin distinción, y sin condicionar el cambio a la adhesión que pudieran hacer las provincias mediante una ley local (cf. proyecto S-1222/03 de la senadora Müller, que dio origen a lo que sería la ley 26.052)— como en el debate parlamentario resultante, la preocupación dominante que guió la reforma fue la eventual mayor capacidad que tendrían las jurisdicciones provinciales para dar respuesta inmediata ante las denuncias de la población, o de fuerzas de seguridad locales, acerca de la existencia de puntos de venta de estupefacientes en sus barrios o comunidades (cf. discusión en el Senado, en especial, 27° Reunión – 21° Sesión ordinaria, del 6 de octubre de 2004, y 21° Reunión – 13° Sesión ordinaria, del 27 de julio de 2005; discusión en Cámara de Diputados, en especial 12° Reunión – Continuación de la 6° Sesión ordinaria, del 11 de mayo de 2005).

En otras palabras, no hay asiento ni en el texto de la ley 26.052 ni en su historia legislativa para afirmar, como lo hace la mayoría del *a quo*, que la reforma insertó una diferencia entre "las conductas de tráfico especialmente graves, que involucran un interés federal y deben permanecer bajo esa órbita", por un lado, y "aquellas que son de escasa gravedad, no involucran un interés federal y pueden ser investigadas y juzgadas por las autoridades locales" (cf. fs. 355 vta. de los autos principales).

La reforma de la ley 26.052, en fin, y en lo que aquí respecta, introdujo sólo una variación en la competencia para investigar y juzgar un subconjunto de los casos

que caen bajo la regla —que no modificó— del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, no porque estos sean más leves o menos graves, sino porque se entendió que, dadas las diferencias entre la organización de la jurisdicción federal y la de las provincias, era posible que algunas de éstas pudieran atender con mayor eficacia que aquélla el fenómeno de la venta directa al consumidor.

Ahora bien, con independencia de la caracterización equivocada de la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis para consumo como un suceso necesariamente menos grave que cualquier otra manifestación del comercio de narcóticos, lo cierto es que el Congreso resolvió mantener inalterada la amplia escala penal prevista para todas las conductas del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737. En ese sentido, fue explícita la discusión en el Senado al enfatizar que al sancionar la ley 26.052 "[n]o estamos bajando ninguna pena referida a la comercialización de droga" (cf. la ya citada discusión en el Senado correspondiente a la 27° Reunión – 21° Sesión ordinaria, del 6 de octubre de 2004, intervención del senador Pichetto).

En tales condiciones, como lo sostiene el recurrente, encuentro manifiestamente infundada la afirmación —en la que la mayoría del *a quo* apoya en parte su decisión— de que la ausencia de una escala penal atenuada para los delitos de comercialización cuya persecución puede quedar a cargo de las jurisdicciones locales configuraría una "equivocación" del legislador nacional, y mucho menos una que fuese tan "clara" que pudiese acaso habilitar una declaración judicial de inconstitucionalidad.

Estimo oportuno agregar en este punto, que la doctrina a la que la mayoría del tribunal superior cordobés recurre para enunciar el estándar que aplica para la declaración de inconstitucionalidad —que toma de la obra clásica del derecho constitucional norteamericano de James Bradley Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. VII, no. 3 (1893), págs. 129-156— no brinda apoyo a la solución por la que el *a quo* en definitiva se inclina.

Sin que esto importe tomar partido acerca de si ella forma parte de nuestro derecho federal, esa doctrina exige de los magistrados el deber de aplicar los actos legis-

lativos de los otros poderes del Estado, salvo que sean el resultado evidente de un error tan claro que no quede lugar para cuestionar racionalmente que no es más que una equivocación (cf. Thayer, op. cit., pág. 144).

Ahora bien, 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" (ibídem, pág. 148).

En todo caso, la doctrina en cuestión postula para el dominio del control de constitucionalidad, una aplicación del estándar probatorio más exigente —el que concede a la validez de los actos de los otros poderes el beneficio de la duda— cuyo fundamento último sería que, al ejercer las tareas que les son propias, los tribunales "no deben, ni siquiera negativamente, asumir el trabajo de legislar" (ibídem, pág. 150).

En total oposición a esos postulados, la mayoría del *a quo* declaró la invalidez de una ley del Congreso de la Nación a pesar de que su texto es claro en cuanto a que las penas previstas para el subconjunto de comportamientos que caen bajo el artículo 5, inciso *c*, cuya persecución penal la ley 26.052 autorizó desfederalizar, son las establecidas por la amplia escala punitiva enunciada en el primer párrafo de ese artículo; y de que no hay nada en la discusión parlamentaria de aquella reforma que permita pensar que la intención que motivó esa modificación legislativa no fue precisamente esa, esto es, la de alterar únicamente el régimen de investigación y juzgamiento de una fracción de los casos que ya eran punibles a la luz del derecho vigente, sin alterar ninguna de las otras condiciones fijadas por la ley en vigor.

En las condiciones descriptas, en mi opinión, resulta un mero voluntarismo postular que el texto de la legislación cuestionada y su historia parlamentaria muestran con certeza que el Congreso cometió una equivocación al no introducir junto con esa

reforma una escala penal atenuada para la fracción de casos de comercio de estupefacientes cuya persecución penal autorizó desfederalizar.

Al ofrecer esa lectura del derecho en cuestión, la mayoría del *a quo* ha desatendido la tradicional doctrina de V.E. según la cual la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, de manera que cuando ésta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en la norma (Fallos: 311:1042; 320:61, 305 y 323:1625, entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 313:1007).

–V–

Tampoco encuentro sustento alguno para la tesis de la mayoría de la corte provincial según la cual, 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 fijó en su lugar el *a quo*— de modo que permitiría, en el caso, la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737 en razón de que ella violaría el principio de proporcionalidad de las penas.

A este respecto debe notarse, en primer término, que la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso de la Nación (cf. Fallos: 209:342; 314:424, considerando 5°; y dictamen del Procurador General D'Alessio en Fallos: 312:809, especialmente pág. 816).

Si bien en esa tarea el Poder Legislativo debe actuar dentro de los límites que fija el derecho fundamental de toda persona a ser sancionada, en su caso, con penas cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 310:495; 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10, y 329:3680, considerando 19) y a no ser sometida a un trato punitivo cruel, inhu-

mano o degradante (Fallos: 328:1146; y el ya citado precedente de Fallos: 329:3680, considerando 19), no pueden los jueces, so pretexto de ejercer el control de constitucionalidad que les compete, evaluar el mérito, conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia de las escalas penales que han sido establecidas en la ley en ejercicio de las atribuciones que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional reserva al Congreso.

Es doctrina reiterada de la Corte que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico; por ello sólo cabe formular tal declaración cuando un acabado examen conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el de-recho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

En línea con tal razonamiento, V.E. ha dicho que al juzgar una posible contradicción entre las sanciones establecidas en una ley y los principios constitucionales que garantizan contra el castigo cruel y desmesurado, los tribunales no pueden fundar su ponderación "exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal", sino que han de identificar si aquéllas importan mortificaciones mayores que las exigidas por la naturaleza propia de las penas, en el sentido normado por el artículo 18 *in fine* de la Constitución, y si "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 del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana" (Fallos: 314:424, considerandos 7° y 8°).

En concordancia con ello, el Tribunal ha declarado inconstitucionalmente desproporcionada la aplicación de reclusión por tiempo indeterminado, del régimen previsto para la reincidencia múltiple en el artículo 52 del Código Penal, a quien había

sido condenado por la comisión de un robo en grado de tentativa, por el que le habría correspondido una pena de sólo dos años de prisión (Fallos: 329:3680).

De modo semejante, en el pronunciamiento extranjero en el que V.E. apoyó la doctrina mayoritaria de la sentencia registrada en Fallos: 312:826 (cf. considerando 11 del voto que lidera el acuerdo y considerando 10 del voto del juez Fayt), el tribunal había hallado desmesurada, y por ello inconstitucional, la imposición de prisión perpetua, sin posibilidad de libertad condicional, también en virtud de una ley estadual que agravaba las penas en casos de reincidencia múltiple, a quien había sido condenado por librar un cheque irregular por una cifra menor, por el que de otro modo habría recibido sólo una pena de cinco años de privación de la libertad (cf. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América *in re* "Solem v. Helm", 463 U.S. 277 [1983]).

Esa misma corte, sin embargo, tres años antes, entendió que no era inconstitucional la imposición de una pena de prisión perpetua, igualmente aplicada en razón de una norma estadual de agravamiento punitivo por reincidencia múltiple, a quien había cometido un delito de estafa —por el que habría recibido, de otra manera, una sanción comparativamente mucho menor— en virtud de que el régimen aplicable le permitía al condenado aspirar a la libertad condicional después de diez años de cumplimiento efectivo de encierro carcelario (cf. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América *in re* "Rummel v. Estelle", 445 U.S. 263 [1980]).

Los precedentes aludidos muestran, en mi entender, y sin perjuicio de la mejor interpretación que V.E. pueda hacer de su propia doctrina, que 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 invalidez.

El caso límite en la jurisprudencia de la Corte ha sido, en mi opinión, el de la agravación que disponía el artículo 38 del decreto-ley 6582/58, según la cual la escala penal prevista para el robo del artículo 166, inciso 2°, del Código Penal aumentaría a la de nueve a veinte años de reclusión o prisión cuando el objeto sustraído fuera un automotor, en lugar de la de cinco a quince años de privación de la libertad correspondiente para el apoderamiento equivalente de cualquier otra cosa.

En el precedente de Fallos: 312:826, antes citado, una mayoría del Tribunal consideró que esa elevación descomunal del mínimo punitivo —que, al casi duplicarlo, lo llevó a un punto superior al mínimo con el que se conmina el delito de homicidio doloso del artículo 79 del Código Penal— implicaba "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" (Fallos: 312:826, considerando 11).

Dos años más tarde, una nueva mayoría entendió, en cambio, que la agravación dispuesta por el mismo artículo 38 del decreto-ley 6582/58 "no aparece irracional ni desproporcionada". Un mejor entendimiento de la discreción que la Constitución reserva al Congreso en materia de política criminal, y la observación de que "no es un índice seguro de desproporcionalidad la diferencia existente entre el mínimo de la escala penal del homicidio simple y el del robo con armas de automotor", llevaron al Tribunal a modificar su criterio anterior (cf. Fallos: 314:424; las citas corresponden al conside-rando 8°).

El *sub examine* está muy lejos de ese caso límite. El *a quo* encontró una violación al derecho constitucional en cuestión en el hecho de que la ley adoptara un mínimo punitivo de cuatro años de prisión en lugar del de tres años que el tribunal consideró que sería proporcional al crimen cometido. La doctrina constitucional que he reseñado en los párrafos anteriores no permite, según lo aprecio, invalidar una ley a partir de un desvío de esa naturaleza.

Diferencias menores como la apuntada en estas actuaciones expresan apenas meras divergencias marginales sobre el ejercicio de una potestad constitucional. Ellas no configuran el hallazgo de una violación de derechos fundamentales, del maltrato repugnante a la protección de la dignidad humana, que justifica la intromisión de los magistrados por la vía del control de constitucionalidad, sino sólo un desacuerdo respecto de cómo el Poder Legislativo ha hecho uso de la discreción que, en ese campo, la Constitución le confiere.

De acuerdo con ello, la sentencia impugnada también en este punto debe ser descalificada.

–VI–

El tribunal superior cordobés apuntaló su pronunciamiento en las dos siguientes consideraciones adicionales. Ambas son, en mi entender, igualmente infundadas.

Por un lado, el *a quo* juzgó que el mantenimiento de una escala penal con un mínimo punitivo de cuatro años de prisión para el delito de comercio de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas al consumo introduciría una "incoherencia sistémica que debe ser corregida en esta instancia", en razón de que no sería consistente con la previsión del artículo 277, inciso 3°, apartado *a*, del Código Penal que, al regular la agravación del delito de encubrimiento en virtud del carácter "especialmente grave" del delito precedente, define como "especialmente grave" en el sentido requerido en esa cláusula, a aquel cuya pena mínima es superior a los tres años de prisión (cf. voto que lideró el acuerdo, fs. 357/vta. del expediente principal).

La contradicción postulada, sin embargo, está montada sobre la premisa equivocada de que, de acuerdo con el derecho en vigor, el delito del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, en la medida en que la ley 26.052 autorizó su juzgamiento por los tribunales provinciales, no es un delito especialmente grave.

Empero, tal como lo he expuesto en la sección IV de este dictamen, no hay nada en el texto de las leyes mencionadas ni en su historia legislativa que permita con-

cluir que el Poder Legislativo ha considerado que la venta de estupefacientes directamente al consumidor es un delito leve, o no es uno que merezca el rótulo de especialmente grave tal como este figura en la normativa general sobre la responsabilidad penal por encubrimiento.

En particular, no hay razón alguna para inferir esa conclusión a partir de la decisión legislativa de modificar la jurisdicción federal exclusiva que disponía el anterior artículo 34 de la ley de estupefacientes en favor del régimen complejo que introdujo la reforma de la ley 26.052.

Más aún, si la cláusula invocada del artículo 277, inciso 3°, apartado *a*, del Código Penal debía guiar algún razonamiento del tribunal en este aspecto, la conclusión debería haber sido la contraria de la sostenida en la sentencia impugnada, esto es, que la decisión legislativa expresa de mantener la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737 para todos los comportamientos que se subsumen en el tipo del inciso *c* era, en todo caso, evidencia de que, a juicio del Congreso de la Nación, el comercio de estupefacientes fraccionados para su consumo constituye un delito especialmente grave en el sentido indicado en el régimen del delito de encubrimiento.

–VII–

Por otro lado, la mayoría de la corte cordobesa sostuvo que razones vinculadas con el principio constitucional de igualdad ante la ley impondrían que la escala penal aplicable en el caso en examen fuera una cuyo mínimo fuese el de tres años de prisión, como la prevista en la legislación vigente para los delitos de los artículos 200 y 201 del Código Penal, pues éstos guardarían similitud con el comportamiento criminalizado en el artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737.

En tal sentido, agregó que de ese modo había sido sancionado el delito de comercio de estupefacientes en la derogada ley 20.771 y que así se lo propondría punir en algunos proyectos de reforma legislativa (cf. voto que lideró el acuerdo, fs. 356

vta./359 y voto de la mayoría sobre la cuestión de la pena, fs. 378 vta./380 del expediente principal).

La interpretación del derecho en juego en la que se asienta la decisión impugnada es, a mi juicio, también en este punto, evidentemente arbitraria.

Por cierto, no es posible extraer ninguna razón autoritativa de una ley que no sólo no regía en el momento de comisión de los hechos de la causa, sino que había sido derogada casi un cuarto de siglo antes, ni de anteproyectos legislativos que no han regido nunca.

Pero tampoco es atendible, según lo pienso, la afirmación de que el respeto por el principio de igualdad ante la ley obligaría a dar al *sub examine* la solución punitiva prevista para las conductas de los artículos 200 y 201 del Código Penal, en lugar de la fijada por el artículo 5 de la ley 23.737.

Si bien uno de los comportamientos criminalizados en el tipo del artículo 201, el de la venta de sustancias peligrosas para la salud disimulando su carácter nocivo, guarda alguna similitud con la conducta de comercialización de estupefacientes en el sentido aducido por el *a quo*, no es posible hallar una razón inteligible que prohíba al legislador nacional establecer la diferencia que ha fijado, al adoptar un mínimo punitivo moderadamente más severo en respuesta al fenómeno social indiscutiblemente peculiar del narcotráfico.

A este respecto, debe recordarse la asentada doctrina de V.E. de acuerdo con la cual la garantía de igualdad ante la ley que enuncia el artículo 16 de la Constitución prohíbe, en efecto, la adopción de normas que consagren un tratamiento distinto a quie-nes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (cf. Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 124:122; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97; 300:1084, entre muchos otros), pero no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distin-ciones no expresen criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o infe-rioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de

ellas (cf., por ejemplo, Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256).

Según lo aprecio, no hay base alguna para sostener atendiblemente en el *sub examine* —ni la ha indicado el tribunal supremo de Córdoba en su sentencia— que la imposición de un mínimo punitivo de cuatro años de privación de la libertad, en lugar de uno de tres años, a quien comercie con estupefacientes, en vez de hacerlo con alguna otra sustancia peligrosa para la salud, refleja de alguna manera el tipo de trato discriminatorio que, con arreglo a la doctrina citada, veda el artículo 16 de la Constitución Nacional.

–VIII–

En definitiva y por todo lo expuesto, considero que el pronunciamiento impugnado, en cuanto en él se ha declarado la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en la ley 23.737 para las conductas que se subsumen en el tipo de su artículo 5, inciso *c*, que resultan perseguibles penalmente por ante los tribunales de la provincia de Córdoba, está fundado en una interpretación errónea de la reforma introducida por la ley 26.052, y en una también equivocada hermenéutica del derecho constitucional que protege contra el castigo desproporcionado y cruel y asegura la igualdad ante la ley.

Por ello, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General de la provincia de Córdoba y revocar la sentencia impugnada en cuanto fue materia de apelación.

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2019.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL
Procurador General de la Nación
Interino

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

–I–

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el artículo 5, inciso *c*, en función del artículo 34, inciso 1°, de la ley 23.737 en lo que respecta a la pena privativa de la libertad, estableció que la escala penal aplicable era la de tres a diez años de reclusión o prisión —en lugar de la de cuatro a quince años de prisión declarada inválida— y modificó la sanción de cuatro años de prisión que le había fijado a Sergio Alejandro L el tribunal de juicio que lo condenó por el delito de comercialización de estupefacientes, reduciéndola a la de tres años de prisión (cf. fs. 348/381 de los autos principales).

La corte provincial entendió, por un lado, que la sanción de la ley 26.052 introdujo una distinción en el tipo del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, entre comercialización de estupefacientes en gran volumen y la dirigida directamente al consumidor, que obligaría al establecimiento de escalas penales diferenciadas para una y otra conducta, de modo que el mantenimiento de la de cuatro a quince años de prisión para ambas clases de comportamiento sería el resultado de una "clara equivocación" del Congreso de la Nación que autorizaría su invalidación judicial.

En segundo término, juzgó que la escala penal prevista en esa norma no guardaría proporción con la gravedad del delito en cuestión, pues cuando éste se refiere a estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor el crimen sería leve, y las penas cuyo mínimo es superior a tres años de prisión corresponderían a los "especialmente graves" en el sentido fijado en el artículo 277, inciso 3°, apartado *a*, del Código Penal.

Asimismo, la aplicación al caso de esa sanción importaría —según la mayoría del superior tribunal de Córdoba— el sometimiento del condenado a un trato indebidamente desigualitario, en atención a que la ley penal establece penas menores, de entre tres y diez años de prisión, para las conductas criminalizadas en los artículos 200 y 201

del Código Penal, que la corte provincial estimó comparables a la comercialización de estupefacientes directamente al consumidor.

En esa postulada semejanza sustancial fundó, a su vez, su decisión de aplicar el mínimo punitivo de tres años de encierro carcelario al condenado en estas actuaciones, la que respaldó también en el hecho de que el régimen de estupefacientes anterior al de la ley 23.737 —el de la derogada ley 20.771— también sancionaba el tráfico de estupefacientes con una escala punitiva cuyo mínimo era de tres años de pena privativa de la libertad y que lo mismo se propondría en algunos proyectos de reforma legislativa.

–II–

El fiscal general de la provincia interpuso recurso extraordinario en el que objetó la inteligencia que el tribunal superior cordobés dio al derecho federal aplicable al caso.

En particular, sostuvo que es errónea la interpretación según la cual, tras la reforma introducida por la ley 26.052, el tipo del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737 establecería una distinción entre conductas de distinta gravedad; y que es "palmariamente arbitraria" la inferencia de que la ausencia de una escala penal diferenciada para el comportamiento más leve sería consecuencia de un olvido legislativo o una clara equivocación.

A su vez, adujo que al concluir que la escala penal prevista en esa regla es desproporcionada e indebidamente desigualitaria y, en consecuencia, aplicar en su lugar la sanción fijada en la ley para otro delito, el *a quo* excedió el rol que le cabe en el control de constitucionalidad de las leyes e invadió funciones correspondientes a otro poder del Estado (cf. fs. 4/22).

–III–

La corte local concedió la apelación (cf. fs. 30/38 vta.), en mi entender, con acierto.

En efecto, el recurso se dirige contra la sentencia del tribunal superior de la provincia de Córdoba que puso fin a este litigio en el que se ha cuestionado la validez de una cláusula de una ley del Congreso de la Nación —la escala penal prevista en el artículo 5 de la ley 23.737—; y donde mediante una interpretación de normas de derecho federal —el propio régimen de estupefacientes y los principios constitucionales de proporcionalidad de las penas e igualdad ante la ley— que el apelante también objeta, la decisión ha sido contraria a la validez de la pretensión del acusador público.

La impugnación es, por ello, según lo aprecio, formalmente admisible en los términos del artículo 14, incisos 1° y 3°, de la ley 48.

–IV–

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, entiendo que lleva la razón el apelante. El *a quo* declaró la invalidez de la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737, e impuso al condenado una pena inferior al mínimo que allí se regula, sobre la base de consideraciones inadecuadas para prescindir de una ley nacional.

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 26.052 habría establecido una diferencia en el tipo de comercialización de estupefacientes que, en rigor, no estableció.

En lo que respecta al delito de comercialización del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, la norma en cuestión se limitó a modificar el artículo 34 del régimen original que establecía que "los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país", para adoptar en su lugar una regulación más compleja que permite a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumir su competencia mediante una ley de adhesión, cuando el objeto del comercio sea "estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor".

Como lo muestra, sin dudas, la discusión parlamentaria que dio lugar a la reforma, esa desfederalización, parcial y condicional, de la persecución penal de los crímenes de comercialización de estupefacientes no estuvo motivada en una evaluación

acerca de la eventual menor gravedad de las conductas que se llevan a cabo en el último eslabón de la cadena de producción y venta de estupefacientes. Antes bien, la modificación 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.

Tanto en los fundamentos que acompañaron al proyecto original —que proponía atribuir jurisdicción provincial sobre todos los delitos de venta y distribución de estupefacientes, sin distinción, y sin condicionar el cambio a la adhesión que pudieran hacer las provincias mediante una ley local (cf. proyecto S-1222/03 de la senadora Müller, que dio origen a lo que sería la ley 26.052)— como en el debate parlamentario resultante, la preocupación dominante que guió la reforma fue la eventual mayor capacidad que tendrían las jurisdicciones provinciales para dar respuesta inmediata ante las denuncias de la población, o de fuerzas de seguridad locales, acerca de la existencia de puntos de venta de estupefacientes en sus barrios o comunidades (cf. discusión en el Senado, en especial, 27° Reunión – 21° Sesión ordinaria, del 6 de octubre de 2004, y 21° Reunión – 13° Sesión ordinaria, del 27 de julio de 2005; discusión en Cámara de Diputados, en especial 12° Reunión – Continuación de la 6° Sesión ordinaria, del 11 de mayo de 2005).

En otras palabras, no hay asiento ni en el texto de la ley 26.052 ni en su historia legislativa para afirmar, como lo hace la mayoría del *a quo*, que la reforma insertó una diferencia entre "las conductas de tráfico especialmente graves, que involucran un interés federal y deben permanecer bajo esa órbita", por un lado, y "aquellas que son de escasa gravedad, no involucran un interés federal y pueden ser investigadas y juzgadas por las autoridades locales" (cf. fs. 355 vta. de los autos principales).

La reforma de la ley 26.052, en fin, y en lo que aquí respecta, introdujo sólo una variación en la competencia para investigar y juzgar un subconjunto de los casos

que caen bajo la regla —que no modificó— del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, no porque estos sean más leves o menos graves, sino porque se entendió que, dadas las diferencias entre la organización de la jurisdicción federal y la de las provincias, era posible que algunas de éstas pudieran atender con mayor eficacia que aquélla el fenómeno de la venta directa al consumidor.

Ahora bien, con independencia de la caracterización equivocada de la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis para consumo como un suceso necesariamente menos grave que cualquier otra manifestación del comercio de narcóticos, lo cierto es que el Congreso resolvió mantener inalterada la amplia escala penal prevista para todas las conductas del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737. En ese sentido, fue explícita la discusión en el Senado al enfatizar que al sancionar la ley 26.052 "[n]o estamos bajando ninguna pena referida a la comercialización de droga" (cf. la ya citada discusión en el Senado correspondiente a la 27° Reunión – 21° Sesión ordinaria, del 6 de octubre de 2004, intervención del senador Pichetto).

En tales condiciones, como lo sostiene el recurrente, encuentro manifiestamente infundada la afirmación —en la que la mayoría del *a quo* apoya en parte su decisión— de que la ausencia de una escala penal atenuada para los delitos de comercialización cuya persecución puede quedar a cargo de las jurisdicciones locales configuraría una "equivocación" del legislador nacional, y mucho menos una que fuese tan "clara" que pudiese acaso habilitar una declaración judicial de inconstitucionalidad.

Estimo oportuno agregar en este punto, que la doctrina a la que la mayoría del tribunal superior cordobés recurre para enunciar el estándar que aplica para la declaración de inconstitucionalidad —que toma de la obra clásica del derecho constitucional norteamericano de James Bradley Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. VII, no. 3 (1893), págs. 129-156— no brinda apoyo a la solución por la que el *a quo* en definitiva se inclina.

Sin que esto importe tomar partido acerca de si ella forma parte de nuestro derecho federal, esa doctrina exige de los magistrados el deber de aplicar los actos legis-

lativos de los otros poderes del Estado, salvo que sean el resultado evidente de un error tan claro que no quede lugar para cuestionar racionalmente que no es más que una equivocación (cf. Thayer, op. cit., pág. 144).

Ahora bien, 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" (ibídem, pág. 148).

En todo caso, la doctrina en cuestión postula para el dominio del control de constitucionalidad, una aplicación del estándar probatorio más exigente —el que concede a la validez de los actos de los otros poderes el beneficio de la duda— cuyo fundamento último sería que, al ejercer las tareas que les son propias, los tribunales "no deben, ni siquiera negativamente, asumir el trabajo de legislar" (ibídem, pág. 150).

En total oposición a esos postulados, la mayoría del *a quo* declaró la invalidez de una ley del Congreso de la Nación a pesar de que su texto es claro en cuanto a que las penas previstas para el subconjunto de comportamientos que caen bajo el artículo 5, inciso *c*, cuya persecución penal la ley 26.052 autorizó desfederalizar, son las establecidas por la amplia escala punitiva enunciada en el primer párrafo de ese artículo; y de que no hay nada en la discusión parlamentaria de aquella reforma que permita pensar que la intención que motivó esa modificación legislativa no fue precisamente esa, esto es, la de alterar únicamente el régimen de investigación y juzgamiento de una fracción de los casos que ya eran punibles a la luz del derecho vigente, sin alterar ninguna de las otras condiciones fijadas por la ley en vigor.

En las condiciones descriptas, en mi opinión, resulta un mero voluntarismo postular que el texto de la legislación cuestionada y su historia parlamentaria muestran con certeza que el Congreso cometió una equivocación al no introducir junto con esa

reforma una escala penal atenuada para la fracción de casos de comercio de estupefacientes cuya persecución penal autorizó desfederalizar.

Al ofrecer esa lectura del derecho en cuestión, la mayoría del *a quo* ha desatendido la tradicional doctrina de V.E. según la cual la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, de manera que cuando ésta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en la norma (Fallos: 311:1042; 320:61, 305 y 323:1625, entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 313:1007).

–V–

Tampoco encuentro sustento alguno para la tesis de la mayoría de la corte provincial según la cual, 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 fijó en su lugar el *a quo*— de modo que permitiría, en el caso, la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737 en razón de que ella violaría el principio de proporcionalidad de las penas.

A este respecto debe notarse, en primer término, que la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso de la Nación (cf. Fallos: 209:342; 314:424, considerando 5°; y dictamen del Procurador General D'Alessio en Fallos: 312:809, especialmente pág. 816).

Si bien en esa tarea el Poder Legislativo debe actuar dentro de los límites que fija el derecho fundamental de toda persona a ser sancionada, en su caso, con penas cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 310:495; 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10, y 329:3680, considerando 19) y a no ser sometida a un trato punitivo cruel, inhu-

mano o degradante (Fallos: 328:1146; y el ya citado precedente de Fallos: 329:3680, considerando 19), no pueden los jueces, so pretexto de ejercer el control de constitucionalidad que les compete, evaluar el mérito, conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia de las escalas penales que han sido establecidas en la ley en ejercicio de las atribuciones que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional reserva al Congreso.

Es doctrina reiterada de la Corte que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico; por ello sólo cabe formular tal declaración cuando un acabado examen conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

En línea con tal razonamiento, V.E. ha dicho que al juzgar una posible contradicción entre las sanciones establecidas en una ley y los principios constitucionales que garantizan contra el castigo cruel y desmesurado, los tribunales no pueden fundar su ponderación "exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal", sino que han de identificar si aquéllas importan mortificaciones mayores que las exigidas por la naturaleza propia de las penas, en el sentido normado por el artículo 18 *in fine* de la Constitución, y si "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 del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana" (Fallos: 314:424, considerandos 7° y 8°).

En concordancia con ello, el Tribunal ha declarado inconstitucionalmente desproporcionada la aplicación de reclusión por tiempo indeterminado, del régimen previsto para la reincidencia múltiple en el artículo 52 del Código Penal, a quien había

sido condenado por la comisión de un robo en grado de tentativa, por el que le habría correspondido una pena de sólo dos años de prisión (Fallos: 329:3680).

De modo semejante, en el pronunciamiento extranjero en el que V.E. apoyó la doctrina mayoritaria de la sentencia registrada en Fallos: 312:826 (cf. considerando 11 del voto que lidera el acuerdo y considerando 10 del voto del juez Fayt), el tribunal había hallado desmesurada, y por ello inconstitucional, la imposición de prisión perpetua, sin posibilidad de libertad condicional, también en virtud de una ley estadual que agravaba las penas en casos de reincidencia múltiple, a quien había sido condenado por librar un cheque irregular por una cifra menor, por el que de otro modo habría recibido sólo una pena de cinco años de privación de la libertad (cf. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América *in re* "Solem v. Helm", 463 U.S. 277 [1983]).

Esa misma corte, sin embargo, tres años antes, entendió que no era inconstitucional la imposición de una pena de prisión perpetua, igualmente aplicada en razón de una norma estadual de agravamiento punitivo por reincidencia múltiple, a quien había cometido un delito de estafa —por el que habría recibido, de otra manera, una sanción comparativamente mucho menor— en virtud de que el régimen aplicable le permitía al condenado aspirar a la libertad condicional después de diez años de cumplimiento efectivo de encierro carcelario (cf. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América *in re* "Rummel v. Estelle", 445 U.S. 263 [1980]).

Los precedentes aludidos muestran, en mi entender, y sin perjuicio de la mejor interpretación que V.E. pueda hacer de su propia doctrina, que 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 invalidez.

El caso límite en la jurisprudencia de la Corte ha sido, en mi opinión, el de la agravación que disponía el artículo 38 del decreto-ley 6582/58, según la cual la escala penal prevista para el robo del artículo 166, inciso 2°, del Código Penal aumentaría a la de nueve a veinte años de reclusión o prisión cuando el objeto sustraído fuera un automotor, en lugar de la de cinco a quince años de privación de la libertad correspondiente para el apoderamiento equivalente de cualquier otra cosa.

En el precedente de Fallos: 312:826, antes citado, una mayoría del Tribunal consideró que esa elevación descomunal del mínimo punitivo —que, al casi duplicarlo, lo llevó a un punto superior al mínimo con el que se conmina el delito de homicidio doloso del artículo 79 del Código Penal— implicaba "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" (Fallos: 312:826, considerando 11).

Dos años más tarde, una nueva mayoría entendió, en cambio, que la agravación dispuesta por el mismo artículo 38 del decreto-ley 6582/58 "no aparece irracional ni desproporcionada". Un mejor entendimiento de la discreción que la Constitución reserva al Congreso en materia de política criminal, y la observación de que "no es un índice seguro de desproporcionalidad la diferencia existente entre el mínimo de la escala penal del homicidio simple y el del robo con armas de automotor", llevaron al Tribunal a modificar su criterio anterior (cf. Fallos: 314:424; las citas corresponden al considerando 8°).

El *sub examine* está muy lejos de ese caso límite. El *a quo* encontró una violación al derecho constitucional en cuestión en el hecho de que la ley adoptara un mínimo punitivo de cuatro años de prisión en lugar del de tres años que el tribunal consideró que sería proporcional al crimen cometido. La doctrina constitucional que he reseñado en los párrafos anteriores no permite, según lo aprecio, invalidar una ley a partir de un desvío de esa naturaleza.

Diferencias menores como la apuntada en estas actuaciones expresan apenas meras divergencias marginales sobre el ejercicio de una potestad constitucional. Ellas no configuran el hallazgo de una violación de derechos fundamentales, del maltrato repugnante a la protección de la dignidad humana, que justifica la intromisión de los magistrados por la vía del control de constitucionalidad, sino sólo un desacuerdo respecto de cómo el Poder Legislativo ha hecho uso de la discreción que, en ese campo, la Constitución le confiere.

De acuerdo con ello, la sentencia impugnada también en este punto debe ser descalificada.

–VI–

El tribunal superior cordobés apuntaló su pronunciamiento en las dos siguientes consideraciones adicionales. Ambas son, en mi entender, igualmente infundadas.

Por un lado, el *a quo* juzgó que el mantenimiento de una escala penal con un mínimo punitivo de cuatro años de prisión para el delito de comercio de estupefacientes fraccionados en dosis destinadas al consumo introduciría una "incoherencia sistémica que debe ser corregida en esta instancia", en razón de que no sería consistente con la previsión del artículo 277, inciso 3°, apartado *a*, del Código Penal que, al regular la agravación del delito de encubrimiento en virtud del carácter "especialmente grave" del delito precedente, define como "especialmente grave" en el sentido requerido en esa cláusula, a aquel cuya pena mínima es superior a los tres años de prisión (cf. voto que lideró el acuerdo, fs. 357/vta. del expediente principal).

La contradicción postulada, sin embargo, está montada sobre la premisa equivocada de que, de acuerdo con el derecho en vigor, el delito del artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737, en la medida en que la ley 26.052 autorizó su juzgamiento por los tribunales provinciales, no es un delito especialmente grave.

Empero, tal como lo he expuesto en la sección IV de este dictamen, no hay nada en el texto de las leyes mencionadas ni en su historia legislativa que permita con-

cluir que el Poder Legislativo ha considerado que la venta de estupefacientes directamente al consumidor es un delito leve, o no es uno que merezca el rótulo de especialmente grave tal como este figura en la normativa general sobre la responsabilidad penal por encubrimiento.

En particular, no hay razón alguna para inferir esa conclusión a partir de la decisión legislativa de modificar la jurisdicción federal exclusiva que disponía el anterior artículo 34 de la ley de estupefacientes en favor del régimen complejo que introdujo la reforma de la ley 26.052.

Más aún, si la cláusula invocada del artículo 277, inciso 3°, apartado *a*, del Código Penal debía guiar algún razonamiento del tribunal en este aspecto, la conclusión debería haber sido la contraria de la sostenida en la sentencia impugnada, esto es, que la decisión legislativa expresa de mantener la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737 para todos los comportamientos que se subsumen en el tipo del inciso *c* era, en todo caso, evidencia de que, a juicio del Congreso de la Nación, el comercio de estupefacientes fraccionados para su consumo constituye un delito especialmente grave en el sentido indicado en el régimen del delito de encubrimiento.

–VII–

Por otro lado, la mayoría de la corte cordobesa sostuvo que razones vinculadas con el principio constitucional de igualdad ante la ley impondrían que la escala penal aplicable en el caso en examen fuera una cuyo mínimo fuese el de tres años de prisión, como la prevista en la legislación vigente para los delitos de los artículos 200 y 201 del Código Penal, pues éstos guardarían similitud con el comportamiento criminalizado en el artículo 5, inciso *c*, de la ley 23.737.

En tal sentido, agregó que de ese modo había sido sancionado el delito de comercio de estupefacientes en la derogada ley 20.771 y que así se lo propondría punir en algunos proyectos de reforma legislativa (cf. voto que lideró el acuerdo, fs. 356

vta./359 y voto de la mayoría sobre la cuestión de la pena, fs. 378 vta./380 del expediente principal).

La interpretación del derecho en juego en la que se asienta la decisión impugnada es, a mi juicio, también en este punto, evidentemente arbitraria.

Por cierto, no es posible extraer ninguna razón autoritativa de una ley que no sólo no regía en el momento de comisión de los hechos de la causa, sino que había sido derogada casi un cuarto de siglo antes, ni de anteproyectos legislativos que no han regido nunca.

Pero tampoco es atendible, según lo pienso, la afirmación de que el respeto por el principio de igualdad ante la ley obligaría a dar al *sub examine* la solución punitiva prevista para las conductas de los artículos 200 y 201 del Código Penal, en lugar de la fijada por el artículo 5 de la ley 23.737.

Si bien uno de los comportamientos criminalizados en el tipo del artículo 201, el de la venta de sustancias peligrosas para la salud disimulando su carácter nocivo, guarda alguna similitud con la conducta de comercialización de estupefacientes en el sentido aducido por el *a quo*, no es posible hallar una razón inteligible que prohíba al legislador nacional establecer la diferencia que ha fijado, al adoptar un mínimo punitivo moderadamente más severo en respuesta al fenómeno social indiscutiblemente peculiar del narcotráfico.

A este respecto, debe recordarse la asentada doctrina de V.E. de acuerdo con la cual la garantía de igualdad ante la ley que enuncia el artículo 16 de la Constitución prohíbe, en efecto, la adopción de normas que consagren un tratamiento distinto a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (cf. Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 124:122; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97; 300:1084, entre muchos otros), pero no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no expresen criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de

ellas (cf., por ejemplo, Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256).

Según lo aprecio, no hay base alguna para sostener atendiblemente en el *sub examine* —ni la ha indicado el tribunal supremo de Córdoba en su sentencia— que la imposición de un mínimo punitivo de cuatro años de privación de la libertad, en lugar de uno de tres años, a quien comercie con estupefacientes, en vez de hacerlo con alguna otra sustancia peligrosa para la salud, refleja de alguna manera el tipo de trato discriminatorio que, con arreglo a la doctrina citada, veda el artículo 16 de la Constitución Nacional.

–VIII–

En definitiva y por todo lo expuesto, considero que el pronunciamiento impugnado, en cuanto en él se ha declarado la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en la ley 23.737 para las conductas que se subsumen en el tipo de su artículo 5, inciso *c*, que resultan perseguibles penalmente por ante los tribunales de la provincia de Córdoba, está fundado en una interpretación errónea de la reforma introducida por la ley 26.052, y en una también equivocada hermenéutica del derecho constitucional que protege contra el castigo desproporcionado y cruel y asegura la igualdad ante la ley.

Por ello, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General de la provincia de Córdoba y revocar la sentencia impugnada en cuanto fue materia de apelación.

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2019.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL
Procurador General de la Nación
Interino

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación