



Ministerio Público de la Defensa

SOLICITA EXCARCELACION.

Señor Juez del Juzgado Federal N° 1:

NICOLAS ESCANDAR, Defensor Público Oficial ad hoc ante los Jueces Federales de Primera Instancia de Jujuy, en el Expte. N° 405/12 “BUENO, Cristian Luis Guillermo s/ inf. a la ley 23737 (marihuana)” a Ud. digo:

I.- OBJETO:

Vengo por este acto a solicitar la excarcelación de del **Sr. Cristian Luis Guillermo Bueno** a quien se le imputa –prima facie– el delito de tenencias de estupefacientes con fines de comercialización. Fundo mi petición en lo establecido en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 7 y 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; arts. 10 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 2, 280, 316, 318, 320 sptes. y cctes. del CPPN.

Para el caso de que S.S. considere que la escala punitiva del delito imputado constituye una presunción de fuga, pido se declare la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de tenencia con fines de comercialización Fundo mi petición en lo prescripto por los arts. 19 y 75 inc. 22 de la CN; art. 5.2 de la CADH y art. 7 del PIDCP.

El artículo atacado establece la misma escala punitiva para la tenencia con fines de comercialización –delito atribuido a mí asistido– que para el comercio de estupefacientes consumado. Conforme lo expuesto, resulta evidente que la primera de las conductas constituye en relación a la segunda, una fase de anticipación de la punición –tentativa– que aparece como propia del estado de policía, lo que se traduce en el imperativo de mantener escalas diferenciadas de acuerdo a los distintas etapas o momentos del denominado *iter criminis*.

USO OFICIAL

Por lo tanto, en caso de que S.S. considere que la escala penal constituye una presunción de que mi asistido eludirá la acción del aparato represivo, solicito se declare inconstitucional la consecuencia jurídica prevista en el art. 5 de la ley 23737 para el supuesto de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización por resultar objetiva y subjetivamente un acto de reducido desvalor que el propio comercio de tóxicos, correspondiendo en consecuencia que se aplique a esta figura la reducción prevista en el art. 44 del CP para el delito de comercio de estupefacientes intentado.

II.- FUNDAMENTOS

II.1.- Introducción.

Ahora bien, antes que nada debe recordarse que en virtud de la denominada **presunción de inocencia**, mi defendido debe ser considerada una ciudadana inocente y consiguientemente las medidas de coerción que se dicten en su contra deben ser excepcionales.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez de fecha 1 de febrero de 2006, en el que sintetizó el estrecho ámbito de validez que posee la privación de libertad cautelar así como los estándares necesarios para fundar este tipo de encarcelamiento.

Dijo la CIDH en aquella oportunidad:

“La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...) **Constituye la medida mas severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente** (...) La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de la responsabilidad penal.”.



Ministerio Público de la Defensa

Asimismo debe recordarse el Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que –recogiendo y sistematizando todo lo dicho por la Corte IDH en relación al tema– se fijaron los estándares que deben verificarse a los fines de fundar el encarcelamiento preventivo. Estos son: **merito sustantivo, fin procesal, excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad y plazo razonable.**

Todos los presupuestos mencionados deben verificarse escalonadamente, ya que ante la ausencia de uno de ellos se torna innecesario analizar los restantes y deviene obligatorio para el Estado respetar la libertad del imputado.

Es necesario entonces analizar el caso que aquí nos ocupa, ello a los fines de comprobar si se cumplen los requisitos fijados para encarcelar preventivamente por la Constitución Nacional y los Tratado de Derechos Humanos incorporados a ella en las condiciones de su vigencia; en caso contrario devendrá obligatorio para S.S. excarcelar.

Cabe aclarar que los dos últimos principios tienen aplicación cuando el encarcelamiento preventivo es de larga duración, por lo tanto no serán analizados en la presente causa.

II.2.- Merito sustantivo. Primer requisito pero nunca fundamento del encarcelamiento preventivo.

Tal como se reseñó antes, el primer requisito fundamental a los fines de aniquilar el derecho de una persona a permanecer en libertad durante el proceso, es que existan elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho que se investiga. Dice la doctrina al respecto:

“Si no se determina que existe una probabilidad de participación personal del imputado en un acto delictivo, la medida de coerción personal pierde todo sustento –y la misma persecución penal–. En consecuencia, para poder privar anticipadamente de libertad al imputado, el órgano acusador estatal debe contar con elementos de prueba que indiquen que existe una gran probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible.” (Bigliani, Paola; Bovino, Alberto, Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano, Ed. Defensoría General de la Nación).

Es necesario aclarar que el mérito sustantivo es uno de los requisitos del encarcelamiento preventivo, no obstante, no puede considerarse su fundamento. El hecho de que existan pruebas suficientes como para sujetar al imputado al proceso penal, no es suficiente para dictar la prisión preventiva. Es el primer requisito pero no el único.

Por imperativo constitucional no puede equipararse el procesamiento a la prisión preventiva. Ello es consecuencia del carácter excepcional del encarcelamiento preventivo. Dice Maier al respecto:

“De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él no puede ser regulado como obligatorio...” (Maier, Julio; Derecho procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto - con cursivas en el original).

Debemos concluir entonces que **el procesamiento es necesario pero no suficiente** para imponer una medida de coerción procesal.

En el caso que nos ocupa, el **Sr. Cristian Luis Guillermo Bueno** no se encuentra procesado, es decir no existe mérito sustantivo, situación que debe acarrear su inmediata libertad. **No obstante, aun en el caso de que mi asistido fuera procesado en un futuro cercano, ello no debe llevar de forma automática a que se le imponga una detención cautelar si no se satisfacen los demás requisitos que se detallan a continuación.**



Ministerio Público de la Defensa

II.3.- Inexistencia de peligro procesal. Arraigo y situación familiar de mi asistido. Inconstitucionalidad de la escala punitiva del delito imputado.

Analizaremos ahora el siguiente requisito de la detención cautelar legítima, ello a los fines de demostrar que **no se encuentra satisfecho en la causa que aquí se examina.**

El segundo requisito que debe verificar el magistrado a fin de imponer la detención cautelar es la existencia de peligro procesal. Ello debido al fin estrictamente procesal de la prisión preventiva.

La detención cautelar no puede cimentarse en criterios sustanciales –como ser la gravedad del delito– ya que constituiría un adelanto de pena y destruiría claramente dos garantías constitucionales fundamentales: **la presunción de inocencia y la garantía de jurisdiccionalidad.** La primera de ellas dice que el imputado debe ser tratado como inocente hasta tanto no sea condenado y, la segunda expresa que sólo una sentencia condenatoria dictada por un juez competente luego de un proceso regular sirve como título válido para privar de derechos a los ciudadanos.

Es claro que no puede tomarse en cuenta para fundar la prisión preventiva, la gravedad del supuesto delito cometido o de los medios comisivos presuntamente utilizados. Dijo la Comisión IDH en el párrafo 114 del informe 35/07:

“En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como “alarma social”, “repercusión social”,

“peligrosidad” o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterio materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de culpabilidad.” (Citado por Bigliani, Paola; Bovino, Alberto, Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano, Ed. Defensoría General de la Nación – énfasis agregado).

La diferencia fundamental según Julio B. J. Maier entre la pena y la prisión preventiva, sólo puede establecerse teniendo en miras los diferentes fines que persiguen estos institutos. Dice expresamente:

“...la fuerza pública se puede utilizar durante el proceso (...) para asegurar sus propios fines. En el derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho esos fines son expresados sintéticamente mediante el recurso a las fórmulas: correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal.” (Maier, Julio; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto – énfasis agregado).

Estos principios han sido acogidos por la Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario N° 13 in re “Díaz Bessone”. Allí se resolvió como doctrina plenaria:

“...no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.”

Debe ponderarse que en el plenario citado se discutía la posibilidad de que un acusado de haber cometido delitos de lesa humanidad acceda al derecho excarcelatorio. Es irrefutable que no existe delito más grave que el



Ministerio Público de la Defensa

que allí se imputaba, sin embargo la CNCP manifestó que la sola circunstancia de una elevada amenaza de pena no era suficiente para encarcelar preventivamente.

Es por ello que deben declararse inadmisibles los dictámenes fiscales –atento a su grosera falta de fundamentos– que solicitan se aniquile el derecho de los imputados a permanecer en libertad durante el proceso, basándose únicamente en la pena conminada en abstracto para el delito imputado.

De igual manera, es importante destacar que el peligro procesal no se presume y debe ser probado por el titular de la *potentia puniendi* del Estado. El Sr. Fiscal debe probar en base a que datos objetivos –más allá de la pena amenazada en abstracto– presume que el imputado eludirá la acción de la justicia o entorpecerá la investigación.

No es posible presumir el peligro procesal, ya que esto llevaría a la aberrante consecuencia de que en determinados casos se encarcelaría preventivamente aún cuando no exista un peligro procesal concreto.

También Bigliani y Bovino se expresan decididamente en este sentido al afirmar:

“La existencia de peligro procesal es importante destacarlo, no se presume. En este punto es indispensable destacar que sea que se trate de un presunción *iure et de iure*, como de una presunción *iuris tantum*, en ambos casos se establece una presunción ilegítima y contrarias al principio de inocencia. Ello pues aún en la presunción *iuris tantum* se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado absolutamente inválida” (Bigliani, Paola; Bovino, Alberto, Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano, Ed. Defensoría General de la Nación – con cursivas en el original – énfasis agregado).

Dicen luego estos autores:

“Sólo la verificación de la presencia de algunos de estos peligros (que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación judicial), autoriza la imposición del encarcelamiento preventivo. Ningún otro fundamento puede legitimar la medida.” (Bigliani, Paola; Bovino, Alberto, Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano, Ed. Defensoría General de la Nación).

Igualmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en este sentido en el párrafo 85 del referido informe 35/07 al expresar:

“...el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. **La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito.**” (énfasis agregado).

Ahora bien, al analizar la situación del **Sr. Cristian Luis Guillermo Bueno** es indudable que **no existe peligro procesal alguno**, debido a que mi defendido cuenta con arraigo en la jurisdicción.

En este sentido debe ponderarse que el Sr. Cristian Luis Guillermo Bueno fija domicilio en Barrio 18 de noviembre, manzana 125^a, lote 10 en Libertador General San Martín, Ledesma, Provincia de Jujuy .

Estas circunstancias alejan totalmente el denominado peligro de fuga.

En consecuencia, debe concluirse que no existe peligro procesal en la causa de marras. No hay probabilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia o entorpezca la investigación.



Ministerio Público de la Defensa

II.4.1.- Excursus. Inconstitucionalidad de la escala penal establecida para el delito de tenencia con fines de comercialización.

Principios afectados.

Ahora bien, para el caso de que S.S. considere que la pena conminada en abstracto es una presunción *iure et de iure* o *iuris tantum* –presupuestos que esta defensa no consiente– de que el imputado eludirá la acción del aparato represivo, solicito se declare la inconstitucionalidad de la escala prevista para el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercio y se la reconstruya conforme las pautas del art. 44 del CP reduciendo de un tercio a la mitad la pena establecida para el comercio de estupefacientes.

En base a esta nueva escala punitiva –dos años y ocho meses como mínimo y siete años y seis meses de máximo– pido se otorgue la excarcelación conforme los parámetros objetivos previstos en los arts. 316 y 317 del CPPN.

Comenzare mi análisis expresando que el artículo 5º inciso c de la ley 23737 establece:

“Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo:

c) **Comercie** con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación **o los tenga con fines de comercialización**, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;”

La norma en crisis conmina con la misma escala punitiva dos conductas que poseen distinto contenido de injusto.

Es evidente que el tipo objetivo del delito de comercio de estupefacientes requiere de una transacción económica para ser satisfecho. En cambio, el tipo objetivo del delito de tenencia con fines de comercio se satisface con la simple detentación del tóxico.

Tampoco es igual el dolo requerido para la primera de las figuras analizadas que para la segunda, en el comercio se requiere conocimiento y voluntad de realizar transacciones económicas y de lucrar con la venta de droga. En cambio, en el delito de tenencia con fines de comercio el tipo subjetivo se colma con el conocimiento y voluntad de tener el tóxico. De ninguna manera puede concluirse que la ultrafinalidad requerida por el último de los delitos le agrega un plus de desvalor a la conducta, suficiente como para equipararla al tipo de comercio de estupefacientes.

Asimismo, debe remarcarse que en el caso de la tenencia de estupefaciente con fines de comercio nos encontramos ante un acto preparatorio de una acción de comercio o como ya se mencionó –en el mejor de los escenarios para el estado de policía– con una tentativa de comercio de estupefacientes.

La respuesta punitiva debe ser proporcional –incluso en abstracto– al grado de injusto revelado por el supuesto de hecho. Ello es imperativo en virtud de los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y de culpabilidad por el hecho.

En virtud de art. 19 de la CN solamente las acciones conflictivas pueden ser interferidas por el Estado. Esto excluye del ámbito de lo regulable por el Estado a las manifestaciones de la personalidad que no se exterioricen y a las conductas –es decir exteriorizaciones de la voluntad– que no lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Dice Magariños:

“...es evidente que el término acciones conceptualiza aquel primer límite impuesto por la filosofía de la ilustración, consistente en la exclusión del ámbito de las prohibiciones y mandatos de toda clase de actos internos, como los meros pensamientos, las intenciones,, los



Ministerio Público de la Defensa

propósitos perversos, las motivaciones o sentimientos viles, los rasgos de carácter o de personalidad...” (Magariños, Mario. Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Ed. Ad hoc. Buenos Aires 2008).

Manifiesta luego:

“...es imprescindible el complemento que al principio de acto le otorga la exigencia del carácter público que deben presentar las decisiones de voluntad exteriorizadas para ser materia de prohibición legal.

Ese segundo requisito fue consagrado por el constituyente argentino mediante la exclusión del marco legal de aquellas acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (...) La norma argentina establece así dos límites al poder estatal...” (Magariños, Mario. Ob. Cit.).

USO OFICIAL

El principio de proporcionalidad de la pena es una derivación razonada de los principios de acto y de lesividad. En base a la intensidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico deberá reaccionar el Estado. Conforme este principio, *siempre será más grave lesionar que poner en peligro* y en los casos en que el resultado requerido por el tipo sea la puesta en peligro del bien jurídico, deberá ponderarse el grado de peligro efectivamente sufrido por éste para calcular la intensidad del poder punitivo a aplicar.

El tercero de los principios mencionados, el de culpabilidad por el acto, impide que la pena rebase el grado de injusto revelado en el hecho y garantiza que el individuo sólo responderá penalmente por lo que hizo –por sus decisiones de voluntad exteriorizadas– y nunca por lo que es. El derecho penal de acto que establece nuestra Ley Fundamental es la contracara del derecho penal de autor, característico de un estado totalitario.

II.4.2.- Obligatoriedad de los principios constitucionales.

Se podría objetar que la mayor o menor intensidad de la respuesta punitiva es una decisión político criminal del legislador y que mientras éste respete el principio de legalidad, nada puede reclamarse con respecto a la materialidad de la ley.

Es aquí donde debo esforzarme a los fines de demostrar la necesaria obligatoriedad de los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad de la pena y culpabilidad por el hecho. Para ello recurriré a autores con ideas mucho más claras que las mías y sobre todo con mayor elocuencia para expresarlas. También buscare apoyo en la jurisprudencia.

Comenzare mi argumentación expresando que si bien es cierto que es el legislador quien debe fijar las conductas delictivas y sus correspondientes escalas punitivas, no por ello debemos considerar que posee un cheque en blanco para prohibir lo que le plazca y amenazar estas conductas con la pena que elija a su arbitrio, constreñido a la sola exigencia de que lo haga a través de una ley.

Bien analizada, esta hipótesis –todo vale a través de la ley– lleva incluso a la anulación del principio de legalidad como garantía. Imaginemos por ejemplo que el Congreso de la Nación decidiera prohibir el uso de traje, corbata, pelo corto y barba correctamente afeitada –para no acusar de conservadores a nuestros legisladores imaginarios– y lo hiciera a través de una ley cuyo procedimiento sea inobjetable. Es evidente que esta prohibición no podría ser tolerada y que la norma que la instituye debería declararse inconstitucional.

Es aquí donde cobra importancia –a los fines de reforzar y permitir la operatividad del principio de legalidad– la garantía que prohíbe la criminalización primaria de acciones inocuas y que se denomina comúnmente principio de lesividad.



Ministerio Público de la Defensa

Esta garantía, como se explico antes, emerge de la primera parte del art. 19 de la CN que establece:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo *ofendan* al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.” (Énfasis agregado).

En este orden de ideas, solamente las acciones –exteriorizaciones de la voluntad– que *ofendan* pueden ser castigadas por el Estado. Los pensamientos y las acciones inocuas e incluso las autodegradantes, no pueden ser interferidas por ninguna de las agencias estatales.

Apoya mi argumentación el dictamen de fecha 11 de mayo de 2012 del Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, Javier Augusto De Luca, en la causa N° 15.723 “Machado, Aníbal Ismael s/ recurso de casación” en el que expresó:

“El principio de legalidad (art. 18 y último párrafo del art. 19, CN) es un requisito necesario pero no suficiente en nuestro sistema constitucional. *En efecto, el artículo 19 CN tiene dos partes, y no debe olvidarse que la primera es la que exige cómo debe ser esa ley. De lo contrario, la segunda, que es el complemento del principio de legalidad, sería una mera tautología al no explicar qué es “lo que” puede prohibirse o mandarse a hacer por esa ley.* De acuerdo a esta exigencia del artículo 19 CN la ley sólo puede autorizar injerencias en los derechos de las personas cuando se trate de acciones que ofenden de algún modo el orden y la moral pública o perjudican a terceros. No las que meramente los afectan, perturban o incomodan, sino que los perjudican.” (Énfasis agregado).

No caben dudas entonces, de que sólo las acciones ofensivas pueden ser prohibidas a través de la ley y de que sí el legislador quisiera prohibir acciones inocuas –más allá de que lo haga por ley– esto le está

vedado en virtud del art. 19 de la Ley Fundamental. Así lo expreso el Dr. Zaffaroni en el precedente “Branchessi” de la CSJN:

“...cabe principiar el estudio del caso relevando el contenido del límite impuesto al ejercicio del poder punitivo por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, *en cuanto cristaliza el conocido principio de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico (nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria), según el cual las leyes penales se encuentran condicionadas por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos.* Por lo tanto, a partir de esta opción constitucional, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto caracterizado esencialmente por la significativa afectación –ya sea por lesión o por peligro concreto– de un bien jurídico” (Énfasis agregado).

Ahora bien, explicada la vigencia constitucional del principio de lesividad, debemos ocuparnos ahora de uno de sus derivados lógicos: el principio de proporcionalidad.

Sí sólo las acciones lesivas pueden ser objeto de criminalización primaria, es obvio que la intensidad de la lesión también debe ser tenida en cuenta a la hora de fijar la respuesta punitiva. De nada serviría que el legislador respete el principio de lesividad pero imponga la misma pena para todos los actos que considera ofensivos.

Imaginemos ahora que nuestros legisladores –siempre respetando el principio de legalidad– decidieran penar con la misma escala punitiva el robo y el homicidio.

En este supuesto –no del todo imaginario si nos remontamos un poco hacia el pasado– tampoco se discutiría la posibilidad de declarar inconstitucional la norma, como hecho lo hizo nuestra Corte Suprema en el precedente “Martínez”. Dijo allí la CSJN en el considerando 11:

“Que, en tal sentido, la norma cuestionada ha tenido como resultado que el acusado se le haya aplicado una sanción penal que parte de una mínima que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a



Ministerio Público de la Defensa

igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles (art. 166 cit.), sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple (art. 79, Cód. Penal), debiéndose tomar en cuenta la jerarquía del bien jurídico protegido en este último caso, ya que la vida humana constituye una condición necesaria para el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y las leyes. *Tales circunstancias ponen de relieve 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* (ver en sentido coincidente el fallo de la Corte Suprema estadounidense "in re": "Solem vs. Helm", 463 U. S. 277, L. ed. 2d. 637 y sus citas)." (Énfasis agregado)

Sí la efectiva posibilidad de lesión o el peligro concreto para el bien jurídico es un límite infranqueable para el legislador a la hora de crear tipos penales, también debe funcionar como una guía vinculante a la hora de establecer la consecuencia jurídica de las conductas disvaliosas.

En base a este principio la tentativa –peligro para el bien jurídico– debe pensarse con menos intensidad que el delito consumado –lesión del bien jurídico–. Esto es una exigencia del art. 19 de la CN y de los fundamentos del derecho penal liberal. Dice Nino al respecto:

“Los autores se han sentido perplejos al tratar de señalar la razón para penar mas levemente la tentativa que el delito consumado, ya que las actitudes subjetivas del agente pueden ser idénticas en ambos casos. Las dudas difundidas sobre este tema revelan con que profundidad las ideas perfeccionistas se han infiltrado en el pensamiento jurídico, a pesar de la explícita profesión de fe liberal por parte de los juristas. Según el enfoque liberal del derecho penal (...) *solo el daño o peligro a ciertos bienes, intereses o derechos protegidos pueden servir de fundamento para imponer una pena.*” (Nino, Carlos Santiago. Los límites de la responsabilidad penal. Ed. Astrea. Buenos Aires 1980).

También Alberto Binder se expresa en esta dirección:

“El conjunto de límites a la imputación de riesgos se hallan agrupados en los *tipos de tentativa*. Esta primera separación, entre delitos consumados que producen resultados (daños) y delitos tentados que producen riesgos, es importante porque dado que la acción que será castigada debe ser valorada exclusivamente en el marco del hecho seleccionado, *no será lo mismo un riesgo que un resultado (como veremos luego) y por tal razón el castigo de la tentativa deberá ser siempre menor (proporcionalidad)*, por más que los sistemas de imputación prefieran técnicas de anticipación para ser más eficaces, pero ya hemos visto que esa eficacia implica tendencias hacia la interioridad que son propias de la política criminal de autor. *La tentativa deberá ser siempre una forma menor de punición.*” (Binder, Alberto: Principios de derecho penal. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires 2004 – cursivas en el original).

Asimismo, en el caso de que el legislador decida punir un acto de tentativa como delito autónomo, debe imponer una respuesta punitiva menos intensa que la prevista para el delito consumado que sirve de referencia. Esto más allá de estar obligado a respetar siempre el límite impuesto por el principio de lesividad que le impide penar un acto preparatorio.

En consecuencia, siempre la pena –en abstracto y en concreto– deberá guardar proporción con el grado de injusto revelado por la acción o por el supuesto de hecho tipificado y con la afectación –por lesión o peligro– e importancia del bien jurídico.

Escribe Magariños en su tesis doctoral:

“A su vez, si sólo puede tratarse de reprochabilidad por decisiones de acción exteriorizadas e ilícitas, *el ámbito del reproche no puede ser mayor que el de la gravedad del acto, de lo contrario, se vería desmaterializada la limitación constitucional de integrar las prohibiciones penales con elementos*



Ministerio Público de la Defensa

ajenos a la ejecución del comportamiento lesivo de intereses sociales.”
(Magariños, Mario. Ob. Cit. – énfasis agregado).

La CSJN ha recogido el principio de proporcionalidad en el considerando 19 del precedente “Gramajo” al expresar:

“Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito – impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela –, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

Que la vida humana resulta más valiosa que la propiedad es un dato que parte de la propia Constitución Nacional, pero la expresión penal de ello debe concretarse estableciendo una pena más elevada respecto del delito de homicidio que aquella fijada con relación al hurto o al robo.” (Énfasis agregado).

Este principio se materializa en dos momentos distintos. El primero de ellos ocurre cuando el legislador decide criminalizar una conducta. En este supuesto, la respuesta punitiva en abstracto deberá ser proporcional al grado de injusto del supuesto de hecho y a la importancia del bien jurídico. Pero el principio no agota allí su capacidad de rendimiento, también debe tenérselo en cuenta al momento de imponer una pena en concreto, la que deberá ser proporcional –dentro de las escala– al grado de injusto de la acción desplegada.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una violación del principio de proporcionalidad al momento de operarse la criminalización primaria. Es decir, se trata de un yerro del legislador

que la jurisdicción debe corregir a través del control de constitucionalidad.

En este punto corresponde traer a colación el reciente fallo de la Sala II de la CNCP “Ortuño Saavedra” de fecha 18 de mayo de 2012 en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 872 del código aduanero, el que equiparaba, en cuanto a respuesta punitiva, la tentativa de contrabando con éste mismo delito consumado. Dijeron allí los Dres. Ledesma y Slokar:

“El armónico juego de ellos [se refieren a los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad por el hecho], preceptos propios de un Estado Democrático de Derecho, no permite otra salida que establecer una diferencia entre la acción de contrabando consumada de la que queda en grado de conato. En este último caso, claramente la acción no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que aquél que logró la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero. *Es que, no se puede desconocer que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación y esto no puede generar la misma respuesta punitiva.*”

Por último y para demostrar que la hipótesis planteada no sólo cumple con el requisito de ser interesante sino que además es posible –invirtiendo de esta manera el apotegma borgeano de “La muerte y la Brújula”–, a continuación citare fallos del Tribunal Constitucional Alemán que ha receptado y otorgado jerarquía constitucional al principio de proporcionalidad:

“El principio del estado de derecho es uno de las más elementales principios de la Ley Fundamental. Dentro de él se encuentra no solamente la seguridad jurídica sino también la justicia material. *La idea de la justicia requiere que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica estén en una proporción recíproca...*” (BVerfG 20, pág. 323. Citado por Bacigalupo, Enrique en principios constitucionales de derecho penal. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 1999).



Ministerio Público de la Defensa

Dijo en otra oportunidad el Tribunal Constitucional Alemán, que a los fines de satisfacer los requisitos de la justicia material, al autor debía aplicársele:

“...una pena justa, que tenga en cuenta el principio de proporcionalidad.”
(BVerfG 28, pág. 386. Citado por Bacigalupo, Enrique en principios constitucionales de derecho penal. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 1999)

De la misma forma, el autor a través del que conocemos los fallos del guardián de la Ley Fundamental alemana, reseña el ordenamiento constitucional español y concluye que el principio de proporcionalidad posee la máxima jerarquía normativa:

“Por último, la “proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido” encuentra protección constitucional en el art. 15 de la Constitución. La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente un principio de proporcionalidad: Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir no degradante.”
(Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit.)

Agrega seguidamente:

“El art. 15 [este artículo abre la sección I de la CE titulada: de los derechos fundamentales y las libertades públicas] *exige también la proporcionalidad de la pena abstractamente amenazada*, cuestión contra la que cabrían el recurso de inconstitucionalidad (art. 31 de la LOTC) y la cuestión de inconstitucionalidad promovida judicialmente (art. 35 de la LOCT).
(Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit.)

De esta manera, al tomar la magnitud del injusto tipificado en el supuesto de hecho y el bien jurídico como principal indicador para establecer las escalas punitivas –y para aplicar pena en concreto–, se fija un parámetro objetivo a los fines de mensurar la respuesta

punitiva. Como contrapartida, se impide que el poder punitivo se aplique en base a tendencias internas del autor y que se castigue con más fuerza, no a aquel que ha realizado un injusto mayor, sino a quien se lo considera enemigo del sistema en base al plan de vida que ha elegido. Cobra entonces importancia el principio de *culpabilidad por el hecho* que analizaremos a continuación.

En base a este principio, la cantidad de poder punitivo a aplicar –en abstracto al fijar las escalas penales y en concreto al determinar judicialmente la pena– debe apoyarse exclusivamente en la importancia del bien jurídico, en la magnitud del injusto revelada en el supuesto de hecho o en la acción concreta desplegada pero nunca en la personalidad o plan de vida del autor. En el ya citado precedente “Gramajo” dijo la CSJN de manera contundente:

“Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, *no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido*. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo.

En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, *la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad –sobrehumana– de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.*”

Este principio impide que una conducta sea penada con más intensidad o amenazada con una pena mayor en base al desarrollo del plan de vida del autor o a elementos internos no exteriorizados.



Ministerio Público de la Defensa

Creo haber argumentado lo suficiente con relación a la obligatoria observancia por parte del legislador de los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad por el hecho.

Ahora bien, inobservados estos principios al realizar el proceso de criminalización primaria no queda otro remedio que la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

En el caso que nos ocupa se debe declarar la inconstitucionalidad de la respuesta punitiva prevista para la tenencia de estupefacientes con fines de comercio y reconstruir la consecuencia jurídica aplicando la reducción prevista en el art. 44 del código penal para el supuesto de tentativa.

Esta solución es imperativa porque –en el mejor de los supuestos para el estado de policía– el tipo en análisis representa, desde el punto de vista del tipo objetivo y subjetivo, un intento de comercio de estupefacientes.

II.4.3.- Necesidad de respetar la realidad. Datos ópticos

Ahora bien, a riesgo de extenderme en demasía y fatigar la atención de S.S. debo hacerme cargo de otra posible réplica al planteo que estoy desarrollando.

Se podría objetar que la tenencia con fines de comercialización no es una tentativa del delito de comercio de estupefacientes justamente porque el legislador la tipificó como un delito autónomo.

Si bien el desarrollo anterior es suficiente para refutar este argumento debido a la imposibilidad del legislador de tipificar conductas al margen de los principios constitucionales ya explicados,

considero necesario realizar algunas reflexiones acerca de la relación entre derecho y realidad.

Sin caer en la denominada falacia naturalista –del ser no puede derivarse el deber ser– y sin adherir a postulados iusnaturalistas, considero que el legislador debe respetar la realidad al crear los tipos delictivos. En este sentido, no puede valorar como un delito consumado –a los fines de la respuesta punitiva– lo que en el plano de la realidad es claramente un conato. Solamente un normativismo exacerbado y claramente inconstitucional por destruir el principio de racionalidad republicana puede permitir al legislador la negación de la realidad a través de las normas. Enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar:

“El mundo existe, aunque a veces moleste. La construcción de conceptos jurídicos en función política no puede ignorarlo, so pena de caer en una doble contradicción: (a) cualquier concepto que se construya en función de objetivos político-criminales debe aspirar a que estos se realicen en la realidad social. Representa una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad.” (Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar. Buenos Aires 2002).

Este realismo jurídico impone un claro límite a las potestades del legislador y lo obliga a respetar los datos ónticos al momento de crear los tipos penales. Dicen los autores ya citados:

“Dado que cualquier disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos.

No sólo nada impide que el derecho penal proceda de modo análogo, sino que no podría hacerlo de otro modo aunque quisiera, porque caería en la ilusión o en la alucinación (...).

Cuando una disciplina cuyos conceptos están siempre referidos al poder se atribuye la potestad creativa del mundo sobre el que debe



Ministerio Público de la Defensa

incidir, termina en un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político y, lo que suele ser más grave, ignorando incluso esa función negativa real. (Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Ob. Cit.).

En base a estas consideraciones –además de las expuestas en el acápite anterior– es imposible tolerar que el legislador desconozca la realidad y pretenda penar con la misma intensidad un delito tentado y otro consumado a través del embuste normativo de tipificar al primero como delito autónomo e independiente del segundo. Es clara la CSJN en el precedente “Gramajo” si bien refiriéndose a la reclusión por tiempo indeterminado pero desarrollando el razonamiento que intento explicar:

USO OFICIAL

“Que por otra parte, carece de trascendencia el *nomen juris* con que el legislador pudiera nominar una pena, puesto que aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación "medida de seguridad", no por ello perdería su naturaleza de "pena" y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional. Ni el legislador ordinario –y menos aún la doctrina o la jurisprudencia– pueden, por una mera decisión arbitraria, cambiar la denominación "pena" inventando una pretendida categoría penal contraria a la Constitución...”

Por lo tanto, no es posible argumentar que el legislador es libre de conminar con la misma escala punitiva todo el *iter criminis* de un delito a través del recurso de tipificar el comienzo de ejecución del ilícito como un delito autónomo e independiente de la posterior consumación.

Recurriré aquí nuevamente a Mario Magariños quien en su tesis doctoral sobre el principio constitucional de acto escribe con relación

a las finalidades o tendencias internas como circunstancias agravantes de la pena:

“En esa clase de estructuras normativas, el juicio de legitimidad dependerá entonces, en primer lugar, de que la 'finalidad trascendente' se encuentre referida a un comportamiento que por si mismo resulte típico. En segundo lugar la aplicación de la agravante, no se halla determinada por el mero fin de realizar esa otra conducta típica, sino por la exteriorización de una nueva decisión de acción que, a su vez, resulta ya (comienzo de ejecución de otro delito) socialmente perturbadora en relación con otro bien jurídico o con otro objeto de la acción. *Además, una hermenéutica tendente a legitimar esa clase de normas reclama que la sanción establecida por el legislador guarde proporcionalidad con la gravedad de las exteriorizaciones tipificadas de ese modo, pues aun cuando se trate de computar en una única norma el doble accionar ilícito, la escala no debe superar aquella proporción.*” (Magariños, Mario. Ob. Cit. – énfasis agregado).

II.4.4.- Acerca de la escala aplicable

Ahora bien, he demostrado que la respuesta punitiva prevista por el artículo 5 inciso “c” de la ley 23737 para el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización conculca los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad por el hecho. Asimismo se ha explicado porque no puede permitirse que el legislador manipule la realidad a su antojo e impongo idénticas respuestas punitivas para conductas objetivamente distintas.

Corresponde entonces declarar la inconstitucionalidad de la consecuencia jurídica prevista para la tenencia con fines de comercialización y reconstruir la respuesta punitiva a través de la reducción establecida en el art. 44 del código de fondo.

La reducción de un tercio a la mitad debe practicarse sobre la pena prevista para el delito de comercio de estupefacientes –de cuatro a quince años–. Esta solución se impone debido a que el delito analizado –desde el



Ministerio Público de la Defensa

punto de vista óptico y normativo— se trata de un intento de comercio de estupefacientes. Esto, como lo dijimos antes, en el mejor de los escenarios para el estado de policía.

El art. 44 del CP expresa:

“La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.”

Si bien la CNCP en el plenario Vilariño expresó que la reducción prevista en el artículo citado debía realizarse disminuyendo un tercio del máximo y la mitad del mínimo, no puedo dejar de remarcar que el plenario fue emitido en fecha 21 de abril de 1994, es decir, antes de la última reforma constitucional —el 23 de agosto de 1994 se juró en Santa Fe la Constitución reformada— que incorporó, con jerarquía constitucional, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Uno de las principales consecuencia de la ampliación del bloque de constitucionalidad fue la recepción del principio *pro homine*, el que determina que entre varias posibles interpretaciones jurídicas de una norma debe estarse por la que más derechos reconozca al ciudadano frente al Estado.

Dicen autores ya citados:

“El principio *pro homine* es propio del derecho internacional de los derechos humanos e impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate.” (Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Ob. Cit.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió expresamente el citado principio en su jurisprudencia. Dijo el Alto Tribunal en el precedente “Acosta”:

“...el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.”

Con apoyo en este principio es que debe realizarse la reducción prevista en el art. 44 del CP. Debe reducirse entonces un tercio del mínimo y la mitad del máximo. Si la escala del delito de base es de cuatro a quince años, luego de operada la reducción, el máximo de la escala será de siete años y seis meses y el mínimo quedara en dos años y ocho meses.

El máximo de la escala es menor a ocho años y el mínimo permite la condena de ejecución condicional. La escala punitiva satisface los requisitos objetivos establecidos en los arts. 316 y 317 para conceder la excarcelación. Dice la doctrina al respecto:

“Conforme la remisión que practica la norma, la excarcelación de un imputado procederá si pudiere corresponderle por el o los hechos que se le endilgan, una pena no superior a ocho años de prisión. *En tal caso su soltura será viable sin condicionamiento o restricción alguna...*” (Navarro, Guillermo; Daray, Roberto; Código Procesal Penal de la Nación; Ed. Hammurabi - énfasis agregado)

No puede obviarse que uno de los principales argumentos de S.S. y del titular de la acción pública para denegar el derecho de mi asistido a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso fue la magnitud de la pena amenazada en abstracto. Pues bien, ese obstáculo ha



Ministerio Público de la Defensa

desaparecido y la excarcelación deviene obligatoria conforme parámetros objetivos, mas allá de la inexistencia de peligro procesal.

Por lo tanto S.S. debe excarcelar al **Sr. Cristian Luis Guillermo Bueno** de forma inmediata.

II.5.- Excepcionalidad. Existencia de otros medios menos lesivos para los derechos del imputado:

El tercer principio que debe analizarse es el de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo. Según éste, el juez debe agotar en forma previa los medios menos lesivos para el imputado a los fines de evitar que éste eluda el accionar de la justicia o entorpezca la investigación. Dice la doctrina al respecto:

“La principal consecuencia que deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a casos en los que no existe posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera.” (Bigliani, Paola; Bovino, Alberto, Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano, Ed. Defensoría General de la Nación).

En este sentido se han dictado las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) las cuales expresan que para que pueda dictarse una medida de coerción personal, ésta debe ser el único medio que asegure los fines del proceso, es decir no debe poder lograrse ese objetivo con medidas menos lesivas.

Dicen expresamente las Reglas de Tokio en relación al encarcelamiento cautelar:

“En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso (...)

Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible (...) deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.”

La ley procesal nacional, recepta este principio y otorga una amplia variedad de cauciones a los fines de conjurar el peligro procesal. Estas cauciones deben ser impuestas –en el caso de las reales, siempre que puedan ser afrontadas por el acusado, ya que sería una canallada que éste deje de satisfacer sus necesidades básicas o las de su familia para no estar detenido– en forma previa al encarcelamiento preventivo. Además, cabe remarcar que corresponde al juzgador demostrar la inocuidad de las cauciones a los fines de legitimar el encierro cautelar.

Es evidente que estas cauciones –como cualquier otra cautelar– solo pueden imponerse ante la preexistencia de merito sustantivo y de peligro procesal. Es decir que, únicamente, ante la existencia de merito sustantivo y peligro procesal, puede el juez sujetar al imputado mediante una caución juratoria o real.

Por lo tanto, en caso de que S.S. considere comprobada la existencia de merito sustantivo y de peligro procesal en el caso que aquí se discute –cuestión que esta defensa rechaza enérgicamente en virtud de lo ya expresado– debe primero agotar los medios menos lesivos para el imputado a los fines de conjurar el peligro de daño jurídico.

Asimismo en base a este principio debe imponerse primero la caución menos lesiva, esta es, la juratoria, luego una vez que se demuestre la inutilidad de esta –cuestión que corresponde en todos los casos al fiscal– puede imponerse la caución real, siempre y cuando el acusado pueda afrontarla. Es coincidente la doctrina con lo antes expuesto al expresar:



Ministerio Público de la Defensa

“La caución real es aplicable únicamente cuando se demuestra la insuficiencia de las otras cauciones para garantizar la comparecencia del imputado (...) debe ser aplicada restrictivamente y con prudencia (...) cuando la prolongación de la privación de libertad demuestre que es imposible para el imputado satisfacer la caución, se atenuara su monto o eventualmente se la podrá sustituir por juratoria...” (Navarro, Guillermo; Daray, Roberto; Código Procesal Penal de la Nación; Ed. Hammurabi – énfasis agregado).

Del mismo modo, S.S. puede imponer otras medidas, como presentarse periódicamente en el juzgado a su cargo, no concurrir a determinados lugares, evitar el contacto con determinadas personas, etc., la lista es simplemente enunciativa. Como se dijo antes, corresponde siempre al juez probar la inhabilidad de estas medidas.

Ahora bien, analizado el expediente de referencia emerge claramente que S.S. aplicó automáticamente el encierro cautelar. Lo que es mas grave aún, no fundó la necesidad de encarcelar, es decir, no explicito porque consideraba que las otras cautelares disponibles eran inocuas para sujetar a la imputada al proceso.

Esta circunstancia vuelve arbitraria la privación de libertad que viene sufriendo mi defendido, por lo que deviene obligatorio excarcelarla a los fines de hacer cesar esta ilegal situación.

En tal sentido pido que se conceda la excarcelación solicitada bajo caución juratoria.

II.6.- Conclusiones:

Es evidente que en el caso que nos ocupa no se satisface ninguno de los estándares fijados por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella para justificar el encierro cautelar.

Esta situación es en extremo grave, ello debido a que el bien jurídico afectado es de imposible reparación ulterior. Por estas razones debe ser prontamente reparada, ordenándose la inmediata libertad de mi defendido hasta tanto se decida definitivamente su situación procesal.

III.- CUESTIÓN FEDERAL

En este caso se intenta hacer efectivo el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, amparado por la garantía de jurisdiccionalidad de las penas y por la presunción de inocencia, ambas de raigambre constitucional y contenidas en los arts. 18 y 75 inciso 22 de la CN así como en los arts. 7 y 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y arts. 10 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, se impugna la validez de una norma por ser contraria a los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad por el hecho previstos por los arts. 19 y 75 inciso 22 de la CN; art. 5.2 de la CADH y art. 7 del PIDCP.

Por lo tanto, para el caso de obtener una resolución negativa, dejo planteada la cuestión federal directa.

IV.- PETITORIO:

Por lo antes expuesto solicito que:

1.- Tenga por solicitada la excarcelación de mi asistido.

2.- Para el caso de que S.S. considere una presunción iuris tantum el monto de pena amenazado en abstracto para el delito imputado, se declare la inconstitucionalidad de la respuesta punitiva prevista por el art. 5º inciso “c” de la ley 23737 para el delito de tenencia con fines de comercialización y se recomponga aquella mediante la aplicación de las reglas de la tentativa del art.



Ministerio Público de la Defensa

44 del CP. Ello por tratarse el ilícito mencionado en primer termino de un conato de comercio de estupefacientes.

3.- Se haga lugar a la excarcelación pedida y se ordene la inmediata libertad de mi asistido.

4.- Se tenga presente la reserva del caso federal

Proveer en conformidad, ES DERECHO.

DEFENSORIA, 30 de julio de 2012.

USO OFICIAL