

# Regimen De Estupefacientes Tenencia Uso Personal Principio De Lesividad Declaracion De Inconstitucionalidad Doctrina De La Corte

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

## JURISPRUDENCIA

Régimen de estupefacientes. Tenencia. Uso personal. Principio de lesividad. Declaración de inconstitucionalidad. Doctrina de la Corte Se resuelve decretar el sobreseimiento del imputado en el marco de la investigación en la que se lo acusaba por el delito de tenencia de estupefacientes para uso personal (Art. 14 ley 23737). Para decidir así, por mayoría, se aplicó al caso la doctrina judicial elaborada por la CSJN en la causa "Arriola", que declaró inconstitucional el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23737, por resultar violatorio del artículo 19 de la CN. El voto minoritario, si bien reconoció la doctrina elaborada por el máximo tribunal citada, interpretó que en el caso se daba la excepción a ella, en virtud de que el imputado habría afectado el bien protegido "salud pública" al ostentar la utilización de marihuana en un espacio público.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, se reúnen los integrantes de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Angela Ledesma, Pedro David y Alejandro Slokar, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Andrea Tellechea Suárez, para resolver en la causa n° FBB31000733/2012/CA1 caratulada "A., R. y otro s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Pleé y de la defensa oficial a cargo del doctor Juan Carlos Sambuceti. Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Ledesma, David, Slokar. **VISTOS Y CONSIDERANDO:** La señora jueza Ángela Ester Ledesma, dijo: I Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala a raíz del recurso de casación interpuesto por la defensa de R. A. contra la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, que dispuso: "Hacer lugar parcialmente a la apelación y revocar la resolución de fs. 9/11 respecto de R. A. y confirmarla en cuanto sobresee a E. M. M. C." (fs. 53/54) Contra esa decisión la defensa interpuso recurso cuyo rechazo motivó la queja que fue abierta a fs. 12. Se presentó, en término de oficina, la defensa pública, representada por el Dr. Juan Carlos Sambuceti, amplió fundamentos (fs. 17/21) y solicitó se conceda el recurso. Finalmente, habiéndose superado la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

II a) El recurrente se agravió por entender que la sentencia constituye un anticipo de procesamiento, respecto de una persona que aún no es formalmente imputada. Consideró que hubo prejuzgamiento y afectación esencial del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo sostuvo que el procedimiento policial, soporte de todo lo actuado con posterioridad, es nulo al no existir motivo suficiente para proceder en los términos del artículo 230 bis del CPPN. Recalcó que la actuación prevencional se fundó en que, en el Parque Recreativo "Don Tomás" y próximo al Monumento a la Memoria, un joven llevaba en una de sus manos una colilla de cigarrillo armado, y existía un fuerte olor a marihuana. Pregonó la invalidez del acta pues no especificó a qué distancia se encontraba el imputado de los preventores policiales, ni si el lugar estaba concurrido, o si había personas en cercanías al nombrado. Por otro lado advirtió la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal: arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 73 y 123 del Código Procesal Penal de la Nación. b) Durante el término de oficina, el defensor público ante esta Cámara, consideró que la sentencia impugnada está viciada de irracionalidad. Dijo que, de acuerdo con la información obtenida de la causa, R. A. tenía en su poder una insignificante cantidad de marihuana; se encontraba en las inmediaciones de un parque de 500 hectáreas, un día corriente en horario vespertino; sin que exista, a su criterio, dato alguno que permita suponer la presencia de otras personas en el sector. Afirmó que el hecho de tratarse de un espacio público no asegura la ostentación o la trascendencia a terceros y que los magistrados intentaron penalizar una conducta que consideran inmoral. Solicitó se aplique la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Arriola". Por otro lado postuló que otorgar la facultad recursiva al acusador contra un sobreseimiento es contrario al sistema de garantías, pues se viola el ne bis in ídem. En último término, y de forma subsidiaria, planteó la nulidad del acta de requisa por ausencia de los requisitos de "causa probable" y de "sospecha razonable". III a) En primer lugar conviene recordar que, conforme las constancias de autos, en particular del acta de fs. 1, esta causa se inició el día 21 de septiembre de 2012 a las 16:30 horas, en virtud de que personal policial efectuaba controles en el marco de la "Campaña de Prevención del consumo y distribución de estupefacientes" en el parque recreativo denominado "Don Tomás", sito en la ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa. Allí, y en proximidades al Monumento a la Memoria, los funcionarios actuantes observaron a un joven que llevaba en una de sus manos una colilla de cigarrillo armado, con fuerte olor a marihuana. Por tal razón, y frente a dos testigos, procedieron al secuestro de 1 trozo de cigarrillo armado en forma casera con sustancia vegetal, con una de sus puntas quemadas, y otros dos cigarrillos, de

similares características, en poder de R. A. Según test orientativo, los cigarrillos contenían marihuana. Una vez arribadas las actuaciones al Juzgado Federal de Santa Rosa, Provincia de La Pampa, se dictó el sobreseimiento del nombrado, con fundamento en la doctrina emanada del fallo "Arriola" de la CSJN (fs. 9/11). Recurrida esa decisión por el Representante del Ministerio Público Fiscal, la Cámara Federal de Apelaciones la revocó, con fundamento en que se debió analizar el contexto en el que se hallaron los estupefacientes y determinar si no se afectó el bien jurídico que tutela la norma. Se anotó en la sentencia que la tenencia de drogas no constituye una acción privada, sino que se relaciona con los actos de exhibición en el consumo y que el accionar de A. tuvo potencial trascendencia lesiva a terceros. b) Ingresando en el análisis del recurso deducido, en atención al criterio sustentado en las causas nro. 5250 "Catuve, Osvaldo Manuel s/ rec. de casación", rta. el 4/11/04, reg. 654/04 y 5452 "Burgos, Miguel Andrés s/ rec. de casación", rta. el 11/10/05, reg. 837/05 todas de la Sala III; entre otras -a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad- y a los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Arriola" (Fallos, 332:1963), entiendo que corresponde anular la sentencia impugnada. En efecto, sobre la tipicidad de la conducta reprochada, interesa señalar que la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por la norma (salud pública) impone determinar si la sustancia estupefaciente incautada fue ostentada públicamente por el imputado y si se generó un daño o peligro con trascendencia a terceros. Así, no consta en el acta de prevención -antes mencionada- ninguna circunstancia que permita afirmar que R. A. haya ostentado públicamente el consumo de sustancia estupefaciente, descartándose de ese modo la afectación a terceros y, por ende, al bien jurídico protegido por la norma, esto es, la salud pública. A ello cabe agregar que los eventuales peligros que la conducta de A. acarrearía, se sostuvieron desde un plano meramente conjetural, y no en circunstancias comprobadas en la causa, de las cuales sólo surge que la droga fue incautada en poder del nombrado, sin que hayan consignado los funcionarios policiales que la droga estaba siendo exhibida u ostentada ante terceros. Al respecto, se sostiene que "(l)a concreción del bien jurídico protegido en el concepto jurídico penal de salud pública torna viable y operativa su función dogmática en tanto impedirá incluir en el tipo, aquellas conductas que no obstante su adecuación formal en él, no sean creadoras de un riesgo típicamente relevante" (cfr. Falcone y otro; Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal; Editorial Ad-hoc, 2002, pág. 58). De este modo, puede afirmarse que la pretensión punitiva contra el nombrado feneció, en atención a que no existe interés en la persecución penal, toda vez que, reitero, no se puso en peligro el bien jurídico protegido por la norma -salud pública- y, en consecuencia, la conducta es atípica. Ello así, puesto que el principio de lesividad proscribiera el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto. Por tal razón es inadmisibles las puniciones de acciones u omisiones que no tienen ninguna posibilidad de generar un riesgo, por más que el autor así lo crea (Binder, Alberto, "Introducción al derecho penal", Ad-Hoc, 2004, págs. 166/167), este criterio es compartido con Ferrajoli cuando señala que "...el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica judicial precisamente la carga de tal demostración. La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos..." ("Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, pág. 467). Por último, conviene recordar, que "el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad" (Binder, Alberto, op. cit., pág. 39); ya que no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático para la sociedad y los particulares. Por esta razón, se requieren garantías jurídicas especiales que determinen que sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y como recurso extremo (Prittitz, Cornelius, "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal", traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 433/434 con cita de Lüderssen). Pero además, la insignificancia de la acción reprochada (tenencia de una ínfima cantidad de droga), también representa un obstáculo para afirmar la existencia del alegado daño con trascendencia a terceros. Por los argumentos expuestos, propicio al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso deducido por la defensa, anular la decisión de fs. 53/54 y estar al sobreseimiento dispuesto a fs. 9/11 (arts. 470, 471, 530 y cc. del CPPN). Tal es mi voto. El señor juez doctor Pedro R. David dijo: Sin perjuicio de recordar que es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las instancias ordinarias tienen el deber de conformar sus decisiones a los lineamientos por ella sentada en casos similares (cfr., entre otros, Fallos: 307:1094; 312:2007; 318:2060; 321:2294), entiendo que en el presente se da un supuesto que difiere de lo señalado por el Alto Tribunal in re "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080" (A.891.XLIV del 25 de agosto de 2009), que declaró la invalidez constitucional del artículo 14, 2° párrafo, de la Ley 23.737. Resulta necesario traer a consideración lo resuelto por la Corte en la causa mencionada, pues de su doctrina ha de colegirse la extensión de ese precedente al caso que nos ocupa o no. Allí, con sustento en el precedente "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), el Tribunal afirmó que "...el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la

inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...". Ello sentado, entiendo que los estándares reseñados y analizados por aquella sentencia guardan relación con el ámbito de privacidad y de libertad individual que, por principio, queda excluida de la autoridad estatal. Ahora bien, cierto es que en ambas esferas -privacidad y libertad- juega un rol fundamental la trascendencia a terceros que puedan tener las conductas individuales. La Corte, en esa línea, fijó su alcance al establecer que los comportamientos que nos ocupan, para ser alcanzados por esa solución, debían realizarse "...en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...". Asimismo, la Doctora Argibay, tras reseñar la jurisprudencia existente sobre esta materia en su voto, sostuvo que "La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional. Por otro lado, y aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionado con la existencia de actos de exhibición en el consumo. Esto no se cumple cuando la acción ha sido descubierta no por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esa conducta. Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder de la/el imputada/o. Este es el panorama completo en el que debe insertarse la decisión en la presente causa, pues en coincidencia con los argumentos expuestos en 'Bazterrica' entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Niño, 'Fundamentos de Derecho Constitucional', Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes)." (Considerando 13). Ello sentado, entiendo que las pautas señaladas han sido correctamente analizadas en la sentencia recurrida, concluyendo que la conducta imputada trae aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. En ese sentido, resulta acertado tomar en consideración las circunstancias del caso concreto objeto del proceso en el que se toma la decisión, en particular, de las circunstancias de la tenencia de estupefacientes atribuida al imputado pese a resultar el monto de la sustancia escaso. En efecto, coincidiendo con las argumentaciones de la Cámara en este punto, entiendo que la conducta imputada al nombrado -esto es la tenencia de estupefacientes para consumo personal-, en las condiciones en la que se realizó, no constituye una conducta incapaz, por sí misma, de conectarse con un resultado lesivo para otros. Y, por tanto, tal solución no representa un cercenamiento del derecho a la privacidad que obligue a trasladar sin más a este caso lo sostenido en "Arriola", puesto que la situación fáctica difiere de la que ha sido objeto de aquel pronunciamiento. Considero así que la conducta de A. esta conducta no está amparada por un ámbito de privacidad constitucionalmente tutelado. Por lo tanto, del contexto en el que se realizó el comportamiento -que la conducta haya sido desplegada en una plaza de modo ostensible- se desprende el riesgo y la trascendencia que éste tiene para terceros y que la Corte sentó como límite en su decisorio. En tales condiciones, considero que en autos la resolución atacada resulta ajustada a derecho; y propicio rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas. Tal es mi voto. El señor juez Alejandro W. Slokar dijo: Que, en las particularidades de la especie, adhiere a la solución de la jueza que lidera el acuerdo, con soporte en los argumentos que -en prieta síntesis- se expondrán renglones debajo. -I- Que, liminarmente, cabe referir que la presente se inicia en la tarde del 21 de septiembre de 2012 en el parque recreativo "Don Tomás" de la ciudad de Santa Rosa, provincia de la Pampa, cuando con motivo de la "Campaña de Prevención del Uso Indebido de Estupefacientes" se aprehende a R. A. y a E. M. M. C. -ambos de 19 años de edad- en circunstancias en que el primero consumía un cigarrillo de armado casero que, según test orientativo preliminar realizado por la preventora, resultaría ser de marihuana. En ese contexto, personal de la División Toxicomanía de la policía provincial "invitó" al encausado a entregar algún tipo de sustancia tóxica que tuviese en su poder, con el fundamento -según surge del acta pre impresa de inicio- de "prevenir el consumo y la distribución de estupefacientes", requisitoria ante la cual el nombrado aportó el cigarrillo que se encontraba consumiendo y dos más de iguales características que retiró de un bolsillo de su pantalón (cfr. fs. 1/vta.). -II- Que para el análisis del episodio descrito y el examen de la materia en recurso, constituye punto de partida ineludible el señero sufragio del ministro Petracchi en el precedente democrático "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", donde supo sostener que: "no puede concebirse a las acciones privadas como las que se hacen en privado, puesto que muchos delitos contemplados en nuestra legislación podrían ser ejecutados en privado. Por consiguiente, tal distinción está vinculada a la diferenciación entre moral pública y ética privada, de modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a

otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda" (consid. 12 del voto del juez doctor Enrique Santiago Petracchi, Fallos: 308:1392). Así también enseñó que: "el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás. A este respecto, cabe recordar que, como se afirmó en uno de los votos concurrentes en el caso 'Ponzetti de Balbín' (consid. 19), el derecho a la autodeterminación de la conciencia requiere la tutela material del ámbito de privacidad. Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales" (Idem). En igual sentido, el cimero tribunal in re "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080" (Fallos: 332: 1963), que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley n° 23.737, impone a los jueces de la causa analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefacientes para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. En esa dirección, y tal lo señalado en dicho precedente: "A) 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. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional" (voto del juez doctor Ricardo L. Lorenzetti, consid. 11). Más expresamente sostuvo el ministro Lorenzetti: "El análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva" (consid. 14, el destacado no es del original). Pues bien; repárese que en el sub examine, para dictar el sobreseimiento del ahora recurrente, la juez de grado entendió que las circunstancias en que el encausado tenía la sustancia estupefaciente: "en modo alguno [podían] considerarse lesivas del bien jurídico que la ley 23.737 está llamada a proteger", e indicó que: "la conducta de A. se encuentra amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, [...] [y que] la injerencia estatal solo procede ante acciones perjudiciales para terceros -por peligro concreto de lesión o daño-, lo que no se ha dado en el caso en análisis" (cfr. fs. 39/41). Con sustento en lo precedentemente expuesto, correspondía al representante del Ministerio Público Fiscal indicar el modo en que la situación del encausado trascendía de su ámbito de privacidad de manera tal que generaba daño o peligro concreto a terceros. Dicho de otra forma: cabe a la acusación señalar el motivo por el cual el Estado, a través del poder punitivo, podía perforar el escudo protector del 19 constitucional y avanzar por sobre las libertades de un ciudadano. Con todo, menester es recordar que dicho avance debe ser siempre en aras de proteger la salud y no de imponer moralidad apelando a modelos correctos o incorrectos de vida, por cuanto: "...cuando el artículo 19 de nuestra Constitución afirma la existencia de una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres -moralidad, con la cual, lógicamente, debe coincidir la legalidad dictada por el poder político respecto a esos mismos actos-, descarta de plano la concepción totalitaria del Estado, definida mejor que nadie por Hobbes en el siguiente párrafo: 'la regla del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo honesto y deshonesto, son las leyes civiles y, por tanto, debe estimarse como bueno aquello que el legislador ha ordenado. O sea, el Estado totalitario, que radicalmente disiente con nuestro precepto constitucional, es la organización política que somete a todo el ser humano al arbitrio absoluto del Estado, ya que niega una moral natural reglante de los actos humanos" (Sampay, Arturo, "La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, pp. 28/29). Esta previsión constitucional de su artículo 19, que fija un valladar inexpugnable para el poder y obedece históricamente a la iniciativa de Bernardo de Monteagudo y a la redacción del presbítero Antonio Sáenz -fundador de la Universidad de Buenos Aires-, impide asumir al Derecho como la expresión de la moral misma, lo que importaría su reetización, es decir que el estado no se conforme con que se proceda según sus normas, sino que el sujeto así lo sienta como obligación ética. Tal, el resguardo básico del precepto. -III- Que, sentado lo expuesto, y maguer la afectación a la garantía que veda la autoincriminación forzosa que se desprende del sub lite (Vid. causa n° 14.090, caratulada: "Díaz, Ernesto Rubén s/recurso de casación", reg. n° 19.518, rta. 25/11/2011, con sus citas), se advierte en las invocaciones de los fiscales Bonvehí y Cántaro -con favorable acogida por el a quo con el voto concurrente de los camaristas bahienses Montezanti y Planes- que: "el hecho analizado se desarroll[ó] a las 16:39 en un espacio verde [...] [lo] exime de mayores comentarios"(cfr. fs. 13vta., el destacado no corresponde al original), y que las condiciones de tiempo y lugar en las que A. se hallaba manipulando marihuana en la vía pública "import[aban] trascendencia a terceros"(fs. 17), lo que no alcanzan por sí solas para acreditar un peligro concreto o un daño a bienes o derechos de terceros, conforme la doctrina de

los fallos citados (cfr., *mutatis mutandi*, Causa n° 13.951 "Schwarzberg, Nicolás y otros/ recurso de casación", reg. n° 19.527, rta. 29/11/11). De tal suerte, conviene evocar nuevamente el precedente "Arriola", en lo atinente a que: "las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial", y "que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública", concluyéndose que: "aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión" (voto de la jueza doctora Carmen M. Argibay, el resaltado no es del original). Por otro lado, de aceptarse la hipótesis de la fiscalía en punto a que la mera "manipulación de marihuana" en un espacio público trasciende del ámbito de privacidad, dañando o poniendo en concreto riesgo bienes jurídicos de terceros, se provocaría la inversión de la carga probatoria. De tal suerte resultaría que es el propio encausado quien tiene que demostrar su inocencia, aun cuando con su conducta - y, en definitiva, con su elección de vida- no aparece afectando a nadie; extremo que no puede tolerarse en un estado de derecho donde, con fundamento en el artículo 18 constitucional, "el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara" (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal. I Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p.507). En suma, si lo determinante es la lesividad concreta que se genere a bienes o derechos de terceros, siendo que las circunstancias en las que se realiza el consumo no necesariamente la llevan implícita, compete a la acusadora acreditar el extremo. Luego, y a contrario de lo sostenido por la fiscalía, la mera invocación del espacio público no impone intrínseca, necesaria e inevitablemente el grado de afectación constitucionalmente admitido. Es que debe tratarse de una trascendencia "lesiva" a terceros -donde éste, en pleno goce de sus facultades, sea quien en definitiva pueda considerar que ha estado frente a un peligro concreto, o ha sufrido algún daño a derechos o bienes-, y no de una mera "trascendencia a terceros" -donde paternalistamente se lo pretende cuidar-, ya que la conducta en estudio "puede ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar a otras y ser completamente indiferente a muchas otras" (vid., *mutatis mutandi*, voto del juez Julio B. J. Maier en el Expte. TSJ CABA n° 245/00 "León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71 CC)" resuelta el 24 de octubre de 2000). Ya lo supo predicar Carlos Nino: "una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar" (NiNo, Carlos Santiago, "Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación", Astrea, 2da. ed., Buenos Aires, 1989, p. 441). En definitiva, y en forma coincidente con la Defensa Pública, partiendo de la dimensión del parque recreativo donde ocurrió la aprehensión, no se informó -a guisa de ejemplo- si el encausado se hallaba transitando un lugar concurrido del extenso predio, ni mucho menos si había personas cercanas a él, de donde se deriva la falta de acreditación de que haya mediado siquiera ostentación de la sustancia tóxica hacia terceros y que -además- provoque afectación. Por lo demás, huelga decirlo, gobierna en la especie -cuanto menos- el principio de favor rei (art. 3 CPPN). -IV- Que, de otra banda, dable es traer a colación lo establecido por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en su "Estudio del impacto del problema mundial de las drogas en el disfrute de los derechos humanos", donde, teniendo como meta lograr el pleno goce del derecho a la salud, recomienda (punto 61) descriminalizar el consumo y la tenencia de estupefacientes (cfr.

<http://idpc.net/publications/2015/09/study-on-the-impact-of-the-world-drug-problem-on-the-enjoyment-of-human-rights>). En ese sentido, menciona el obstáculo al acceso a la salud que significa criminalizar este tipo de conductas, siendo que quien consume muchas veces no solicita auxilio en los centros de asistencia por el temor que le genera ser denunciado ante las autoridades y ser él mismo el afectado por el sistema penal, convirtiéndose en un "consumidor consumido". De esta forma: "con la irracional decisión de enfrentar un problema de salud con el sistema penal, el Estado agrava ese propio problema de salud" (Vid., por todos, Karam, María Lucia, "'Guerra às drogas' e saúde: os danos provocados pela proibição" en Lopes, L. E. - Batista, V. M. "Atendiendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o 'crack'", Ciminologia de Cordel 3, Revan, Rio de Janeiro, 2014). En ese orden, deviene importante recordar que el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, entiende la salud como: "el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". De asumirse esta definición - siempre con el derecho a la salud como horizonte-, no puede dejarse de lado el daño social (y por lo tanto a su salud) que le genera la criminalización -por los propios efectos estigmatizantes de la rotulación- a un consumidor por su mera condición no lesiva. Así, no resulta admisible la lesión al derecho a la salud de un consumidor so pretexto de resguardar una salud pública que, por cierto, siquiera aparece cerca de verse puesta en peligro. Porque si lo que se procura es obtener una correcta armonización entre el derecho a la salud y el ámbito de privacidad consagrado en el artículo 19 constitucional, de nada sirve que los agentes preventores reputen sospechoso de un delito a un simple consumidor. Ello es elocuente acerca de cómo debido a su limitada capacidad operativa, estas agencias terminan olvidando sus metas (como la eficaz intervención en las estructuras ilícitas y mercados ilegales) y las reemplazan por la reiteración ritual y burocrática de detención de usuarios, por resultar lo más sencillo. De tal suerte,

no puede el consumidor tener que esperar a que otro segmento del propio Estado (Vgr. el Poder Judicial) decida si se encontraba actuando dentro de su ámbito de privacidad sin generar peligro concreto o daño alguno a derechos de los demás. Una vez más, también cabe advertir no solo el transcurso del tiempo que insume la tramitación del proceso, sino el propio dispendio jurisdiccional. Repárese que en la presente no operó la prescripción de la acción en razón de haberse convocado al encausado a prestar declaración indagatoria tan solo 17 días antes de cumplirse el plazo establecido por ley: no escapa la consideración del absurdo antieconómico que se suscita ante la formación de un proceso penal por la tenencia de estupefacientes en hipótesis como la de estudio. Por ello, como en otros precedentes de esta Sala, menester es oficiar a las autoridades correspondientes a fin de que tomen conocimiento de lo aquí resuelto y adopten las medidas que consideren pertinentes (cfr. causa n° 7649, caratulada: "Solohaga, Sergio Alejandro y otros s/recurso de casación", reg. n° 20.678 y causa n° 15.556, caratulada: "G., H. H. s/recurso de casación", reg. n° 20.751). -V- Que, por otra parte, resulta manifiesto que la disparidad de criterios existentes entre las distintas agencias penales respecto a la necesidad de criminalizar -o no- a un consumidor por el daño que produciría la tenencia de estupefacientes, no hace más que obstaculizar el pleno goce del derecho a la salud y suprimir la capacidad del gobernado de ejercer, realmente y sin injerencia estatal alguna, sus acciones privadas no lesivas. Se trata, en definitiva, de conductas autoreferentes, que más allá de las opciones valorativas de cada quien, están tuteladas por el derecho. La sociología, al tiempo de denunciar la mirada arbitraria y estigmatizante de la desviación, revela categóricamente que un consumidor recreativo de marihuana no resulta la expresión de un rasgo patológico o de un carácter enfermizo (Vid. Becker, Howard, "Los extraños. Sociología de la desviación", Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971, pp. 63 y ss.). De otro lado se afirma que: "Las fuerzas de seguridad cumplen un rol importante en el proceso de criminalización secundaria de los delitos de la ley 23.737, iniciando casi la totalidad de esas causas. Su actuación, no solo delimita la magnitud de la respuesta penal, sino también sus características como sobre quienes recae", como también que: "esa forma de actuar no se encuentra coordinada con otras agencias penales, e incluso llega a resultar encontrada con la jurisprudencia desincriminante" (Corda, Raúl Alejandro, "A un año del fallo 'Arriola'. Cambios, tensiones y resistencias", en "XI congreso Nacional y I Latinoamericano de sociología Jurídica. Multiculturalismo, identidad y derecho", Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Buenos Aires, 2010). Por lo demás, cabe recordar cuanto llevo dicho en el precedente "Breppe", en tanto urge en las hipótesis que así lo reclaman el abordaje sanitario y asistencial desde una perspectiva no represiva y menos estigmatizante que la originada en la justicia criminal, donde la derivación coactiva terapéutica queda automáticamente convertida en apéndice ejecutor de una política penal que privilegia la bagatela en lugar de dirigir sus recursos (por cierto, muchas veces escasos) a la persecución de las auténticas redes clandestinas de comercialización, lo que siempre demanda privilegiar el adecuado control fronterizo y la oportuna detección de maniobras de lavado de dinero. Así es que: "...dejar de perseguir consumidores mediante el sistema penal permitirá duplicar los presupuestos de las respuestas estatales no represivas que se podrían desarrollar en torno a ellos. Esto, sin considerar todavía otros costos, como los institucionales, sociales y humanos que produce el sistema penal..." (cfr. causa n° 8636, caratulada: "Breppe, Claudio s/ recurso de casación", reg. 20.955, rta. 11/12/12, con sus citas). -VI- Que, de conformidad con lo reseñado, cabe traer en abono el Anteproyecto del Código Penal confeccionado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto P.E.N. N° 678/2012, del que surge de su art. 202 que: "Será reprimido con prisión [...] el que tuviere en su poder estupefacientes que no estuvieren destinados al consumo personal." Así, de los fundamentos del anteproyecto mencionado, elaborado por Eugenio Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, surge que: "el inciso 1° del texto proyectado tipifica la tenencia no destinada a consumo personal" dado que "la experiencia recogida en estas décadas ha puesto de manifiesto que la punición de esa tenencia ha sido el pretexto para un dispendio enorme de actividad policial y judicial contra meros usuarios en su mayoría no dependientes, en detrimento de la persecución y prevención del tráfico, que es notoriamente una de las manifestaciones de criminalidad de mercado (usualmente llamada organizada) más frecuente y peligrosa en toda la región". En este sentido, también allí se indicó que: "la Corte Suprema de Justicia ha vuelto al criterio que -en base al principio del artículo 19° constitucional- considera que la tenencia punible de la ley vigente es la destinada a una finalidad que no sea la de consumo personal, [y que] el texto proyectado recepta este criterio en la ley, siguiendo varios proyectos legislativos en el mismo sentido, presentados en los últimos años". En definitiva, en mérito de todo lo expuesto y por compartir el sufragio de la jueza Ledesma, se propicia al acuerdo hacer lugar al recurso de casación de la defensa, sin costas, anular la resolución recurrida, estar al sobreseimiento dispuesto a fs. 9/11 (arts. 470, 471, 530 y ccds. CPPN) y librar oficios al Ministerio de Seguridad de la Nación y a la Procuración General de la Nación a fin de que tomen conocimiento de lo aquí resuelto y adopten las medidas que consideren pertinentes. Así vota. Por todo lo expuesto, en virtud del acuerdo que antecede, el tribunal, por mayoría, RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de casación de la defensa, SIN COSTAS, ANULAR la resolución impugnada y ESTAR al sobreseimiento dispuesto a fs. 9/11 (arts. 470, 471, 530 y ccds. CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese, hágase saber y

remítase al tribunal de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

ALEJANDRO W. SLOKAR DR. PEDRO R. DAVID  
11/10/1989 014090E

ANGELA ESTER LEDESMA

Correlaciones: Ley 23737 - BO: