

San Miguel de Tucumán, **19 de Febrero** de 2015.-

Y VISTO: La medida cautelar solicitada por el Ministro Fiscal -en representación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa- en el presente juicio caratulado “*Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa vs. Provincia de Tucumán s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad*”; y

84/2015

CONSIDERANDO:

Que el Ministro Fiscal -en representación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa e invocando el ejercicio de las potestades atribuidas por el art. 94, inc. 15, de la Ley N° 6.238 reformado por la Ley N° 8.735- interpone acción de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 89 y 90 del Código Procesal Constitucional, pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Provincial N° 8.664.

En su demanda, la parte actora señala que la “legislación, llamada vulgarmente ley de desfederalización de ciertos tipos de delitos, que ha previsto que las provincias y ciudad autónoma de Buenos Aires que mediante ley de adhesión opten por asumir su competencia cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor, cuando así asume la Provincia, genera inicialmente lesión a la garantía constitucional de debido proceso adjetivo, con sus incidencias en la garantía de juez natural, ya que, en razón de la materia, el mismo hecho está sometido de manera confusa y sinuosa, tanto a la justicia federal como a la justicia ordinaria. Como consecuencia de ello, la competencia en razón de la materia se torna negociable y se asume según ley de adhesión provincial, según que la provincia la admita o no”.

A su vez, sostiene que el dictado la Ley N° 8.664 quebranta los arts. 1°, 121°, 126° y 128° de la C.N. atento a que “1°. La competencia material se asigna por norma constitucional o norma legal y no puede ni debe admitir duda alguna. 2°. El conocimiento de las causas relativas a drogadicción y narcotráfico se ha asignado a la justicia federal en razón de que están comprometidos objetivos superiores de la Nación que afecta a la seguridad nacional. 3°. La ley 8664 viola el principio rector que establece que la competencia en razón de la materia es una cuestión que se regula en normas

constitucionales o legales, es de orden público, es cierta y determinada y no es disponible, ni prorrogable, ni delegable”. A partir de allí concluyó que “...el sistema provincial surgido a partir de la decisión política de admitir la competencia material para cierto tipo de delitos de tenencia y comercialización de droga materializado con la sanción y promulgación de la ley 8664 merece reproches constitucionales por cuanto afectan los artículos 1, 31, 75 inc. 32, 116, 121, 126, 128, Constitución Nacional y arts. 1, 14, 101. 7, 122 de la Constitución Provincial y normas de competencia material de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Tucumán y del Código Procesal Penal de Tucumán”.

Desarrollando sus posturas, la parte actora afirma que “Si bien, la estructura judicial de la Nación se conforma con los tribunales locales, propios de las provincias destinados a juzgar los hechos allí ocurridos y los tribunales federales con asiento en cada provincia con jurisdicción en materias que por su naturaleza corresponde al gobierno nacional, puede verse que en la dinámica prevista en la ley 26052, aunque se haya pretendido resguardar el principio constitucional con la expresión legal de la ley 8664 que en el art. 4° dice 'La presente Ley comenzará a regir el día 1 de marzo de 2015 y se aplicará a los delitos cometidos a partir de esa fecha' la mutación de competencia y, por ende de reglas procesales diferentes según el diseño o esquema procesal de investigación penal de los diferentes códigos procesales nacional o provincial que deba aplicarse, afecta de manera inmediata la garantía de juez natural y debido proceso”, por lo que infiere que estos cuestionamientos justifican la declaración de inconstitucionalidad que reclama.

En otro orden, la actora resalta que “El art. 5 de la ley 26052 establece un sistema de transferencias proporcionales a las jurisdicciones provinciales o a la Ciudad Autónoma de Bs. As. que adhieran y que así lo requieran de los créditos presupuestarios de la Administración Pública Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial de la Nación correspondientes a fuerzas de seguridad, servicio penitenciario y prestación de justicia con el objeto de garantizar la ejecución de la presente ley. El informe del Ministerio Público de la Nación da cuenta que dicha transferencia jamás se materializó”, por lo que sostiene que dichas circunstancias tornan inconstitucional la aplicación de la norma cuestionada.

A su vez, aclara que si bien de conformidad con el art. 101 inc. 7°) de la Constitución Provincial el Gobernador debe presentar a la Legislatura el Presupuesto de Gastos y Recursos de la Provincia el treinta y uno de octubre de cada año, hasta el momento no existe previsión dentro del presupuestario provincial.

En la misma lógica de cuestionar las razones que justificaron el proceso de “desfederalización”, aporta datos estadísticos que demostrarían la inconveniencia de la transferencia de la competencia en cuestión, e invoca la existencia de diversos proyectos de ley que persiguen derogar las normas sobre las cuales se sostiene la desfederalización. En

ese marco, expresa que en la Provincia de Buenos Aires se presentaron en sede de su Legislatura, proyectos de derogación de la ley provincial n° 13.392. Resalta que otro tanto ocurre en la Provincia de Entre Ríos, que también adhirió a la ley 26.052 y aclara que, en el Congreso de la Nación, también existen proyectos de ley que proponen derogar la Ley nacional n° 26.052 (denominada Ley de “narcomenudeo”).

Explica la actora que la competencia federal ha sido dispuesta por el Congreso de la Nación en razón de estar comprometidos dos bienes jurídicos que afectan los intereses superiores de la Nación y de la Humanidad, refiriéndose a la salud pública y la seguridad nacional.

Por otro lado, la actora sostiene que la distinción de los tipos penales que podrían ser competencia de la jurisdicción provincial a raíz de la norma cuestionada, no han perdido su categoría dentro de lo que la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes ha previsto como “tráfico ilícito” y, a pesar de ello, a través de la Ley N° 26.052 se generó una distinción en las conductas previstas como punibles, forzando de una manera absurda el concepto de comercialización de la sustancia, entendiendo que el tipo penal sería solamente cuando se realiza como conducta habitual. A partir de allí, la actora afirma que la ley n° 8.664, al haber adherido a la normativa nacional y admitido la parcialización de la competencia, ha lesionado la Convención al apartarse del concepto de “tráfico ilícito” en materia de estupefacientes, cuando los términos del Tratado Internacional deben ser resguardados. Esa omisión y apartamiento, en la inteligencia de la actora, generan lesión al sistema constitucional de supremacía de los tratados internacionales como ley de la Nación y al sistema convencional de validez de los Tratados.

A modo de síntesis final, la actora expresa que “La declaración de inconstitucionalidad requerida a V. E. se enrola en las atribuciones conferidas por los arts. 14 y 122 de la Constitución Provincial, en el marco procesal constitucional de los arts. 4°, 89 y 90 del Código Procesal Constitucional y atiende las siguientes razones: 1.-La adhesión a un sistema complejo de fijación de competencias que presenta numerosas excepciones, condiciones y términos ambiguos, deja librada la decisión sobre ello a la subjetividad del juzgador, cuando la competencia material es indelegable, improrrogable y está reglada exclusivamente por norma jurídica que la determina previamente de modo tal que ante la aparición de un conflicto de competencia jurisdiccional, el mismo ha de dilucidarse con la simple aplicación de la ley y ello no ocurrirá en caso de aplicarse la ley 8664. 2.- La admisión de competencia material a través del mecanismo peculiar de adhesión voluntaria de la Provincia lesiona los arts. 75, 99, 116, 121, 126 y 128 de la Constitución Nacional y el art. 1 y art. 122 Constitución Provincial y de las normas de los arts. 37, 64 y 100, LOPJ, referente al fuero penal y al Ministerio Público Fiscal y del art. 28 del Código Procesal

Penal de Tucumán. 3.- La norma genérica de asignación presupuestaria de la ley 8664 y la ausencia concreta de la materia en la ley de presupuestos de 2015 afecta el ejercicio de la función jurisdiccional del fuero penal del Poder Judicial de Tucumán y de actuación del Ministerio Público (art. 122 Constitución Provincial y las normas de los arts. 37, 64 y 100, LOPJ, referente al fuero penal y al Ministerio Público Fiscal y del art. 28 del Código Procesal Penal de Tucumán). 4.- Por lo dicho en el punto precedente, la ley 8664 no supera el control de razonabilidad a lo que se suma que en momentos en que las provincias adheridas claman por derogar el sistema provincial de cada una de ellas (Buenos Aires, entre Ríos) y en el orden nacional se presentan proyectos de derogación de la ley 26052, la provincia de Tucumán desacertadamente ha sancionado y promulgado la ley 8664 y pretende inminentemente su aplicación. 5.- La Ley 8664 lesiona normas de Tratados Internacionales quebrantando el art. 31 de la Constitución Nacional y asimismo genera lesión al control de convencionalidad que procura la defensa de los derechos humanos como una garantía a nivel mundial, a controlarse en el derecho interno y por sus autoridades. 6.- La ley 8664 afecta la garantía constitucional de que los gobernadores son agentes naturales del gobierno federal en el sentido de resguardar la supremacía de la Constitución Nacional. Por ende una adhesión a la ley 26052 implica una renuncia al resguardo de la Norma Fundamental”.

En ese marco, la parte actora recuerda que la Ley N° 8.664 dispone que “comenzará a regir el día 1 de Marzo de 2015 y se aplicará a los delitos cometidos a partir de esa fecha” (conf. art. 4 de la Ley N° 8.664). Frente a ello, la actora solicita el dictado de una “medida cautelar de abstención de aplicar la ley” a fin de que se suspenda la implementación de la transferencia de competencias que pretende instituir la ley n° 8.664, hasta tanto se resuelva la cuestión planteada en la presente causa, en tanto interpreta que “La imposición de la Ley 8664 en un breve e inmediato tiempo genera numerosos inconvenientes en sedes de los órganos del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa de Tucumán y de los Tribunales Penales de la Provincia no sólo por la inconstitucionalidad de la norma respecto a la competencia material de dichos órganos sino por la falta de adecuación institucional y presupuestaria de los mismos para el cumplimiento de la ley, que afectaría gravemente el sistema de justicia”.

Pasados los autos a despacho para resolver la medida cautelar peticionada mediante providencia de fecha 19 de febrero de 2015, corresponde pronunciarse sobre la cuestión.

Corresponde recordar que la Ley Nacional N° 20.771 del año 1974 dictó una legislación especial relativa a estupefacientes. En cuanto a la competencia, el art. 11 de la

referida ley especificó que los delitos previstos y penados por esa ley eran de jurisdicción federal. Por su parte, la Ley N° 23.737 estableció también la competencia federal.

En ese estado se dictó la Ley N° 26.052 cuyo art. 5° dispuso un sistema de transferencias proporcionales, a las jurisdicciones (provinciales o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que adhieran y que así lo requieran, de los créditos presupuestarios de la Administración Pública Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial de la Nación correspondientes a fuerzas de seguridad, servicio penitenciario y prestación de justicia con el objeto de garantizar la ejecución de la presente ley.

A principios del año 2014 la Provincia de Tucumán dictó la Ley N° 8.664, por la cual se adhirió a las disposiciones del art. 34 y concordantes de la Ley Nacional N° 23.737 y sus modificatorias, en los términos, condiciones y alcances previstos por la Ley Nacional n° 26.052.

A su vez, en el art. 2° de la Ley N° 8.664 se dispone que “El Poder Ejecutivo Provincial requerirá las transferencias de los créditos presupuestarios de la Administración Pública Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial de la Nación, correspondientes a fuerzas de seguridad, servicio penitenciario y prestación de justicia, de acuerdo a lo previsto por el Artículo 5° de la Ley Nacional N° 26.052. Hasta tanto se efectivicen las transferencias de los créditos enunciados precedentemente, el Poder Ejecutivo Provincial efectuará las adecuaciones presupuestarias necesarias a los fines de la implementación de las disposiciones de la presente Ley”.

La Ley N° 8.664 también dispuso que “comenzará a regir el día 1 de Marzo de 2015 y se aplicará a los delitos cometidos a partir de esa fecha” (art. 4 de la Ley N° 8.664), sin perjuicio de que “El Poder Ejecutivo quedará facultado para prorrogar el plazo de implementación fijado en el Artículo 4°” (art. 5° de la ley n° 8.664). Finalmente, la ley dispone la creación “en el ámbito del Poder Ejecutivo una comisión ad hoc, que estará integrada por dos (2) representantes del Poder Ejecutivo, tres (3) del Poder Legislativo y dos (2) del Poder Judicial, y tendrá por objeto analizar y proponer las medidas a adoptar a los efectos de garantizar el cumplimiento de los fines de la presente Ley” (art. 6 de la Ley N° 8.664).

Ante la situación descripta es que la parte actora solicita una “medida cautelar de abstención de aplicar la ley” a fin de que se suspenda la implementación de la transferencia de competencias que pretende instituir la Ley N° 8.664, es decir el proceso de “desfederalización” o “provincialización”.

En ese marco, se advierte que corresponde analizar si se encuentran presentes los elementos que requiere el dictado de una medida cautelar (conf. art. 218 del CPCCT).

Con relación al requisito de verosimilitud del derecho, se observa que se encuentra configurado en el grado necesario en esta instancia cautelar. Es que existen elementos que, *prima facie*, permitirían tornar controvertible la validez constitucional de la Ley N° 8.664 en cuanto acepta la transferencia de la competencia desde el fuero federal al orden de la justicia provincial con relación a los delitos previstos en el art. 2 de la Ley Nacional N° 26.052.

Se observa que la materia a la que refiere la Ley Nacional N° 23.737 fue objeto de tratamiento en diferentes tratados internacionales celebrados por nuestro país, en ese sentido, se recuerda que Argentina asumió compromisos frente a la comunidad internacional en materia de estupeficientes, destacándose la “Convención Única de 1961 sobre Estupeficientes”, Enmendada por el Protocolo de 1972, adoptada por la conferencia de las Naciones Unidas reunida a tal efecto el 30 de marzo de 1961 y ratificada por la República Argentina mediante Dec.-Ley N° 7672/63 (Ley N° 16.478) y la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas” del 20 de diciembre de 1988, ratificada por Argentina mediante la sanción de la Ley N° 24.072.

La verosimilitud del derecho encuentra sustento cuando se analiza que la inconstitucionalidad de la Ley Provincial N° 8.664 podría referirse exclusivamente a su aplicación en el actual contexto fáctico de nuestra provincia, es decir, en iniciar la implementación del proceso de “desfederalización” de la competencia regulada en el art. 2° de la Ley N° 26.052 sin que se haya efectuado la transferencia de los créditos presupuestarios en los términos del art. 5° de la Ley N° 26.052, dado que ello podría contrariar lo normado por el art. 75 inc. 2° penúltimo párrafo de la Constitución Nacional. Es que la ausencia de transferencia real de los recursos, podría comprometer la constitucionalidad de la norma en su aplicación concreta, en tanto el funcionamiento del nuevo sistema requeriría una transferencia integral de los recursos, es decir, no basta con la creación de nuevas Fiscalías de Instrucción, sino que se podría requerir toda una estructura destinada a llevar adelante la tarea (laboratorios, juzgados, capacitación del personal, etc.).

En cuanto al requisito consistente en el peligro en la demora, interpretamos que también se encuentra configurado en la especie, toda vez que teniendo en cuenta que la Ley N° 8.664 dispone que la transferencia de las competencias regulada en el art. 2° de la Ley N° 26.052 comenzarán “a regir el día 1 de Marzo de 2015 y se aplicará a los delitos cometidos a partir de esa fecha” (conf. art. 4 de la Ley N° 8.664), resulta evidente la inminencia del riesgo invocado por la parte actora, pudiéndose concretar un perjuicio irreparable para nuestra provincia en general y para el fuero penal de nuestro sistema de justicia en particular.

En ese sentido, se observa que la transferencia de la competencia referida a nuestra provincia, sin la correspondiente asignación de recursos y sin un necesario proceso de capacitación, podría implicar el fracaso de la función transferida, dado que no debe olvidarse que los delitos involucrados en la norma que nos ha ocupado, son de naturaleza compleja, razón por la cual su represión requiere un proceso de capacitación, especialización y concentración, todo lo cual se presenta insuficiente en el caso de nuestra provincia. Pero además, la implementación del sistema podría afectar el funcionamiento integral del servicio de justicia penal -perjudicando el funcionamiento de las competencias que desempeña actualmente-, produciendo un congestionamiento extremo en todo el fuero penal (Fiscalías, Juzgados y Cámaras) que podría perjudicar a todas las personas que en la actualidad se encuentran vinculadas a causas tramitadas en ese fuero (víctimas de delitos, imputados, etc.).

Además, en otro orden, se dijo que el fraccionamiento como índice orientador para establecer la diferencia entre actos de comercio relevantes y menores, suscitará múltiples inconvenientes, que colateralmente con la distinta asignación de competencias en uno y otro caso (federal y provincial), tendrá ocupados a los magistrados federales y provinciales en conflictos de competencia interminables (conf. Hairabedián, Maximiliano, “Consideraciones sobre la desfederalización en materia de estupefacientes en la provincia de Córdoba”, publicado en LLC 2013 -agosto-, 699).

De allí “la firme posición por parte de la Junta Federal de Cortes -entre otras voces discordantes- que presentó recientemente al Ministro de Justicia de la Nación las múltiples objeciones a la ley, formulada por jueces provinciales para no atender procesos penales de menor gravedad cometidos por la violación de la ley de estupefacientes. En igual sentido, los diversos Colegios de Magistrados y Abogados denunciaron que el traspaso de esta competencia empeoraría la situación de la justicia provincial y entorpecería la lucha contra el narcotráfico” (Levene -n.-, Ricardo - Stiep, Silvia A., “Modificación a la ley de estupefacientes: desfederalización de los delitos de menor cuantía”, publicado en La Ley 2005-E, 1283).

Se concluye en consecuencia, que en el examen de la pretensión analizada, los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora -presupuestos propios de la medida cautelar de prohibición de innovar (conforme artículos 232 y 218 del CPCCT)- deben considerarse satisfechos con los alcances provisionales de su admisibilidad, en tanto debe recordarse que la presente medida no causa estado, que la misma es de carácter temporal y que la decisión adoptada podrá ser modificada en caso que las peticiones y las circunstancias lo justifiquen.

Que en mérito a lo expuesto ut supra y teniendo en cuenta el alcance de la pretensión cautelar desarrollada por la parte actora, al encontrándose acreditado, *prima facie*, los extremos legales exigidos por la normativa vigente en la materia, interpretamos pertinente y ajustado a derecho, dictar resolución favorable a lo solicitado, disponiendo el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, esto es, se suspenda la aplicación en el ámbito de la Provincia de Tucumán de la ley n° 8.664. En consecuencia, se ordena suspender la aplicación de la ley n° 8.664 en la Provincia de Tucumán.

Por ello, y encontrándose en uso de licencia el señor vocal doctor Antonio Daniel Estofán, se

RESUELVE:

HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada por el Ministro Fiscal y **DISPONER** la suspensión de la aplicación en el ámbito de la Provincia de Tucumán de la Ley N° 8.664, hasta tanto se resuelva la presente acción.

HÁGASE SABER.

ANTONIO GANDUR

RENÉ MARIO GOANE

CLAUDIA BEATRIZ SBDAR

DANIEL OSCAR POSSE

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ

MEG