



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO:

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 1º de marzo de dos mil doce se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Víctor Horacio Violini y Daniel Carral (artículo 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en la presente causa n° 14.640 (Registro de Presidencia n° 49.293), caratulada "S., N. J. s/ Recurso de Casación", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL - VIOLINI.

ANTECEDENTES:

El Tribunal en lo Criminal de n° 1 de Trenque Lauquen condenó a N. J. S. a la pena de seis meses de prisión y costas del proceso, con declaración de reincidencia por segunda vez, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Contra dicha sentencia la asistencia técnica del condenado interpuso un recurso de casación, invocando como principal motivo de agravio que el decisorio impugnado vulnera el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional, castigando la conducta de su asistido pese a que la misma nunca trascendió su esfera de intimidad, ni afectó a terceros. Por tanto, postuló la inconstitucionalidad del art. 14, 2da. parte, de la ley 23.737 y, en consecuencia, solicitó que se absuelva de culpa y cargo a su asistido en orden al hecho por el que viene condenado.

Concedido el recurso y radicadas las actuaciones en esta sede, la defensora adjunta de casación mantuvo la presentación incoada por su inferior y mejoró sus fundamentos. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal se pronunció por el rechazo de la

impugnación intentada por su contraparte al entender que los motivos de agravio allí esgrimidos no se verifican en la especie.

Así las cosas, encontrándose la Sala en condiciones de resolver, se plantean y votan las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN:

A la primera cuestión el Señor juez doctor Carral expresó:

Siendo que el juicio de comprobación de la materialidad y autoría –tenencia de una *tiza* de cocaína de 13 grs. y un bagullo de *cannabis sativa* de 2,5 grs.- por los que el imputado S. fue responsabilizado en primera instancia no han sido materia de agravio, cabe entonces adentrarse en el estudio y análisis la cuestión de previo y especial pronunciamiento planteada por la recurrente y, en consecuencia, pronunciarse acerca de la validez constitucional del tipo penal en que fue subsumida la conducta atribuida al condenado (art. 14, 2da. parte, de la ley 23.737).

Desde una primera aproximación al tópico, se impone mencionar que la ley 23.737, tal y como surge de su exposición de motivos, fue ideada con el fin de perseguir y desarticular a las grandes organizaciones dedicadas a las distintas modalidades del tráfico de estupefacientes ilegales.

A esta altura, resultaría casi perogrullesco destacar que transcurridas dos décadas desde su entrada en vigencia nos encontramos frente a un claro fracaso en lo que al alcance de aquélla finalidad se refiere, toda vez que el grueso de las investigaciones cursadas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

en el marco de dicha normativa se orientaron a reprimir hechos de insignificante trascendencia y lesividad para el bien jurídico que ella pretende tutelar, como son los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal mientras que las grandes redes de narcotráfico, lejos de haber sido desarticuladas, lograron consolidarse y expandir los mercados ilícitos que ellas mismas fomentan.

Una muestra cabal de ello es el hecho de que, por lo general, cuando las distintas fuerzas de seguridad logran secuestrar grandes cantidades de droga, quienes terminan procesados suelen ser simples peones encargados de transportarla o descargarla, agotándose comúnmente las investigaciones en ese punto sin que la espada de Damocles logre estocar a quienes realmente dirigen las organizaciones criminales.

Por otra parte, entiendo que no resulta respetuoso de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad (arts. 1° y 18, CN) el que la problemática que representan las conductas de tenencia de estupefacientes destinados al consumo personal sea alcanzada por una política criminal sancionadora de los consumidores y dependientes, y no así por políticas sanitarias sólidas y operativas que tiendan a desalentar el consumo de drogas ilícitas mediante la prevención y difusión de información que lleve a la toma de conciencia de los riesgos y consecuencias reales que su uso genera, a la par de brindar tratamientos adecuados y eficientes a quienes padecen los distintos tipos de dependencia que estas sustancias ocasionan. Ello así, toda vez que desde ningún punto de vista parece razonable tratar como victimarios a quienes, en definitiva, resultan ser víctimas.

En lo que respecta a la esfera de reserva que nuestro ordenamiento constitucional garantiza en orden a las acciones

privadas, entiendo que sancionar a quien detenta estupefacientes para su uso particular, en primer lugar, afecta directamente al “principio constitucional de culpabilidad” (arts. 18 y 19 CN). En efecto, su teleología y espíritu se encamina a erradicar toda posibilidad de juzgar a una persona por sus características o condiciones personales, o bien, por su modo de vivir, proscribiendo de ese modo al denominado “derecho penal de autor” en aras de un “derecho penal de acto”, sancionador únicamente de conductas lesivas y el único compatible con los principios y máximas propios de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

En esta inteligencia, entiendo que tal y como está formulada la prohibición que emana del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, habilita una inaceptable intromisión del poder estatal en un terreno que le está expresa y claramente vedado por la letra del art. 19 de Constitución Nacional, que no es otro que el ámbito de intimidad y autodeterminación moral de las personas, so pretexto de tutelar un interés general.

En refuerzo de lo anterior, viene al caso lo dicho por el Dr. Petracchi en el célebre fallo “Bazterrica”, en cuanto señaló que *“el argumento de que la incriminación de la simple tenencia contribuye en evitar consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general, sólo se registra como una mera afirmación dogmática, sin que en ningún caso se aluda a pruebas efectivas que confirmen lo aseverado. Sobre esta clase de asertos, sin asiento en constataciones fácticas demostrables, se apoya hasta el presente la construcción legal del art. 6º de la ley 20.711 – receptada actualmente en el art. 14, párr. 2º, de la ley 23.737- que castiga la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en la simple alusión a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad.”* (CSJN, “Bazterrica”, fallos: 308:1392, voto del Dr. Petracchi, cons. 16º).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En este orden de ideas, tampoco debe dejar de considerarse que en los tiempos que corren se observa una creciente y alarmante tendencia de la legislación a relativizar la esencia de los bienes jurídicos mediante la continua factura de las denominadas "leyes penales de emergencia" que prevén delitos de peligro abstracto, cuya mecánica tributa a anticipar la denominada "barrera de punibilidad" al castigar, en muchos casos, lo que en definitiva son verdaderos actos preparatorios. Así, pues, se observa que en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la norma bajo estudio castiga en definitiva lo que sería una suerte de acto preparatorio de una autolesión, lo cual resulta a todas luces irracional.

De ese modo, el poder punitivo estatal abarca cada vez más terreno en el campo de las acciones humanas en desmedro de las libertades individuales, lo que sin duda desvirtúa la verdadera finalidad del derecho penal que no es otra que la protección subsidiaria de bienes jurídicos, tornándolo así en una herramienta para imponer modelos éticos y erosionar sus valladares de contención más importantes, materializados en los principios de lesividad y reserva que, por cierto, apuntan a la separación entre el derecho y la moral; así como entre delito y pecado (art. 19 CN).

Siguiendo esta línea argumental, viene al caso señalar que el art. 19 de nuestra Carta Magna encuentra su fuente remota en el art. 5 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), formulación que en su parte inicial destaca "*La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que a las nocivas a la sociedad...*".

Tan importante es la etiología del art. 19 de nuestra carta fundacional que, quienes por aquellos tiempos se animaron a traducir lo reseñado a la lengua castellana, fueron perseguidos por la Inquisición en América, dado que estaba proscripta, y así fue como hubo una

gran cantidad de personas perseguidas, encerradas, torturadas u obligadas al exilio, hasta su expresa receptación en la Constitución de Venezuela de 1811.

Como se ha visto, dos siglos después, este margen de libertad personal no se encuentra aún consolidado, muy a pesar de la Inquisición que no ha pervivido hasta nuestros tiempos, aunque sí lo han hecho muchas ideologías paternalistas y discursos éticos totalitarios que, ciertamente, comparten parte de su génesis con aquella.

De otro lado, tampoco se aprecia como un acto de gobierno racional, proporcional y necesario (art. 1 y 28 CN) el poner en marcha a la totalidad de los aparatos estatales de control social –el policial, el judicial y el penitenciario- para reprimir conductas que no afectan al bien jurídico que la norma pretende tutelar, ya que no se advierte cómo ni en qué medida puede llegar a perturbar concretamente a la salud pública el hecho que alguien posea estupefacientes para su exclusivo consumo privado.

Desde este prisma de análisis entiendo que quien posee 13 grs. de cocaína y 2,5 gramos de marihuana para su uso personal, como es el caso del imputado S., a lo sumo podría afectar su salud personal, para más, en el ámbito de su más preciada privacidad como lo es su domicilio; de allí que la manifestación fenoménica de su conducta no haya sucedido sino dentro de una esfera resguardada por la manda del art. 19 de la Constitución Nacional y, por tanto, fuera del de las prohibiciones que puede imponer la ley.

Ello así, en la inteligencia de *“Que la disposición del art. 19 de la Carta Magna traduce el espíritu liberal de nuestro ordenamiento jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos, como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio, el incesto, etc. Aquella norma excluye, así, la posibilidad de fundar incursiones de los órganos estatales y en especial a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas..." (CSJN, "Bazterrica", fallos: 308:1392, voto del Dr. Petracchi, cons. 24º).

Así, *"El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea"*. Por ello, *"las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta."* (CSJN, "Arriola", fallo A.891.XLIV, voto del Dr. Lorenzetti, cons. 11º y 13º).

Por lo demás, y sin dejar de considerar la tamaña magnitud que implica invalidar una norma mediante la declaración de su inconstitucionalidad, a la que siempre debe apelarse como *ultima ratio*, tampoco escapa a mi consideración que *"además de que sería imposible defender la primacía de la Constitución sin la facultad de invalidar las leyes que se le opongan, el no ejercicio de dicha facultad deberá considerarse como una abdicación indigna."* (CSJN, "Bazterrica", fallos: 308:1392, voto del Dr. Petracchi, cons. 26º).

En efecto, se concluye que *"cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de*

los individuos" (CSJN, "Arriola", fallo A.891.XLIV, voto del Dr. Fayt, cons. 28º).

Por lo tanto, en base a las consideraciones de hecho y derecho formuladas, entiendo que corresponde: 1º) DECLARAR PROCEDENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de N. J. S. y, en consecuencia, CASAR la sentencia impugnada, sin costas; 2º) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del tipo penal previsto en el segundo párrafo del artículo 14 de ley 23.737; 3º) ABSOLVER A N. J. S. en orden al hecho por el que recibiera acusación y por el viniera condenado a esta instancia.

Luego, a la primera cuestión planteada VOTO POR LA AFIRMATIVA (artículos 1º, 18, 19, 28, y 116 de la Constitución Nacional; 14, 2da. Parte, de la ley 23.737, a *contrario sensu*; 448, 450, 451, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código procesal Penal).

A la primera cuestión planteada el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero al voto del doctor Carral, por sus fundamentos, y me pronuncio en igual sentido.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor Carral expresó:

Que en orden al resultado arrojado por el tratamiento de la cuestión precedente corresponde: 1º) DECLARAR PROCEDENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de N. J. S. y, en consecuencia, CASAR la sentencia impugnada, sin costas; 2º) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del tipo penal previsto en el segundo párrafo del artículo 14 de ley 23.737; 3º) ABSOLVER A N. J. S. en orden al hecho por el que recibiera acusación y por el viniera condenado a esta instancia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ASÍ LO VOTO (artículos 1º, 18, 19, 28, y 116 de la Constitución Nacional; 14, 2da. Parte, de la ley 23.737, a *contrario sensu*; 448, 450, 451, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código procesal Penal).

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor Violini expresó:

Adhiero al voto del doctor Carral y me pronuncio en igual sentido.

No siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA:

I. DECLARAR PROCEDENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de N. J. S. y, en consecuencia, CASAR la sentencia impugnada, sin costas.

II. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del tipo penal previsto en el segundo párrafo del artículo 14 de ley 23.737.

III. ABSOLVER A N. J. S. en orden al hecho por el que recibiera acusación y por el viniera condenado a esta instancia.

Rigen los artículos 1º, 18, 19, 28, y 116 de la Constitución Nacional; 14, 2da. Parte, de la ley 23.737, a *contrario sensu*; 448, 450, 451, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código procesal Penal.

Tómese razón, notifíquese y, oportunamente, remítase a la instancia de origen a sus efectos.

FDO.: VÍCTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL

Ante mi: Andrea Karina Echenique