



N° 2445/13. Curs 35 Peral

Secretario:

Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

San Miguel de Tucumán, 18 de Noviembre de 2013.

Y VISTO: Para resolver el recurso de apelación deducido en contra de la resolución de fs.37/41; y,

## CONSIDERANDO:

**Fundamentos de los señores Jueces de Cámara Doctores RICARDO MARIO SANJUAN, RAÚL DAVID MENDER MARINA COSSIO DE MERCAU y ERNESTO C. WAYAR:**

Que contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 (fs.37/41) que dispuso declarar la inconstitucionalidad del art. 14, 2° párrafo de la Ley 23.737, y en consecuencia se dictó el sobreseimiento de L [REDACTED] M [REDACTED], apeló el Ministerio Público Fiscal (fs.43/44), adhiriéndose al mismo, el Ministerio Público de la Defensa (fs.46).

Que el Ministerio Público Fiscal, expresó por escrito agravios a fs.54/57, a su turno mejoró los argumentos de la sentencia a fs.58/63 el Ministerio Público de la Defensa.

Que el Ministerio Fiscal considera que no debe declararse la inconstitucionalidad del artículo art. 14, 2° párrafo de la ley 23.737, menos aún el sobreseimiento del encartado, toda vez que la sustancia fue hallada en las instalaciones del Servicio Penitenciario de Tucumán.

Referencia que no en todos los casos es de aplicación el caso Arriola respecto a la posesión de drogas para consumo.

Solicita, se revoque la sentencia apelada y en consecuencia se ordene el procesamiento del imputado.

A su turno, el Ministerio Público de la Defensa, manifiesta que la sentencia dictada a favor del imputado debe ser confirmada en igual sentido.

Ello, al entender que no existen pruebas que demuestren que se haya dañado la salud pública, por lo que la conducta de su defendido está amparada en el art. 19 de la C.N., al tratarse de un accionar privado, siendo por ello inconstitucional encuadrar la conducta dentro del art. 14 segunda parte de la ley de estupefacientes. Cita jurisprudencia.

Que previo a resolver, es necesario efectuar una breve reseña de los hechos.

Que la presente causa tiene su inicio en el Servicio Penitenciario provincial en el penal de Villa Urquiza, realizado por el personal policial que allí realiza sus actividades, conforme surge del acta de procedimiento de fs.3, el día 2 de enero de 2013, cuando en un recorrido de rutina en el interior de la Sección A de la Unidad n°1, procedieron a hacer una requisita en la celda N°24 en la cual habitan el interno procesado M [REDACTED] L [REDACTED] D [REDACTED], y el interno B [REDACTED] M [REDACTED] A [REDACTED], resultando que en una de las asas de un televisor, previamente identificado como propiedad del interno M [REDACTED], se observó un objeto extraño, el que fue extraído, dando cuenta que se trataba de un envoltorio plástico de color



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

transparente, en cuyo interior se apreciaban varios envoltorios plásticos de diferentes colores más pequeños, y un envoltorio plástico de color celeste, que dejaba apreciar en su interior pastillas.

El envoltorio plástico transparente contenía catorce envoltorios de una sustancia que por sus características morfo-aromáticas se trataría de marihuana, con un peso total de siete gramos; consta asimismo que se abrió el envoltorio color celeste el cual contenía once pastillas color verde agua y seis mitades de pastillas de las mismas características, que se tratarían de psicofármacos, los que luego fueron colocados en sus respectivos sobres de secuestro.

Que a fs.18, se agregó la pericia química realizada al material en la que se informa que la sustancia vegetal remitida se trata de marihuana, con un peso total de 4,60 gramos.

A fs. 27/28 prestó declaración indagatoria el imputado, en la que reconoce los elementos secuestrados como de su propiedad y manifestó que los tenía para su consumo, que es adicto, y que consume desde los diecisiete años de edad, aclaró que consume en su celda cuando está solo o en el baño, que no convida ni vende. Solicita se le realice un tratamiento de rehabilitación.

Que entendemos que en las medidas descriptas comienzan y concluyen las pruebas sustanciadas en la presente



investigación y sobre la que sostenemos que debe revocarse la resolución apelada en virtud de las siguientes consideraciones.

Es de relevancia analizar el contexto en el que se produjo el hallazgo y el secuestro del material que resultó ser estupefaciente (4,60 grs. de marihuana) ya que estamos en presencia de una situación especial, por haberse realizado dentro de un ámbito (cárcel) en el cual por razones de seguridad, se llevan a cabo diligencias de prevención general, que son de conocimiento público y que constituyen un asentimiento respecto de las mismas, como para flexibilizar la tutela de los derechos constitucionales.

La requisa en las cárceles, son perfectamente lícitas y en tales circunstancias, las normas sobre validez de las pruebas obtenidas en estos procedimientos, carentes de sospecha concreta y razonada, deben ser juzgados con mesura, sensatez y sentido común (Cfr. CNCP Sala III abril 27/94 "Longarini, Rubén").

Que en virtud de todo ello, sumado a la declaración indagatoria de M [REDACTED] en cuanto a su condición de adicto, manifestamos nuestro voto en el sentido de revocar la resolución en cuanto declara inconstitucionalidad y su sobreseimiento respecto del encartado G [REDACTED] y en consecuencia disponer su procesamiento sin prisión preventiva, en razón del delito previsto y penado en el art. 14 segunda parte –tenencia de estupefaciente para consumo personal-.



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

Por último en relación a que el imputado solicito que se le realice un tratamiento de rehabilitación, entendemos que vuelta la causa a origen deberán arbitrarse los medios necesarios para llevarse adelante aquél.

**Fundamentos de la señora Jueza de Cámara Doctora GRACIELA N. FERNÁNDEZ VECINO:**

Que en virtud de lo acontecido en esta causa, entiendo que corresponde confirmar la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 (fs.37/41) por lo que disiento con el voto de mis colegas preopinantes.

Al respecto, considero –compartiendo los argumentos de la sentencia- que si bien el procedimiento se realizó en una Unidad Carcelaria, es incuestionable que el principio fundamental del respeto a la dignidad de la persona humana alcanza a todos los seres humanos, en cualquier circunstancia, inclusive a los que se encuentren privados de libertad.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el deber de los Estados Parte a respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin hacer distingo respecto a los centros de detención estatal.

En el presente caso, si bien la sustancia estupefaciente fue hallada en oportunidad de realizarse un procedimiento en la cárcel hallándose sustancia vegetal picada -marihuana-, no se

advierte afectación alguna a la salud pública, ya de las circunstancias de la causa no surge que se hubiere causado daño a terceros, dado que el imputado no se encontraba realizando ostentación de la droga, y su cantidad era escasa, sumado a que el mismo reconoció ser consumidor.

Por lo tanto, y considerando que el derecho a la intimidad no se pierde en los centros de detención estatal, es que estimo que la conducta de M [REDACTED] no resulta punible.

Que el legislador penal, en su tarea de acuñación de tipos penales, se encuentra limitado y restringido por los contenidos sustanciales de la Constitución Nacional entre los cuales se encuentra el art. 19 que define y perfila el principio de lesividad, piedra angular de nuestro sistema de derecho penal.

Dicha norma, prescribe que las acciones privadas de los hombres que no lesionen los derechos de terceros ni el orden público, ni la moral pública están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, lo que implica que sobre dichas acciones no pueden establecerse mandatos ni prohibiciones penales.

Asentada sobre el principio de lesividad y con la finalidad de tutelar el bien jurídico colectivo de la salud pública se estableció la normativa legal en materia de estupefacientes, mediante un conjunto de normas que pretende atrapar todas las posibles conductas en el derrotero del tráfico de sustancias





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

estupefacientes, desde la siembra de las plantas originarias hasta su fabricación, transporte, almacenamiento y comercio.

Dentro de esa normativa y con el bien jurídico como fundamento legitimador de las conductas incriminadas, la tenencia de estupefacientes para consumo personal luce fuera del contexto normativo de la ley, tanto porque no se advierte en dicha situación, vulneración del bien jurídico de la salud pública, como porque la incriminación vulnera la norma constitucional del art. 19 que instituye el principio de lesividad.

La norma del art. 14 2ª parte de la ley 23.737 no cumple con la exigencia constitucional de la lesividad en tanto a su respecto no se comprueba afectación al bien jurídico tutelado por dicho plexo normativo, la salud pública, seriamente comprometida en los hechos referidos al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

“El principio de lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”. (Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros. Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires, Diciembre de 2000, p. 121) por lo que el concepto de bien jurídico se encuentra en la plataforma del proceso de legitimación de la norma penal.

Y no existe afectación al principio de lesividad, por cuanto la tenencia para consumo personal de estupefacientes, es un acto privado de los enumerados en el art. 19 de la C.N. conforme estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado fallo Bazterrica.

Expresó el voto de la mayoría en el caso Bazterrica:

1- Debe distinguirse la ética privada de las personas cuya transgresión está reservada por la Constitución a la conciencia individual y al juicio de Dios y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros.

2- La norma del art. 19 de la C.N. impone límites a la actividad legislativa, exigiendo que no se prohíba una conducta que no ofendan al orden o la moral pública, esto es que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que solo se dirijan contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

3- Penar la tenencia de drogas para consumo personal es castigar la mera creación de un riesgo o sea peligros potenciales y peligros abstractos.

4- La ley de estupefacientes, incrimina la tenencia de estupefacientes cuando la misma trasciende la esfera de la privacidad, como la inducción al consumo, preconizar o difundir públicamente el uso de estupefacientes o el consumo con ostentación hacia terceros, por lo que no se justifica la





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

incriminación de la tenencia para consumo que no reúna dichas condiciones, frente a la norma del art. 19 de la C.N.

5- Tampoco se encuentra acreditado que la prevención penal de la tenencia de drogas sea eficiente ante la problemática del consumo de drogas que siempre obedece a causas múltiples.

6- Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley.

7- La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar y garantizar o al menos no interferir con el derecho a ser tratados que tienen los adictos.

Sin perjuicio de las conclusiones a que arribara nuestro más alto Tribunal en el precedente citado es dable advertir que la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal sin que se advierta en el caso concreto, afectación al bien jurídico de la salud pública protegido por la ley 23.737, implica penar un estado de cosas, un estar del sujeto que avanza sobre su moralidad individual, no siendo posible configurar la moral individual como un bien jurídico en tanto espacio de libertad de las personas, "...por el contrario el ámbito de

autonomía moral es un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. Aliaga y Slokar. Manual de Derecho Penal, Editorial Ediar. Buenos Aires, 2005 p. 370)

Desde el punto de vista de la dogmática penal, la configuración de los delitos de peligro abstracto, como la tenencia de drogas para consumo implica un adelantamiento de las barreras de protección de las normas penales a estados previos a la lesión y también al riesgo, cercenando libertades individuales mediante la creación de nuevos bienes jurídicos a tutelar por el derecho, sin la existencia de conflictividad, sin la comprobación de afectación del derecho de un tercero o la afectación de la moral y el orden público.

En los delitos de peligro abstracto, la norma castiga una acción típicamente peligrosa sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, que ha sido presumida por el legislador al acuñarse el tipo respectivo. Se trata por lo tanto de un delito de mera actividad.

En tal sentido se dijo que el hecho de que se trate de un delito de peligro abstracto, no implica que puedan ser tratados como delitos de peligro presunto, por lo que a su juicio debe exigirse que concurra como requisito esencial la real peligrosidad de la conducta.



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

En tal sentido ha afirmado el Tribunal Supremo Español. "En efecto aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del art. 344 constituye un delito de peligro abstracto, no cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto pues ello vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia... Por ello si en el caso concreto puede excluirse que no haya peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de antijuridicidad del acto.... pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia.- "Falcone. Roberto- "Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro" en Revista de Derecho Penal. T° III. P. 261. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé 2008.

La protección de bienes jurídicos es, desde sus orígenes, un principio negativo, limitador del derecho penal. No contiene el mandato de criminalizar toda conducta que lesione un bien jurídico, sino, por el contrario, acota el proceso de criminalización primaria con la finalidad de eliminar del Código Penal, toda amenaza penal que no pueda ser referida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. (Hassemer, Winfried, Bienes jurídicos en el derecho penal en Estudios sobre justicia penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 69)

Así es que Hassemer siguiendo los conceptos transcritos afirma que el principio del bien jurídico no formula un mandato de criminalización y amenaza penal frente el legislador



cuando se trata de la protección de bienes jurídicos, sino, antes bien, una prohibición de criminalización cuando no es posible encontrar un bien jurídico merecedor de tutela penal (obra citada, p. 71).

Continúa afirmando el autor que este proceso de criminalización sin el filtro del principio del bien jurídico, no sería otra cosa que una injerencia en la libertad de acción de un individuo respecto de la cual el Estado que produce la injerencia no puede decir con que fin realiza esta injerencia. Este "fin" es el punto que tradicionalmente aporta el concepto de bien jurídico. La injerencia en la libertad de acción no tendría un objeto legitimante del que pudiera derivarse su sentido. Obra citada, p. 74.

La cuestión planteada ha sido resuelta recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien en el precedente Arriola, Sebastián y otros ha recogido la doctrina sentada en la causa Bazterrica y con expresa mención del precedente Montalvo, ha afirmado con toda certeza que las razones pragmáticas o utilitarias en las que se asentó el fallo dictado en Montalvo, han fracasado pues el consumo de drogas lejos de disminuir se ha incrementado notablemente y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales. Se afirmó además en dicho fallo que el consumo de drogas para consumo personal será una conducta no punible cuando se den aquellas



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

específicas circunstancias de que no causen daños a terceros,  
conforme el encuadre constitucional ya mencionado.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde  
confirmar la sentencia en crisis. Tal es mi voto

Por el Acuerdo de la Mayoría, se

RESUELVE:

REVOCAR la resolución de fecha 2 de mayo de 2013  
(fs.37/41), y en su reemplazo disponer el procesamiento sin prisión  
preventiva de L [REDACTED] D [REDACTED] M [REDACTED] en relación al delito de  
tenencia de estupefaciente para consumo personal (art. 14, segundo  
párrafo de la Ley 23.737), conforme lo considerado.

HÁGASE SABER.

Dr. RICARDO MARIO SANJUAN  
JUEZ DE CAMARA

Dr. ERNESTO CLEMENTE WAYAN  
JUEZ DE CAMARA

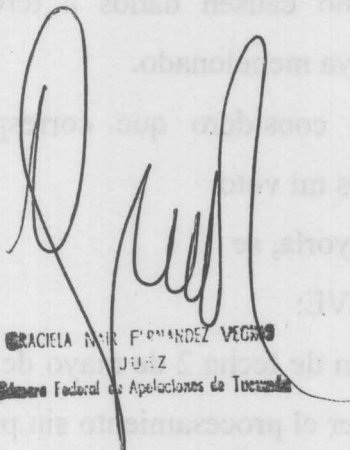
Dr. RAUL DAVID MENDER  
JUEZ DE CAMARA

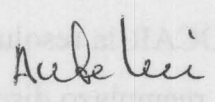
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

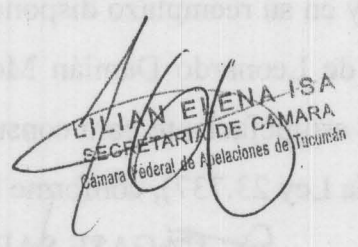
Dr. MARINA CECILIO DE MENDOZA  
JUEZ DE CAMARA

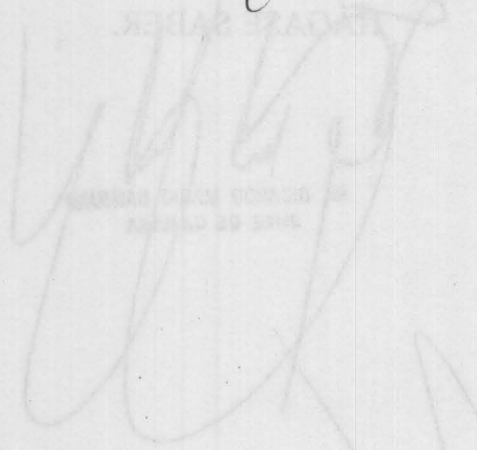
LILIAN ELENA ISA  
SECRETARIA DE CAMARA  
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

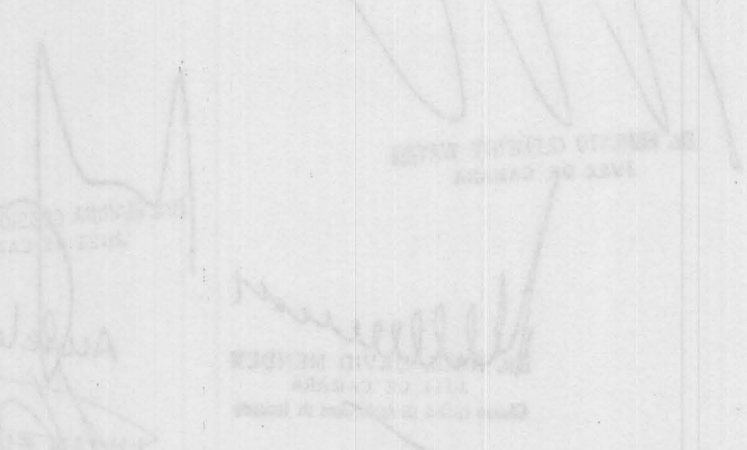
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN  
Poder Judicial de la Nación


  
GRACIELA NERI FERNANDEZ VEGA  
JUEZ  
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán


  
Aurelii

  
LILIAN EIVENA ISA  
SECRETARIA DE CAMARA  
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

  
JUAN CARLOS  
JUEZ DE CAMARA

  
JUAN CARLOS  
JUEZ DE CAMARA

  
JUAN CARLOS  
JUEZ DE CAMARA

  
JUAN CARLOS  
JUEZ DE CAMARA