Jurisprudencia Argentina

Thomson Reuters™ **Director:** Luis Daniel Crovi **ISSN:** 2545-6261 - **RNPI:** 5074812

Lunes 21/04/2025 2025-II, fasc. 3

Doctrina

El caso "Levinas" y los recursos

Jorge A. Rojas

Profesor titular ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA). Árbitro del tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El escenario que se plantea.— III. El "nuevo" régimen impugnativo.— IV. El recurso de inconstitucionalidad (RI).— V. El RI y el REF: distinciones.— VI. A modo de conclusiones preliminares.

I. Introducción

El caso conocido como "Levinas", por ser quien promovió el incidente de competencia que generó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en adelante (CS) (1), que definió el carácter que reviste el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (STJ de CABA), como superior tribunal de la causa a los fines de delimitar el alcance que tiene el art. 14 de la ley 48, en aquellos procesos que tramiten ante la justicia nacional, no son sus antecedentes los que requieren mayores explicaciones (2), sino sus proyecciones que ya se ven reflejadas en la realidad.

Esto se relaciona con los perjuicios que tanto a justiciables, como a sus abogadas y abogados genera esa decisión, por la incertidumbre que provoca, ya que se enfrentan un escenario que aparece con contornos indefinidos, en especial en lo que hace a los mecanismos impugnativos a utilizar en un caso que haya tramitado en la justicia nacional, razón que origina estas líneas, en la inteligencia de tratar de encontrar algunos límites a esa incertidumbre.

Para no reiterar los análisis que ya se han producido desde la doctrina, e inclusive desde los órganos jurisdiccionales involucrados en esta situación, aparecen datos que surgen objetivamente, y que son los que permiten una ponderación un poco más precisa sobre lo decidido por la Corte.

Por un lado, existe el pronunciamiento de la Corte, que ofrece distintos ángulos para su análisis, aunque nos centraremos en el principal, que consiste en la definición como superior tribunal de la causa, para el ámbito de la Capital Federal, en el STJ de CABA, y consecuentemente del sistema impugnativo que se abre como consecuencia de esa decisión.

Y, por otro lado, surge una férrea resistencia de las distintas cámaras nacionales de apelaciones, que —en algunos casos— con inusitada dureza rechazan abiertamente lo decidido por el más Alto Tribunal del país, por cierto, que, con fundamentos atendibles, aunque difíciles de entender por la propia índole de los cuestionamientos formulados.

II. El escenario que se plantea

El conflicto más importante que se presenta al justiciable, y cuando se hace referencia a él, corresponde extender su alcance a son los abogados y abogadas que son quienes enfrentan los inconvenientes, que derivan de lo decidido por la Corte, obedece a que al instituir la Corte como superior tribunal de la causa al STJ de CABA, para aquellos casos que fueron sustanciados en la justicia nacional, surge la necesidad de trabajar (para continuar la etapa recursiva), compatibilizando dos códigos procesales, uno el nacional y otro el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (3), agregándole a ello la ley 402 que es la que regula el procedimiento de actuación ante dicho STJ de CABA, y además el sistema impugnativo que representa el recurso de inconstitucionalidad (RI).

A ello corresponde sumar el desconcierto que provocan los plenarios dictados por las distintas cámaras nacionales, por sus alcances y más grave aún porque deciden en contra de lo dispuesto por la CS.

Con lo cual es sencillo colegir de lo expuesto, que existen dos planos de análisis que objetivamente surgen de la realidad. Uno de ellos es el pronunciamiento de la CS, con la definición que adoptó, y el rol que ya empezó a desarrollar a partir del mencionado caso "Levinas" el STJ de CABA.

Y el otro plano está representado por la posición asumida por las distintas cámaras nacionales de apelación, a través de sus fallos plenarios, por medio de los cuales se ha resuelto que no son recurribles sus sentencias ante el STJ de CABA.

Esta situación es la que genera la incertidumbre del justiciable, no solo por no saber a qué atenerse para recurrir una sentencia dictada por una cámara nacional, del fuero de que se trate, toda vez que sus plenarios resultan absolutamente claros.

El otro aspecto que confunde al litigante es que la decisión adoptada por la CS al definir el rol del STJ de CABA como superior tribunal de la causa, a los fines del art. 14 de la ley 48, hace que el carril que se vislumbra sea el RI que consagra la ley 402 de la CABA para poder revisar una decisión de una cámara nacional.

III. El "nuevo" régimen impugnativo

Para el análisis de la nueva situación que se ha generado, lejos de convenir analizar los aspectos que forman parte de las decisiones adoptadas, tanto por la CS como por las cámaras nacionales de apelación, sino de los efectos que ello ha provocado, pues resulta difícil de interpretar, desde un punto de vista técnico procesal, la simbiosis que provoca la decisión de la Corte entre el ordenamiento procesal nacional y la ley 402 de la CABA, toda vez que si el caso se desarrolló sobre la base del Cód. Proc. Nacional, el acceso al Superior Tribunal de la Ciudad se deberá llevar a cabo a través de un recurso que no está consagrado en aquel ordenamiento adjetivo, sino en la referida ley local.

Por lo tanto, el juicio de admisibilidad de las cámaras nacionales mal podría llevarse a cabo sobre la legislación que observó hasta entonces para el

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El proceso está caratulado "Ferrari, María Alicia c. Levinas, Gabriel Isaías s/Incidente de incompetencia".

(2) Véase en UGALDE, Martín Ariel, "Levinas: el fallo del año", publicado en el boletín del 21/2/2025 de esta Editorial.

(3) Esto se aprecia con mayor claridad si se analiza la etapa de ejecución de un proceso.

In memoriam

Tomás Hutchinson: el adiós a un maestro

Francisco J. Funes 4

Jurisprudencia

Narcotráfico

Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la escala penal. Facultades exclusivas del Congreso de la Nación.

CS, 19/03/2025. - Loyola, Sergio Alejandro s/ comercialización de estupefacientes - recurso de inconstitucionalidad - recurso extraordinario. 5

Competencia

Curatela. Lugar de residencia del causante. Penado.

CS, 06/02/2025. - I. F., L. s/ curatela art. 12 Código Penal. 14

Accidente de tránsito

Empresa de transporte. Obligación de seguridad. Alcances. Caso fortuito.

CNCiv., sala A, 10/02/2025. - Acsama, Mercedes c. Dota SA de transporte automotor s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte). 14

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

desarrollo del caso, pues no está regulado ese recurso dentro del ordenamiento adjetivo nacional.

Esto implica desde un punto de vista técnico-procesal, que no existe posibilidad alguna de impugnación sin que el mecanismo a través del cual se debe llevar a cabo surja del orden jurídico, lo que importa la observancia del principio de legalidad en materia recursiva (4).

Se podría sostener que esto resulta inaudito y, por ende, que las decisiones adoptadas por las cámaras nacionales guardan relación con este principio fundamental de legalidad, que en materia recursiva no podría ser sorteado para acceder a un Tribunal que no permite su acceso por no existir vía impugnativa alguna reglada para ello.

Sin embargo, objetivamente analizada la realidad, se aprecia una situación totalmente distinta, no solo por lo que resolvió la Corte, en cuanto al rol del STJ de CABA, sino además por el fiel acatamiento que ha hecho ese Tribunal de esa decisión, que además ya ha sido implementada en varios casos, y por eso se ha citado al caso "Levinas", que por ese carril ha sido del conocimiento del Superior Tribunal y ya ha sido juzgado por él.

Le quedará entonces a "Levinas" la facultad de recurrir esa decisión contraria que obtuvo, por vía de recurso extraordinario federal ante la CS, en tanto exista materia para ello, el cual deberá ser deducido dentro del décimo día ante el propio STJ de CABA, que ahí jugará su rol como superior tribunal de la causa, y permitirá la habilitación de esa vía (o no) para que conozca la CS del caso.

Su denegatoria importará la posibilidad de que se abra la posibilidad de acceder a la Corte Suprema —si es que decide intentar esa vía— por medio de un recurso directo o de queja.

Por eso resulta razonable, a los fines de brindar certeza al justiciable, tener en cuenta algunos aspectos que, si bien procesalmente resultan contradictorios con lo decidido por la CS, la realidad hoy impone una mirada diversa para adecuar las gestiones a llevar a cabo, conforme lo decidido por el más Alto Tribunal del país.

El principio de formalidad en materia recursiva significa que los recursos, por regla, deben ejercitarse de conformidad con el procedimiento prescripto por los ordenamientos procesales (5). De ahí que por ese mismo principio quede prohibida la interposición de los recursos *ad eventum*, ya que cada recurso tiene autonomía funcional y normativa y no se admite su interposición en forma subsidiaria sino directa y principal (6).

Además, a la luz de la teoría general de los recursos, corresponderá tener en cuenta el tipo de resolución judicial cuya impugnación se pretende, a los fines de conocer la vía por la cual se puede lograr, de ahí que, por el principio de unicidad de los recursos, cada providencia o resolución o decisión, tolera un solo carril impugnativo y no varios.

A su vez, por el principio de consumación de los recursos, que consiste en que, si la impugnación ha sido incoada errónea o deficitariamente, no puede volver a reproducirse para enmendar los errores, aunque el plazo no haya fenecido.

Por estos aspectos que se señalan, es importante tener en cuenta que si la vía impugnativa que la CS ordena transitar para la impugnación de una sentencia de las cámaras nacionales, es el recurso de inconstitucionalidad que consagra la ley 402 de la CABA, pues al definir quién resulta Superior Tribunal de la causa, el efecto reflejo que provoca su decisión hace que ese tribunal resulte competente, por lo tanto, lo importante a tener en cuenta es el régimen recursivo que corresponderá observar a esos fines.

IV. El recurso de inconstitucionalidad (RI)

Si bien no se puede abordar *in extenso* en estas líneas las particularidades que presenta este recurso, por lo menos se tratarán de brindar los lineamientos principales que lo distinguen a los fines de su utilización.

Básicamente el recurso de inconstitucionalidad, cuyo fundamento se encuentra en el art. 113 de la Const. de la CABA, que señala cuál es la competencia que se le asigna al STJ de CABA, dispone en su tercer inciso que conocerá: "por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la CN o en esta Constitución".

Con lo cual la primera inferencia que cabe realizar es que se trata de un recurso esencialmente de derecho y específicamente de derecho constitucional, a través del cual se pone en tela de juicio la validez de una norma contenida en la Constitución Nacional, o bien en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La ley 402 que vino a reglamentar este precepto de la Constitución local, señala en su art. 27 que: el recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa. Procede cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones tanto nacional como de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas.

Es claro que se dan dos alternativas con relación a la viabilidad de este recurso, más allá que siempre se dirige contra sentencias definitivas "del superior tribunal de la causa", aspecto que apunta al régimen recursivo local, pero dejando de lado este aspecto, dice la norma cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas, sean de la Constitución Nacional como de la local.

La variante que ofrece la norma citada, por un lado, es que exhibe a ese recurso como un recurso esencialmente de derecho, porque se apunta a la impugnación de una norma si resultare inconstitucional, pero que a su vez, por otro lado, presenta una variante que tiene que ver con la "interpretación", esto es la valoración que haya hecho la jurisdicción sobre la aplicación de una norma al caso en concreto, aspecto que permite abrir una hendija hacia los hechos y las pruebas que se hubieran valorado para "interpretar" una norma constitucional a la luz de aquellos.

Esto hace que exista una posibilidad muy concreta de que el STJ de CABA, no solo se comporte como un Tribunal de corte constitucional, sino además que cumpla funciones casatorias, al señalar la correcta interpretación que debe otorgársele a una norma de la Constitución Nacional o la local.

Estos dos aspectos fueron señalados concretamente al resolver el propio caso "Levinas", pues señaló el TSJ que ese recurso no podía prosperar en tanto no contiene el planteo de una cuestión constitucional o federal que habilite la jurisdicción de este Tribunal (art. 27 de la ley 402).

Ello debido a que las críticas formuladas por el demandado, contra la decisión de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, remiten al examen de los hechos del caso, a la valoración de las pruebas producidas y al análisis de cuestiones de derecho común y procesal, aspectos que resultan extraños, por regla, a esta instancia extraordinaria.

Se advierte así que, por vía de principio, el recurso de inconstitucionalidad resulta un recurso esencialmente de derecho, para analizar la posible inconstitucionalidad de una determinada norma.

No obstante, sigue señalando el Tribunal, que los argumentos del recurrente solo ponen en evidencia su disconformidad con lo resuelto, pero no demuestran que, más allá de su acierto o error, la decisión importe una interpretación irracional o arbitraria de los hechos, o el derecho aplicable, que imponga su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Esta última circunstancia permite advertir la necesidad de reconocer que —si por vía de hipótesis— el Tribunal se enfrentara a un fallo que no constituya un acto jurisdiccional válido, por resultar una sentencia arbitraria, también podría abocarse al caso para superar esa anomalía con la finalidad de sostener el principio de supremacía constitucional, sea local o nacional.

Y en esta línea, se pueden advertir las dos variantes que ofrece el recurso de inconstitucionalidad, similares como incluso el propio TSJ así lo ha reconocido, al régimen que tiene la CS con relación al que consideramos recurso extraordinario federal (REF) propiamente dicho, que es un recurso esencialmente de derecho federal; y la ampliación de uno de sus pliegues, a partir de la doctrina de la arbitrariedad, que consagra el recurso extraordinario federal por sentencia arbitraria (7).

Por lo tanto, es importante tener en cuenta los aspectos mencionados a los fines del planteamiento adecuado del recurso de inconstitucionalidad, en virtud del cual se requiere el planteo concreto de la cuestión constitucional, cuya decisión se requiere observar para un caso concreto, sea para sostener la validez constitucional de una norma (o no), o bien por resultar inconstitucional su interpretación y consiguiente aplicación.

Esa cuestión constitucional, corresponderá plantearla en la primera oportunidad posible (8), esto es, en una demanda si se parte del presupuesto de

(4) RIVAS, Adolfo A.; "Tratado de los Recursos Ordinarios", Ed. Abaco, T. I, p. 52. Coincide prácticamente toda la doctrina con este principio más allá de su denominación. Hitters lo denomina principio de formalidad, lo que importa que el recurso se ejercite de conformidad con el procedimiento descripto en los códigos procesales (HITTERS, Juan Carlos; "Técnica de los Recursos Ordinarios", Ed. Librería Editora Platense, p. 38). En idéntico sentido se expiden PALACIO, Lino E.; "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo-Perrot, 3ra. ed. act.; T. V, p. 33, y señala que un recurso es jurídicamente posible cuando se interpone contra una resolución legalmente impugnable a través de esa vía procesal. En el mismo sentido se expide FALCÓN, Enrique M.; "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal-Culzoni Edit., T. VIII, p. 53.

(5) HITTERS, Juan Carlos; "Técnica de los recursos ordinarios", Ed. Librería Editora Platense, p. 38 y ss.

(6) Por cierto que el recurso de revocatoria con apelación en subsidio que consagra nuestro Cód. Procesal se constituye en una excepción que está consagrada en la ley misma, con lo cual no genera diversas interpretaciones, más aún cuando se señala específicamente que cuando la revocatoria no va acompañada con la apelación en subsidio, lo decidido causa ejecutoria (art. 241 Cód. Proc. Civ. y Com.).

(7) "El recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido, porque lo referido a la valoración del alcance de las pretensiones de las partes, por su carácter fáctico y de derecho procesal, resulta ajeno —en principio— a la instancia extraordinaria de este Tribunal, dada la forma en que la empresa reclamó los intereses en caso de hacerse lugar a su acción de repetición en la demanda, más allá de su corrección, es posible y, correlativamente, la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la resolución 4151/SH y F/2003 y su confirmación, en dicho contexto, no pueden ser descalificadas como actos jurisdiccionales a la luz de la conocida doctrina sobre arbitrariedad de sentencias por haber violado el principio de congruencia o las condiciones en que esa declaración oficiosa es posible de conformidad con la doctrina de la CS de Fallos 324:3219; 327:3117; 335:2333 y 337:179 (TSJ de CABA, *in re* "Vivian Hnos. SACIF c. GCBA s/repetición (art. 457 Cód. Cont. Adm. y Tributario de CABA), del 22/06/2023, TRLALEY AR/JUR/80599/2023).

(8) Ha resuelto el TSJ de CABA que "el planteo referido a la inconstitucionalidad de los arts. 1764 y 1765 del Cód. Civ. y Com. fue introducido recién en el recurso de inconstitucionalidad, por lo que constituye una reflexión tardía que impide su tratamiento por este Tribunal, al no haber sido los jueces de mérito puestos en situación de tener que expedirse al respecto. Por otra parte, incluso si se obviase su tardía introducción, el recurrente no de-

la aplicación de una norma que se reputa inconstitucional, o bien si ha surgido en forma sobreviniente, por ejemplo con el dictado de una sentencia, sea de primer grado o de segundo, con el planteo entonces de la cuestión constitucional, y en su caso si hubiera materia para ello, el mismo régimen se deberá observar para el planteo de la cuestión federal.

La falta de resolución de la cuestión constitucional, introducida en las instancias inferiores, importará su denegatoria, razón por la cual se tendrá que mantener a través del recurso de apelación correspondiente, y si corre la misma suerte en cámara, esto habilitará su conocimiento por vía de recurso de inconstitucionalidad por parte del STJ de CABA.

El trámite que debe observar el RI surge del art. 28 que dispone que se debe interponer por escrito, debidamente fundado, ante el tribunal que ha dictado la resolución que lo motiva y dentro del plazo de diez [10] días contados a partir de su notificación.

De esa presentación, se da traslado por diez [10] días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula.

Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso, en resolución debidamente fundamentada. Si lo concede, previa notificación personal o por cédula, debe remitir las actuaciones al TSJ dentro de cinco [5] días contados desde la última notificación.

Esta cuestión constitucional, no debe confundirse con la cuestión federal, que eventualmente podría superponerse con aquella, supuesto en el cual deberá también ser planteada en forma correcta y oportuna, no pudiendo restringirse a su mera reserva.

Si bien no se requieren términos sacramentales para la introducción de la cuestión federal, de acuerdo con la propia doctrina de la CS, no resulta suficiente su mera reserva, sino por el contrario su deducción en forma concreta señalando la vinculación directa e inmediata que se plantee con la resolución del caso del que se trate **(9)**.

V. El RI y el REF: distinciones

Uno de los principales inconvenientes que se puede suscitar en este novedoso escenario, consiste en la adecuada interpretación de los recursos involucrados, que desde luego se genera a partir de la decisión de la Corte en "Levinas", al definir al superior tribunal de la causa en el ámbito de la STJ de CABA.

Por un lado, la CS ha sido contundente en cuanto a que los pronunciamientos de las cámaras nacionales deben ser recurridos ante el STJ de CABA, a quien definió claramente como el superior tribunal de la causa, a los fines de cumplimentar uno de los requisitos propios del REF.

Mientras que, por otro lado, las cámaras nacionales —vía plenarios en su mayoría— han interpretado que sus decisiones no pueden ser recurridas ante el STJ de CABA.

Aquí es donde se genera el mayor de los inconvenientes para los justiciables, y desde luego sus abogadas y abogados, porque mientras venían trabajando sus casos con el sistema que contempla el Cód. Proc. Nacional, ahora se ven enfrentados a una especie de camino inesperado, pues al definir la CS, quien es el superior tribunal de la causa en el ámbito de la CABA, es evidente que deberán acceder a otro sistema de trabajo, pues la vía recursiva a transitar no surge del Cód. Proc. Civ. y Com., sino de la ley 402 de la CABA, que contempla el procedimiento de actuación ante el Superior Tribunal de Justicia.

Y de la correlación del art. 113 de la Const. de la CABA, con la mencionada ley 402, que viene a reglamentar aquel precepto constitucional —como ya se señalara— surgen las pautas que corresponderá observar para impugnar —por vía extraordinaria— una sentencia dictada por una cámara de apelaciones de la justicia nacional.

Desde luego que hay muchas otras variantes en las cuales se extiende la competencia de dicho Tribunal, pero no es posible abarcarlas en este trabajo, no solo por su amplitud sino porque además ello llevaría a la necesidad de exponer sobre el control de constitucionalidad mixto que existe a nivel local.

Por lo tanto, de la norma citada de la Const. de CABA, surge la competencia del TSJ para conocer en recursos de inconstitucionalidad, cuando lo que se impugna es la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional, o en la de la Ciudad.

Se advierte que la ley 402 prácticamente replica la norma constitucional que consagra la competencia del Tribunal Superior para conocer de este recurso, con la salvedad que se agrega el siguiente párrafo referido a la impugnación deducida por vía del RI "o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones, siempre que la decisión recaiga sobre esos temas".

Y aquí es donde se debe enmarcar este recurso extraordinario de inconstitucionalidad, es decir que la impugnación que a través suyo se persigue, apunte a:

a) La interpretación de normas contenidas en la CN o en la de la Ciudad.

b) La aplicación de esas normas.

c) La validez de esas normas.

d) Un acto que resulte contrario a esas constituciones.

e) Que la decisión que se impugna recaiga sobre esos temas.

Así queda delimitado el campo de actuación al que se restringe —por su calidad de extraordinario— el recurso de inconstitucionalidad. Con lo cual, la apertura de ese recurso a la aplicación de esas normas importa una modalidad casatoria por errores de derecho *in iudicando* (errores de juicio), que puede presentar la sentencia (o decisión impugnada), al determinar el alcance de algún precepto constitucional, sea nacional o local, por lo que por vía de principio quedan excluidas las cuestiones de hecho o de prueba, que fueron resueltas en las instancias ordinarias.

Por lo tanto, la vía a transitar para impugnar tanto las sentencias, como aquellas resoluciones o decisiones equiparables a ellas, en atención al medio analizado, se deben haber expedido sobre un caso de índole constitucional, debiendo entenderse por tal, aquel que versa sobre la validez o invalidez de una norma, que se cuestiona por ser contraria a la CN o a la de la Ciudad.

Esta conceptualización acerca mucho este mecanismo impugnativo con el que consagra el art. 14 de la ley 48, es decir el REF, en donde la CS, no solo interviene en casos concretos para el control de constitucionalidad que se requiera, sino además cumple también una función gnomofilática, al declarar en última instancia la inteligencia que corresponde asignarle a las normas contenidas en la CN, o en las leyes federales y en los actos emanados de las autoridades nacionales **(10)**.

Y en este terreno es donde mayor similitud guardan. Si bien difieren en la materia a abordar, pues la CS entiende en cuestiones esencialmente de derecho federal, mientras que el STJ de CABA lo hace en cuestiones constitucionales locales, aunque también lo puede hacer en cuestiones de índole federal, en virtud fundamentalmente, no solo por la letra de la Constitución de la Ciudad que lo habilita para ello, sino además por lo decidido por la Corte ahora a partir del caso "Levinas", donde se aprecian mayores similitudes en cuanto a sus funciones, es en el terreno —tal vez más transitado— que no es otro que el de la doctrina de la arbitrariedad.

La pregunta que cae de maduro es si también el STJ de CABA puede abocarse a ellas, y la pauta la da el propio art. 27 de la ley 402, al aludir a la controversia que pueda surgir sobre la interpretación o validez de una norma constitucional, circunstancias que lleva a su análisis a la luz de los hechos del caso que han sido motivo de juzgamiento y, por ende, aluden a la aplicación de una norma constitucional en un determinado sentido, que puede llevar a una equívoca interpretación de una norma constitucional o convencional.

La íntima vinculación que existe entre el caso constitucional a abordar por el STJ de CABA, y la cuestión federal que eventualmente toque abordar a la Corte Suprema, siempre luego de haberse expedido el STJ de CABA, pues ese es el sentido que tiene la doctrina sentada a partir del caso "Strada" **(11)**, permite advertir el marco de actuación que le cabe al primero, a los fines de despejar algunas dudas que se puedan presentar al justiciable.

De los precedentes citados hasta aquí, surge claramente que se pueden advertir dos líneas de trabajo dentro del RI que aborda el STJ de CABA. Una tradicional o típica que apunta a la validez o constitucionalidad (o no) de una norma; y otra que podría denominarse atípica por excepcional, en donde el tribunal asume una función de índole casatoria, al definir la adecuada interpretación de una norma en un caso concreto, asimilándose su actuación a la que desarrolla la CS en materia de arbitrariedad.

Ha interpretado el TSJ que "debe recordarse que la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales —Fallos 235:654; 244:384; 248:129; 294:376, entre otros— y en esa inteligencia, la accionante tampoco logra exponer un caso constitucional cuando no fundamenta satisfactoriamente de qué manera la interpretación adoptada por la cámara sobre las normas en juego... constituyan flagrantes equívocos que merezcan su descalificación..." **(12)**.

muestra que exista una vinculación directa entre la pretendida inconstitucionalidad y la resolución del caso. En cuanto a la arbitrariedad que el recurrente atribuye al pronunciamiento atacado, las consideraciones traídas a este estrado no logran acreditar que la conclusión a la que arribó la Cámara, en cuanto afirmó que no se encontraban reunidos en el caso todos los elementos necesarios para configurar la responsabilidad del Estado, adolezca —más allá de su acierto o error- de defectos de lógica o de fundamentación tales que impidan considerarla un acto jurisdiccional válido. Por el contrario, los agravios de la parte recurrente solo ponen en evidencia su disconformidad con la solución alcanzada en tanto le fue desfavorable, pero ello no resulta suficiente para descalificar el pronunciamiento con base en la doctrina que proscribe la arbitrariedad de sentencia" (TSJ de CABA *in re* "Acosta, Elpidio Elías c. GCBA s/Daños y perjuicios. Excepto responsabilidad médica, 18/10/2023, TR LALEY AR/JUR/92719/2023).

(9) El requisito de la reserva no existe, en realidad, en el marco del recurso extraordinario —sería obviamente, un excesivo rigorismo— sino que la exigencia que debe cumplirse es el oportuno planteo de la cuestión federal, a fin de que los jueces puedan decidirla, planteo que no requiere de fórmulas sacramentales. No se trata, por consiguiente, de reservar sino de introducir. Y la arbitrariedad no es una cuestión para decidir, que, por ende, deba ser introducida, sino el defecto de invalidez jurisdiccional del que resguarda el art. 18 de la CN, y que siempre ha de nacer, de modo indefectible, con el dictado del acto inválido (Fallos 326:3874; 327:3032; 327:3157; 330:1572, entre muchos otros).

(10) PALACIO, Lino E.; "El Recurso Extraordinario Federal", Ed. Abeledo-Perrot, p. 17 y ss.

(11) Fallos 308:490.

(12) TSJ de la CABA en autos "Perroni, Mariana marcela y otros c. GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración", del 19/08/2016, cita: TR LALEY AR/JUR/57955/2016.

Esto lleva a la necesidad también de advertir sobre el autoabastecimiento que requiere este RI. Además, tratándose de un recurso de índole extraordinaria, más allá de su carácter local, los efectos que provoca su interposición deben ser asimilados a los que genera todo recurso extraordinario, como también sucede con el federal, esto es, que su interposición no tiene efectos suspensivos, sino solamente su concesión (13).

La doctrina de la Corte en este sentido marca una distinción que conviene tener en cuenta, y que nace del viejo art. 7º de la ley 4055 y que de algún modo vino a mantener el art. 258 del Cód. Proc. Civ. y Com., toda vez que la Corte sostiene que la interposición del REF produce efectos suspensivos hasta tanto el tribunal recurrido se expida sobre su concesión o su denegatoria (14).

Para ello cabe reconocer que se ha expedido en casos muy especiales, algunos con hondo contenido político, que la llevaron a sostener que en virtud del art. 499 del Cód. Proc. Civ. y Com., no se podía considerar ejecutoriada una sentencia que se encontraba sujeta a recurso.

Una vez que el superior tribunal de la causa se expida, solo su concesión producirá efectos suspensivos, para lo cual conviene tener en cuenta que la misma suerte correrá el recurso de queja conforme art. 285 del Cód. Proc. Civ. y Com.

En el futuro, cabrá analizar el criterio observado por el STJ de CABA sobre este aspecto, que ya lo ha interpretado para el recurso de queja señalando que no tiene carácter suspensivo, o tal vez variar sus efectos en algunas situaciones de carácter excepcional, con el mismo alcance que lo hizo la CS, no solo con el REF, sino también en algunas cuestiones muy particulares con el recurso de queja, que valga la aclaración resulta operativo con similar alcance al que tiene todo recurso directo ante el órgano cuyo acceso fue denegado.

Es importante este aspecto toda vez que el Cód. Proc. Civ. y Com., contiene una norma expresa (art. 258) que habilita la ejecución dando fianza suficiente cuando se cuente con dos sentencias de grado inferior que resulten coincidentes, mientras que esta norma no está contemplada en el ordenamiento adjetivo de la CABA, y la ley 402 tampoco contiene un precepto de similar alcance, aunque también es útil destacar que la Corte habilitó solo la ejecución de sentencias de contenido patrimonial.

Por ello, dada la cercanía de las funciones que vienen a cumplir ambos tribunales, con las distinciones que se señalan, el TSJ de CABA se constituye así en una especie de filtro entre las instancias locales y la extraordinaria federal, permitiendo la descongestión de tareas de la CS.

VI. A modo de conclusiones preliminares

La proyección que tienen pronunciamientos como el que motiva este comentario, ya ha sido reconocida expresamente por la CS, desde mucho tiempo antes, sugiriendo a los jueces una ponderación mucho más cuidadosa para que no se aparten del análisis de las consecuencias que pueden aparejar sus fallos, precisamente porque esa labor docente que debe atribuirse la judicatura tiene que propender a beneficiar al justiciable brindándole claridad y certeza, que no son más que caras de la misma moneda que se llama seguridad jurídica (15).

Esto implicará quizás en el futuro, en tanto y en cuanto los poderes políticos no asuman el rol que les corresponde, a fin de dictar la normativa necesaria para respetar las pautas que surgen de la Constitución tanto Nacional como de la CABA, para llevar a cabo el traspaso de la justicia nacional a la Ciudad, para lo cual se sugiere una mirada sistémica, toda vez que no se trata solo de pensar que los jueces nacionales pasen a ser jueces de la Ciudad, sino que es necesario advertir todos los insumos que ello importa, para adecuarlos a una nueva realidad que es evidente que requiere tiempo para su implementación.

De ahí que el escenario que se plantea, más allá de la importancia que ha tenido la decisión de la CS en punto a la definición del superior tribunal de la causa para la justicia nacional de la CABA, permite por ahora solo conclusiones preliminares dada la dinámica que se proyecta desde esta nueva situación.

La CS en su decisión de "Levinas", no solo reconoció las pautas que surgen de ambas constituciones, sino además la necesidad de celebrar los convenios que, entre el Estado Nacional y la CABA, a fin de implementar ese traspaso. La diferencia que es necesario marcar, es que esa decisión que hemos calificado como disruptiva (16), pesa sobre las espaldas de los litigantes llevarla a cabo en la realidad para que sea realidad que el TSJ de CABA es el superior tribunal de la causa a los fines del art. 14 de la ley 48.

Y este es el precio que la omisión de la política hace pagar una vez más al ciudadano común, involucrando dentro de ellos a los abogados y abogadas, sea que ejerzan su profesión en forma liberal o bien que cumplan funciones judiciales, pues también se complejizarán esas tareas por la necesidad de compatibilizar los sistemas de trabajo que hoy pertenecen a dos jurisdicciones distintas.

Como consecuencia de todo ello, y por lo que se lleva expuesto, la labor que corresponderá a los abogados y abogadas se verá sumamente restringida para encauzarla dentro de los pliegues del RI, que obliga a transitar la Corte para permitir finalmente el acceso a su seno por vía de REF.

Todo ello con el agravante del tiempo y los mayores costos que va a insumir este nuevo desenvolvimiento recursivo para acceder al Máximo Tribunal del país, lo que hace imperioso que se fortalezcan las instancias de grado inferior a los fines de tener la posibilidad de contar con pronunciamientos de mayor calidad, que permitan concluir un proceso dentro del sistema de la doble instancia, para lo cual esto representará también un desafío adicional para abogadas y abogados, a fin de concluir con éxito sus casos con el pronunciamiento definitivo de una cámara de apelaciones, en razón del estrecho margen que queda para transitar las vías recursivas como las que se han descripto.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/655/2025

(13) En línea con lo expuesto se manifestó GUASTAVINO ("Recurso de inconstitucionalidad", Ed. La Rocca, T. II, p. 911 quien señaló expresamente que la simple interposición del recurso extraordinario de inconstitucionalidad no suspende la ejecución de la decisión recurrida, que solo se produce cuando el tribunal apelado, luego de la tramitación pertinente, lo concede, o cuando la corte Suprema admite la queja (arts. 258 y 285 Cód. Proc. Civ. y Com. según ley 22.434). En contra: IBAÑEZ FROCHAM, Manuel M.; "Tratado de los Recursos en el Proceso Civil", Ed. Bibliográfica Omeba, 1963, p. 417.

(14) Fallos 323:3667; 324:3599, entre otros.

(15) La doctrina sentada por la CS en este sentido señala que: "...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma" (Fallos: 302:1284).

(16) ROJAS, Jorge A.; "Reflexiones procesales sobre el caso Levinas", Suplemento especial de ED del 19/02/2025, cita digital: ED-V-CMLXXI-475.

In memoriam

Tomás Hutchinson: el adiós a un maestro

El Dr. Tomás Hutchinson, uno de los máximos referentes del derecho administrativo argentino, falleció el pasado 2 de marzo. Se podría decir que el derecho administrativo argentino sigue de luto sin descanso ni pausa; lo precedió en la partida, no hace mucho tiempo, el Dr. Agustín Gordillo.

Su destacada obra y su largo ejercicio docente dejaron una marca en generaciones de abogados. Nació en la provincia de Buenos Aires en el año 1941, se convirtió en abogado en la Universidad de Buenos Aires en 1968 y desde entonces dedicó su vida a la ciencia jurídica. Con especial vocación por el estudio del derecho administrativo, fue profundizando su desarrollo en esa disciplina en la que se volvió, por decir lo menos, un referente nacional.

Tuve la suerte de conocerlo y tratarlo con motivo del dictado de la Maestría en Administración Pública en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Litoral (2000) en la ciudad de Santa Fe, donde fue mi profesor de derecho administrativo y tutor de mi tesis final.

También solíamos salir a cenar cada vez que pasaba por Santa Fe, oportunidades donde aprovechábamos para, con respeto, hacernos chanzas futboleras debido a que él, a pesar de haber nacido en Buenos Aires, insólitamente, era hincha de Unión de Santa Fe y yo soy hincha sufrido de Colón de Santa Fe. Cuando cursé la Especialización en Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (2007), lo consultaba vía mail y siempre respondía, con amabilidad y erudición.

Simpático, irónico, culto, sagaz, divertido, siempre instaba a sus alumnos a escribir, a estudiar y a perfeccionarse. Era hacía años codirector de la Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni. Explicaba, con verdad irrefutable, que el camino del esfuerzo y del estudio es más arduo, pero más sólido y nos aleja inexorablemente de la ignorancia. En tal sentido, solía citar una anécdota de Pio Baroja en el despuntar del siglo XX, que me quedó grabada.

Con una trayectoria profesional que superó el medio siglo, el Dr. Hutchinson se desempeñó treinta y un años en el Poder Judicial, carrera en la que a través de distintos roles y responsabilidades se distinguió. Fue juez del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1995-2000); juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (1988-1990); prosecretario y luego secretario de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en la Secretaría de Demandas Originarias (1978-1981); y, secretario de primera instancia en lo civil y comercial en las provincias de La Pampa y Buenos Aires (entre 1969 y 1978).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

También fue presidente del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur durante cinco años y presidente del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

Además, se doctoró en Derecho Público en la Universidad San Pablo en Madrid, España, con una tesis —bajo la tutoría del catedrático José Luis Piñar Mañas— que fue calificada con sobresaliente *cum laude* por el jurado compuesto por los profesores Jesús González Pérez, Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Juan Antonio Hernández Corchete y Alberto Díaz Romeral.

Poseía, además, un posgrado en Derecho Administrativo y Política Internacional obtenido en la Universitá degli Studi di Bari, Italia.

Como profesor se desempeñó y ejerció la docencia en las facultades de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Buenos Aires, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Universidad de Belgrano, Universidad Argentina de la Empresa, Universidad Católica de La Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata y en la Universidad Nacional de Tucumán, además de dictar cursos, clases y charlas en universidades del exterior.

Escribió señeros trabajos en su materia, en especial, *Régimen de Procedimientos Administrativos: Ley 19.549* que publicó la Editorial Astrea, obra de consulta habitual por los operadores jurídicos y que tuvo numerosas reediciones. Pero su obra cúlmine, en mi entender, fue su *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* —tres tomos—, editado por Rubinzal Culzoni en el año 2009.

Con su estilo mordaz y crítico, pero no por ello menos divertido, Tomás Hutchinson supo criticar la falta de apego jurídico de nuestra sociedad, con una frase que solía utilizar en las clases, charlas y conferencias al decir, con sofisticación intelectual, que "la ley en la Argentina es una sugerencia". Huelgan los comentarios por la actualidad de la frase. Siempre bregó por el cumplimiento efectivo de la ley y por que el Estado estuviera al servicio del administrado.

Hasta siempre, estimado profesor Tomás Hutchinson.

Francisco J. Funes

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/662/2025

Jurisprudencia

Narcotráfico

Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la escala penal. Facultades exclusivas del Congreso de la Nación.

1. - La sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. c, de la ley 23.737 se inmiscuyó incorrectamente en las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional al Poder Legislativo en materia de legislación penal y estableció una distinción que aquel no había dispuesto.

2. - Cualesquiera sean las apreciaciones que se tengan respecto de la política criminal adoptada por el Congreso Nacional en materia de estupefacientes, lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella.

3. - La reforma de la ley 26.052 introdujo solo una modificación en la competencia para investigar y juzgar una parte de los casos que se encuentran sancionados por el art. 5º, inc. c, de la ley 23.737, al entenderse que, dadas las diferencias entre la organización de la jurisdicción federal y la de las provincias, era posible que algunas de estas pudieran atender, con mayor eficacia que aquella, la actividad de la venta directa al consumidor, pero mantuvo inalterada la escala penal aplicable para el comercio de estupefacientes en dosis fraccionadas al consumidor (confrontar la ley 27.302) (del voto del juez Rosatti).

4. - No se puede sostener en forma congruente y coherente que al dictar la ley 26.052 el Congreso Nacional omitió adecuar la sanción existente para las conductas previstas en el art. 5º, inc. c, de la Ley de Estupefacientes, cuando en esa misma oportunidad modificó uno de los tipos penales sujetos a desfederalización y le incorporó una variante atenuada en su escala penal, tras considerar que no mediaba proporción entre la acción típica y la pena prevista (del voto del juez Rosatti).

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

6. - El art. 2º de la ley 26.052 la ley dispone una competencia penal para la investigación y no hay ningún elemento que permita interpretar que también supone una modificación de la pena (del voto del juez Lorenzetti).

7. - De los antecedentes parlamentarios no surge que la intención del Poder Legislativo, al incorporar el art. 2º de la ley 26.052, haya sido la de realizar modificaciones o clasificaciones de índole sustantiva entre los delitos, sino exclusivamente disponer su desfederalización parcial y sujeta a la adhesión por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (del voto del juez Lorenzetti).

8. - No hay fundamento alguno, en el caso, para dejar de lado la voluntad expresa del Congreso Nacional de aumentar la escala penal y no diferenciar entre los delitos —en el caso del art. 5º, inc. c, de la ley 23.737—. Menos aún existe fundamento para modificar la interpretación de una ley sustantiva a través de una legislación procesal —ley 26.052— (del voto del juez Lorenzetti).

9. - El art. 5º, inc. c, de la ley 23.737, fue mal declarado inconstitucional en el caso. No se ha demostrado, en el marco de las circunstancias de la causa, una concreta violación a los principios de proporcionalidad de la pena e igualdad en los que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fundó la inconstitucionalidad declarada (del voto del juez Rosenkrantz).

10. - El art. 5º, inc. c, de la ley 23.737, en su actual redacción, no tiene vicio de constitucionalidad alguno. En el caso, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad arroja un resultado muy claro: el Congreso de la Nación sancionó una ley en ejercicio de la atribución de dictar el Código Penal prevista en el art. 75.12, de la CN. Mediante esa ley, el Congreso adoptó una determinada política criminal de persecución al narcotráfico en todo el país. La sentencia recurrida no alcanza a demostrar en qué sentido la escala penal establecida resultaría violatoria de algún artículo de la Constitución Nacional. En este marco, el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda o deba pronunciarse (del voto del juez García Mansilla).

11. - Ante la ausencia de una clara incompatibilidad entre la Constitución Nacional y una ley del Congreso de la Nación que determina la escala penal para un delito, los jueces deben aplicar la ley sin alterarla con fundamento en las naturales discrepancias valorativas que pueden suscitar tanto la apreciación de la gravedad de los delitos cometidos como las penas que corresponda imponer a quien resulte efectivamente culpable. La razón es sencilla: esa tarea fue delegada por las provincias al Congreso (del voto del juez García Mansilla).

12. - Una posible inconstitucionalidad de una escala penal debe basarse en que esa escala sea manifiestamente irrazonable y desproporcionada. Nada de eso se verifica en este caso del del 5º, inc. c, de la ley 23.737. Sostener que una escala penal con un mínimo de 4 años es tan groseramente desproporcionada que amerita su declaración de inconstitucionalidad, pero un mínimo de 3 años —como el impuesto por el juzgador en el caso— no lo es, es una proposición tan absurda como infundada (del voto del juez García Mansilla).

13. - Al declarar la inconstitucionalidad del 5º, inc. c, de la ley 23.737, el tribunal inferior diseñó una nueva legislación propia para una provincia, de modo que el delito por el cual fue condenado el imputado posee una escala penal *sui generis* en Córdoba que resulta diferente a la del resto de la República. De seguirse tal criterio, se habilitaría a cada superior tribunal provincial a reformar las leyes jurisprudencialmente y dictar sus propios códigos por vía interpretativa, lo que claramente violenta tanto el principio de separación de poderes como el sistema constitucional de unidad del derecho común previsto en el art. 75.12 CN (del voto del juez García Mansilla).

14. - Los argumentos de la sentencia recurrida que pretenden fundar la inconstitucionalidad de la ley 23.737 son solo una muestra de desacuerdo de los jueces de la mayoría del Tribunal Superior de Justicia local con el mínimo de prisión fijado por el Congreso de la Nación para un delito en particular. Ese desacuerdo puede ser entendible e incluso puede compartirse la visión que expresa. Sin embargo, eso no autoriza a dejar sin efecto la solución sancionada por el Congreso. Un desacuerdo no implica una inconstitucionalidad. No todo lo que no nos gusta es inconstitucional (del voto del juez García Mansilla).

15. - Está vedado a los jueces desechar la solución prevista en la ley vigente y reemplazarla luego por aquella que ellos prefieran, por el mero hecho de considerar injusta la solución prevista por el Congreso (del voto del juez García Mansilla).

CS, 19/03/2025. - Loyola, Sergio Alejandro s/ comercialización de estupefacientes - recurso de inconstitucionalidad - recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/26045/2025]

Suprema Corte:

- I -

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

comercialización de estupefacientes, reduciéndola a la de tres años de prisión (cf. fs. 348/381 de los autos principales).

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

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

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

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

- II -

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

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

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

- III -

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

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

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

- IV -

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

El error en la fundamentación de la mayoría del tribunal comienza con el punto de partida equivocado según el cual la reforma que introdujo la ley 26.052 habría establecido una diferencia en el tipo de comercialización de estupefacientes que, en rigor, no estableció.

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

Como lo muestra, sin dudas, la discusión parlamentaria que dio lugar a la reforma, esa desfederalización, parcial y condicional, de la persecución penal de los crímenes de comercialización de estupefacientes no estuvo motivada en una evaluación acerca de la eventual menor gravedad de las conductas que se llevan a cabo en el último eslabón de la cadena de producción y venta de estupefacientes. Antes bien, la modificación se fundó en el entendimiento de que un mejor reparto de labores entre los órganos provinciales y federales podría hacer más eficaz la prevención y persecución del narcotráfico, y que son los organismos provinciales los que están en mejores condiciones para actuar ante el fenómeno, característicamente local, de la venta al consumidor final.

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

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

La reforma de la ley 26.052, en fin, y en lo que aquí respecta, introdujo sólo una variación en la competencia para investigar y juzgar un subconjunto de los casos que caen bajo la regla —que no modificó— del artículo 5, inciso c, de la ley 23.737, no porque estos sean más leves o menos graves, sino porque se entendió que, dadas las diferencias entre la organización de la jurisdicción federal y la de las provincias, era posible que algunas de éstas pudieran atender con mayor eficacia que aquélla el fenómeno de la venta directa al consumidor.

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

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

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

Sin que esto importe tomar partido acerca de si ella forma parte de nuestro derecho federal, esa doctrina exige de los magistrados el deber de aplicar los actos legislativos de los otros poderes del Estado, salvo que sean el resultado evidente de un error tan claro que no quede lugar para cuestionar racionalmente que no es más que una equivocación (cf. Thayer, ob. cit., p. 144).

Ahora bien, no cualquier error o equivocación es tal que, de acuerdo con ese argumento, permite a la judicatura invalidar una ley, sino sólo aquéllos mediante los que el Poder Legislativo traspasa, sin lugar a dudas, "la frontera exterior de la actividad legislativa razonable", que no es posible burlar "sin violar las prohibiciones de la Constitución o cruzar el límite de lo que ella garantiza" (ibídem, p. 148).

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

En total oposición a esos postulados, la mayoría del *a quo* declaró la invalidez de una ley del Congreso de la Nación a pesar de que su texto es claro en cuanto a que las penas previstas para el subconjunto de comportamientos que caen bajo el artículo 5, inciso c, cuya persecución penal la ley 26.052 autorizó desfederalizar, son las establecidas por la amplia escala punitiva enunciada en el primer párrafo de ese artículo; y de que no hay nada en la discusión parlamentaria de aquella reforma que permita pensar que la intención que motivó esa modifica-

ción legislativa no fue precisamente esa, esto es, la de alterar únicamente el régimen de investigación y juzgamiento de una fracción de los casos que ya eran punibles a la luz del derecho vigente, sin alterar ninguna de las otras condiciones fijadas por la ley en vigor.

En las condiciones descriptas, en mi opinión, resulta un mero voluntarismo postular que el texto de la legislación cuestionada y su historia parlamentaria muestran con certeza que el Congreso cometió una equivocación al no introducir junto con esa reforma una escala penal atenuada para la fracción de casos de comercio de estupefacientes cuya persecución penal autorizó desfederalizar.

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

- V -

Tampoco encuentro sustento alguno para la tesis de la mayoría de la corte provincial según la cual, la imposición de una pena de cuatro arios de prisión al condenado en estas actuaciones, habría sido desmesurada —en un sentido en el que no lo sería la pena de tres años de privación de la libertad que fijó en su lugar el *a quo*— de modo que permitiría, en el caso, la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal del artículo 5 de la ley 23.737 en razón de que ella violaría el principio de proporcionalidad de las penas.

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

Si bien en esa tarea el Poder Legislativo debe actuar dentro de los límites que fija el derecho fundamental de toda persona a ser sancionada, en su caso, con penas cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 310:495; 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10, y 329:3680, considerando 19) y a no ser sometida a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y el ya citado precedente de Fallos: 329:3680, considerando 19), no pueden los jueces, so pretexto de ejercer el control de constitucionalidad que les compete, evaluar el mérito, conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia de las escalas penales que han sido establecidas en la ley en ejercicio de las atribuciones que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional reserva al Congreso.

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

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

En concordancia con ello, el Tribunal ha declarado inconstitucionalmente desproporcionada la aplicación de reclusión por tiempo indeterminado, del régimen previsto para la reincidencia múltiple en el artículo 52 del CP, a quien había sido condenado por la comisión de un robo en grado de tentativa, por el que le habría correspondido una pena de sólo dos años de prisión (Fallos: 329:3680).

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

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

Los precedentes aludidos muestran, en mi entender, y sin perjuicio de la mejor interpretación que V.E. pueda hacer de su propia doctrina, que no cualquier desviación entre la pena temporal que los magistrados juzguen proporcional y las definidas en una ley del Congreso, autoriza a aquéllos a prescindir de ésta con la invocación del resguardo al principio de proporcionalidad de las penas. Sólo una evidente o grosera desmesura es capaz de resultar, en el ya citado lenguaje del Tribunal, repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana y de justificar, por ello, una declaración de invalidez.

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

En el precedente de Fallos: 312:826, antes citado, una mayoría del Tribunal consideró que esa elevación descomunal del mínimo punitivo —que, al casi duplicarlo, lo llevó a un punto superior al mínimo con él que se conmina el delito de homicidio doloso del artículo 79 del CP— implicaba "un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado" (Fallos: 312:826, considerando 11).

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

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

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

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

- VI -

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

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

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

Empero, tal como lo he expuesto en la sección IV de este dictamen, no hay nada en el texto de las leyes mencionadas ni en su historia legislativa que permita concluir que el Poder Legislativo ha considerado que la venta de estupefacientes directamente al consumidor es un delito leve, o no es uno que merezca el rótulo de especialmente grave tal como este figura en la normativa general sobre la responsabilidad penal por encubrimiento.

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

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

- VII -

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

En tal sentido, agregó que de ese modo había sido sancionado el delito de comercio de estupefacientes en la derogada ley 20.771 y que así se lo propondría punir en algunos proyectos de reforma legislativa (cf. voto que lideró el acuerdo, fs. 356 vta./359 y voto de la mayoría sobre la cuestión de la pena, fs. 378 vta./380 del expediente principal).

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

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

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

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

A este respecto, debe recordarse la asentada doctrina de V.E. de acuerdo con la cual la garantía de igualdad ante la ley que enuncia el artículo 16 de la Constitución prohíbe, en efecto, la adopción de normas que consagren un tratamiento distinto a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (cf. Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 124:122; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97; 300:1084, entre muchos otros), pero no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no expresen criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (cf., por ejemplo, Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256).

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

- VIII -

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

Por ello, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General de la provincia de Córdoba y revocar la sentencia impugnada en cuanto fue materia de apelación. Buenos Aires, septiembre 17 de 2019. — *Eduardo E. Casal.*

Buenos Aires, marzo 19 de 2025.

Considerando:

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

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

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

En primer lugar, entendió que la ley 26.052 permitió que la justicia provincial asuma la competencia del delito de comercialización de estupefacientes "fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor" mientras reservó la competencia federal para los delitos de comercialización a gran escala porque consideró que aquellas conductas eran menos graves que estas. A criterio del tribunal, la desfederalización de la competencia de ciertos delitos expresó una nueva valoración de la conducta y esa nueva ponderación obligaba a establecer escalas penales diferenciadas para uno y otro tipo de comercialización, motivo por el cual el mantenimiento de la escala de cuatro a quince años de prisión para ambas clases de comportamiento sería el resultado de una "clara equivocación" del Congreso de la Nación que autorizaría su invalidación judicial.

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

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

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

A su vez, adujo que al concluir que la escala penal prevista en esa norma es desproporcionada e indebidamente desigualitaria y aplicar en su lugar la sanción legal fijada para otro delito, el tribunal excedió el rol que le cabe en el control de constitucionalidad de las leyes e invadió funciones correspondientes a otro poder del Estado.

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

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

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

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

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

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

7º) Que el argumento central de la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba radica en que, con la sanción de la ley 26.52, el Congreso Nacional "al considerar la competencia local para las actividades de comercialización minorista dirigida directamente al consumidor, claramente efecto[uó] una distinción entre las conductas de tráfico especialmente graves, que involucran un interés federal y deben permanecer bajo esa órbita, de aquellas que son de escasa gravedad, no involucran interés federal y pueden ser investigadas y juzgadas por las autoridades locales". Al ser ello así, agregó el tribunal, "el legislador omitió efectuar la correlativa adecuación de la única sanción fijada para ambos casos, incurriendo por ello en una 'clara equivocación' que habilita la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737".

El tribunal describió que, en su redacción original la ley 23.737, no estableció distinciones entre las conductas reguladas en el artículo 5º, inciso c, sino que las consideraba "igualmente graves" y sometidas a una misma escala penal. La ley 26.052, a su criterio, puso en tensión esta concepción, estableciendo que "para el legislador ya no se trata de actividades igualmente graves, sino que entre el comercio mayorista y el minorista existen diferencias sustanciales sobre las que hace descansar la modificación de la competencia federal y la asignación de los delitos menores a las jurisdicciones provinciales".

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

No obstante, de la lectura de la ley 26.052, de su debate parlamentario y de la evolución del régimen penal en materia de estupefacientes no surge que la intención del Poder Legislativo, al incorporar el artículo 2º de la ley 26.052, haya sido la de realizar modificaciones o clasificaciones de índole sustantiva entre los delitos, sino exclusivamente disponer su desfederalización parcial y sujeta a la adhesión por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

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

En esta reforma el Congreso Nacional no solo modificó las competencias de ciertos delitos, sino que, también introdujo cambios sustantivos en otros tipos penales. Así, en su artículo 1º, la ley incorporó una variante para el delito reprimido en el artículo 5º, inciso e, de la ley 23.737, con una escala penal atenuada. Esa modificación sustantiva, que se introdujo sobre un delito también sujeto a desfederalización, fue motivo de amplio debate en el seno del Congreso Nacional, al punto tal de que fue aprobado por el Senado de la Nación, rechazado luego por la Honorable Cámara de Diputados e insistido finalmente por la cámara alta con las mayorías necesarias para convertirlo en ley.

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

ii) La desfederalización no obedeció a un criterio de gravedad

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

Ciertamente, si una conclusión debió inferirse de la actuación del Poder Legislativo era precisamente la contraria de la propuesta por el tribunal superior: cuando la intención del legislador fue la de distinguir entre delitos y modificar las escalas penales, lo estableció expresamente y cuando no lo era, mantuvo la normativa sin alteraciones. Entonces, si la ley 26.052 no introdujo cambios en el tipo y la escala del artículo 5º, inciso c, de la ley 23.737 las conductas allí reprimidas —desfederalizadas o no— conservaban la regulación vigente. Esta conclusión se imponía, en especial, cuando la postura que asumió el tribunal suponía subrogarse en la competencia exclusiva del Congreso Nacional para determinar la política criminal, colocando en clara tensión el principio constitucional de división de poderes.

9º) Que, a su vez, también la discusión parlamentaria de la ley 26.52 sugiere que la desfederalización de ciertos delitos se fundó en el entendimiento de que un mejor reparto de labores entre los órganos provinciales y federales podría hacer más eficaz la prevención y persecución del narcotráfico, y que son los primeros los que están en mejores condiciones para actuar ante el fenómeno, típicamente local, de la venta al consumidor final.

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

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

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

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

En la sentencia recurrida, se sostuvo que "a partir de la ley 26.052 el legislador ha diferenciado entre conductas de tráfico a gran escala y tráfico minorista de estupefacientes en función de la mayor gravedad de aquellas en relación a éstas, y por ello se transfirió a las provincias la competencia para investigar y juzgar los casos de menor cuantía".

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

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

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

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

12) Que los argumentos desarrollados hasta aquí también vacían de sustento los fundamentos de

proporcionalidad e igualdad que esgrime el tribunal local para declarar inválida la escala penal aplicable al caso.

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

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

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

En este sentido, cualesquiera sean las apreciaciones que se tengan respecto de la política criminal adoptada por el Congreso Nacional en materia de estupefacientes, lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella. Cabe recordar, al respecto, que la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, por lo que el ejercicio de esa potestad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (conf. Fallos: 331:2799; 340:669; 341:1675; 343:345 —voto del juez Rosatti—, entre otros). Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor mesura en dicho ejercicio, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Constitución Nacional asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 343:345 —voto del juez Rosatti— y 347:1527 —voto del juez Rosatti—).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase. — *Horacio D. Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti* (por su voto). — *Manuel J. García Mansilla* (por su voto).

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

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

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

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

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

Voto del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

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

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

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

2º) Que el recurso extraordinario fue correctamente concedido, en tanto se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa y suscita una cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso de la Nación —la escala penal prevista en el artículo 5º de la ley 23.737— y la decisión apelada es contraria a esa validez (artículo 14, inciso 1º, de la ley 48; Fallos: 311;1451; 324:2153; 329;3680 y 344;3458).

3º) Que el tribunal *a quo* declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el artículo 5º, inciso c de la ley 23.737, argumentando que en la ley 26.052, el Congreso Nacional "...al considerar la competencia local para las actividades de comercialización minorista dirigida directamente al consumidor, claramente efecto[uó] una distinción entre las conductas de trafico especialmente graves, que involucran un interés federal y deben permanecer bajo esa órbita, de aquellas que son de escasa gravedad, no involucran interés federal y pueden ser investigadas y juzgadas por las autoridades locales".

En esa dirección, entendió que al disponer la competencia local, considerándola menos grave, el legislador también debió corregir la adecuación de la pena, lo que no se hizo. Al respecto, señaló que el legislador "...omitió efectuar la correlativa adecuación de la única sanción fijada para ambos casos, incurriendo por ello en una 'clara equivocación' que habilita la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5º inc. c) de la ley 23.737" (voto de la jueza Tarditti, con argumentos similares en el voto del juez López Peña, a los que adhirieron los jueces Blanc de Arabel y Sesín). En el mismo sentido, consideró que la ley 26.052 supone que "...para el legislador ya no se trata de actividades igualmente graves, sino que entre el comercio mayorista y el minorista existen diferencias sustanciales sobre las que hace descansar la modificación de la competencia federal y la asignación de los delitos menores a las jurisdicciones provinciales" (voto de la jueza Tarditti; con argumentos similares en el voto del juez López Peña, a los que adhirieron los jueces Blanc de Arabel y Sesín).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11) Que, por el contrario —y como sostiene el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen—, de la discusión parlamentaria surge que la modificación introducida por la ley 26.052 no estuvo motivada por una evaluación acerca de la eventual menor gravedad de las conductas que se llevan a cabo en el último eslabón de la cadena de producción y venta de estupefacientes. En lugar de ello, la reforma legislativa se fundó en el entendimiento de que un mejor reparto de labores entre los órganos provinciales y federales podría hacer más eficaz la prevención y persecución del narcotráfico, y que son los primeros los que están en mejores condiciones para actuar ante el fenómeno, característicamente local, de la venta al consumidor final.

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

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

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

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

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

En la sentencia recurrida, no obstante, se sostuvo que "...desde la última reforma de la Ley 23.737 (por Ley 26.052) se ha introducido una distinción cualitativa —evidenciada en el cambio de competencia federal a provincial y que debió traducirse legislativamente en un nuevo tipo penal— entre el micro y el macro comercio de estupefacientes para las provincias que opten por adherir a la persecución

local de los delitos" (voto del juez López Peña; con argumentos similares en el voto de la jueza Tarditti).

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

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

En este sentido, debe puntualizarse que no es correcto inferir que la diferencia de gravedad entre las conductas típicas esté determinada por la sujeción de determinados delitos a la jurisdicción federal o a la ordinaria, como si mediara una relación jerárquica entre ellas, donde la primera estuviera abocada a la persecución de crímenes "mayores" y la restante a crímenes "menores", porque esa conclusión importa entremezclar equivocadamente una consideración normativa de índole competencial con una sustantiva. En efecto, no necesariamente un delito sujeto a la competencia federal es más grave —cualquiera sea el instrumento que se utilice para establecer esa calificación— o posee una escala penal más alta que uno sometido a la competencia ordinaria, pues tales decisiones de política criminal y de delimitación de competencias discurren por carriles separados e independientes.

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

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

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

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

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

En este sentido, cualesquiera sean las apreciaciones que se tengan respecto de la política criminal adoptada por el Congreso Nacional en materia de estupefacientes, lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basada en su mero desacuerdo con ella. Cabe recordar, al respecto, que la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, por lo que el ejercicio de esa potestad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado corno *ultima ratio* del orden jurídico (conf. Fallos: 331:2799; 340:669 y 341:1675, entre otros).

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

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

Voto del doctor *García Mansilla*

Considerando:

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

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

El ejercicio de la función judicial supone el deber de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que violen la Constitución. Sin embargo, el ejercicio de una atribución tan importante está sujeto a ciertos límites. Durante la Convención de Filadelfia, uno de sus miembros más influyentes explicó uno de esos límites. En la sesión del 21 de julio de 1787, James Wilson hizo una advertencia que ningún juez de nuestro país puede desoír al momento de ejercer el control judicial de constitucionalidad: "Las leyes pueden ser injustas, pueden ser imprudentes, pueden ser peligrosas, pueden ser destructivas; y, sin embargo, pueden no ser tan inconstitucionales como para justificar que los jueces se nieguen a aplicarlas" (Farrand, Max, "The Records of the Federal Convention of 1787, Tomo II", Yale University Press, New Haven, 1937, p. 21). Aplicando el principio enunciado por Wilson, esta Corte Suprema ha advertido de forma reiterada que por más amplias que sean las facultades judiciales a la hora de interpretar y aplicar el derecho, el principio constitucional de separación de poderes no autoriza a los jueces a prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso concreto, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos: 249:425; 258:17; 263:460; 314:1849; 318:785; 329:1586; 342:1376; 344:3458; 346:25; 347:1137).

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

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

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

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

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

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

5º) Que el Congreso de la Nación ha fijado una escala penal para ciertos delitos a partir de una política criminal que pretende combatir el narcotráfico y sus derivaciones en todo el país. El Congreso federal es el órgano constitucionalmente competente para fijar esa política criminal. En ese marco, esta Corte Suprema ha dicho que "el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídi-

cas que estime conveniente para cada caso" (Fallos: 311:1451). Por eso es que esta Corte también ha reiterado en términos muy similares esta doctrina al recordar que, a los fines de la declaración de inconstitucionalidad, "es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (Fallos: 344:3458). El tribunal local no tuvo debidamente en cuenta ese margen constitucional que corresponde al Congreso federal a la hora de establecer una política criminal determinada.

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

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

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

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

Esta clara deferencia hacia el Poder Legislativo fue mantenida por esta Corte Suprema en el precedente "Pupelis" (Fallos: 314:424) que, al dejar de lado el criterio adoptado dos años antes en "Martínez, José Agustín" (Fallos: 312:826), desestimó los planteos de inconstitucionalidad del artículo 38 del decreto-ley 6582/58 (ratificado por la ley 14.467), por el cual se había elevado la escala penal para el delito de robo de automotores con armas fijándola en entre 9 y 20 años de prisión. En lo que aquí interesa, el Tribunal reafirmó allí que "sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada" (Fallos: 314:424).

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

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

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

11) Que las razones esgrimidas por el tribunal local para declarar la inconstitucionalidad de la norma antes mencionada no son más que meras discrepancias respecto de la conveniencia de la solución legislativa adoptada por el Congreso, pero no alcanzan a demostrar que el artículo 5º, inciso c, de la ley 23.737 viole algún precepto constitucional, requisito imprescindible para que proceda la declaración de inconstitucionalidad. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha pretendido sustituir el criterio del Congreso federal por el suyo propio, algo vedado a un tribunal judicial. Tal como ha advertido esta Corte Suprema, "en virtud del principio de separación de poderes, [...] no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió" (Fallos: 306:1597).

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

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

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

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

sin brindar argumentos serios que desvirtúen su correcta interpretación y aplicación. De esta forma, transgredió los límites que todos los jueces del país debemos respetar al momento de ejercer el control judicial de constitucionalidad que la Constitución Nacional nos encarga.

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

Competencia

Curatela. Lugar de residencia del causante. Penado.

En la curatela del penado es competente para intervenir el tribunal con jurisdicción en el lugar de residencia del causante —es decir, su lugar de detención— toda vez que coadyuvará al contacto directo y personal del órgano judicial que conoce en la misma, con el afectado, primando los principios de inmediatez y economía procesal, esenciales en la naturaleza y finalidad de este tipo de procesos.

CS, 06/02/2025. - I. F., L. s/ curatela art. 12 Código Penal.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1532/2025]

Buenos Aires, 6 de febrero de 2025

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 27 condenó a L. F. I., a la pena de cuatros años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de lesiones leves, doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género, en concurso ideal con privación ilegal de la libertad agravada por violencias, y en concurso real con amenazas simples (arts. 12, 45, 89, 92, en función de los arts. 80, incs. 1 y 11, 142 inc. 1º y 149 bis, primer párrafo del Código Penal). Además, le impuso la prohibición de contacto por cualquier vía con la damnificada, por el plazo de la condena y comunicó que dicha pena vencería el día 30 de mayo de 2026 (la sentencia condenatoria se encuentra firme).

El Juzgado Nacional en lo Civil nº 85, a su turno, se inhibió de entender en la curatela en atención a que el condenado se encontraba alojado en el Complejo Penitenciario Federal nº 1, ubicado en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, y remitió las actuaciones al juzgado de turno del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, el Juzgado de Familia nº 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, resolvió rechazar in limine la designación de un curador para el penado por resultar la misma improponible y archivar el expediente. Notificó dicha decisión al juzgado penal de origen y al Ministerio Público. Para así decidir, consideró -en lo sustancial- con fundamento en los arts. 31 y 75 incs.22 y 23 de la Constitución Nacional, 336 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 23, 24, 31, 32, 702 y 703 del Código Civil y Comercial de la Nación, que tal instituto tiene carácter residual y solo se justifica cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

Por lo demás, remitió copia del resolutorio al magistrado civil a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil nº 85, quien dio por trabado un conflicto en los términos del art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, y elevó las actuaciones a esta Corte Suprema de Justicia para que dirima el conflicto.

2º) Que si bien para la correcta traba de la contienda jurisdiccional se requiere una atribución recíproca de los magistrados y ese requisito en rigor no está satisfecho en las presentes actuaciones dado que la jueza bonaerense comunicó su decisión de archivar la cuestión, cabe considerar planteado un conflicto jurisdiccional en tanto la magistrada se niega a continuar interviniendo en el expediente de curatela sobre la base de la interpretación que efectúa de diversas disposiciones nacionales (conf. doctr. Fallos: 331:752).

Que, en dicho contexto, la renuencia del juzgado de familia de la Provincia de Buenas Aires a someter al condenado al régimen de curatela que la legislación civil prevé para los incapaces, como lo indica el art. 12 del Código Penal, importó un exceso de jurisdicción, al resolver sobre la inhabilitación que había sido impuesta como pena accesoria por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 27 en una sentencia que había adquirido autoridad de cosa juzgada (conf. Competencia FLP 1706/2015/TO1/37/1/CS1 "Palavecino, Oscar Benjamín s/ incidente de incompetencia", sentencia del 15 de diciembre de2022).

3º) Que de conformidad con lo decidido por el Tribunal en los precedentes publicados en Fallos: 323:1531 y 332:908 corresponde que intervenga el tribunal con jurisdicción en el lugar de residencia del causante, su lugar de detención, que en el caso sub examine es el Complejo Penitenciario Federal V, ubicado en la localidad de Senillosa, Provincia de Neuquén (cfr. informe de la Procuración General de la Nación). Ello coadyuvará al contacto directo y personal del órgano judicial que conoce en la curatela, con el afectado, primando los principios de inmediatez y economía procesal, esenciales a la naturaleza y finalidad de este tipo de procesos.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal y, habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia de la Provincia del Neuquén. Remítase la causa al Tribunal Superior de Justicia de la mencionada provincia, a fin de que asigne el expediente al tribunal con competencia civil con jurisdicción sobre el Complejo Penitenciario Federal V, situado en la localidad de Senillosa. Hágase saber al Juzgado Nacional en lo Civil nº 85, al Juzgado de Familia nº 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires y al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 27. — *Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti.*

Accidente de tránsito

Empresa de transporte. Obligación de seguridad. Alcances. Caso fortuito.

1. - La demanda de daños debe rechazarse respecto la empresa que transportaba a la accionante, ya que la invasión de la mano por la que circulaba el vehículo transportista, realizada de manera intempestiva, constituye una maniobra imprevista para el conductor del rodado en el que circulaba la demandante como pasajera, por lo que medió, en la especie, el hecho de un tercero por quien la demandada no debería responder, que reúne los caracteres propios del caso fortuito y causó la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de la emplazada, constituyéndose en la verdadera causa del daño sufrido por la víctima.

2. - El choque con otro vehículo no puede considerarse una contingencia propia de la actividad del transportador profesional. Es que una cosa es que este último deba garantizar la seguridad de los pasajeros hasta el límite del casus —lo que implica que responde incluso por hechos de terceros que no resultan imprevisibles o inevitables— y otra muy distinta, que deba hacerse cargo incluso de hechos que le resulta imposible impedir, por la sola razón de que se trata de contingencias vinculadas a la circulación automotriz.

CNCiv., sala A, 10/02/2025. - Acsama, Mercedes c. Dota SA de transporte automotor s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3109/2025]

Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 17/02/2023, "M., M. G. c. C. C. S. s/ daños y perjuicios", TR LALEY AR/JUR/7460/2023.

Costas

Se imponen a la actora.

Expte. nº 87.484/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 10 de 2025.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Picasso* dijo:

I. La sentencia dictada el 14/11/2023 hizo lugar a la demanda interpuesta por M. A. En consecuencia, condenó al tercero citado al proceso, D. C. M., a abonar a la actora la suma de $2.332.800, dentro del plazo de diez días, con más intereses y las costas del juicio. En cambio, el colega de grado rechazó la acción promovida contra DOTA SA de Transporte Automotor y su aseguradora, Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, con costas en el orden causado.

Contra el pronunciamiento en cuestión se alzaron las quejas de la demandante, quien expresó agravios en forma electrónica el 14/06/2024. El traslado de su presentación fue contestado por las emplazadas el 19/08/2024.

La Sra. fiscal de cámara presentó su dictamen el 10/09/2024.

II. Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).

III. Por razones de mejor exposición, creo necesario remarcar que el Sr. juez de la anterior instancia admitió la acción ya que —a su entender— había mediado responsabilidad de D. C. M. en el accidente de tránsito que aconteció el 25/06/2016, en la intersección de la calle Hortiguera con la Av. Cobo de esta ciudad.

Para decidir de este modo, el magistrado tuvo en cuenta los antecedentes de la causa penal que se instruyó a partir del hecho. Expuso que: "para limar los desencuentros que pudieran suscitarse en torno a las relaciones de influencia recíproca establecidas por la ley entre la acción penal y la acción civil, cabe atender a las constancias de la causa Nº 5913 (42664/2016) caratulada: "M., D. C. s/ lesiones culposas", la que tramitara ante el Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 63, Secretaría Nº 81 —que en este acto tengo a la vista y fuera remitida para los autos que fueran desacumulados, expediente Nº 39 493/2018— en la que se dispusiera a fs. 394/397 condenar a D. C. M. a la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento se deja en suspenso y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas graves, agravadas por haber cometido mediante la conducción imprudente y antirreglamentaria de un vehículo automotor (arts. 2, 26, 29 inc. 3, 45, 84 y 94 en función del art. 90 del CP); e inhabilitarlo por el término de tres años para conducir cualquier vehículo automotor. De tal forma se encuentra acreditado en sede penal que con fecha 25 de junio de 2016, siendo las 9.45 hs., M. conduje-

ra el vehículo marca Fiat Regata —dominio ...— por la calle Hortiguera en estado de ebriedad, con 1.52 gramos de alcohol en sangre. Cuando al llegar a la intersección con la Av. Cobo emprendiera el cruce sin respetar la prioridad de paso que les asistiera a los vehículos que circularan por una arteria de mayor jerarquía, en una intersección no semaforizada. De este modo, M. con su vehículo, se interpusiera en la línea de marcha de G. G. C., quien condujera el colectivo de la línea 44, interno 247 - dominio ..., por Av. Cobo. En consecuencia, por aplicación del art. 1776 Cód. Civ. y Comercial, la sentencia condenatoria recaída en sede penal hace cosa juzgada, por lo que no se puede volver a discutir en la instancia en que se ventila la responsabilidad civil emergente de los mismos hechos, el hecho principal que constituye el delito ni la culpa del condenado" (sic, considerando II del fallo de primera instancia).

En función de estos antecedentes, el colega de grado entendió que el Sr. M. debía resarcir los daños y perjuicios ocasionados a M. A., ya que ella se desplazaba a bordo del interno de la línea nº 44 cuando se produjo el accidente.

Esta decisión motivó las quejas de la demandante, quien cuestionó que no se hubiera condenado a la empresa de transportes. Expresó que la agraviaba que: "el Sr. Juez de grado no haya tenido en cuenta al dictar sentencia las implicancias que debe tener el comportamiento de la codemandada DOTA SA de Transporte Automotor, que habiendo sido debidamente notificada del traslado de la acción a fs. 36/37, no ha contestado la demanda en término, y sin embargo tiene exclusivamente en cuenta la respuesta de su aseguradora, no asignándole a esta última la suerte del principal" (sic, su expresión de agravios). Asimismo, criticó que el anterior sentenciante no hubiera considerado que sobre la emplazada recaía una obligación de seguridad, en virtud de la cual ella —en su condición de proveedora— debía responder objetivamente por los daños causados a los consumidores, a menos que acreditase un eximente susceptible de quebrar el nexo causal.

Como sostiene la recurrente, considero que —en virtud de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la Ley de Defensa del Consumidor— pesaba sobre la empresa de transportes una obligación de seguridad de resultado (esta Sala, L. Nº 587.865, 19/04/2012, "D. G., Patricia Adriana c. Valle de Las Leñas SA y otro s/ daños y perjuicios"; L. 593.524, 30/05/2012, "R., C. A. c. Metrovías SA s/ daños y perjuicios"; L. 599.423, 30/08/2012, "P. C., Luis Eduardo c. ALCLA SACIFIyA y otro s/ daños y perjuicios"; L. 590.706, 15/11/2012, "T., Roberto Félix c. Swiss Medical SA y otro s/ daños y perjuicios"; L. 591.873, 21/11/2012, "R., Fabio y otro c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios"; entre muchos otros), como consecuencia de la cual cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva del proveedor (vid. mis trabajos "Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor", en coautoría con Javier H. Wajntraub, JA, 1998-IV-753, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LA LEY, 2008-C, 562, y mi comentario al art. 10 "bis" de esa ley en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 160 y ss. Vid. asimismo López Cabana, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), "Derecho del consumidor", Nº 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo L., "Defensa del consumidor", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; Hernández, Carlos - Frustagli, Mónica, comentario al art. 5 de la ley 24.240 en Picasso - Vázquez Ferreyra, "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada", cit., t. I, p. 96; Ariza, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en Ariza, Ariel (coord.), "La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 128; Lorenzetti, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 285).

Esta sala ha señalado que, dado que el objeto de la obligación de seguridad consiste, precisamente, en una garantía de indemnidad, su incumplimiento se produce por la simple existencia del daño en el marco de la relación de consumo, sin necesidad de otra prueba adicional (esta cámara, sala "H", 17/02/2023, "M., M. G. c. C. C. S. s/ daños y perjuicios", TR LA LEY AR/JUR/7460/2023). Al deudor que pretende su liberación compete, entonces, la prueba de que el cumplimiento de la obligación de seguridad se había vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito (esta Sala, L. 581.709, del 25/11/2011, publicado en LA LEY, 2011-F, 10, y RCyS 2012-II-156; ídem 10/05/2019, "Marino, Norma Alicia c. Día Argentina SA y otros s/ daños y perjuicios", Expte. nº 24.744/2011; ídem, 29/10/2019, "Salinas, Nora Inés y otro c. Jaida Damián Fernando y otros s/ daños perjuicios", Expte. nº 1746/2014; ídem, 28/10/2019, "Tersigni, Roberto Gabriel y otro c. Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia SA y otros s/ daños y perjuicios", Expte. nº 82.402/2012, entre muchos otros).

Respecto de este último punto —como también lo puntualizó la sala en los precedentes mencionados—, señalo que la doctrina ampliamente mayoritaria afirmaba, bajo la vigencia del Cód. Civil derogado, que la imposibilidad de cumplimiento, para extinguir la obligación (art. 888, Cód. Civil) y, al mismo tiempo, liberar al deudor de responsabilidad (arts. 513 y 514 del citado código), debe reunir los caracteres de objetiva, absoluta y no imputable al obligado (Bueres, Alberto J., "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 17 (Responsabilidad contractual), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., "Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 312; Colmo, Alfredo, "De las obligaciones en general", Buenos Aires, 1928, p. 616; Boffi Boggero, Luis M., "Tratado de las obligaciones", Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 4, p. 567; Llambías, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Perrot, Buenos Aires, 1967, t. III, ps. 286 y 287; le Tourneau, Philippe - Cadier, Loïc, "Droit de la responsabilité", Dalloz, París, 1996, p. 262; Larroumet, Christian, "Droit Civil. Les obligations", París, 1996, p. 782; Radouant, Jean, "Du cas fortuit et de la force majeure", Arthur Rousseau, Paris, 1920, p. 47); lo que significa que, como lo señalaba Osti, existe un impedimento para cumplir que "no puede ser vencido por las fuerzas humanas" (Osti, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla impossibilitá della prestazione", Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 220).

Todas estas premisas están ahora recogidas expresamente en el texto de los arts. 955 y 1732 del Cód. Civ. y Comercial, que es aplicable a la especie. La primera de esas normas dispone: "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

A su turno, el art. 1732 indica: "El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos" (vid. López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1732 en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1050 y ss.; Picasso Sebastián - Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1732 en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 447 y ss.; Calvo Costa, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2021, p 628; Santarelli, Fulvio G. - Méndez Acosta, Segundo J., "Fuentes de las obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2022, t. II, p. 210 y ss.; Picasso, Sebastián - Cicchino Paula M., comentario al art. 1732 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Picasso, Sebastián - Gebhardt, Marcelo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3-F, p. 383 y ss.; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni,

LA LEY

biblioteca
ebooks
LA LEY
NEXT

El recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA
Consecuencias del fallo "Levinas"

Fulvio G. Santarelli (director)

thomsonreuters.com.ar

en todo momento y lugar

Thomson Reuters™

Córdoba, 2018, t. II, p. 371 y ss.; Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., "Tratado de Derecho de Daños", La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 385 y ss.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., "Tratado de responsabilidad civil", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 522/523; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., "Tratado de obligaciones", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 81 y ss.; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), "Obligaciones", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 776 y ss.; Moisset de Espanés, Luis - Márquez, José F. Márquez, "Curso de derecho civil —obligaciones—", Zavalía, Buenos Aires, 2018, t. 3, p. 130 y ss.; Alferillo, Pascual E., comentario al art. 1732 en Alterini, Jorge H. (dir.), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. VIII, p. 183 y ss; Azar, Aldo M. - Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), "Tratado de derecho civil y comercial", La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 376 y ss.).

Luego, constatado como se encuentra el incumplimiento de la obligación de seguridad, la única forma de liberarse de la responsabilidad que tenían la demandada y su aseguradora era acreditar que su cumplimiento había devenido imposible por una causa que no les resultaba imputable, en los términos ya expuestos. En ese sentido, aun cuando la empresa de transportes contestó extemporáneamente la acción, la citada en garantía centró su defensa en el hecho de un tercero por el que no debía responder.

Al respecto, y en consonancia con las precisiones que he efectuado en los párrafos precedentes, debo recordar que el hecho de un tercero como eximente se configura con el actuar de un sujeto extraño a las partes que se constituye en condición adecuada del perjuicio, y produce la ruptura de la relación de causalidad, lo que determina que —en verdad— ya no haya de ser el proveedor el causante del daño. El tercero debe ser una persona distinta de la víctima y de la demandada, que no tiene vínculo jurídico con ninguno de ellos, y cuyo accionar además reviste los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad que son propios del casus (art. 1731 del Código Civil y Comercial; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 255). En otras palabras, para poder eximir al sindicado como responsable, el hecho del tercero debe ser la causa exclusiva del daño, pues de lo contrario, si concurre causalmente con el de la demandada, ambos responderán concurrentemente frente a la víctima, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 4, p. 298/299; CS, Fallos: 313:1184 y 317:1139; Picasso - Sáenz, comentario al art. 1731 en Herrera, Caramelo - Picasso (dirs.), "Código Civil y Comercial...", ob. cit., t. IV, ps. 446/447; Calvo Costa, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", ob. cit., p 616; Santarelli, Méndez Acosta, ob. cit., t. I, ps. 586/587; Zavala de González - González Zavala, ob. cit., t. II, p. 362 y ss.; Picasso - Sáenz, ob. cit., t. I, p. 392 y ss.; Pizarro, Vallespinos, "Tratado de responsabilidad civil", ob. cit., t. I, p. 506 y ss.; Ossola, en Rivera - Medina, (dirs.), "Obligaciones", ob. cit., p. 787; Alferillo, comentario al art. 1731 en Alterini, (dir.)., "Código Civil y Comercial...", ob. cit., t. VIII, p. 181 y ss.; Azar, Aldo M. - Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.), Sánchez Herrero Pedro (coord.), "Tratado de derecho...", t. III, p. 395 y ss.).

Desde este enfoque, es necesario ponderar que —en la sentencia dictada el 09/08/2019— el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 22 tuvo por demostrada la existencia del hecho en los términos que expuso en esta sede el colega de primera instancia. Asimismo, en el fallo penal, se indicó que: "[a] esta concluyente prueba debemos agregar que al momento de firmar el acuerdo de juicio abreviado, D. C. M. ha reconocido el hecho que se le atribuye" (sic, f. 396 de la causa penal).

En este contexto, entiendo que el hecho del tercero citado al proceso reúne los requisitos del *casus* y exime de responsabilidad a las restantes emplazadas, incluso cuando ellas estuvieran ligadas a la víctima por la obligación de seguridad a la que he hecho referencia.

Sobre este punto, memoro que esta Sala ha sostenido —en un caso análogo al presente— que la invasión de la mano por la que circulaba el vehículo transportista, realizada de manera intempestiva, constituye una maniobra imprevista para el conductor del rodado en el que circulaba la demandante como pasajera, por lo que medió, en la especie, el hecho de un tercero por quien la demandada no debería responder, que reúne los caracteres propios del caso fortuito y causó la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de la emplazada, constituyéndose en la verdadera causa del daño sufrido por la víctima (arts. 955 y 1732 del Cód. Civ. y Comercial y art. 5, ley 24.240; esta Sala, 03/05/2018, "Núñez, Walter Gustavo c. Mammana, Lidia Elsa y otro s/ daños y perjuicios").

En el mismo precedente, este tribunal también señaló que el choque con otro vehículo no puede considerarse una contingencia propia de la actividad del transportador profesional. Es que una cosa es que este último deba garantizar la seguridad de los pasajeros hasta el límite del *casus* —lo que implica que responde incluso por hechos de terceros que no resultan imprevisibles o inevitables— y otra muy distinta, que deba hacerse cargo incluso de hechos que le resulta imposible impedir, por la sola razón de que se trata de contingencias vinculadas a la circulación automotriz. Es cierto que la exterioridad constituye uno de los caracteres del caso fortuito, pero también lo es que ese requisito debe analizarse de manera razonable, lo que no sucedería si —siguiendo la postura de la recurrente— se consagrase una suerte de responsabilidad absoluta del transportador, que no admitiría eximente alguna en ningún caso (porque obviamente todos los daños sufridos por pasajeros transportados se relacionan de un modo u otro con la circulación automotriz).

En esos términos, parece claro que la sola circunstancia de que el accidente se haya producido en el marco de la circulación vehicular no resulta suficiente para considerar que se trata —en este caso— de un riesgo "interno", propio y habitual del transporte de pasajeros. Nótese que el accidente fue causado exclusivamente por el automóvil de un particular, razón por la cual, incluso si se adoptara el concepto de exterioridad desarrollado por Exner —a mi juicio, excesivamente laxo— debería concluirse que ella se encuentra presente en la especie. Recordemos que Exner sostenía que la exterioridad debe juzgarse respecto del círculo de explotación de la empresa, y que este se confunde con el círculo de sus medios de acción en el sentido más amplio del término, comprendiendo sus locales, los objetos que se usan en ella y el personal que la empresa emplea, siempre y cuando esos medios sean usados para cumplir sus cometidos (Exner, Adolphe, "La notion de la forcé majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport", Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, París 1892, p. 99; trad. del alemán de Edmond Seligman). En el caso, en cambio, el origen del daño desborda los medios de actuación de la sociedad demandada, pues aquel encuentra su causa única y exclusiva en el accionar de un sujeto completamente ajeno a la empresa.

Finalmente, destaco que no obsta a esta solución el hecho de que DOTA SA de Transporte Automotor no hubiera contestado la demanda, ya que —en litisconsorcios facultativos como el que se presenta en este caso— el juez debe valorar conjuntamente los medios de prueba orientados a demostrar los hechos que son comunes a todas las partes, sin importar quién los haya producido en concreto. En consecuencia, si uno solo de los litisconsortes produce prueba acerca de un hecho que resulta común, esta será suficiente para tenerlo por acreditado con relación a los restantes individuos, siempre que no los perjudique. Principalmente, esto obedece a que no es posible concebir que la decisión judicial acerca de la verdad de un hecho común se produzca solo con respecto a uno de los litisconsortes, pero no con respecto a los demás que también integran la litis (Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 1091).

En este orden de ideas, se ha afirmado que la prueba producida por uno de los sujetos que conforman el litisconsorcio beneficia a todos los demás, aun cuando estos no hubieran contestado la demanda. Por ello es que quien no hubiera cumplido con la carga de dar respuesta a la pretensión se verá indirectamente beneficiado, si otro de los individuos que integran el polo pasivo de la relación procesal asume esta carga y produce elementos de prueba suficientes para sustentar sus defensas, siempre —insisto— que se trate de hechos comunes (Martínez, Hernán J., "Proceso con sujetos múltiples", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, t. 1, p. 61).

Por todo lo expuesto, concluyo que la falta de contestación de la demanda en que incurrió la empresa de transportes no resulta suficiente, por sí misma, para dar sustento a la responsabilidad que le atribuye la apelante en este particular caso.

Por consiguiente, mociono rechazar las quejas de la demandante y confirmar la sentencia de grado en todo cuanto fue materia de agravio.

IV. En cuanto a las costas de alzada, propongo que estas se impongan a la actora, quien —en esta instancia— ha resultado sustancialmente vencida (arts. 68 y ss. del Código Procesal).

V. En síntesis, para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo rechazar el recurso deducido por la demandante y confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide y fue materia de apelación y agravio, con costas de alzada a la recurrente vencida.

Los doctores *Calvo Costa* y *Li Rosi* adhirieron por los mismos fundamentos al voto del Dr. Sebastián Picasso.

Por lo que resulta del acuerdo que ilustra el acta que antecede, del que dan cuenta sus considerandos, se resuelve: Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide y fue materia de apelación y agravio, con costas de alzada a la demandante. Atento lo decidido precedentemente, por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423, se fijan los honorarios de la Dra. Romina F. Faija en ... UMA ($ ...) y los de la Dra. Eugenia Ramírez Guarino en ... UMA ($ ...). Notifíquese a los interesados en los términos de las acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvanse. — *Ricardo Li Rosi. — Carlos A. Calvo Costa. — Sebastián Picasso.*

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero
Editores: Nicolás R. Acerbi Valderrama, Jonathan A. Linovich, Ana Novello, Elia Reátegui Hehn, Érica Rodríguez, Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.
Administración, Comercialización y Redacción: Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley
linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/
TRLaLey
thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente: 0810-266-4444