

La Corte Suprema, firme contra el narcomenudeo

Comentario al fallo «Loyola, Sergio Alejandro» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Andrés Bacigalupo¹

Resumen

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó un fallo que declaraba la inconstitucionalidad de los mínimos y máximos de las penas por delitos de microtráfico de drogas sometidos a las jurisdicciones adheridas al régimen de desfederalización parcial del art. 34 de la ley 23.737.

Sumario

1.- Un antecedente con buenas intenciones | a.- Los planteos en juego | b.- Lo poco que nos deja «Loyola»

Fallo comentado

Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Loyola, Sergio Alejandro s/ comercialización de estupefacientes s/ recurso de inconstitucionalidad p/ recurso extraordinario»; CSJ 555/2018/CS1; 19 de marzo de 2025.

Palabras clave

estupefacientes – narcomenudeo – mínimo de la escala penal – inconstitucionalidad – art. 34 ley 23.737

¹ Abogado penalista. Especialista en Defensa y Garantías Constitucionales. Responsable de la sección Drogas y Derecho Penal de la Revista Pensamiento Penal. Correo electrónico: andres_bparana@hotmail.com

1. Un antecedente con buenas intenciones

Tras nueve años de aplicación en la Provincia de Córdoba, un emblemático antecedente jurisprudencial fue sepultado el pasado 19 de marzo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, «CSJN»). Se trata del célebre antecedente del Superior Tribunal cordobés «Loyola, Sergio Alejandro s/comercialización de estupefacientes» en virtud del cual se había declarado la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal en los delitos del art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 cuando eran llevados a cabo en el marco de infracciones a la ley nacional de desfederalización N°26.052 (vulgarmente denominada «*de narcomenudeo*»), esto es, cuando los actos de venta o distribución se realicen en pequeñas dosis destinadas directamente al consumidor, en provincias adheridas al régimen previsto en el art. 34 de la mentada ley de drogas.

El antecedente marcó un hito en materia de estupefacientes. Puede decirse sin lugar a duda que varias personas evitaron la cárcel por su aplicación; como vemos, esta piedad judicial llegó a su fin.

El microtráfico de droga en la Argentina nunca había sido materia de legislación autónoma, por el contrario, hasta el año 2005, tanto micro como macro tráfico de drogas en nuestro país constituían materia exclusiva de la jurisdicción federal.

El año 2004 trajo consigo una profunda reforma penal en la Argentina proveniente de un hartazgo político de la sociedad que atravesaba una dura crisis económica y de seguridad. Centenares de miles de personas consideraron al asesinato del joven Axel Blumberg la gota que derramó el vaso, marchando a tribunales y al Congreso de la Nación exigiendo una reforma legislativa represiva amplia en busca de endurecer las respuestas estatales contra los delitos violentos.

En dicho contexto, sumado a la fuerte asociación de la delincuencia con la droga y sus negocios adyacentes, es que se sanciona la ley N° 26.052 de desfederalización en agosto de 2005; al día de la fecha son trece las provincias (entre las cuales se encuentran nada más ni nada menos que la Provincia de Buenos Aires y la CABA) que adhieren a su régimen, si bien La Rioja nunca efectivizó su aplicación.

La idea concreta de esta reforma a la Ley 23.737 consiste en instaurar una suerte de diferencia entre microtráfico y narcotráfico; si bien, la distinción entre dichas esferas nunca queda del todo clara. El método consiste en la competencia para su investigación y represión, la cual pasa a manos de la justicia ordinaria o local en los casos específicos que prevé la norma (art. 34), esto es tenencia para comercialización; entrega, suministro o facilitación a título gratuito u oneroso cuando se efectúe en pequeñas dosis destinadas directamente al consumidor; siembra, cultivo y guarda de semillas para consumo personal; entrega, suministro o facilitación a título gratuito destinado a consumo personal; tenencia para consumo personal; tenencia simple; falsificación de recetas médicas; suministro de sustancias médicas en cantidad o calidad no correspondiente o sin receta médica; y venta de sustancias medicinales sin autorización (artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 *quater* del Código Penal de la Nación).

a. Los planteos en juego

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba encontró que la aplicación de los mínimos penales se tornaba una tarea detestable en múltiples oportunidades, en específico en aquellos casos de escasa afectación al bien jurídico como para aplicar una pena de prisión efectiva, circunstancia a la que obliga el mínimo penal impuesto en el art. 5° de la Ley 23.737.

En sí, el fallo del Tribunal Superior de Justicia Cordobés no tiene desperdicio alguno y su lectura es altamente recomendada, encierra en definitiva, una feroz lucha dialéctica de la cual surgen llamativos planteos, algunos verdaderamente dejan en jaque al lector por su elocuencia; en pocas palabras, encarnan un intento de protección efectiva de las garantías humanas más básicas involucradas en estas zonas delicadas de la delincuencia más vulnerable y desorganizada. No deja de ser un fallo plenamente compatible con las sugerencias más actuales de los organismos internacionales en sus dictámenes e informes a los estados partes cuando hablamos de la guerra contras las drogas en los terrenos más excluidos de las comunidades.

Este sentir fue compartido por varias voces de la doctrina, y hasta logra verse una cierta comprensión de su existencia por parte de los ministros de la CSJN, sin embargo, sus argumentos fueron revisados uno por uno y ninguno terminó siendo compartido por el alto cuerpo.

El Tribunal Superior de Justicia Cordobés entendió que las conductas del art. 5° inc. c) al contener un supuesto de hecho nuevo al exigir que el tóxico debe encontrarse *«fraccionado en pequeñas dosis destinadas directamente al consumidor»* para la aplicación de jurisdicción ordinaria lo que se estaba haciendo en definitiva era crear un tipo penal nuevo, al cual no se le había previsto (por error o equivocación del legislador) una consecuencia jurídica acorde (pena proporcional).

De esta forma, entendieron, por mayoría que la conducta de microtráfico, bien podría asimilarse en lo que refiere a la magnitud del hecho a otros delitos contra la salud pública ejemplificando con el del art. 200 C.P. consistente en envenenamiento de aguas potables y que fija una pena de tres a diez años de prisión y multa.

Sin embargo, dicha solución fue duramente criticada por CSJN al sostener que invadía indebidamente competencia exclusiva del Poder Legislativo de la Nación y en consecuencia al principio republicano de la división de poderes, al ser este último el único órgano constitucional con facultades para determinar las sanciones penales y sus cuantías.

Por otra parte, el alto cuerpo consideró erróneo otro argumento del superior tribunal cordobés al sostener que el legislador distingue la gravedad de las conductas según el interés federal en juego. Así, las conductas del tráfico a gran escala continúan por sus características en la órbita de la jurisdicción federal, mientras que las transferidas a las provincias, según la mayoría del tribunal cordobés, representan - a su modo de ver - delitos más leves, de allí a que corresponde de igual forma adecuar su sanción, ya que a menor entidad del daño asiste menor reproche.

La CSJN acogiendo por unanimidad el dictamen del Procurador General refuta este último argumento; entiende el alto tribunal que la gravedad de las conductas no se encuentra relacionada con la jurisdicción para su eventual juzgamiento y represión, sino que el legislador, al decidir sobre la desfederalización lo realizó en base a cuestiones

organizativas, por considerar que las autoridades locales, por su cercanía con la comisión de estas conductas tendría mayor eficacia en su represión.

b. Lo poco que nos deja «Loyola»

No puede afirmarse con ninguna certeza que la CSJN haya buscado coartar la posibilidad de declarar inconstitucional el mínimo de una pena ante un eventual supuesto que se considere palmariamente contrario ante los principios constitucionales; en sus considerandos, prácticamente todos los ministros insisten en atender a la hermenéutica ya que indican que la letra de la ley es clara y no corresponde hacer suposiciones allí donde el legislador no las realiza; por otro lado, hurgando en las versiones taquigráficas, no surge según los ministros alguna inferencia en boca de los legisladores respecto a considerar las conductas menos reprochables por más que se trate, obviamente, de la actividad de los eslabones más bajos de la cadena del tráfico ilícito de estupefacientes.

Así, el ministro Rosenkratz, si bien exhibe el voto más fugaz y menos desarrollado, sostuvo

«[...] conviene aclarar que las conclusiones a las que se arriba como resultado del prolijo análisis jurisprudencial que se efectúa en el acápite V del mencionado dictamen no deben entenderse como consagrando una pauta cerrada de análisis de la cuestión de la eventual inconstitucionalidad de una pena por falta de proporcionalidad y, en consecuencia, como excluyentes de otros supuestos no examinados por esta Corte hasta la fecha» (único considerando del voto del Dr. Rosenkratz).

Por su parte, con prudencia y sutileza, el ministro García Mansilla, -estrenando su firma y sello- desliza en su considerando 10° que los argumentos del superior tribunal cordobés pueden llegar a compartirse, pero que en definitiva, «una ley injusta no deviene necesariamente inconstitucional por el mero hecho de serlo», y principales razones de seguridad jurídica y división de poderes impiden que meras disconformidades de los jueces con el texto normativa permitan a estos últimos a prescindir de las mismas.

No abunda en mucho más el reciente antecedente de nuestra CSJN más que en los recientes punteos mencionados; se pone fin así a la discusión por el momento de la inconstitucionalidad por desproporcionalidad y violación al principio de igualdad en los mínimos impuestos por actividades de narcomenudeo habilitando en consecuencia una mayor posibilidad de encarcelamiento en el futuro por estas conductas en las provincias que han adherido al régimen, las que al parecer, suman cada día más gobernadores simpatizantes con su propia justicia antinarcóticos.

Elucubraciones político-criminales respecto a la resolución de este fallo me imagino puede haber muchas, dejando al lector avezado que libremente haga las suyas.