

R.M. C. Nro. 653.348: YOVINO, Claudio s/ tcia. estup.

//mas de Zamora, Mayo de 2006.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal Adjunto a fs. 24/27 contra el auto obrante a fs. 20/23 en la presente causa nro. 653.348 en trámite por el Juzgado de Garantías nro. 6 Departamental y practicado el sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: Dres. Maidana-Navascués-Alberdi.

A la cuestión planteada el señor Juez doctor Maidana, dijo:
Interpone el Agente Fiscal Adjunto, Dr. Esteban Pablo Baccini, recurso de apelación a fs. 21/24 contra el auto dictado por el Juez de Garantías, Dr. Daniel A. Viggiano, a fs. 17/20, en el que declara la inconstitucionalidad del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737 en tanto pena la tenencia de droga para uso personal.

Sostiene el Agente Fiscal Adjunto, previa cita de lo que resolviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa 313:1333 "Montalvo" y la sala III de la Cámara de Casación Penal en la causa nro. 419 "Silveira Silva, J. G.", que de algún modo la tenencia afecta el orden, la moral pública o perjudica a terceros por lo que es legítima su punición, que no existe intimidación o privacidad en la mayoría de los casos de tenencia de sustancias prohibidas por el grave impacto que ocasiona en las relaciones de orden social, familiar y afectivo, que en el caso de autos el imputado fue interceptado en la vía pública en poder de sustancia estupefaciente que arrojó un peso total de 0,3 gramos, que la ley 23.737 tiene un claro objetivo asistencial con alcance curativo y/ o educativo, por lo que concluye oponiéndose al pronunciamiento dictado, propiciando su revocación.

La cuestión en estudio ha provocado una vacilante interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ahora se reedita, por lo que los argumentos que se utilizaran necesariamente habrán de reiterarse.

Si bien la inconstitucionalidad declarada en ajustada mayoría en las causas Capalbo y Bazterrica del 29 de agosto del año 1986 se refería al texto del artículo 6 de la ley 20.771, la posterior sanción del artículo 14 de la ley 23.737 motivó que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, con distinta integración, resolviera lo contrario en la causa Montalvo del 11 de diciembre del año 1990, aún cuando la cuestión no era diferente.

A pesar de haber transcurrido ya mas de 15 años de aquella decisión, habiendo variado sustancialmente sus miembros, el criterio entonces establecido todavía no se ha modificado.

Mas allá de los roles de la Corte Suprema como guardián e intérprete final de la Constitución, la difusa característica del control judicial de constitucionalidad ("Strada", fallos, 308:490, "Machicote", fallos 298:441) impone que, sin que signifique un desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto Tribunal, dando fundamentos suficientes, pueden los jueces apartarse del criterio ("Santín", fallos 212:59).

La sujeción del Juez no puede ser del tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al Juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

El tipo penal previsto en la segunda parte del artículo 14 de la ley 23.737, tiene como antecedentes la ley 11.331, sancionada en el año 1926, que incorporó por primera vez en el Código Penal el tipo de tenencia de drogas (art. 204 "3er. párr."), la ley 17.567 del año 1968 se limitó a sancionar "al que sin estar autorizado tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal sustancias estupefacientes".

En el año 1973 por la ley 20.509 se derogó la 17.567 y se volvió al texto de la ley 11.331 y, en el año 1974, se sancionó la ley 20.771, cuyo artículo 6 es el antecedente inmediato del texto actual en análisis.

La legitimidad de la norma deriva de su vigencia, dimensión que hace referencia a la forma del acto y que depende de su conformidad con las normas formales sobre su producción (art. 75 inciso 12 CN).

Cuestión distinta sin embargo habrá de ser la validez propiamente dicha, la constitucionalidad de la ley, vinculada al significado o contenido que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos (Conf. Luigi Ferrajoli "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Editorial Trotta. Año 1997. P g. 874).

El artículo 14 en su segundo párrafo de la ley 23.737 establece que la pena ser de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

La acción típica consiste en una rigurosa conexión fáctica de disponibilidad entre el sujeto y la cosa, es decir la concreta y efectiva relación entre la persona que detenta y la cosa detentada, el estupefaciente debe haberse incorporado inequívocamente a la esfera de custodia del tenedor.

El bien jurídico que se protege en la figura es la salud pública que, como dimensión social, significa que se va m s allá de la mera suma de voluntades individuales pues se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas (Conf. Francisco Muñoz Conde "Derecho Penal". Parte especial, 12ed., Tirant Lo Blanc, Valencia, 1999, ps. 603 y ss.).

El problema es la difícil comprobación de la autoría y la causalidad por lo que, para evitarlo, se recurre a la construcción de los delitos de peligro abstracto que adelanta la barrera de protección ya que la simple puesta en peligro de la salud alcanza, no siendo necesaria que se pueda esperar la lesión del bien jurídico.

Se trata de los casos en que se incriminan conductas que no generan una situación de probabilidad de daño próximo, sino remoto, en los que las conductas prohibidas se refieren a eventuales perjuicios potenciales y peligros abstractos, motivando la cuestión si las acciones privadas sólo pueden ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto para terceros o no.

No existen dudas de que la droga constituye un flagelo mundial en el que las víctimas de su adicción limitan la existencia de sus vidas y, en el mejor de los casos, se encuentran con su salud física y psicológica disminuidas, a lo que debe adunarse la existencia de una verdadera mafia económica y terrorista vinculada a su comercialización.

Existe una verdadera alarma social que reclama de los Estados políticas adecuadas para combatir el problema.

Corresponde examinar si el castigo penal del tenedor de estupefacientes para el consumo, tal como se halla tipificado en el "2do. párr." del artículo 14 de la ley 23.737, afecta algún derecho fundamental que limite y vincule al poder legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos

El llamado derecho penal "eficiente" (Conf. Winfried Hassemer "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Ed. Ad-Hoc, año 1998, p g. 49) permite observar que la violencia, riesgo y amenaza constituyen fenómenos centrales de la percepción social y la seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico.

En la lucha contra el narcotráfico, se reclama que el derecho penal y el derecho procesal penal se adecuen a los requerimientos de una lucha efectiva, proceso que tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia; la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual y social por lo que el derecho penal no es entendido como protección de la libertad sino como un arsenal de lucha efectiva contra el delito y la represión de la violencia; el delincuente se convierte tendencialmente en enemigo y el derecho penal en "derecho penal del enemigo".

El destinatario de una opinión pública amenazada por la violencia es sobre todo el derecho penal del que se espera una ayuda efectiva y la garantía de la seguridad ciudadana; se utilizan como técnicas de represión, entre otras, la observación sistemática de autores (en vez de esclarecimiento de hechos punibles); la política criminal no opera como hace algún tiempo con la desincriminación y la atenuación de penas sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas; se concentra en los tipos y amenazas penales antes que en las consecuencias.

La respuesta no permite mantener la fidelidad en los principios del derecho penal sino en relajar su fuerza vinculante mediante la reducción al mínimo de los presupuestos de la punibilidad utilizando los delitos de peligro abstracto cuyas consecuencias provocan déficit de ejecución específicos, produciendo más agravaciones de penas y la asignación de un ámbito de efectos meramente simbólicos.

Se utiliza la ponderación de bienes para decidir los casos, que en nombre de la necesidad legítima la injerencia en derechos y principios que rigen

como fundamento de nuestra cultura jurídica.

Con ello debe entenderse que no puede aspirarse a tener un derecho penal fuerte sin pagarse con principios logrados políticamente que, si son de ponderación en tiempos de necesidad, pierden su valor para nuestra cultura jurídica por lo que un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado no puede conservar el lugar dentro del sistema total de control social.

Si sus principios son disponibles según el caso perder su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho.

De lo expuesto, aún cuando pueda opinarse de las ventajas en la lucha contra la droga mediante la represión de quien tiene sustancias para el consumo, más allá del grave problema que pueda significar y las indudables consecuencias sociales dañosas de su existencia, los derechos fundamentales que se encuentran en la base de nuestra cultura, cuyo logro tanto esfuerzo costó a la civilización, no pueden ser ponderados en aras de la eficiencia o la necesidad para justificar el relajamiento de sus contenidos, que inexorablemente habrá de afectar al Estado de Derecho.

El ámbito de autonomía individual, protegido jurídicamente por el artículo 19 de la Constitución Nacional, es comprensivo no sólo de la esfera doméstica, del círculo familiar y de amistad sino también de otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas (fallos 306:1892, consid. 8).

Son las acciones privadas internas y externas que no interesan al orden y a la moral pública ni causan perjuicios a terceros, es decir que no afectan al bien común.

El caso en análisis, de tenencia de estupefacientes para consumo personal, se trata de una acción privada externa, cuando no interna, que debe ser tutelado por el precepto, pues no tiene consecuencias para la ,tica colectiva, por lo que se imponen límites a la actividad legislativa consistente en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

No se ha demostrado que la conducta sancionada tenga consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general ni que el castigo sea un remedio eficiente para resolver el verdadero flagelo existente en torno a la drogadicción.

La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres responde a la concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan. (fallos, 308:1412).

En tal sentido, no se ha previsto como delito intentar suicidarse, emborracharse habitualmente, etc., a lo que forzosamente habrá de añadirse la condición de adicto a las drogas, consecuencia a la que inexorablemente según la ciencia médica conduce el consumo reiterado de estupefacientes, del que un estadio anterior es introducir drogas en el organismo y otro, todavía m s lejano, la mera tenencia para el consumo personal.

Si no se castiga al suicida, al borracho, al drogadicto, menos se puede pretender hacerlo con el acto de causarse la muerte, ingerir bebidas alcohólicas o tener drogas para consumir.

Lo contrario significa consagrar un derecho penal de autor, pretexto para el ejercicio del poder punitivo que debilita la vigencia del Estado de Derecho, creando tipos por las agencias legislativas cuyo contenido claramente es contrario al concepto de acción que surge de la ley fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos y legitimando una injerencia ilegal en el ámbito de la privacidad.

Por todo ello, propongo declarar la inconstitucionalidad del "2do. párr." del artículo 14 de la ley 23.737 en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para uso personal, confirmándose así el auto impugnado (Arts. 19 C. N., 439 c.c. y s.s. del C.P.P., 14 "2do. Párr." de la ley 23.737).

-

A la cuestión planteada el señor Juez doctor Navascués, dijo:

I. La cuestión planteada ha recibido a lo largo de los últimos años un intenso tratamiento por parte de la jurisprudencia y de la doctrina nacional razón ésta por la que resulta prácticamente imposible abordarla con alguna pretensión de originalidad. No obstante ello me encuentro obligado a realizar una apretada síntesis de las distintas posturas asumidas tanto por los legisladores como por el máximo tribunal de nuestra república al tratar el tema en análisis.

Así vemos que ya desde el inicio han existido dos corrientes de pensamiento diferentes sobre el tema. Por un lado quienes sostienen que el tenedor de droga para consumo personal es el último integrante de una cadena de tráfico ilícito cuya existencia lógicamente ocasiona a partir de su demanda el lógico aumento de la oferta de estupefacientes y que por tal razón debe ser penado o bien objeto de alguna medida curativa de indudable corte coercitivo. Por el otro lado se encuentran aquellos para los que sancionar penalmente un acto de esta naturaleza no sólo resulta inútil para lograr el fin perseguido sino que además importa una clara intromisión del estado en la esfera de privacidad individual garantizada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Las posturas indicadas fueron alternándose en forma sucesiva en el dominio jurisprudencial y legislativo hasta que en el año 1974 la ley 20.771 retomando el criterio sostenido por la ley 11.331 estableció en su art. 6 que sería reprimido con "...prisión de uno a seis años y multa de 100 pesos a cinco mil pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal...".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en favor de la Constitucionalidad de este artículo en los autos "Colavini, Ariel del 28 de marzo de 1978. (Fallos 300:254;E.D.77-496) argumentando que toda operación comercial, legítima o ilegítima requiere la presencia de dos o mas partes contratantes, las que proveen el objetivo y las que lo adquieren. Que de no existir usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar el producto por lo que el tenedor de droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico. Continuó el mas Alto Tribunal afirmando que no podía sostenerse que el actuar mencionado no rebalsara los límites establecidos en el art. 19 de la constitución Nacional y que ello no podía asimilarse con el intento de suicidio o de autolesionarse porque tales conductas no poseían trascendencia social.

Años después y con otra integración el Supremo Tribunal dictó los fallos "Bazterrica" y "Capalbo"-29-8-86-JA 15-10-86) y determinó por mayoría que el art. 6 de la ley 20771 era inconstitucional por entender que al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal estaba vulnerando el margen de privacidad establecido por el art. 19 de la Carta Magna. Así expresaba que: "...en el caso de la tenencia de droga para el uso personal no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ,tica colectiva. Conviene distinguir la ,tica privada de las personas cuya transgresión esta reservada por la Constitución al juicio de Dios y la ,tica colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra si mismo quedan fuera del ámbito de las prohibiciones..". Continuó afirmando que no se podía sancionar la mera creación de un riesgo pues ello permitía al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad...". Finalmente y ya con un tinte de marcada política criminal se consideró que la penalización en cuestión tampoco era un remedio eficiente para solucionar el problema que planteaban el uso y la comercialización de estupefacientes. Por su parte la postura de la minoría en tales precedentes y conformada por los Dres. Fayt y Caballero sostiene que el art. 19 de la C.N. circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Esta rea podrá ser mas o menos amplia según la importancia asignada al bien que se pretende proteger; es así como en algunos casos basta la mera probabilidad -con base en la experiencia- de que una conducta pueda poner en peligro el bien tutelado para que ella resulte incriminada por la ley penal. Continuaron afirmando los magistrados votantes que evidentemente los legisladores tipificaron como delitos de peligro abstracto la tenencia de estupefacientes aunque estuviera destinado a uso personal y al hacerlo han extendido la protección a determinado bien conforme un juicio de valor que no aparece como irracional y que por lo tanto en principio resulta irrevisable. En síntesis consideraron que la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda afuera del ámbito de protección del art. 19 de la Carta Magna toda vez que dicha conducta es proclive para ofender el orden o la moral pública y causar perjuicio. Finalmente agregaron que si bien podía sostenerse otras soluciones al flagelo de la droga lo cierto es que "...la mayor o menor utilidad desde el punto de vista de la prevención general y especial que pueda revestir la pena para estos hechos es una cuestión de política criminal que involucran razones de oportunidad, m,rito o conveniencia, sobre las cuales est vedado a esta Corte inmiscuirse bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente funciones legisferantes...".

No obstante ésta interpretación del superior Tribunal el poder legislativo en el año 1989 en oportunidad de tratarse la ley 23737 y con pleno conocimiento de la misma volvió sobre la cuestión e insistió al redactar el art. 14 segundo párrafo de la misma con la penalización de la tenencia de drogas aunque fuera para consumo personal. En la oportunidad y luego de las discusión parlamentaria donde específicamente se trató el tema de la posible violación de la garantía establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional al momento de la votación nominal triunfó la postura mayoritaria con el voto afirmativo de 105 legisladores contra 22 por la negativa por lo que quedó consagrada la actual versión de la ley 23737.

Demás est decir que no puede quedar duda alguna acerca de la voluntad del legislador sobre el particular.

Posteriormente y con fecha 11 de diciembre de 1990 en autos

"Montalvo, Ernesto Alfredo"-CSJN "Fallos 313:1337" la Corte Suprema volvió a la doctrina sentada en "Colavini" estableciendo por lo tanto la constitucionalidad del art. 14 segundo párrafo de la ley en estudio argumentando en lo esencial que la tenencia de estupefacientes para consumo personal efectivamente afecta el bien jurídico protegido que es la salud pública porque "...es claro que no hay intimidación ni privacidad si hay exteriorización y esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública o los derechos de un tercero. Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza "de algún modo" es apartarse de los datos mas obvios, penosos y aún dramáticos de la realidad cotidiana...Que, entonces entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal, porque al tratarse de una figura de peligro abstracto esta ínsita la trascendencia a tercero, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante "hormiga" y el verdadero traficante...". Por las razones expuestas el Alto Tribunal entendió que la conducta del tenedor de droga para uso personal estaba fuera del ámbito de privacidad establecido en el art. 19 de la Carta Magna.

De lo expuesto en el párrafo anterior se desprende que el máximo intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia ha establecido también la constitucionalidad de la norma atacada.

Sintetizando lo dicho vemos que existe una coincidencia total entre la letra expresa de la ley; la voluntad del legislador y lo dictaminado por el intérprete último de aquella. Por otro lado debe tenerse presente que como lo ha dicho reiteradamente el Alto Tribunal del país la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la última "ratio" del ordenamiento jurídico (fallos 288-325 o JA 22-1974 439; 290-83,292-190); que la actitud judicial en tales casos debe ser prudente y mesurada (fallos 285-369; 286-76) y que las normas dictadas por el Congreso deben presumirse constitucionales (fallos 207-249; 100-323).

En efecto, es función reservada al poder legislativo delimitar el ámbito privado de lo público correspondiendo al poder judicial invalidar en el caso concreto la decisión tomada si aquella peca de irracionalidad. Dicha irracionalidad debe ser absoluta como bien afirman los magistrados votantes de la posición minoritaria en los casos "Bazterrica" y "Capalbo" al expresar que: "...la solución legislativa sólo puede ser revisada por la judicatura si resultase "absolutamente irrazonable".

Lo que se quiere decir es que no cualquier irracionalidad técnica o jurídica vicia de inconstitucionalidad la norma sino que como afirma Néstor P. Sagues en J.A.1986-IV-pag.962, ésta debe ser "decididamente inaceptable, francamente inadmisibles, prácticamente indiscutible y configurativa de un absurdo...y que lo que el Juez debe hacer es evaluar si la ley examinada entra o se evade del perimetro normativo y axiológico de la Constitución. Y si tiene dudas al respecto y sin perjuicio de que las exponga, tendrá que decidir en pro de la constitucionalidad del precepto en cuestión...".

Sentado lo expuesto corresponde ahora en el caso que nos ocupa analizar si efectivamente la norma atacada resulta absolutamente irrazonable como para justificar su declaración de inconstitucionalidad.

El art. 19 de la Carta Magna expresa que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni la moralidad pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Como dice el autor antes citado ello debe entenderse como que cualquier acción que "de algún modo" ofenda el orden o la moral pública o bien afecte a terceros se encuentra fuera del radio de privacidad establecido por la manda

constitucional.

En los párrafos anteriores he hecho referencia a los argumentos tenidos en cuenta tanto por los legisladores como por nuestro m s Alto Tribunal al momento de fallar en los autos: "Colavini" o "Montalvo" o bien a la postura sostenida por la minoría en "Bazterrica" y "Capalbo" y los mismos aparecen en principio y a mi juicio como razonables para fundamentar la norma atacada. Lo que vengo diciendo es que si bien tales argumentaciones tenidas en cuenta por el legislador y avaladas por el m s Alto Tribunal pueden resultar discutibles no advierto que los mismos puedan ser tachados de "absurdos" o "totalmente irracionales" como para fundar la declaración de inconstitucionalidad en estudio, razón ésta por la que he disentir con el magistrado que lleva la voz y propugnar la revocación de la resolución recurrida.

II. Sin perjuicio de lo expuesto y más allá de no ser materia de recurso creo necesario señalar que la penalización de la tenencia de estupefacientes contemplada en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 encuentra su límite inferior o "umbral mínimo" de ilicitud en la afectación al menos presunta del bien jurídico protegido. Por tal razón deber analizarse en cada caso no sólo la cantidad de la sustancia incautada sino todas aquellas circunstancias que permitan determinar la existencia o no de un riesgo potencial para la salud pública. Obviamente que ello suceder cuanto exista peligro de propagación a un número indeterminado de personas y contrariamente resultaría atípica una conducta cuando la sustancia indudablemente poseía como destino el uso personal sin riesgo alguno de trascender a terceros pues - vuelvo a repetir- en este caso no afectaría el bien jurídico cuya protección se pretende. (Conf. Rivero, Diego Javier s/Inf.ley 23737 Sala II, Reg. 11238; Sala I, Baraj, Bernardo; C.23552 T.S. s/Sobreseimiento).

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Alberdi, dijo:

He de coincidir en un todo con lo expresado en su voto por el Dr. Maidana respecto de la inconstitucionalidad del tipo punitivo establecido por el 2do. párrafo del art. 14 de la Ley 23.737, puesto que más allá del flagelo que provoca la droga en nuestra sociedad la conducta que se pune a través del mismo constituye la clara expresión de un derecho penal que no defiende a todos los individuos por igual, ni mucho menos, sino que generalmente tiende a proteger los intereses y cuando castiga, no castiga a todos de igual manera. Es decir una ley penal que no es igual para todos, puesto que los procesos de selección de la criminalidad son orientados generalmente a las capas mas bajas y desprotegidas de la sociedad, dando por tierra de esa forma a los principios del interés social, del delito natural y el principio de igualdad.-

Se pretende pues mediante la norma en cuestión criminalizar una conducta que en si no tiene consecuencias negativas ni graves para el orden social sino tan solo para quien padece la enfermedad social de ser adicto, no resolviéndose a través de tal punición el conflicto de la narcocriminalidad.-

Se consagra a través del citado tipo punitivo el derecho penal de autor, direccionándose la política criminal en este campo hacia el eslabón mas débil y desprotegido de la cadena de la drogadicción, centrándose el foco de las agencias de poder sobre aquél a quien el orden social ha dejado mas indefenso y desprotegido, fuera de toda contención producto de una falla en nuestra estructura social generada por una profunda crisis económica y cultural, la que ha dejado a grandes sectores de nuestra sociedad, los mas pobres y marginados fuera de su seno, generándose un caldo de cultivo fértil para el campo de la narcocriminalidad.-

La punición de conductas adictivas, como lo establece la norma

en cuestión, las cuales resultan tan solo un producto de una falla en la estructura social a las cuales son sometidos gran cantidad de jóvenes marginados, significa errar el camino a seguir en la persecución del flagelo que la droga genera en nuestro orden social. Ello debiera encontrar su respuesta no en el campo del derecho penal sino en una sana contención desde el seno social en lo material, cultural y educativo, debiéndose direccionar la persecución penal a aquellos agentes que de este flagelo y en virtud de la crisis social emergente han generado una gran fuente de poder económico.-

No se pretende, con esta posición minimizar el problema de la narcocriminalidad, ni mirar hacia otro lado, sino tan solo establecer un criterio de racionalidad respecto de la definición de las conductas punitivas en este campo, debiéndose direccionar la política criminal en este ámbito a los reales factores de poder que perjudican y alteran el orden social o sea a los verdaderos mercaderes de la muerte vinculados a la producción, tráfico y venta, como así también al lavado del dinero que esta vil actividad genera en nuestro orden social.-

Por lo que he venido señalando he de adherirme a la declaración de inconstitucionalidad propiciada por el Dr. Maidana respecto del segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737.-

POR ELLO:

Esta SALA PRIMERA de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, por mayoría, RESUELVE: RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto, y por ende, CONFIRMAR el auto de fs. 20/23, en el que se declara la inconstitucionalidad del artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737 en tanto pena la tenencia de droga para uso personal, en la presente causa seguida a Claudio Andrés Yovino. (Arts. 19 C. N., 439 c.c. y s.s. del C.P.P., 14 "2do. Párr." de la ley 23.737).-

Devuélvase la causa al Juzgado de intervención donde deber n practicarse las notificaciones de rigor, sirviendo el presente de atenta nota de estilo.-