

EXPEDIENTE: 1836639 - GIMENEZ, SEBASTIAN ANDRES - REYNOSO, IVANA SOLEDAD - CAUSA CON IMPUTADOS

AUTO NÚMERO: CIENTO CINCUENTA Y SEIS.

Córdoba, treinta de abril de dos mil quince.

VISTOS: Estos autos caratulados “**Gimenez, Sebastian Andrés y otro p.ss.aa Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, etc.**” (Expte. “G”-24/14, SACM nº 1836639), que fueron elevados por el Juzgado de Control de Villa Carlos Paz con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 201 por los Dres. Esteban Roncaglia y Alfredo Mirolo en el carácter de defensores de los imputados Sebastián Andrés Giménez y de Ivana Soledad Reynoso en contra del A. Nº 189, de fecha 8/8/2014 obrante a fs. 169/174 en cuanto resolvió no hacer lugar a la oposición deducida por la defensa y confirmar el decreto de prisión preventiva dictado por el instructor el 17/6/2014.

DE LOS QUE RESULTA: Que los señores vocales de esta Cámara de Acusación, reunidos con el objeto de dictar resolución en estos autos, disponen que emitirán sus votos en el siguiente orden: 1º) Carlos Alberto Salazar; 2º) Patricia Alejandra Farías; 3º) Gabriel Pérez Barberá.

Y CONSIDERANDO: Que conforme al orden que antecede: **A)** El vocal **Carlos Alberto Salazar** dijo: **I)** En el escrito de fs. 201 los Dres. Alfredo Mirolo y Esteban Roncaglia, defensores de los imputados Sebastián Andrés Giménez y de Ivana Soledad Reynoso, comparecen por ante el *a-quo* e interponen recurso de apelación en contra del auto arriba mencionado, en virtud de los siguientes puntos de agravios: 1) la calificación legal del hecho atribuido a sus defendidos y 2) inexistencia de indicios de

peligro procesal concreto.

II) A través del decreto obrante a fs. 202 el juez de control concede el recurso por considerar que la decisión en crisis es apelable conforme la ley de rito- y, tras notificar esta resolución, eleva la presente causa por ante este tribunal a tal efecto. Recibidas las actuaciones por este tribunal y habiéndose impreso el debido trámite de ley mediante decreto de fs. 209, los defensores informaron sobre sus pretensiones cumpliendo así con lo establecido en el art. 465 del CPP (fs. 214/218). Con relación a la *calificación legal* los apelantes refieren que la ultrafinalidad comercial prevista por la norma que contempla el delito endilgado a sus defendidos no encuentra sustento en el material probatorio y enumeran circunstancias que, a su entender, avalan dicha postura. Asimismo plantean cuestiones en torno al valor convictivo de la declaración del comisionado Requena. Citan jurisprudencia en apoyo y solicitan el cambio de calificación a la figura de tenencia simple de estupefacientes. En segundo lugar, respecto a la *medida de coerción personal* los apelantes señalan que no está justificada ya que lo que *el a quo* valoró desconoce lo resuelto por la reciente jurisprudencia del TSJ, toda vez que no se encuentra acompañada de indicios concretos de peligrosidad procesal, solicitando la recuperación de la libertad de sus defendidos. La defensa refiere que sus pupilos participaron de las pericias, no presentan sanciones en los establecimientos donde se encuentran alojados y además que no quedan medidas probatorias en las que sea necesaria su intervención o que puedan entorpecer en libertad. Asimismo describen características personales de los imputados. Ofrecen caución. Citan antecedente de esta Cámara en su apoyo.

III) Con relación a la calificación legal atribuida a los imputados, el Juzgado de Control de Villa Carlos Paz mediante el dictado del auto apelado (fs. 169/174) sostuvo que el material probatorio analizado constituye una suma de indicios unívocos que lleva a concluir que los traídos a proceso detentaban las sustancias ilegales (que le

fueran secuestradas) con fines de comercialización. El magistrado señaló que los argumentos de la defensa no alcanzan para permitir el cambio de la figura penal y enumeran las circunstancias que rodean la tenencia de sustancias que hacen presumir el dolo específico en miras de su comercialización.

Por último, rechazó los planteos relacionados con el valor convictivo de determinados testimonios y con la credibilidad del testimonio del Crio. Requena, resaltando que en virtud de su función policial maneja datos que posteriormente deberán ser corroborados mediante prueba.

Concluyó que la ponderación conjunta y no separada o fragmentaria de cada indicio como método de valoración resulta suficiente para mantener la calificación legal atribuida. Con relación al segundo agravio, es decir, la inexistencia de riesgo procesal concreto, el *a quo* consideró que el decisorio fiscal se ajustaba a las directrices emanadas por la doctrina nacional en el precedente “Loyo Fraire”. En primer término consideró que los hechos atribuidos a los imputados -tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 45 y 5, inc” de la ley 23.737 del C.P.) y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, primer supuesto C.P.), dan como resultado una escala penal conminada en abstracto de 4 a 17 años de prisión, (conforme a las reglas del concurso real), lo cual permite pronosticar que, en caso de recaer condena, la misma será dictada en forma de ejecución efectiva, y señaló que la expectativa de pena de gravedad intermedia y de cumplimiento efectivo, constituye un indicio de peligrosidad que se cierne para el proceso. El magistrado, luego de analizar ese primer indicio, evaluó la existencia de otros indicadores de peligrosidad procesal concreta y en este sentido señaló que la investigación no se encuentra concluida y que resta material probatorio por diligenciar, tales como apertura de teléfonos secuestrados, que podrían arrojar pistas sobre conexiones que tendrían los prevenidos en la cadena de comercialización. El *a quo* precisó que por la cantidad y diversidad de los tóxicos secuestrados, como así también del modo en que se encontraban ubicados y almacenados, se

puede inferir que ambos imputados comercializaban con habitualidad y con ello generaban un serio perjuicio a la salud pública. Seguidamente puntualizó que tal circunstancia permite presumir que la libertad de los imputados podrá afectar los fines del proceso, como lógica derivación del pronóstico punitivo, entorpeciendo la investigación y consecuentemente evitando su sometimiento a juicio. Asimismo el magistrado consideró que este punto de peligrosidad procesal se veía agravado porque no surgía de las constancias de autos que los imputados tuvieran trabajo fijo como tampoco estabilidad de la residencia. Por último agregó que el encartado Giménez presentaba antecedentes penales computables. Conforme a ello concluyó que los apelantes sustentaron su pretensión limitándose a realizar una valoración dogmática que sólo refleja su punto de vista de valoración del riesgo procesal mas no aporta ninguna condición distinta del común denominador de las personas imputadas por un delito que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal.

IV) Entrando de lleno al análisis de las cuestiones traídas a estudio, por una cuestión metodológica y a efectos de dar completa respuesta a los planteos de la parte apelante, corresponde dividir el tratamiento del presente recurso en función de los dos puntos de agravio planteados, a saber: a) la supuesta ausencia de elementos de convicción suficientes para tener como probable la finalidad de comercialización de la tenencia de estupefacientes intimada, así como el consecuente cambio de calificación legal por tenencia simple; y b) la supuesta inexistencia de peligro procesal concreto y actual para mantener la medida de coerción que recae sobre los imputados.

V) En lo atinente a la primera cuestión planteada, un análisis minucioso de las constancias de la causa me convence de que el recurso intentado debe ser rechazado. En efecto, el apelante no brinda ningún argumento que demuestre el error de la valoración efectuada por el *a-quo* en lo atinente a dicho tópico, sino que se limita a realizar una serie de manifestaciones que indican su propio punto de vista al respecto, pero que de ninguna manera ponen en crisis la argumentación del inferior, la cual, por

lo demás, resulta correcta, pues constituye una derivación razonable tanto de las constancias de autos como del derecho aplicable, razón por la cual la comparto en su integridad y me remito a ella en homenaje a la brevedad.

Se observa, además, que el impugnante se ha limitado mayormente a reproducir por ante esta alzada los mismos fundamentos que expresara en su oposición a la resolución del ministerio público (conf. su escrito a fs. 159/167 de autos). Pues bien, dichos fundamentos ya han sido considerados por el juez de control –como queda claro en la resolución impugnada, en la que se hace referencia a los agravios del apelante– y han recibido por lo tanto una respuesta concreta por parte de la jurisdicción, que aquí, por lo demás y como ya se dijo, se considera acertada.

Es verdad que, con el argumento de que un tribunal superior en jerarquía puede valorar de distinta manera el mismo razonamiento expresado por el impugnante ante un inferior, bien puede fundarse válidamente la pretensión de que nada impide que se solicite en esta sede la revisión de una resolución anterior en función de argumentos impugnaticios ya utilizados. De allí que de ninguna manera debe entenderse que este tribunal pretende instituir a la novedad del argumento como una suerte de requisito formal de admisibilidad de un recurso de apelación. Simplemente se aduce que, en lo que respecta al acogimiento sustancial de un recurso ante esta sede, la experiencia indica que, en los hechos si el apelante no ofrece nuevos argumentos, sólo en los casos excepcionales resultará factible disentir desde esta alzada con lo ya resuelto al respecto por tribunales que, como sucede con los juzgados de control, han tenido oportunidad de revisar minuciosamente toda la prueba colectada en autos.

Por eso es que, salvo supuestos de error en la valoración del inferior- lo cual no sucede en el caso *su examine*-, la ausencia de argumentos *sustancialmente* nuevos en el recurso de apelación conduce, por regla, a su rechazo en esta sede, que es lo que de hecho corresponde que suceda en este caso. En tal sentido, no basta que el recurrente simplemente exprese,

formalmente, que sus argumentos son nuevos, sino que dicha novedad debe poder inferirse objetivamente y en términos sustanciales del contraste entre las impugnaciones interpuestas, y ello es precisamente lo que no es posible concluir aquí. Pero fuera de ello, y como ya se adelantara, lo decisivo es que, más allá de ser sustancialmente nuevo, el argumento del recurso debe tener la *eficacia* señalada para lograr demostrar la equivocación del *a-quo*, y no es ello lo que ocurre en el presente caso.

Finalmente caber recordar algunas características del tipo penal en cuestión contenido en el art. 5 inc. 'c' de la ley 23737 teniendo en cuenta lo que sostuvo esta Cámara, con una intergración parcialmente diferente, en autos "Sastre" (A.Nº 134/14, 28/3/14): "El sujeto activo del delito tiene la droga con un destino específico que no es otro que el de obtener una ganancia o fin de lucro. Se ha dicho que esta "ultra intención" es lo que caracteriza a esta modalidad agravada y permite distinguirla claramente de las tenencias previstas en el art. 14 de la ley, esto es, de la tenencia simple y de la tenencia con fines de consumo personal; y que en los términos del citado artículo, "tiene" quien lo hace con el objeto de lucrar con la enajenación del estupefaciente, formando así parte de la cadena del tráfico de drogas; es precisamente ésta la razón que justifica la severidad de la pena (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Fuero de Lucha contra el Narcotráfico*, Alveroni, Córdoba, 2012, pág. 45/46)...".

Conforme lo expuesto, las conclusiones a las que llegan tanto el fiscal de instrucción como el *a-quo*, a las que me remito *brevitatis causae* por compartirlas, están apoyadas en un caudal probatorio suficiente para sustentar válidamente la conclusión con relación a la calificación legal del suceso propugnado por las instancias judiciales anteriores.

VI) Corresponde ahora efectuar el análisis de la medida de coerción impuesta a los incoados, en atención a las pautas brindadas por el último fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (*in re* "Loyo Fraire", sentencia nº 34 del 12/03/2014), con relación al análisis del mérito procesal de la prisión preventiva (que receptó la

doctrina de la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de fecha 14/03/2014, para los mismos autos).

En el caso concreto, con respecto a la situación procesal de los encartados Sebastián Andrés Gimenez e Ivana Soledad Reynoso y en los términos del nuevo art. 281 CPP (cfr. ley 10201), los imputados cuentan como indicio de peligrosidad procesal la gravedad del pronóstico punitivo hipotético por no aparecer procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional pues, conforme a la escala penal conminada en abstracto para los delitos cuya comisión se les atribuye (tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 45 y 5, inc” de la ley 23.737 del C.P. y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, primer supuesto) presentan el mínimo de la escala penal conminada en abstracto de 4 a 17 años de prisión, conforme las reglas del concurso real (art. 55 CP).

Cabe aclarar que de los indicios que se encuentran textualmente consagrados como tales por la actual redacción del art. 281 del CPP, la Corte ha tenido oportunidad de expedirse respecto del alcance del primero de ellos –esto es, “la gravedad del pronóstico punitivo hipotético por no aparecer procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional”-, considerando que no es suficiente la presunción de una condena efectiva para imponer una medida de coerción, sino que debe verificarse, además, la existencia de algún otro indicio de peligro procesal concreto. Así, y no existiendo aún pronunciamiento alguno respecto de los demás indicios enumerados en el actual dispositivo legal que rige la materia, debe entenderse que su sola verificación resultaría, en principio, suficiente, como para fundar la imposición de una medida de coerción.

En atención a lo antedicho, en el presente caso se verifica un grave indicio de peligro procesal concreto vinculado con el resultado que podrían arrojar algunas de las diversas medidas probatorias que aún faltan diligenciar, toda vez que del material que podría obtenerse de ellas –vg. la apertura de teléfonos secuestrados– podrían surgir pistas específicas sobre las posibles conexiones que tendrían los prevenidos con otros

integrantes de la cadena de comercialización en la cual, conforme las constancias de autos, interactuarían con habitualidad. Y en virtud de esa información es obvio que aquellos podrían tener interés en ponerse en contacto con éstos para ponerlos sobre aviso de tal situación a fin de evitar su sometimiento a juicio, lo que implicaría de suyo una clara interferencia hacia la normal sustanciación del proceso investigativo.

Por otra parte, la inconsistencia del domicilio resulta disvaliosa para el encartado Giménez, quien al momento de prestar declaración (fs. 81/82) manifestó un domicilio distinto al que fuera constatado en autos.

En virtud de todo lo manifestado, considero que la medida de coerción que recae actualmente sobre Sebastián Andrés Giménez e Ivana Soledad Reynoso se encuentra plenamente justificada, no advirtiéndose otra modalidad que garantice igualmente los fines perseguidos, y no siendo procedente, en consecuencia, el pedido de libertad efectuado por sus defensores, debiendo confirmarse la resolución apelada, con costas para el recurrente (CPP, arts. 550 y 551). Así voto.

B) Que la vocal Patricia Alejandra Farías dijo: Que comparte lo sostenido por el vocal preopinante, adhiriendo en consecuencia a su voto y pronunciándose en el mismo sentido.

C) Que el vocal Gabriel Pérez Barberá dijo: **I)** Adhiero a la relación de causa efectuada por el vocal de primer voto y concluyo también como él con relación al primer agravio esgrimido por la defensa, agregando simplemente que la resolución impugnada me parece especialmente sólida en lo que se refiere, precisamente, a la valoración de la prueba, en particular en lo atinente a la acreditación –con el grado de probabilidad propio de esta etapa procesal– de la finalidad de comercialización de los estupefacientes secuestrados en poder de los imputados, al menos en lo que se refiere a la tenencia de cocaína (sobre la tenencia de los dos gramos de marihuana secuestrados me explayaré más adelante). Pero disiento con la conclusión a la que arriba el vocal

Salazar con relación al segundo agravio, pues entiendo, por las razones que expondré a continuación, que la medida de coerción dispuesta por el instructor no resulta actualmente indispensable para asegurar los fines de este proceso. Atento la escala penal aplicable al caso, dichas razones incluirán un análisis pormenorizado de la constitucionalidad de esa escala punitiva, dado que *prima facie* aparece como manifiestamente desproporcionada. Pero previo a ello corresponde abordar las siguientes especificaciones respecto a la calificación legal de los hechos aquí investigados.

II) A los imputados Sebastián Andrés Giménez e Ivana Soledad Reynoso se les imputa el siguiente hecho:

“Con fecha siete de mayo de dos mil catorce, siendo aproximadamente las 13:25 hs., los imputados Sebastián Andrés Giménez e Ivana Soledad Reynoso, en el domicilio sito en Los Algarrobos s/n, entre calles Alfonsina Storni y Los Aromos, de B° La Quinta, de la ciudad de Villa Carlos Paz, Dpto. Punilla, Pcia. de Córdoba, siendo esta una vivienda de material, revocada, pintada de color blanco, con techo caída a dos aguas, la cual posee tres ventanas en su frente, dos de ellas con vidrios y la otra con persianas, todas de chapa color oscuro, con un pasillo lateral del lado derecho por donde se ingresa a la parte posterior del domicilio donde residen los encartados, donde hay una división de la vivienda principal, la cual tiene ingreso con una puerta hacia el cardinal oeste que da a la cocina quedando al lado derecho mientras que ingresando un poco más por el pasillo están los ingresos a la izquierda de la habitación matrimonial, al frente otra habitación y a la derecha el baño, tenían sin autorización y con fines de comercialización estupefacientes en infracción a la Ley Nacional N° 23.737 y su adhesión Provincial N° 10.067, en lugar y cantidad detalladas a continuación: 1) en la habitación principal, debajo de la cama matrimonial, dentro de un maletín de color negro con cierre metálico, el cual tiene su interior forrado en cinta de acetato de color marrón, una bolsa de nailon de color blanco forrada con dicha cinta, que contenía en su interior una

sustancia pulverulenta de color blanca compatible por sus características con la cocaína, la cual arrojó un peso de ochocientos cuarenta y nueve gramos (849 grs.); 2) en la misma habitación, en un canasto de plástico de color marrón claro que contenía ropa, una bolsa de nailon de color amarillo con estampas de caras en color negro, la cual contenía en su interior otra bolsa de nailon de color blanca con una sustancia pulverulenta de color blanca compatible por sus características con la cocaína, la cual arrojó un peso de ciento setenta y tres gramos (173 grs.); 3) En la otra habitación, sobre la mesa de luz, cuatro restos de cigarrillos armados artesanalmente denominados 'tucas', cuatro pipas, conteniendo tres de ellas, restos de una sustancia que por sus características sería compatible con la marihuana y un triturador manual de metal con detalles en verde, con restos de la misma sustancia y hacia el costado de este, un envoltorio de nailon de color negro conteniendo en su interior una sustancia de origen vegetal de color verde amarronado, en forma de picadura, compatible con la marihuana, la cual arrojó un peso de dos gramos (2 grs.); 4) En la parte superior de la tapia perimetral del fondo del domicilio, más precisamente en el interior de un ladrillo tipo block, un envoltorio de nailon de color blanco conteniendo en su interior una sustancia pulverulenta de color blanco, compatible por sus características con la cocaína, arrojando un peso de dos gramos (2 grs.), secuestrándose en total mil veinticuatro gramos de cocaína (1024 grs.). Seguidamente se realizaron sobre las sustancias incautadas, los test orientativos denominados 'Scott' para la cocaína y 'Fast blue' para la marihuana, los cuales arrojaron resultado positivo para ambas sustancias. Asimismo, en dicha vivienda, en la habitación principal, arriba de un ropero, los encartados Giménez y Reynoso tenían sin la debida autorización legal un arma de fuego tipo revólver, calibre 22 largo, color gris plomo con cachas de plástico color negro, marca Bagual, modelo Passer, Serie N° 239631, conteniendo en el interior del tambor cinco (5) cartuchos calibre 22, marca FM y tres (3) cartuchos punta hueca, marca FM y dieciocho (18) cartuchos de balas de fogueo marca FN 60. Asimismo se procedió al secuestro de tres teléfonos celulares, dinero en efectivo por la suma de trescientos pesos (\$300) y recortes

varios de bolsa de nailon de color blanco. Todos los bienes descriptos precedentemente fueron secuestrados del domicilio mencionado con motivo del allanamiento ordenado por el Juzgado de Control de esta sede judicial de Villa Carlos Paz, en virtud de la tramitación de las actuaciones sumariales n° 2202/14 que se labran por ante la Unidad Judicial de Villa Carlos Paz”.

III) Transcripto el hecho, debe realizarse en este lugar la siguiente aclaración jurídica con relación a él. Si hechos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (o de comercialización de estupefacientes, o de entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título *oneroso*) son investigables en Córdoba por la jurisdicción provincial, es porque ellos encuadran, ante todo, en alguno de los ilícitos taxativamente mencionados en el art. 34 de la ley 23.737, que restringe únicamente a esos casos la posibilidad del desplazamiento de la jurisdicción (de la federal a la provincial) allí prevista. De allí que, si se trata de alguno de esos casos, deben ser supuestos en los que la persona investigada “comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes *fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor*”, tal como lo prescribe el inc. 1° del recién citado art. 34 de la ley de estupefacientes.

Constituye en consecuencia un error en la subsunción jurídica del hecho aseverar, como lo hicieran tanto el juez de control (fs. 173) como el fiscal de instrucción (fs. 155 vta.), que éste constituye un supuesto designable *únicamente* como “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, y que es encuadrable por tanto *únicamente* en el art. 5. inc. c) de la ley 23.737. Si ello fuera así, la jurisdicción provincial no podría haber intervenido en la investigación de este caso, porque dicha intervención está condicionada a que se trate de hechos subsumibles ante todo en el art. 34 inc. 1° de la misma ley, y *sólo a partir y en función de él* en el inciso c) del art. 5° de la ley en cuestión. La designación (o *nomen iuris*) correcta de los delitos aquí investigados, entonces, es la de “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización *directa para el consumidor*”, u otra equivalente que contenga la

especificación en cursiva (en esa línea, si se tratara por ejemplo de un caso de comercialización de estupefacientes, su designación correcta sería “comercialización de estupefacientes *destinados directamente al consumidor*”). Y la cita legal que corresponde es o bien “art. 34 inc. 1º en conjunción con el art. 5º inc. c) de la ley 23.737”, o bien “art. 5º inc. c) en función del art. 34 inc. 1º de la ley 23.737” (u otra equivalente que incluya la norma del art. 34 inc. 1º). Porque, cabe repetirlo, los casos de comercialización de estupefacientes o de su tenencia con fines de comercialización no son casos de lisa y llana comercialización o de lista y llana finalidad de comercialización, sino casos en los que la comercialización o la finalidad de comercialización *tiene por objeto directo al consumidor*. Es precisamente por esta especificación referida al consumidor como destinatario directo que estos delitos son *menos graves* que los de comercialización (o de tenencia con esa finalidad) lisa y llana, y es a su vez por esa menor gravedad que ellos pueden ser investigados y juzgados por las jurisdicciones provinciales que han adherido a la denominada “desfederalización” prevista, precisamente, en el art. 34 inc. 1º de la ley 23.737, norma esta que las resoluciones impugnadas en esta causa omitieron citar. Y la omisión no es banal, porque la inclusión de esa cita legal y la correcta denominación de los delitos en cuestión seguramente ayudan a que no deje de tenerse presente que la jurisdicción provincial, cuando se trata de casos de comercialización de estupefacientes, es procedente en la medida en que se trate de hechos *de escasa gravedad*, precisamente por tener por destino no al tráfico en gran escala, sino directamente al consumidor. Ningún otro caso de comercialización de estupefacientes –o de su tenencia con esa finalidad– puede ser perseguido penalmente por la jurisdicción ordinaria. Por lo demás (y esto es especialmente importante en función de lo que aquí se resolverá), si un tribunal del fuero provincial declarara la inconstitucionalidad de la pena prevista en abstracto por el art. 5º de la ley 23.737 sin incluir en la cita legal la referencia al art. 34 inc. 1º de la misma ley, ocurriría que un tribunal estaría declarando la inconstitucionalidad de una ley (o de una parte de una ley) para cuya aplicación no es competente ni tiene jurisdicción.

Debe quedar en claro, finalmente, que esta omisión (obviamente involuntaria) en la subsunción jurídica es una práctica *generalizada* de este fuero específico provincial de lucha contra el narcotráfico, es decir: la he detectado en muchas otras resoluciones provenientes de fiscalías y juzgados de control de otras ciudades de la provincia de Córdoba, no sólo en las impugnadas en las presentes actuaciones.

IV) He dicho ya que estoy de acuerdo tanto con la fiscalía de instrucción como con el juzgado de control en cuanto a la finalidad de comercialización *de la cocaína* secuestrada en poder de los imputados. Ahora bien, en cuanto a los dos gramos de marihuana secuestrados, es claro que la muy escasa cantidad de esa sustancia encontrada en la vivienda y la ausencia de otros indicios que permitan inferir comercialización *en relación con este estupefaciente*, conducen a que su tenencia deba ser calificada legalmente como tenencia para consumo personal (ley 23.737, art. 14, 2º párrafo). Es claro, en efecto, que en un contexto en el que se secuestra una importante cantidad de cocaína con obvio destino de comercialización, el hallazgo conjunto de dos gramos aislados de marihuana junto a restos de cigarrillos (“tucas”) de esta sustancia y pipas con restos de ella sólo permite inferir una finalidad de consumo personal respecto de la marihuana. Así lo indica, en efecto, no sólo la escasa cantidad secuestrada, sino también la presencia de elementos (“tucas” y pipas) que son claramente indiciarios de consumo personal, no de comercialización, a lo que cabe sumar a su vez la ausencia de elementos que, respecto de la marihuana, puedan indicar la realización de una actividad tendiente a su comercialización. Por lo tanto, debe excluirse la persecución penal en relación con la parte del hecho referida a esa tenencia de marihuana, para lo cual el señor fiscal de instrucción deberá requerir –y el *a-quo* dictar– el pertinente sobreseimiento en función de lo dispuesto por el art. 350 inc. 2º del CPP (dado que el imputado ya ha sido indagado, no es viable en este caso el mero archivo de las actuaciones), por aplicación del precedente “Arriola” de la CSJN (“Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 – recurso de hecho, S. del 25/08/2009), al que este tribunal adhiere y se remite *brevitatis causae*. /

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, a continuación se brindará una fundamentación adicional respecto a la finalidad de consumo personal que cabe inferir, en la presente causa, respecto a la tenencia de marihuana, y a la finalidad de comercialización que cabe inferir respecto a la tenencia de cocaína.

V) Por supuesto que son las circunstancias concretas de cada causa las que deberán ser tenidas en cuenta para determinar cuál es la finalidad de una tenencia de estupefacientes (a saber: comercialización o consumo personal, entre otras). Pero sin perjuicio de ello, en aras de la seguridad jurídica y con el objeto de evitar que la persecución penal tienda a captar predominantemente a consumidores (lo cual la alejaría de la finalidad primordial de la ley de adhesión a la “desfederalización”, que es justamente la persecución del *tráfico* –menor– de estupefacientes), entiendo que deben establecerse parámetros claros que permitan identificar casos en los cuales *bajo ningún punto de vista puede dudarse acerca de la finalidad de consumo personal*. A tal efecto *este tribunal entiende –y sin admitir al respecto prueba en contrario– que la tenencia de un estupefaciente es para su consumo personal si, en caso de tratarse de marihuana, la cantidad hallada no supera los diez gramos de peso de esa sustancia; o si, en caso de tratarse de cocaína, la cantidad hallada no supera los dos gramos de esa sustancia*. La indicación se limita a estas dos sustancias porque ellas son las involucradas en la presente causa. Por eso en el presente caso, y sin perjuicio de las anteriores consideraciones adicionales, ya por esta sola circunstancia relacionada con la cantidad corresponde admitir sin más la finalidad de consumo personal para la parte del hecho relacionada con la marihuana (dado que se secuestraron sólo dos gramos de esa sustancia), mientras que cabe admitir *prima facie* (y *sólo prima facie*: sobre esto volveré enseguida) la finalidad de comercialización para la parte del hecho relacionada con la cocaína (dado que se secuestró algo más de un kilogramo de esta sustancia). No está de más indicar que esta diferencia evidente entre una y otra finalidad aconsejaba, en aras de la precisión, separar la tenencia de la cocaína y de la marihuana en dos hechos nominados diferentes (por caso:

primer y segundo hecho).

Las cantidades en cuestión han sido fijadas a partir de tomar como referencia legislación y jurisprudencia comparadas, en particular de otros países de la región. Así, por ejemplo, en Paraguay la ley n° 1340 de 1988 establece en su art. 30 que quien “tuviere en su poder sustancias a las que se refiere esta ley, que el médico le hubiere recetado o aquel que las tuviere para su exclusivo uso personal, estará exento de pena... Se considerará de exclusivo uso personal del farmacodependiente, la tenencia en su poder de sustancia suficiente para su uso diario, cantidad a ser determinada en cada caso por el médico forense y un médico especializado designado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y otro por el afectado si lo solicitare, a su costa. *En el caso de la marihuana no sobrepasará diez gramos y dos gramos en el de la cocaína, heroína y otros opiáceos*” (cursivas agregadas). En Colombia, por su parte, si bien la ley no establece cantidades de referencia para determinar si se trata o no de un caso para consumo personal, tales cantidades han sido establecidas por la jurisprudencia de su Corte Constitucional. La Sala C de dicho tribunal, en efecto, en la sentencia C 491 de 2012, estableció que quienes porten *hasta un gramo de cocaína o veintidós gramos de marihuana*, no pueden ser incriminados por los delitos previstos en el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana (ley 1453 del año 2011), modificadorio del artículo 376 del Código Penal de ese país. También en México se establecen cantidades fijas para dejar en claro cuándo debe considerarse que su tenencia o venta es para consumo personal. En ese país, en efecto, el 20 de agosto de 2009 entró en vigor un decreto que reforma la Ley General de Salud, el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales. De acuerdo con las fuentes consultadas, “el decreto se conoce popularmente como ‘ley de narcomenudeo’, dado que su principal objetivo es justamente combatir la modalidad del comercio de drogas al por menor” (cf. <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/mexico>), y establece en su art. 479 que, para que la tenencia o venta de estupefacientes sea considerada para consumo personal,

en caso de marihuana la cantidad hallada no debe superar los cinco gramos y en caso de cocaína no debe superar el medio gramo. Estas cantidades, sin embargo, han sido consideradas demasiado bajas por los especialistas (véase al respecto lo dicho por el TNI: Transnacional Institut – Drugs and Democracy, en la página web citada), por lo que resultan más adecuadas las indicadas en la presente resolución, que coinciden con las cantidades fijadas por la legislación paraguaya hoy vigente. En lo que se refiere a marihuana, la cantidad fijada aquí aparece incluso como muy prudente si se tiene en cuenta que un proyecto de ley que acaba de ser presentado en Alemania (uno de los países europeos más conservadores en esta temática) para despenalizar en parte la tenencia de *cannabis* para consumo personal establece como límite máximo de marihuana que puede tenerse con esa finalidad la cantidad de *treinta* gramos (véase al respecto la columna de opinión publicada por el catedrático de derecho penal Ambos, Kai, en “Süddeutsche Zeitung”, ejemplar del 11/03/2015).

Debe quedar en claro que lo establecido al respecto en esta resolución de ninguna manera significa que por el mero hecho de que las cantidades halladas *superen* las medidas que se acaban de indicar se está, por ello y automáticamente, ante un caso de tráfico o de otros supuestos que descartan la finalidad de consumo personal de estupefacientes. Lejos de ello, aun cuando las cantidades halladas sean mayores a las aquí fijadas, la finalidad de consumo personal podrá no obstante tenerse por acreditada si eso es lo que cabe inferir de las pruebas de la causa, la cual, desde luego, también podrá arrojar como resultado una finalidad diferente a la del consumo personal –como por ejemplo la de comercialización del estupefaciente—. Pero si el estupefaciente hallado *no supera* las cantidades indicadas, las personas involucradas no podrán ser incriminadas por ningún tipo penal, pues en ese caso la finalidad de consumo personal del tenedor o del receptor se presume sin admitirse prueba en contrario y resulta de aplicación el citado precedente “Arriola” de la CSJN, ya citado (a cuyos fundamentos me remito nuevamente, por compartirlos, en homenaje a la brevedad). De allí que, como ya dije, si la tenencia de estupefacientes no supera las cantidades indicadas, se está en forma *definitiva*

ante una finalidad de consumo personal; en cambio, si la cantidad es superior al gramaje indicado, la cuestión de la finalidad queda *abierta*, por lo que en tales supuestos sólo puede hablarse de una finalidad *prima facie* (sea la de comercialización, sea la de consumo personal), a decidir ulteriormente en función de las circunstancias concretas de la causa *diferentes a la mera cuestión de la cantidad*.

Frente a hechos que no superen tales cantidades, entonces, la solución procesal deberá consistir, según el caso, o bien en la no apertura de causa alguna en contra de la persona sorprendida con esa cantidad de estupefacientes (sin perjuicio del registro de los datos que la autoridad del ministerio público entienda pertinentes a otros efectos –en la medida en que ello no resulte violatorio de otros derechos constitucionales– y del secuestro de la sustancia dado que *ella en sí* es ilícita, independientemente de la licitud de determinadas *conductas* que la involucren), o bien en el archivo o sobreseimiento (según haya habido o no indagatoria) inmediato de las actuaciones en caso de que éstas ya se hubiesen iniciado, que es precisamente lo que debe hacerse en el presente caso respecto al tramo del hecho consistente en tenencia de marihuana, conforme ya se señalara.

Con otras palabras, a partir de estas cantidades mínimas de estupefacientes lo que se busca es establecer un “piso” por debajo del cual la autoridad pública nada puede hacer respecto a la persona involucrada, pues de hacerlo vulneraría sin duda su derecho constitucional a la privacidad (CN, art. 19, 1ª parte), precisamente porque ese es un caso respecto del cual *no puede dudarse* de la finalidad de consumo personal. Pero ello –se reitera– no implica que, si ese piso es superado, se deba tener a esa persona por un comercializador o como alguien que opera con estupefacientes por razones distintas a la de satisfacer el consumo personal propio o de terceros. La superación del piso simplemente autoriza a la autoridad pública a investigar el caso, tras lo cual podrá concluir, según los resultados de esa investigación, que se trata no obstante de un consumidor (o de una entrega o venta para consumo personal) o que, por el contrario, se trata de un caso de comercialización de estupefacientes o de otros supuestos

perseguibles penalmente.

El establecimiento de cantidades fijas a partir de las cuales queda establecido que un caso vinculado a estupefacientes es *sin discusión* para consumo personal de su tenedor o receptor, tiene a mi juicio la ventaja indudable de que, como ya dije, genera seguridad jurídica en el contexto de aplicación de las leyes relacionadas con esta problemática, porque elimina la posibilidad de que la calificación de un hecho como “de consumo personal” quede, al menos para un grupo importante de casos, en manos de la subjetividad del funcionario que está a cargo de la investigación, y sin por ello tener que pagar el costo de considerar forzosamente que hay un caso de tráfico de estupefacientes (o de otra hipótesis punible) si esa cantidad fijada como límite es superada, porque en tal supuesto todavía será posible demostrar que se trata de una hipótesis de consumo personal. Es esta, por lo tanto, la manera más óptima para proteger al mero consumidor de estupefacientes del indebido avance, en su contra, del poder público, y de fortalecer con la praxis cotidiana la postura de la CSJN fijada en el citado fallo “Arriola”.

VI) Efectuadas las precisiones anteriores respecto de la calificación jurídica del caso, corresponde iniciar ahora el análisis de la cuestión constitucional anunciada al comienzo del presente voto. Ello es necesario porque la irrazonabilidad y desproporcionalidad de una pena que parte de un mínimo de *cuatro años de prisión* para supuestos de narcotráfico *menor* es absolutamente obvia, y lo único que llama la atención en ese sentido es que su inconstitucionalidad no haya sido declarada hasta ahora en el fuero específico de lucha contra el narcotráfico de esta provincia (en otras instancias y fueros sí ha un acercamiento a este problema de la pena en cuestión, como luego se verá). Se trata, en efecto, de un análisis de la *constitucionalidad* de la ley que impone esa escala penal, pues un examen acerca de la razonabilidad de una ley es un examen acerca de su constitucionalidad. Pero como la defensa no ha efectuado planteo alguno en ese sentido, el examen en cuestión será realizado de oficio por este tribunal. En el voto mayoritario del precedente “Arce” (C. Acus., auto n° 306 del

26/06/09) esta cámara dio ya exhaustivas razones a favor de la posibilidad de que un tribunal revise aun de oficio la constitucionalidad de una ley aplicable al caso. Me remito pues a esa fundamentación, la que doy aquí por reproducida en aras de la brevedad. Sin perjuicio de ello, cabe agregar que, en oportunidad de dictarse el precedente “Arce”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) no había emitido sentencia todavía en la causa “Rodríguez Pereyra” (expte. 401. XLIII), del 27/11/2012, en la cual ya sí con amplia mayoría se pronunció a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, fundándose sobre todo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) que establecía la necesidad de que los tribunales internos de los Estados signatarios efectuaran incluso de oficio un “control de convencionalidad”, en el sentido de verificar la adecuación de las leyes internas a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y a la jurisprudencia de la mencionada CIDH, lo cual de suyo implica la facultad de efectuar un control de oficio *de constitucionalidad*, esto es, también respecto de la Constitución Nacional y no sólo de la CADH (cf. especialmente el consid. 12 de “Rodríguez Pereyra”, cit.). No existen pues ya dudas respecto de la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una ley aun cuando no medie petición de parte al respecto, tal como funciona en la actualidad nuestro sistema de control de constitucionalidad.

VII) No puedo dejar de expresar en este lugar mi disconformidad con ese sistema de control de la supremacía de la Constitución, conocido como “difuso”, en el sentido de que todo juez, cualquiera sea su competencia y la instancia procesal en la que intervenga, puede directamente declarar la inconstitucionalidad de una ley aplicable al caso que debe resolver. Tal como lo he dicho públicamente en ámbitos académicos, sería preferible, por múltiples razones que no viene al caso reproducir aquí, un sistema de control de constitucionalidad concentrado, conforme al cual si un juez detecta que la norma que tiene que aplicar al caso es inconstitucional, no debe declarar él mismo esa inconstitucionalidad, sino que tiene que remitir su planteo al *único* tribunal habilitado para declarar esa inconstitucionalidad, que

usualmente es un Tribunal Constitucional de última instancia en la organización judicial interna. Pero lo cierto es que no es ese el sistema que hoy rige de hecho en Argentina, por lo que, en este momento histórico, si un juez de este país entiende que es inconstitucional la ley aplicable al caso, la única posibilidad que tiene para evitar su aplicación es declararla él mismo inconstitucional, ahora incluso de oficio. Es entonces por esta razón que, en el presente caso, me veo obligado a declarar una inconstitucionalidad que, a mi juicio, sería deseable que, a pedido de esta cámara, en todo caso sea declarada por un único tribunal de control de constitucionalidad habilitado específicamente al efecto.

VIII) Dicho esto, corresponde introducir directamente la cuestión constitucional que aquí se presenta: a mi modo de ver, *el mínimo de la escala de la pena de prisión prevista en abstracto* para el delito investigado en la presente causa es manifiestamente desproporcionado y por lo tanto *inconstitucional*. Se trata del ya referido delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización destinada directamente al consumidor (y lo mismo valdría, obviamente, para el delito de comercialización de estupefacientes destinada directamente al consumidor y otras conductas afines). En efecto, de acuerdo con la legislación vigente, para quien “comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor” (art. 34 inc. 1º ley 23.737), o los tenga con fines de comercialización, se prevé una escala penal en abstracto de *cuatro a quince años de prisión* (art. citado, en conjunción con el art. 5º, primer párrafo, de la misma ley).

IX) A mi juicio, si la ley de estupefacientes ha introducido una distinción entre tráfico mayor y tráfico menor de estupefacientes, y no obstante no dispone ninguna diferenciación en las escalas penales que correspondería aplicar a uno y otro supuesto, quedando por tanto todos ellos bajo un mismo marco punitivo –cuatro a quince años de prisión– que de ninguna manera puede decirse que es el que corresponde a una criminalidad escasa o menor, es claro que dicha ley no puede ser razonable en los términos establecidos por la CSJN en su jurisprudencia sobre control judicial de razonabilidad de las leyes (inicialmente elaborada a

partir del art. 28 de la CN), en la que, cuando se trata de injerencias estatales en derechos individuales fundamentales (que es lo que obviamente ocurre cuando el Estado pretende imponer una pena privativa de la libertad a un individuo), la *proporcionalidad* de la injerencia estatal (en este caso la pena) juega un papel preponderante.

En efecto, tal como esta Cámara de Acusación lo recordara en el precedente “Forbes” (auto n° 298 del 21/08/12), corresponde, en casos como el presente, “analizar el mandato de *razonabilidad* de la ley, emanado del ya varias veces citado art. 28 de la CN, según jurisprudencia constante de nuestro máximo tribunal constitucional (cf. especialmente *Fallos* , 199:483). Con la expresión ‘razonabilidad’ la Corte hace referencia, en rigor, al mandato de *proporcionalidad* que toda ley, y en especial toda ley restrictiva de derechos fundamentales, debe observar para ser constitucionalmente válida. Esto es lo que surge de la definición que la propia CSJN brinda de la exigencia de razonabilidad de la ley: ‘esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional »cuando resultan irrazonables, o sea, cuando *los medios que arbitran no se adecuan a los fines* cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta *iniquidad*» (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas)’ (*Fallos*, 315:142; 319:2151, entre muchos otros). La adecuación del medio al fin es, en efecto, lo que hace que una ley sea proporcional en sentido estricto, y por eso se ha dicho que la Corte ha adoptado a ‘la proporcionalidad como medida de la razonabilidad’ (Gelli, op. cit., p. 251). La Corte, en efecto, ya desde el citado caso ‘Inchauspe’ viene sosteniendo que a ella sólo le ‘incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir, que sólo debe examinar *si son o no proporcionales a los fines* que el legislador se propuso conseguir’. Es decir, queda afuera del control constitucional todo lo referido a las razones de oportunidad y conveniencia que determinaron al legislador a dictar la normativa de que se trate (CSJN, *Fallos*, 224:810, 256:386, 311:1565, 318:785, etc.), pues ello forma parte de las llamadas cuestiones políticas no justiciables (CSJN, *Fallos*, 68:238, 243:467, 304:351, entre muchos otros). Jurisprudencialmente, lo único que se puede

controlar es la razonabilidad... de la restricción concretamente establecida” (CAcus., “Forbes”, cit.).

En este caso –en lo pertinente y como luego se verá– el fin perseguido por el legislador era brindar a las provincias una herramienta legal para que puedan, previa ley de adhesión, investigar, entre otras conductas, casos de comercialización de estupefacientes *de escasa gravedad*. Corresponde determinar, entonces, si un tipo penal que establece como sanción para esos supuestos una pena de prisión que parte de un mínimo de cuatro años puede ser tenido como un medio proporcional (y por tanto razonable) para el logro de esa finalidad: ya he adelantado aquí mi opinión en sentido negativo al respecto.

X) El *interés* en declarar la inconstitucionalidad de ese mínimo en abstracto de cuatro años de prisión en esta causa se fundamenta en el hecho de que, para las decisiones judiciales relativas a medidas de coerción personal (y en particular para la prisión preventiva) la escala penal establecida en abstracto por el legislador constituye siempre un dato a ser tenido en cuenta, al menos como indicio de peligro procesal abstracto para la jurisprudencia que ha mantenido este tribunal desde los autos “Maza” (C.Acus., auto n° 388 del 03/11/06), hoy en ese punto incluso con recepción legislativa local conforme a la nueva redacción del art. 281 del CPP. También en el fallo “Irusta” (C.Acus., auto n° 182 del 01/07/08) esta cámara se ha pronunciado acerca del rol, para la prisión preventiva, del mínimo de la pena previsto en abstracto por el legislador penal. Según la doctrina de este fallo, ese mínimo en abstracto constituye un indicio que, por razones jurídico-constitucionales (no por razones epistémicas), nunca podrá ser suficiente para fundar la coerción personal, pero que indudablemente, en tanto indicio que es de peligrosidad procesal (aunque sea abstracta), corresponde que sea tenido en cuenta como dato para evaluar la posibilidad de peligro de fuga, a tal punto que, a medida que se va agravando el mínimo de la escala penal, más fuerza va adquiriendo la hipótesis de la existencia de peligrosidad procesal, y por tanto son necesarios menos indicios de peligrosidad procesal concreta para fundar la necesidad de la prisión preventiva.

Lo dicho deja en claro, a su vez, que para la cuestión de la prisión preventiva resulta relevante *únicamente* la cuantía del mínimo de la escala penal prevista en abstracto para cada delito por el legislador. Y ello es así en virtud de que, conforme a la legislación procesal vigente, es la entidad del mínimo y no la del máximo de la escala penal establecida en abstracto la que resulta relevante como indicio de peligrosidad procesal para las medidas de coerción personal, en la medida en que, como es sabido, lo que la ley actual valora como tal indicio es “la gravedad del pronóstico punitivo hipotético por no aparecer procedente, prima facie, *la condena de ejecución condicional*” (CPP, art. 281, cursiva agregada). Y esa modalidad de condena, como es sabido, queda automáticamente excluida cuando el *mínimo* de la pena prevista en abstracto es mayor a tres años. De allí que es sólo ese mínimo el que, aquí, es objeto de examen constitucional.

XI) Debe quedar claro, además, que en la presente causa no corresponde pronunciarse acerca de la adecuación constitucional de una pena en concreto ordenada por un juez, sino acerca de la adecuación constitucional de una escala penal prevista en abstracto por el legislador. Con otras palabras, en estas actuaciones no corresponde efectuar un control de constitucionalidad en relación con un caso individual, sino con un caso genérico (se entiende por caso individual el hecho concreto ocurrido empíricamente en el mundo real, y por caso genérico el presupuesto fáctico de la sanción previsto en abstracto en la ley: así, en lo esencial, Alchourrón, Carlos, Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 34, 52 y ss.). Por eso se ha invocado más arriba la jurisprudencia de la CSJN atinente a la razonabilidad (y por tanto proporcionalidad) *de las leyes*: aquí no interesa la razonabilidad o proporcionalidad de una pena concretamente impuesta a un condenado por un juez, sino la razonabilidad o proporcionalidad de la ley sancionada por el legislador que prevé en abstracto un determinado marco punitivo.

De lo que aquí *no* interesa –esto es, de la proporcionalidad (y por tanto razonabilidad)

de una pena *en concreto* relacionada con esta problemática del denominado “tráfico menor” de estupefacientes– se ocupó recientemente, por ejemplo, la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante CFCP) en el caso “Ríos” (sentencia de la Sala II del 16/04/2013). En dicho precedente, que siguió muy de cerca al ilustrado dictamen del fiscal Javier de Luca ante ese tribunal, la CFCP estimó que la pena de cuatro años impuesta al condenado era excesiva. Se trataba también de un caso de narcotráfico menor, muy menor incluso al que se investiga en las presentes actuaciones. El tribunal de juicio (que fue el Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba) impuso esa pena porque era la mínima que le permitía el legislador. Como, en opinión del tribunal de mérito, era un caso de muy escasa culpabilidad, impuso la pena mínima prevista en la ley. La CFCP estuvo de acuerdo en que era un caso de muy escasa culpabilidad, pero consideró que cuatro años de prisión era demasiada pena para tan poca culpabilidad, y por tanto ordenó condenar a tres años de prisión, argumentando, en lo central, que los mínimos punitivos previstos por la ley son nada más que “indicativos” y que, por tanto, el juez puede y debe no aplicarlos en un caso concreto si estima que, para ese caso, tal mínimo legal resulta no obstante excesivo. Llamativamente no declaró, para el caso, la inconstitucionalidad de la ley que prevé expresamente el mínimo punitivo no aplicado. Como dije, para ello lo que hizo fue considerar a los mínimos de las escalas penales no como obligatorios sino como meramente indicativos. Ello, técnicamente, implica considerar a dichos mínimos como *principios* (esto es, como “mandatos de optimización” que deben cumplirse *en la medida de lo posible*) y no como *reglas* (esto es, “mandatos todo o nada” que *se cumplen o no se cumplen*). Dicha mutación, por la que a una regla se la transforma en un principio, es a mi juicio un error (acerca de esta distinción entre principios y reglas cf. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 y ss.). Esos mínimos de pena integran normas que paradigmáticamente son reglas, y que por tanto *deben aplicarse* o, si se pretende no aplicarlas, *debe declararse su inconstitucionalidad*, porque sólo esa declaración fundamenta

la inaplicabilidad de una norma. Y ello conlleva, ciertamente, la obligación de demostrar que se trata de una inconstitucionalidad flagrante, cuya declaración resulta inevitable en el caso (inconstitucionalidad como remedio *ultima ratio*).

Sin perjuicio de lo dicho respecto de la declaración de inconstitucionalidad, la importancia de este precedente “Ríos” de la CFCP reside, como ya lo anunciara, en que ya los altos tribunales a nivel federal están comenzando a advertir que, por decirlo de un modo coloquial, “algo no funciona” en relación con el mínimo de la pena previsto en abstracto para estos casos. Y lo mismo se observa en tribunales inferiores del mismo fuero federal (véase por ejemplo la sentencia de fecha 16/08/2013 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba, en autos “González”, que declaró la inconstitucionalidad de la pena establecida en el art. 5° inc. c] de la ley 23.737 precisamente por considerarla desproporcionada) e incluso en nuestro fuero penal provincial. En efecto: la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad, por ejemplo, también ha declarado –en un muy importante precedente con ilustrado voto del vocal Roberto Spinka– la inconstitucionalidad de esta escala penal de cuatro a quince años de prisión establecida por la ley mencionada. En el fallo “Lucero” (sentencia n° 21 del 02/09/2014) dicho tribunal sostuvo, en el primer paso de su argumentación, que es necesario que los jueces, al aplicar los preceptos mencionados de la ley 23.737, preserven “la necesaria armonía del sistema..., pues es inocultable la realidad de que desde hace mucho tiempo se ha prescindido de la idea de lo que constituye un “sistema”, como que tras cientos y cientos de reformas que ha sufrido el Código Penal, muchas de ellas de manera espasmódica frente a algunos hechos de resonancia social, en la actualidad, éste, las leyes complementarias y las especiales, muestran discordancias graves y evidentes en torno a las penas”. Y agrega luego, con razón, que se refiere también a “las leyes complementarias y las especiales porque pareciera haberse entendido que éstas no forman parte del sistema penal: no se explica de otra forma –salvo que se piense que son penas seleccionadas adrede en procura de un efecto procesal– que el mínimo de *cuatro años de prisión* sea algo excepcional en el Código, como

que se lo emplea sólo en dos oportunidades (art. 125 inc. 1 y 126), pero está presente en la ley 23737 casi como el mínimo normal (arts. 5, 6 y 9)” (cursivas y paréntesis en el original).

Más adelante haré nuevas referencias a este precedente de la Cámara Novena del Crimen. Aquí lo importante es destacar que dicho tribunal sí hizo lo que técnicamente correspondía, que es declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en abstracto por la ley, a diferencia de lo efectuado por la CFCP en el citado precedente “Ríos”, en el que no aplicó ese mínimo legal pero tampoco declaró su inconstitucionalidad. En efecto, debe insistirse en que lo sucedido en “Ríos” constituye un supuesto en el cual un tribunal considera que *la pena impuesta en concreto* por otro tribunal resulta desproporcionada –por excesiva– en relación con la culpabilidad del autor, y que, como ya dije, *no es eso lo que interesa en la presente causa*. Aquí lo que importa es determinar si la pena *prevista en abstracto* es o no proporcional al ilícito *también previsto en abstracto* por la ley. Porque, como ya se explicó en el punto anterior, son esos marcos penales en abstracto los que funcionan como indicios de peligrosidad procesal en relación con la prisión preventiva, que es de lo que aquí se trata, a más del hecho obvio de que en estos autos no se ha arribado aún al momento de dictarse sentencia definitiva y que, por tanto, no es una condena en concreto lo que entra en consideración. Por otra parte, debe quedar claro que la señalada irrazonabilidad de la escala punitiva vigente para casos de narcocriminalidad menor no deja de estar presente en casos en los que la culpabilidad concreta del autor o la gravedad del ilícito no es tan baja como la que se dio en el citado precedente “Ríos”. En tanto se trate de un caso calificable como narcotráfico menor (como lo es el de las presentes actuaciones: téngase presente que si bien se ha secuestrado un total de aproximadamente un kilogramo de cocaína las demás circunstancias de la causa no arrojan dudas acerca de que este caso corresponde a la competencia provincial) y por tanto investigable y juzgable en el fuero provincial, la irrazonabilidad de ese marco punitivo es, obviamente, objetiva y por tanto independiente de cualquier circunstancia concreta de cada causa.

XII) Lo indicado en el párrafo anterior es de fundamental importancia porque, en verdad, no hay nada de objetable en que un juez determine cuál es la pena concreta, proporcional a la culpabilidad de un autor específico, que corresponde aplicar. Por el contrario, eso es lo que paradigmáticamente un juez debe hacer: fijar el caso individual y aplicar la sanción que estime adecuada y que respete esa relación de proporcionalidad con la culpabilidad del autor. Distinto es, en cambio, si lo que un juez pretende es emitir un juicio respecto a la gravedad de un caso genérico (esto es: la gravedad de un ilícito penal en abstracto a partir de la pena prevista en él igualmente en abstracto por la ley). Porque en ese caso lo que juzga el juez no es un caso individual, empírico, que tiene frente a él, sino una decisión del legislador. Y eso, por una parte, es en sí mismo difícil, porque no resulta siempre sencillo determinar si un caso genérico es más o menos grave que otro caso genérico (así, con razón, Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 158 y s.); es decir, si un delito en abstracto es más –o menos– grave que otro delito en abstracto (ello dependerá, ante todo, de que sean entre sí comparables y de la importancia del bien jurídico protegido por uno y otro, entre otras pautas). Pero, además, eso es en principio hasta objetable, porque esa función (“juzgar al legislador”) ya no forma parte de lo que paradigmáticamente un juez debe hacer, sino más bien de lo que un juez sólo en excepcionalísimos casos puede hacer, a través del ejercicio de la ya referida actividad conocida como “control de constitucionalidad”. Y ello, si deriva en una censura al legislador, es algo que, como ya dije y tal como lo ha sostenido la CSJN en múltiples precedentes, constituye un remedio extremo al que un juez debe acudir sólo cuando no queda otra alternativa que la declaración de inconstitucionalidad, es decir: cuando la inconstitucionalidad de la ley es tan evidente que no queda otro remedio que declararla, porque no resulta posible ninguna interpretación de esa ley que la torne conforme con la Constitución (inconstitucionalidad como *ultima ratio*: CSJN, *Fallos*, 302:1666; 303:248, 1708, 1776; 306:1597; 310:211; 314:424; 316:842; 320:1166; 325:2600, entre muchos otros).

Pues bien, esta última es la (difícil) tarea que, a mi juicio, debe ser llevada a cabo en el presente caso. Y para que ella resulte legítima recae sobre este tribunal el deber de demostrar que se está ante un supuesto de inconstitucionalidad flagrante, manifiesta, en los términos descriptos al final del párrafo anterior. De lo contrario, se caerá en el error, por mí mismo denunciado en múltiples ocasiones académicas y hasta periodísticas, de confundirse una ley que no agrada con una ley inconstitucional (así también Zaffaroni en su voto en el reciente fallo de la CSJN contra la nueva ley del Consejo de la Magistratura de la Nación: causa R.369.XLIX, sentencia del 18/06/2013), lo cual implica que el juez se erige en legislador. *No hacer esto* es, precisamente, el límite del control judicial de constitucionalidad.

Para decirlo con palabras de la Sala Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ, o TSJ Cba.), en casos como estos sólo es factible declarar la inconstitucionalidad de una ley si resulta aplicable la denominada “*regla de la clara equivocación del legislador*”, “conforme a la cual ‘sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional’, en cuyo caso ‘la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable’ (Thayer, J.B., *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, Harvard Law Review, Vol. 7; Dorado Porrada, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss.)” (TSJ Cba., causa “Zabala”, S. n° 56 del 08/07/2002). Este fue también el argumento principal de la Cámara Novena del Crimen en el citado precedente “Lucero”. Allí, también con cita del fallo “Zabala” del TSJ, se sostuvo en síntesis que la cuestión central es determinar “si resulta racional, o es una *clara equivocación del legislador*, punir con una escala de reclusión o prisión de cuatro a quince años a quien comercie estupefacientes o los tenga con fines de comercialización” (cursiva agregada).

XIII) A mi juicio, y coincidiendo en esto con lo sostenido en el mencionado fallo “Lucero” de la Cámara Novena del Crimen, es sin dudas una clara equivocación del legislador lo que se verifica en el caso de la pena mínima hoy vigente para casos de comercialización (o de tenencia con ese fin) de estupefacientes *que forman parte del denominado “tráfico menor”*, esto es, de aquel que, según el actual art. 34 de la ley 23.737 (introducido por ley n° 26.052, B.O. 31/08/2005), puede ser investigado por las justicias provinciales, previa ley de adhesión. No me convencen, en cambio, las razones que brinda la Cámara Novena del Crimen en “Lucero” para demostrar *por qué* el legislador ha incurrido en una clara equivocación respecto a esta cuestión. Lo que afirma dicho tribunal es que no puede ser razonable que la ley penal castigue con una pena más grave a delitos *de peligro abstracto* contra la salud pública (como lo son la comercialización de estupefacientes o su tenencia con esa finalidad), mientras que castiga con una pena más leve a delitos *de peligro concreto* contra el mismo bien jurídico (como los previstos en los arts. 200 y 201 del CP: envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas, así como su comercialización, suministro, distribución o almacenamiento). Este argumento, a mi juicio, no es concluyente para demostrar un caso de clara equivocación del legislador, tan extrema que autorice la declaración de inconstitucionalidad de lo que ha sancionado.

Ya dije que comparar la gravedad de dos casos genéricos (esto es: de dos delitos diferentes previstos en abstracto por la ley) es más difícil que comparar la gravedad de dos casos individuales (esto es: de dos delitos concretos ocurridos en el mundo real). Lo central para que un juicio sobre aquella gravedad en abstracto sea posible es, ante todo, la *comparabilidad* de los casos genéricos en cuestión. En este sentido, no siempre podrá concluirse que es incorrecto que el legislador amenace con menos pena a un delito de peligro concreto que a uno de peligro abstracto, incluso si ambos afectan al mismo bien jurídico. Porque ello dependerá precisamente de su comparabilidad, y ésta a su vez de las características específicas de cada tipología delictiva, las que obviamente no se agotan en la identidad del

bien jurídico afectado y están fuertemente influidas por sus particularidades empíricas.

Así, creo que es fácil advertir que el narcotráfico, en cualquiera de sus modalidades, es una tipología delictiva de especial gravedad, y sin dudas de mayor gravedad que la sancionada por los arts. 200 y 201 del CP. Y ello es así, precisamente, en virtud de múltiples variables empíricas, tan notorias que me ahorran de mayor carga argumentativa al respecto. A sólo título ejemplificativo cabe señalar la frecuencia y ramificación social en la comisión de ilícitos de narcotráfico, a punto tal que, con razón, los especialistas aluden a él como un “flagelo” y que, con respecto a él, a nivel judicial se instituyen fueros específicos, como, sin ir más lejos, el “Fuero de lucha contra el narcotráfico” en el Poder Judicial de Córdoba. Nada parecido se observa en relación con la criminalidad vinculada al envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas. De allí que, frente a la evidente diferencia de gravedad entre ambas tipologías delictivas, aunque afecten el mismo bien jurídico (la salud pública) no parece irrazonable (o al menos no *claramente* irrazonable en el sentido del estándar de la clara equivocación del legislador fijado por el TSJ) que la ley, a un delito de peligro abstracto *pero de narcotráfico* lo amenace con una pena superior a la de un delito de peligro concreto pero relacionado con una tipología delictiva ostensiblemente menos grave, como lo es la relacionada con el envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas. No es este, pues, un buen camino argumental para mostrar la clara equivocación del legislador con relación a la escala penal sancionada en abstracto para los delitos de narcotráfico que aquí se encuentran bajo examen. A mi juicio, el camino correcto consiste en detectar incoherencias *crasas* en las que ha incurrido el legislador *dentro de la regulación referida al narcotráfico*. Mostraré esas incoherencias a continuación.

XIV) Hasta antes de la sanción de la citada ley 26.052 (a partir de la cual se introduce el nuevo art. 34 a la ley 23.737), podía decirse que el legislador nacional consideraba que todo delito de comercialización de estupefacientes o que tuviera por finalidad su comercialización era especialmente grave y que por eso tenía que estar sometido a una misma escala penal que

partiera de cuatro años de prisión (ley 23.737, art. 5° inc. c]; recuérdese, en este sentido, que el propio legislador penal considera que un delito es en abstracto “especialmente grave” si el mínimo de la escala penal previsto en la ley es superior a tres años de prisión: CP, art. 277 inc. 3°, letra a]). De tal modo, así se tratara de un caso de tráfico mayor o de tráfico menor, esa era la escala penal aplicable. Y ella era difícilmente cuestionable en su constitucionalidad, porque hasta entonces el legislador no había dado ninguna señal de que estuviese dispuesto a distinguir entre casos de comercialización (o de tenencia para comercialización, etc.) de estupefacientes que merecieran una escala penal más grave y otros casos de comercialización (o de finalidad de comercialización) que merecieran una escala penal menos grave.

Hasta la sanción de la ley 26.052, entonces, el diseño de un sistema conforme al cual una venta de droga ilícita al menudeo mereciera una pena mínima de cuatro años de prisión podría parecerle a un juez un diseño *inadecuado*, *inconveniente* y hasta *equivocado* (más específicamente: podría parecerle un error –incluso grave– de índole político-criminal), y en función de ello podría efectuar una crítica de *lege ferenda*, mostrando, por caso, que en otros países las penas para tipologías delictivas similares son mucho más bajas (como por ejemplo en Alemania, donde las penas por ciertos casos incluso graves de tráfico de drogas *no tienen mínimo* y sus máximos son realmente bajos: en ese país, “quien proporcione marihuana a niños o adolescentes puede estar sujeto a una pena de prisión de hasta tres años; en casos especialmente graves, como por ejemplo en casos de suministro reiterado a un niño o de asociación para traficar, la pena privativa de la libertad puede ser elevada hasta un máximo de cinco años” (Ambos, Kai, artículo citado).

Pero, como bien lo ha señalado la Sala Penal del TSJ Cba. en la citada causa “Zabala” (entre otras), no es esa clase de equivocación la que habilita la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Pues tal clase de error, en la medida en que involucra únicamente una cuestión de mérito, oportunidad o conveniencia, no está sujeta a control jurisdiccional. En efecto: dado que, hasta allí, lo único que cuenta como dato es una opinión del legislador y una opinión

diferente de un juez acerca de una escala punitiva, es claro que no están dadas las condiciones para una declaración de inconstitucionalidad. Para ese juez esa ley podrá ser, para decirlo una vez más, *desagradable*, pero no tiene elementos para decir que además es inconstitucional. Aquí se aprecia pues, con claridad, la ya mencionada diferencia entre una ley que *no gusta* y una ley *inconstitucional*, fundamental para una adecuada comprensión de la división de poderes propia de un Estado de derecho, y en particular de los límites del Poder Judicial.

Distinta es la situación, en cambio, cuando ya *el legislador* –como ha ocurrido a partir de la citada ley 26.052– introduce expresamente la distinción entre casos de comercialización de estupefacientes grave y casos de comercialización de escasa gravedad (lo que incluye a su tenencia con esa finalidad), y lo hace a través de la creación de un nuevo tipo penal que precisamente indica las condiciones para esa menor gravedad, *pero omite la consecuente atenuación de la pena para tales supuestos*. Allí sí se está ante una “clara equivocación” de la ley que habilita considerarla inconstitucional. Porque la omisión de esa disminución punitiva ya no contradice solamente a la eventual opinión de un juez, sino a la propia toma de posición que el mismo legislador ha asumido en ese sistema normativo. Técnicamente, lo que tiene lugar en ese caso es un supuesto de *incoherencia normativa*, en el sentido de que una *regla* del sistema no es coherente con un *principio* de ese mismo sistema normativo (cf. al respecto Alonso, op. cit., pp. 155 y ss.), y ello sí configura un motivo válido para declarar inaplicable la regla –a través de su declaración de inconstitucionalidad– en la medida en que, como se dijo, la incoherencia sea tan manifiesta que no quede otro camino que esa invalidación de la regla. Entonces, si lo que se quiere poner en tela de juicio no es la razonabilidad *de una decisión judicial* anterior respecto a una cuantía mínima de pena impuesta de conformidad con la ley vigente (esa fue la cuestión tratada por la CFCP en el caso “Ríos”, cit.), sino la razonabilidad *de esa ley*, para que haya realmente inconstitucionalidad es necesario demostrar *no* que el legislador ha tomado una decisión político-criminalmente equivocada (esa no es función de los jueces), sino que *la ley que ha sancionado es claramente inconsistente o*

incompatible con la decisión político-criminal que el propio legislador tomó, equivocada o no. Esa es, vale la pena repetirlo, la “clara equivocación” a la que se refiere la doctrina aplicada por el TSJ Cba. en la citada causa “Zabala”.

XV) Pues bien, en lo que aquí interesa, está claro que, a partir de la ley 26.052, el legislador introdujo distinciones antes ausentes en la ley 23.737 en lo que se refiere a la punibilidad del tráfico o comercialización de estupefacientes y de otras conductas relacionadas con la comercialización, como la tenencia con ese fin o las entregas o suministros a título oneroso. Porque con la ley 26.052, en efecto, quedó establecido, entre otras cosas, que los casos de comercialización, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes en los que éstos estuvieren “fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor” (art. 2 de la ley 26.052, luego introducido como art. 34 inc. 1º de la ley 23.737), podían ser investigados por las justicias provinciales. Pues bien, de la propia redacción de la ley surge con claridad que esos son casos de comercialización, tenencia con esa finalidad, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título oneroso que el propio legislador ha considerado *menos graves* en abstracto, precisamente porque tienen por destino directo únicamente al consumidor. Y ello, con toda obviedad, implica ventas *menores*, dado que esa es la característica esencial que tienen las dosis fraccionadas para ser vendidas a quien va directamente a consumirlas y no a revenderlas.

Que esos son casos de comercialización, tenencia con esa finalidad, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes a título oneroso que *el propio legislador* considera menos graves en abstracto que otros casos que involucran a esas mismas conductas pero que tienen un destino que no es el consumidor sino el tráfico, es algo que se infiere también no sólo del texto de esa específica disposición legal, sino del contexto de la ley 26.052 integralmente considerado. Se trata, en efecto, de una ley que establece la posibilidad de que determinados casos de infracción a la ley 27.737 dejen de ser de competencia federal. Y como se trata de la “desfederalización” de delitos pertenecientes a una misma materia, es obvio que aquellos

delitos respecto de los cuales el legislador nacional está dispuesto a renunciar la competencia federal tienen que ser, para ese legislador, de menor gravedad que aquellos respecto de los cuales no está dispuesto a eliminar la competencia federal, pues ésta, al ser de excepción, cuando está motivada por razón de la materia está reservada únicamente a casos que, justamente por su especial gravedad, “ofenden la soberanía y la seguridad de la Nación” (ley 48, art. 3° inc. 3°, primer supuesto).

Por otra parte, que es la menor gravedad en abstracto de los ilícitos seleccionados por la ley 26.052 lo que ha determinado al legislador a permitir su investigación y juzgamiento por las justicias provinciales se infiere con toda claridad si se analiza en conjunto a los delitos que, según el propio legislador, pueden ser de competencia provincial: todos los que están relacionados con conductas originariamente punidas por algún inciso del art. 5° de la ley 23.737 tienen en común el hecho de que, por estar referidos a casos que de algún modo involucran al consumo personal, han sido considerados menos graves por el legislador y conminados por tanto por una pena en abstracto considerablemente menor que la prevista en el primer párrafo del art. 5°. Dos de esos delitos “desfederalizables” son, en efecto, los previstos en el penúltimo y último párrafo del citado art. 5°, que establecen, respectivamente, lo siguiente:

“En el caso del inc. a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21” (*párrafo incorporado por el art. 1° de la ley 24.424*).

“En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis meses a tres años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21” (*párrafo incorporado por el art. 1° de la ley 26.052*).

De la propia letra de la ley surge pues, con claridad, que los delitos del art. 5° de la ley 23.737 que tienen por destino únicamente al consumidor son menos graves que los que tienen un destino de tráfico, y que precisamente por ello son susceptibles de ser investigados y juzgados por las justicias locales. Y también la opinión del legislador concreto es lapidaria en ese sentido y cierra toda posible discusión al respecto. En la discusión parlamentaria, en efecto, queda perfectamente en claro que si un delito relacionado con el art. 5° de la ley 23.737 es “desfederalizable”, lo es ante todo por ser un delito de menor gravedad en abstracto en comparación con otros delitos previstos en ese mismo artículo, y precisamente por ello integrante del denominado “tráfico *menor*”, reconducible a las jurisdicciones provinciales para su investigación y juzgamiento si aquellas así lo deciden mediante la pertinente ley de adhesión. Así lo dijo la miembro informante en el Senado, la Senadora Escudero, en la sesión en la que dicha cámara legislativa resolvió insistir con su proyecto originario (pues volvía con modificaciones de la Cámara de Diputados) en relación con la luego sancionada ley 26.052: “Señor presidente: estamos nuevamente analizando un tema que ha sido muy polémico y debatido en toda la sociedad, como es la *desfederalización de los delitos menores de droga*. Recordemos que cuando el presidente de la Nación anunció su primer mega-plan de seguridad —entonces era ministro de Justicia y Seguridad el doctor Beliz—, propuso justamente la *desfederalización de los delitos menores de droga*, en un acto en la Casa Rosada con la presencia de la mayoría de los gobernadores. Cuando avanzábamos en el tratamiento del proyecto que envió efectivamente el Poder Ejecutivo —que alcanzaba únicamente a los delitos de tenencia de droga y falsificación de medicamentos de venta bajo receta—, apareció un fuerte reclamo de la provincia de Buenos Aires relacionado con que si no incluíamos en la norma la *venta minorista de drogas*, la norma no les servía para enfrentar el problema gravísimo que tenían en ese momento... Atento al estado del trámite parlamentario, no tenemos (ya) posibilidad de volver a debatir el fondo de la cuestión. Nos queda únicamente decidir cuál es el mejor proyecto a aprobar: la sanción del Senado o aceptar las

modificaciones que introduce la Cámara de Diputados, que son solamente tres. La primera de ellas es la eliminación del artículo 1º de nuestro proyecto, que es la creación de un tipo penal nuevo. En segundo lugar, la modificación de la forma de *determinar el corte del comercio minorista*. Nosotros consideramos que la mejor forma para tal determinación es la venta de droga fraccionada en dosis destinadas directamente al consumidor, mientras que la Cámara de Diputados incluye una frase un poco más vaga, que dice ‘*droga en escasa cantidad*’” (Cámara de Senadores de la Nación,

21ª reunión, 13ª sesión ordinaria, 27 de julio de 2005; destacados en cursiva y negrita agregados).

La partes destacadas muestran con toda claridad que el legislador, al tratar esta ley, opinó que lo que se podía desfederalizar eran no solamente delitos (en general) menores en materia de estupefacientes (como se infiere de los giros “delitos menores de droga” y “escasa cantidad” utilizados por la senadora informante), sino también delitos *de tráfico o comercialización* de menor cuantía (los giros “venta minorista” y “comercio minorista” evidencian lo que aquí se señala). Porque precisamente eso era lo que, según la senadora informante, requería la provincia de Buenos Aires: que además de delitos menores de droga (como tenencia para consumo personal, etc.), se pudiera transferir a las provincias la investigación y juzgamiento de casos de *ventas* menores de estupefacientes, esto es: *comercialización o tráfico* de menor cuantía. Esta fue la razón *decisiva* de la llamada desfederalización, sin perjuicio de otras que pudieran agregarse. Por ello no puede dudarse de que, *para el legislador*, la comercialización de estupefacientes, o su tenencia con esa finalidad, su entrega, suministro o facilitación, si es efectuada mediante fraccionamiento de dosis destinadas directamente al consumidor (ley 23.737, art. 34 inc. 1º), es una conducta en abstracto *menos grave* que la representada por esas mismas acciones pero con modalidades o destinos ajenos al consumo personal.

Sin embargo, con respecto a algunas de esas modalidades delictivas (las del art. 34 inc. 1º de la ley 23.737) –que el propio legislador, tanto en el texto de la ley como en su discusión

previa, reconoció como de menor gravedad y *por eso* las incluyó entre las “desfederalizables”–, en esa misma ley ese legislador, sorprendentemente, no incluyó la consecuente atenuación de la escala penal que hubiese correspondido a los ilícitos en cuestión, por él agregados. Dicho de otro modo: es evidente que *el legislador* tuvo el tino de considerar menos grave en abstracto a esas conductas (y que por eso las incluyó entre las que podían pasar a las jurisdicciones provinciales para su investigación y juzgamiento), pero que, no obstante ello, equivocadamente y sin dudas por mero olvido involuntario, *omitió reflejar esa consideración más benigna en la pertinente disminución de la escala penal aplicable a ellas*. Así, a la competencia provincial pasan delitos relacionados con estupefacientes que son todos ellos leves (o por lo menos de escasa gravedad) por sus atenuadas escalas penales, *salvo el único caso del art. 34 inc. 1º de la ley 23.737*, que en virtud de este claro error legislativo mantiene una escala penal de cuatro a quince años de prisión, propia de delitos especialmente graves, según se vio. Esta es la clara equivocación legislativa que corresponde corregir aquí mediante la pertinente declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la pena privativa de la libertad aplicable al supuesto previsto por este art. 34 inc. 1º de la ley 23.737, en conjunción con el primer párrafo del art. 5º de la misma ley (cuatro años de prisión).

XVI) Por supuesto que podría decirse que el legislador mantuvo la escala de cuatro a quince años de prisión para los casos encuadrables en el art. 34 inc. 1º de la ley 23.737 porque *comerciar* con estupefacientes (o tenerlos para ese fin, o entregarlos a título oneroso, etc.) es una conducta siempre más grave que otras como la de cultivar, la de entregar o suministrar a título gratuito, etc. Pero tampoco puede dejar de reconocerse que como comercialización de estupefacientes cuenta no sólo la venta de grandes cantidades de droga, sino también la venta ocasional y la venta al menudeo. Y eso es precisamente, como se ha visto, lo que determinó *al legislador* a distinguir entre tráfico (o comercialización) *mayor* y *menor*, y a admitir que sólo el último pueda ser investigado y juzgado por las provincias, precisamente por su menor

gravidad. De allí que es incoherente con el principio de que sólo los delitos menores en materia de estupefacientes pueden ser de jurisdicción provincial (principio este implícito pero muy claramente presente en la ley 23.737, como ha quedado demostrado) el hecho de que uno de esos delitos tenga una escala penal de cuatro a quince años de prisión, porque –en función de lo establecido por el mismo legislador en el ya citado art. 277 inc. 3º, letra a) del CP– un delito con ese marco punitivo es claramente un delito *grave*, o “especialmente grave”, como dice la ley.

A esto podría responderse que entonces el error fue incluir a casos de comercialización en la desfederalización, precisamente porque, como son delitos graves (atento esa escala penal de cuatro a quince años de prisión con la que están conminados en abstracto), de ninguna manera debió habérselos incluido entre los delitos que podían pasar a formar parte de las competencias provinciales. Pero ello importaría nada más que la manifestación de un disenso respecto de la decisión político-criminal, *ya tomada por el legislador*, de admitir una distinción entre casos de comercialización graves y casos de comercialización de escasa gravedad, que es lo que hizo precisamente al introducir el hoy vigente art. 34 inc. 1º de la ley 23.737. Y en esa decisión los jueces, como ya dije, no pueden inmiscuirse. Porque, precisamente por el hecho de que es una decisión de carácter político-criminal, es soberana del legislador. Lo que, por el contrario, deja de ser una decisión de política criminal y constituye un error legislativo sí censurable por los jueces en virtud de su manifiesta claridad (en el sentido expuesto por el TSJ en la citada causa “Zabala”) es el hecho de que se haya mantenido una pena propia de un delito especialmente grave para un tipo penal nuevo que, como surge de su propia redacción y de la discusión parlamentaria, explícitamente pretendía incluir sólo a conductas de comercialización *de escasa gravedad*, entre otros comportamientos similares como los de entrega, suministro, etc. a título oneroso.

No se duda de que un caso genérico de comercialización de estupefacientes de escasa gravedad, como el descrito en el art. 34 inc. 1º de la ley 23.737 en una de sus hipótesis, es,

no obstante, de mayor gravedad que un caso genérico de entrega ocasional y a título gratuito, como la prevista en el último párrafo del art. 5° de la misma ley. Pero ello sólo conduce a la conclusión de que, ciertamente, el caso de comercialización de escasa gravedad no puede tener una pena *tan baja* como la de entrega a título gratuito (esto es, seis meses a tres años de prisión). Pero de ninguna manera puede ser racionalmente admisible que, si el propio legislador ha introducido una figura de comercialización de escasa gravedad, su escala penal sea la misma que la prevista para los casos de comercialización grave. Es claro, entonces, que el marco punitivo propio de ese nuevo tipo penal de comercialización menos grave tiene que estar en un lugar intermedio entre el de la entrega ocasional al consumidor a título gratuito (encuadrable en el último párrafo del art. 5° de la ley 23.737 y conminado con pena de seis meses a tres años de prisión) y el comercio grave (encuadrable en el inciso c] del art. 5° de la ley 23.737 y conminado con pena de cuatro a quince años de prisión).

De no ser así, la ley, por su propio absurdo en la fijación de los marcos punitivos, generaría situaciones de *iniquidad manifiesta* en los términos de la citada jurisprudencia de la CSJN, tal como de hecho sucede en el caso de las presentes actuaciones. En efecto, de no declararse inconstitucional el mínimo de cuatro años de prisión con el que todavía están amenazados en abstracto los casos de comercialización de escasa gravedad, puede tener lugar la manifiesta iniquidad conforme a la cual –para decirlo con sólo un ejemplo, aunque podrían darse varios más– quien entrega gratuitamente y en forma ocasional un gramo de cocaína, merece una pena mínima de seis meses de prisión, mientras que quien entrega a otro también en forma ocasional un gramo de cocaína y por ello recibe diez pesos (\$ 10), merece una pena mínima de *cuatro años de prisión* (!). La diferencia punitiva para dos conductas prácticamente idénticas y sólo diferenciables por la existencia del pago de un precio bagatelario es tan grosera que sólo resulta explicable como error *manifiesto* de la ley (de hecho, la muy poco aconsejable técnica legislativa que se empleara, basada en remisiones, es lo que permite sostener la hipótesis de un genuino error u olvido involuntario por parte del legislador).

Pues bien, la magnitud de ese error torna a la ley constitucionalmente censurable, porque en virtud de él dicha ley resulta irrazonable y, por ello, contraria al art. 28 de la CN, en el sentido de la jurisprudencia de la CSJN citada más arriba. Es decir, no se trata de una simple incoherencia entre la regla y el principio que la informa, sino de una incoherencia de tal entidad que, como ha dicho el TSJ, no admite ninguna justificación racional y debe, por tanto, ser corregida por el Poder Judicial a través de la pertinente declaración de inconstitucionalidad, fundada a su vez en el hecho de su evidente necesidad, porque, como ya se dijo, no es factible que los mínimos de las escalas penales previstos por el legislador sean interpretados como meramente indicativos: ellos son reglas en sentido estricto y deben por tanto aplicarse o, si lo que se pretende es no aplicarlos, declarárselos inconstitucionales.

XVII) Conforme a lo dicho en el párrafo anterior, entiendo que el mínimo adecuado de la escala penal para la pena privativa de la libertad correspondiente al delito previsto en el art. 34 inc. 1° de la ley 23.737 (esto es, el que pune a quien “comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor”) es el de *dos años de prisión*. Como ha quedado claro, lo único que se declara inconstitucional en la presente resolución es el *mínimo* de esa sanción, dado que, como ya quedó dicho y fundamentado, es únicamente respecto de ese extremo del marco punitivo que existe interés en dicha declaración en esta etapa del proceso y en relación con la medida de coerción cuestionada (véase al respecto *supra*, considerando *). Es verdad que el máximo de esa escala penal (quince años de prisión) también resulta manifiestamente excesivo, porque es el máximo adecuado para casos de tráfico mayor, no de tráfico menor. Pero lo cierto es que, en el presente caso y por lo que se acaba de decir, el interés en la declaración de inconstitucionalidad sólo incluye al mínimo de la escala penal en cuestión. En consecuencia, la escala a considerar en este caso para analizar la procedencia o no de la prisión preventiva apelada es la de *dos a quince años de prisión*, lo cual permite considerar a esta tipología delictiva de conformidad con la gravedad en abstracto que tanto la letra de la ley como la

intención del legislador le han asignado, es decir: como un delito de menor gravedad a la clase de narcotráfico que corresponde que se investigue y juzgue en jurisdicción federal. Más arriba he dado las razones por las que no considero adecuado que la irrazonabilidad manifiesta del legislador en el tópico bajo examen pueda demostrarse a partir de una comparación con los delitos de envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas (CP, arts. 200 y 201). Como consecuencia de ello, obviamente tampoco considero correcto que la escala penal que corresponda fijar judicialmente a partir de la presente declaración de inconstitucionalidad sea la prevista para los mencionados delitos de los arts. 200 y 201 del CP (considero pertinente esta aclaración por la importancia del precedente citado de la Cámara Novena del Crimen, que en su declaración de inconstitucionalidad de la misma escala penal que aquí también se invalida fijó, como reemplazo, la prevista por el legislador en los arts. 200 y 201 del CP, a saber: tres a diez años de prisión). También he brindado ya los argumentos que fundamentan por qué, en el presente caso, sólo corresponde declarar la inconstitucionalidad del mínimo (y no también la del máximo) de la escala penal prevista en abstracto para los delitos de narcotráfico menor aquí examinados.

El mínimo de la escala penal en abstracto que he fijado resulta a mi criterio adecuado porque permite encuadrar con justicia también a casos cuasi bagatelarios, que por cierto no es el supuesto de autos pero que se presentan por doquier en el fuero de narcotráfico provincial. Para estos hechos, en efecto, incluso una pena de prisión de tres años –que permite ya la condena de ejecución condicional– resulta a mi juicio excesiva. Porque, evidentemente, basta con que haya habido *una* transacción a título oneroso (o una venta, para decirlo más simplemente) para que corresponda encuadrar el caso como un supuesto de comercialización de estupefacientes. Pero es claro que, incluso dentro del tráfico menor, es muy diferente un caso de múltiples ventas (que luego tras el juicio podrá merecer una condena muy superior a los dos años de prisión) que otro en el que sólo ha estado involucrada una venta, o pocas ventas, por una cantidad mínima y por una escasa cantidad de dinero. Si a esto último debe

considerárselo “comercialización” de estupefacientes, entonces la pena prevista en abstracto tiene que tener un mínimo de entidad suficientemente baja como para poder captar también estos casos de muy escasa gravedad, y que a la vez, como se dijo, no sea tan baja como aquella que la misma ley prevé para los casos de entregas o suministros ocasionales a título gratuito (cuya pena mínima en abstracto es de seis meses de prisión, según se vio).

De esta manera, el mínimo de dos años de prisión aquí establecido, previa declaración de inconstitucionalidad del previsto por la ley, se ubica a mitad de camino entre el mínimo de seis meses de prisión que corresponde a la entrega de estupefacientes ocasional y a título gratuito (que aparece como el menos grave de los casos en los que una persona le da a otra estupefacientes: art. 5° último párrafo de la ley 23.737) y el mínimo de cuatro años de prisión que corresponde a los casos de comercialización de estupefacientes que *no* tienen por destino directo al consumidor (que es el caso más grave de los casos en los que una persona le da a otra estupefacientes: art. 5° inc. c] de la misma ley). Y por eso resulta adecuado para una conducta que, precisamente, ni es tan leve como aquella ni tan grave como esta última, pero que reúne características definitorias tales que permiten tenerla como un caso de comercialización de escasa gravedad y, por tanto, “desfederalizable” en los términos del art. 34 de la ley 23.737. Se trata, como se ve, de una fundamentación que toma como referencia únicamente a la regulación vigente en materia específica de narcotráfico, y no otra tipología criminal muy alejada de aquella aunque afecte el mismo bien jurídico.

XVIII) Corresponde, por tanto, declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal (cuatro años de prisión) establecido en abstracto por el primer párrafo del art. 5° de la ley 23.737 para las conductas típicas previstas en el art. 34 inc. 1° de la misma ley (en virtud de la remisión que este último enunciado normativo efectúa a aquel), por ser dicho mínimo punitivo manifiestamente desproporcionado como pena para esas conductas de escasa gravedad en abstracto, y por tanto irrazonable y contrario al art. 28 de la CN. Se establece, en consecuencia, que el mínimo de la escala penal aplicable al presente caso es el de *dos años de*

prisión.

XIX) Dicho lo anterior, debe analizarse a continuación el agravio relativo a la procedencia de la medida de coerción dispuesta en esta causa en contra de los imputados Giménez y Reynoso. En lo que respecta al marco teórico con el que, a mi juicio, deben ser resueltas las cuestiones relativas a la existencia de peligro procesal concreto, me remito, *brevitatis causae*, a lo que sostuve en la causa “Díaz” (auto n° 669 del 22/12/2014).

XX) Con relación a la situación procesal del encartado Sebastián Andrés Giménez, en lo que respecta al primero de los indicios previstos en el actual art. 281 del CPP, cabe expresar que la condena de ejecución condicional no resultaría aplicable a su favor. Porque si bien la escala penal conminada en abstracto para el delito que se le atribuye –en función de lo dicho en los considerandos anteriores respecto a la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal aplicable– parte de un mínimo de dos años de prisión, lo cierto es que éste tiene entre sus antecedentes penales dos condenas anteriores, respecto de las cuales no ha operado aún el plazo del art. 50 del CP. De allí que, en virtud de lo dispuesto por el art. 26 del CP, la condena de ejecución condicional no procede.

Ahora bien, de acuerdo con lo sostenido en los precedentes “Maza”, “Olivares”, “Guerrero”, etc. de esta Cámara de Acusación; por la jurisprudencia de la CIDH; por los informes de la ComIDH; y por las actuales directrices expuestas por la CSJN y receptadas por el TSJ en el caso “Loyo Freire” (véanse las citas de todos estos precedentes en la mencionada causa “Díaz”), debe verificarse en autos la presencia de vehementes indicios de que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecer su investigación, esto es, lo que desde el año 2006 esta cámara ha identificado como indicios de peligrosidad procesal *concreta*. Es decir: tal como lo sostiene ahora también la CSJN y el TSJ, para fundar el dictado o la confirmación de una prisión preventiva no es suficiente un mero pronóstico de pena desfavorable (por ejemplo por no ser procedente la condena de ejecución condicional), sino

que dicho fundamento debe incluir indicios de peligrosidad procesal directamente relacionados con actitudes y hechos concretos del imputado verificados en cada causa.

De lo anterior se sigue, asimismo, que la mera existencia de una condena anterior, o de varias, en la medida en que ello impide la condena condicional y determina por lo tanto un pronóstico de pena desfavorable por tener que ser ella forzosamente de cumplimiento efectivo, tampoco puede erigirse en razón suficiente para el dictado o la confirmación de una prisión preventiva. Eso es lo que viene sosteniendo este tribunal desde hace ya varios años, en particular a partir del precedente “Lucero”, ya citado. La condena anterior –cabe aclarar aquí– es por tanto un indicio que contribuye a conformar un pronóstico punitivo que a su vez es, como se dijo, nada más que un indicio de peligro procesal abstracto. De allí que tiene coherencia afirmar que la mera existencia de condena anterior no es suficiente para fundar la imposición de prisión preventiva, y no lo es por las razones constitucionales ya indicadas más arriba.

En línea con lo afirmado en “Lucero” cabe señalar aquí, entonces, que la existencia de condena anterior podrá fundar válidamente la existencia de peligro procesal sólo si el contexto indiciario *concreto* refuerza el indicio de pronóstico de pena desfavorable que surge de la existencia de una condena anterior (o de varias). Si, en cambio, no hay indicios de peligrosidad procesal concreta que refuercen el indicio del pronóstico de pena desfavorable, o si existen contraindicios concretos suficientes, la mera existencia de una condena anterior (o de varias) no bastará para fundar la imposición de prisión preventiva. De acuerdo con ello, corresponde aquí simplificar de la siguiente manera la sistematización ofrecida en “Lucero” en cuanto a los criterios que deben seguirse para los casos en los que existe condena entre los antecedentes penales del imputado:

a) Si la condena anterior contribuye a tornar aún más desfavorable un pronóstico de pena efectiva que es además de *suma gravedad* por la entidad de la pena prevista en abstracto por el legislador, corresponde resolver el caso de acuerdo a lo sostenido por este tribunal en la

causa “Irusta”, a la que cabe remitirse *brevitatis causae*. Esto es: a ese pronóstico punitivo muy desfavorable deberá sumársele por lo menos un indicio de peligro procesal concreto, aunque sea débil o de escaso peso inductivo.

b) Si ocurre lo contrario a lo planteado en a), esto es, si la condena anterior obliga a que sea de cumplimiento efectivo una pena de *escasa gravedad* en abstracto, el caso también deberá ser resuelto conforme a la argumentación de “Irusta”: como se estará en definitiva ante un pronóstico de pena efectiva pero leve, el peso de este indicio de peligro procesal abstracto será escaso, y por tanto serán necesarios indicios de peligro procesal concreto muy contundentes para poder fundar la imposición de prisión preventiva.

c) Si la condena anterior obliga a que sea de cumplimiento efectivo una pena de *gravedad intermedia* en abstracto, el caso también deberá ser resuelto conforme a la argumentación de “Irusta”: como se estará en definitiva ante un pronóstico de pena efectiva pero intermedia, el peso de este indicio de peligro procesal abstracto será medio, y por tanto serán necesarios indicios de peligro procesal concreto de al menos cierto peso (esto es: ni débiles ni sumamente contundentes) para poder fundar la imposición de prisión preventiva.

XXI) Pues bien, para este caso resulta de aplicación el criterio *sub c)*, descrito *supra*. En efecto, el imputado Giménez presenta, como dije, dos condenas anteriores, lo cual determina el cumplimiento efectivo de una pena que, en abstracto, es de gravedad intermedia: dos a quince años de prisión. Es necesario, por lo tanto, contar además con indicios de peligro procesal concreto de cierta seriedad para poder justificar el mantenimiento de la prisión preventiva. Ello, sin embargo, no se verifica en autos. Al contrario: estoy de acuerdo con la defensa en que aquello que es presentado –tanto por la fiscalía de instrucción como por el juzgado de control– como indicios de peligro procesal concreto, no son más que meras conjeturas respecto a posibilidades puramente abstractas de obstaculización futura de los fines del proceso por parte del imputado Giménez. En efecto: por más que Giménez hubiese cambiado de domicilio, lo cierto es que no ocultó el cambio al Poder Judicial, y que

actualmente cuenta con domicilio fijo. Por más que sea cierto que carece de trabajo estable, no menos lo es que no está demostrado por qué ello implicaría un peligro procesal (supuestamente de fuga), sobre todo si se tiene en cuenta que la falta de trabajo puede derivar, antes bien, en escasez de medios materiales para poder sustentar una vida en clandestinidad. En todo caso si ello no es así, hay que demostrarlo, y aquí esa demostración falta. Y si bien es cierto que faltan practicar aún algunos peritajes sobre teléfonos celulares, no menos lo es que de ello no se sigue que el imputado, en libertad, podría obstaculizar esa prueba, máxime cuando se llevará a cabo dentro del Poder Judicial y en un ámbito inaccesible a imputados. Debe tenerse en claro en este sentido que, para que en este contexto se esté ante un indicio genuino y no frente a una mera conjetura, el peligro debe poder ser inferido de un *hecho*, no de la *posibilidad* (abstracta) de un hecho. Si lo cierto es que, como el propio señor juez de control lo admite, “los imputados al momento del procedimiento no intentaron darse a la fuga y prestaron colaboración durante la sustanciación del mismo” (fs. 173), es claro entonces que se está ante un caso en el que no existe un peligro concreto respecto a los fines del proceso. Para poder afirmar lo contrario sería necesario que, pese a una inicial actitud de sometimiento a las reglas procesales, se hubiesen constatado luego, como dije, hechos o actitudes concretos de los imputados que permitan desvirtuar aquella conclusión inicial respecto a su actitud colaborativa con la Justicia.

Y es ello precisamente lo que no ha sucedido: no basta con sostener –como lo hace por ejemplo la fiscalía de instrucción interviniente a fs. 154– que, dado que es *posible* que a partir del peritaje telefónico se identifiquen nuevos testigos, es *posible* a su vez que los imputados, en libertad, los quieran amedrentar, y que eso es *posible* porque es *posible* que esos testigos vivan en el mismo barrio en el que vivían los imputados, etc. Ese cuadro de situación –reproducido en lo sustancial por el señor juez de control, más allá de que agregue alguna circunstancia adicional, tampoco relevante según se vio–, en la medida en que no pasa de señalar meras conjeturas, no admite de ninguna manera ser considerado como demostrativo

de la existencia de un peligro procesal concreto. Al respecto, este tribunal ha insistido ya en numerosas resoluciones que “el peligro procesal que justifica la imposición de la medida de coerción personal más gravosa, esto es, la que importa para el imputado la pérdida de su libertad ambulatoria, debe ser *concreto*, esto es, el juicio al respecto debe resultar de datos específicos propios de ese caso, y no de pautas apriorísticas” (así, entre otros muchos fallos, en la causa “Bustamante”, auto n° 134 del 07/08/2007). Por eso corresponde revocar la prisión preventiva dictada contra Giménez y ordenar su libertad, en tanto cumpla con las condiciones que enseguida se especificarán.

XXII) En el considerando anterior se hizo referencia al imputado Giménez porque es quien posee condenas anteriores. No es ese el caso de la imputada Reynoso. Pero todo lo dicho respecto de Giménez –con excepción de lo relativo a la cuestión de las condenas anteriores– es aplicable a la imputada Reynoso, respecto de la cual valen las mismas consideraciones –a las que me remito *brevitatis causae*– porque observó el mismo comportamiento que Giménez respecto de este proceso. Ello significa que, para esta imputada, la situación es aún más favorable que para Giménez en lo que respecta a la ponderación indiciara relativa al peligro procesal concreto. Pues lo cierto es que, con relación a Reynoso, la condena de ejecución condicional sí aparece como *prima facie* aplicable. De allí que, para confirmar su prisión preventiva, sería necesario constatar en su contra la existencia de indicios de peligro procesal incluso de más peso que los valorados respecto de Giménez, y como dije no es esa su situación, pues no se observa respecto de ella nada diferente –en tanto más gravoso– que respecto de Giménez. Al contrario: el hecho de que cuente con niños pequeños a su cargo es antes bien un indicio de que no querrá poner en riesgo su relación con ellos dándose a la fuga o entorpeciendo la investigación de un modo que obligue a someterla nuevamente a prisión cautelar. Corresponde, por tanto, revocar también la prisión preventiva dictada contra Reynoso y ordenar su libertad una vez cumplida la condición a la que me referiré en el considerando siguiente.

XXIII) Lo señalado hasta aquí muestra que es pertinente efectuar distinciones en cuanto a las condiciones bajo las cuales deberá otorgarse la libertad a ambos imputados, pues ha quedado evidenciado que, si bien respecto de ninguno de ellos puede predicarse la necesidad de prisión cautelar, también quedó claro que, dentro de ese margen propicio para ambos, la imputada Reynoso se encuentra en una situación aún más favorable. En no pocas resoluciones este tribunal ha sostenido que la necesidad de imponer una caución como condición para el otorgamiento de la libertad muestra que en el caso subsiste un riesgo procesal, claramente no de la entidad necesaria como para privar de la libertad al imputado, pero sí como para exigirle el cumplimiento de la obligación de afianzar su sometimiento a proceso (cf., entre otros, los precedentes “Fernández y Longhi”, AI n° 225 del 3/11/06; “Guerra”, AI n° 267 del 20/12/06, etc.). Pues bien, ese riesgo subsistente, por todo lo dicho en el considerando anterior, se presenta de un modo más alto en el imputado Giménez que en la imputada Reynoso. De allí que, respecto de esta última, corresponde imponer solamente una caución *personal*, a satisfacer con la firma de un único letrado, más las demás obligaciones y condiciones que el señor fiscal de instrucción estime pertinentes, entre las que deberá fijar una estricta prohibición a la imputada Reynoso de ausentarse de la provincia sin expresa autorización previa del señor fiscal de instrucción, siempre bajo los correspondientes apercibimientos de ley. En cuanto a Giménez, también respecto de él deberá el señor fiscal de instrucción ordenar una estricta prohibición de ausentarse de la provincia sin su previa y expresa autorización y bajo los correspondientes apercibimientos de ley. Pero además, para que se concrete su libertad el imputado Giménez deberá, previamente, cumplimentar una *caución real de \$ 30.000 (treinta mil pesos)*, la que deberá materializarse *de modo excluyente* a través del depósito de *dinero en efectivo* en cuenta bancaria a nombre del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 268 inc. 1°, 288, sigs., 284 *a contrario sensu* y ctes. del CPP y demás normativa vigente relacionada con dicho acto jurídico, cuya total tramitación estará a cargo de la fiscalía de instrucción interviniente, más

las demás obligaciones y condiciones que el señor fiscal de instrucción estime pertinentes.

En función de lo establecido en el art. 289 del CPP, fundo la determinación de la caución impuesta a Giménez, por una parte, en la naturaleza y gravedad de los delitos intimados al imputado, cuya escala penal –recuérdese– oscila entre dos y quince años de prisión. Y si bien es claro que el monto de la escala penal no constituye *per se* un indicio vehemente de peligro de fuga (y por eso es que, de hecho, se revoca aquí su prisión preventiva), no menos lo es que puede ser tomado en cuenta, tal como lo prescribe el citado art. 289 del CPP, a los fines de determinarse el monto de la caución en tanto medida de coerción personal alternativa a la privación de libertad. Por otra parte, el monto de la sanción encuentra sustento en la condición económica del imputado, a quien, de acuerdo incluso con la propia modalidad delictiva (que incluye la posibilidad de alquilar un inmueble digno), y por el hecho además de contar con apoyo familiar (el hijo de Giménez vive con la madre de este último) no cabe reputar como una persona “de suma pobreza” (CPP, art. 268 inc. 1º). Todo ello permite suponer dos extremos, esenciales para justificar la legitimidad y la utilidad de la caución que aquí se determinara, tal como lo dijera ya esta cámara a partir de su nueva integración en la causa “Fernández y Longhi”, ya citada (y también en la causa “Tabares”, AI n° 226 del 3/11/2006, entre muchas otras): en cuanto a su legitimidad, está claro que el imputado cuenta con poder adquisitivo suficiente como para poder cumplir con la caución impuesta y que ésta, por consiguiente, no tornará ilusoria su libertad. Y en cuanto a su utilidad, queda claro también que sólo el monto y la modalidad aquí fijados pueden ser idóneos para, a esta altura del proceso, ejercer en el ánimo del imputado el constreñimiento suficiente que lo disuada de sustraerse de la persecución penal o de entorpecerla, que es justamente el sentido y el fin de la caución (se pretende, obviamente, que ella sea *eficaz*). Debe tomarse en cuenta, en efecto, la situación económica del imputado tal como ella es en cada caso concreto. La norma del art. 289 del CPP está allí no sólo para impedir que una caución real exorbitante torne ilusorio el derecho de un imputado sin dinero a acceder a la

libertad, sino también para evitar que una caución real, por resultarle irrisoria a un imputado con suficiente poder adquisitivo, termine resultando ineficaz para el fin que está llamada a garantizar. Es que la caución real, como se dijo, constituye en rigor una medida de coerción alternativa a la privación de libertad, cuyo fundamento último reside, en definitiva y como ya dije, en que subsiste algún peligro de que el imputado frustre los fines del proceso, sólo que en una entidad o en un grado de concreción no suficiente como para justificar la coerción cautelar más cruenta, que es la privación de la libertad ambulatoria. Dicha libertad, cuando se ordena sujeta a una caución real, constituye entonces, para el imputado, un derecho condicionado al cumplimiento de esta última, pues es dicho cumplimiento lo que permite afirmar que la libertad ambulatoria del imputado no representará un riesgo procesal relevante. Ahora bien, que la caución real no sea irrisoria significa –como se adelantara y ahora corresponde enfatizar– que no sólo su monto sino también su modalidad debe ser tal que permita presumir que al imputado no le será indiferente perderla, y que, por lo tanto, aunque más no sea por ello evitará llevar a cabo acciones que puedan dificultar o impedir la consecución de los fines del proceso. Así, tanto el monto como la modalidad de la caución han de fijarse en función de criterios de proporcionalidad con la gravedad de la imputación, tal como lo establece la ley, de modo que se asegure con la mayor certeza posible la finalidad de la medida. En este caso, ha quedado claro ya que, si bien se trata de un supuesto encuadrable todavía como narcotráfico menor (y que por eso es investigado en esta jurisdicción), también es obvio que la cantidad de estupefaciente secuestrada –algo más de un kilogramo de cocaína– muestra que se está frente a supuestos comercializadores de importante entidad dentro de ese margen de distribución directa a consumidores, y es precisamente esa mayor entidad lo que justifica el monto y la modalidad de la caución impuesta a Reynoso. Mediante la imposición de la caución real adecuada en los casos en que ella aparece razonable se asegura, pues –y de la mejor manera posible–, el logro de los fines del proceso, sin tener que, para ello, tomar la determinación más gravosa imaginable para un

Estado de derecho, que es la de privar a una persona de su libertad antes de haber sido declarada culpable en juicio (CN, art. 18; CADH, arts. 7, 8.2; PIDCP, arts. 9, 14.2).

XXIV) Por todo lo expuesto, corresponde revocar la prisión preventiva dictada en contra de los imputados Sebastián Andrés Giménez e Ivana Soledad Reynoso, quienes, en consecuencia, deberán recuperar su libertad una vez cumplimentadas las cauciones impuestas (CPP, arts. 281 a *contrario sensu*, y cctes.). Sin costas (CPP, arts. 550 y 551). Así voto.

Como consecuencia de la votación que antecede, el tribunal por mayoría **RESUELVE:** Confirmar el auto en cuanto ha sido motivo del presente recurso, con costas (arts. 550 y 551 del CPP). **PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE Y BAJEN.**