

Cámara Nacional de Casación Penal

Registro nro. 184/11

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de marzo dos mil once, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Liliana E. Catucci, Angela E. Ledesma y W. Gustavo Mitchell, y bajo la presidencia de la primera de las nombradas, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 12995 caratulada "**Barrientos, Eric Alexis s/ rec. de inconstitucionalidad**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo G. Wechsler y el doctor Juan Carlos Sambuceti (h), por la defensa.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Mitchell y Catucci.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

PRIMERO:

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 179/185vta. por la defensa de Barrientos, contra la decisión de fecha 2 de julio de 2010 (ver fs. 171/174) dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, que dispuso "*I) CONFIRMAR el procesamiento sin prisión preventiva de Eric Alexis BARRIENTOS, de la demás condiciones personales obrantes en autos, como autor del delito de tenencia de estupefaciente para uso personal (art. 14, 2do. Párrafo de la ley 23737) y trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos cien*

(§ 100) ...”.

El recurso de casación interpuesto fue declarado admisible a fs. 187/vta. y mantenido a fs. 193.

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó la defensa a fs. 137/141.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual con fecha 2 de marzo de 2011, según constancia actuarial de fs. 202, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO:

a. El impugnante expuso que el recurso deducido se encuadra en las previsiones del art. 474 del C.P.P.N., cuestionando la constitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23737.

En primer término, efectuó un relato de los hechos ventilados en las actuaciones y un análisis de las normas constitucionales a su criterio transgredidas. En virtud de ello, sostuvo que el art. 14 segundo párrafo de la ley de drogas no cumple con el compromiso asumido por el Estado Argentino respecto de la protección al derecho a la intimidad en supuestos como el presente, en el cual no implican la pública exhibición del hábito de consumo.

Asimismo, expuso que *“no ha sido acreditado en (la) presente causa, de que manera el obrar de mi defendido ha incurrido en ostentación, ni de que ha creado de manera concreta riesgo o afectación a terceros, y el hecho de hallarse el estupefaciente en un bolsillo del pantalón o sobre un cenicero que se encontraba en su celda individual, al margen de la consideración de que se hallaba en un lugar de detención, no configura tal trascendencia”*.

En esta línea argumental, afirmó que *“del análisis de los hechos de la presente causa, nada conduce directamente, como pretende hacer valer el juzgador, a la lesión del bien jurídico 'salud*

pública', pues tales circunstancias resultan totalmente ajenas a la conducta que se pretende enrostrar a Barrientos, quien en ningún momento hizo ostentación de la sustancia que tenía para su propio consumo, ni incurrió en afectación a terceros. De esta manera tanto la a quo y la Cámara de apelaciones, no realizaron una correcta lectura del precedente 'Arriola'".

Por otro lado, consideró que el criterio arribado por los magistrados resulta arbitrario pues se han apartado de los precedentes por ellos dictados en los autos caratulados "Brigada de investigaciones y Leyes especiales s/ infr. Ley 23737"; "Villa Sánchez, Daniel Roberto s/ psta. Infr. Art. 14, párrafo 2°, ley 23737", entre otros.

De igual modo, remarcó que "la intromisión en el ámbito privado que implicó la realización de requisas, cuyo objeto fue la preservación de la seguridad, conforme el art. 70 de la ley 24.660, y en el caso de no haberse producido, jamás habría trascendido la sustancia del ámbito privado".

De ahí que "resulta incuestionable que de las circunstancias de este caso no surge la trascendencia pública de la tenencia de sustancia tóxica por parte del encartado, que fue interceptado en la vía pública, y el estupefaciente estaba oculto entre sus pertenencias, por lo cual la figura penal en reproche es inaplicable, por configurar una violación a la libertad individual (art. 19 primera parte y 28 de la C.N.)".

En atención a las consideraciones apuntadas, entendió que la impugnación incoada resultaba procedente.

Hizo reserva del caso federal.

b.- Puestos los autos en días de oficina, compareció la defensa de Barrientos quien reiteró los fundamentos esgrimidos por su antecesor en el cargo, reiterando que no es constitucionalmente válida la ley que castiga la tenencia de estupefacientes para

uso personal si no existe posibilidad de poner en peligro, o de perjudicar, un bien jurídico protegido. Asimismo, considero que resulta aplicable lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el precedente "Arriola".-

TERCERO:

Ahora bien, ingresando al tratamiento de los agravios introducidos por el recurrente, adelanto opinión en cuanto asiste razón al quejoso. Ello, 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; 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 confirmar la sentencia en crisis.

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.

Conforme surge de las presentes en virtud de lo dispuesto por el art. 70 de la ley 24660 en distintas oportunidades se llevó a cabo la requisita sobre la persona y sobre los internos de la Unidad nro. 1 de Río Grande, secuestrándose: a) el 22 de diciembre de 2008 de encima de la mesa metálica de la celda utilizada por el imputado Barrientos un cenicero conteniendo marihuana -1,01grs.- (v. fs. 5); b) el 23 de febrero de 2009 del bolsillo delantero derecho del encausado un envoltorio de nylon blanco con marihuana -1,50grs.- y de su celda un pico metálico correspondiente a una pava que es utilizado como "turquera" y 16 grageas blancas, 15 de las cuales corresponden a Clonazepan(fs. Cfr. Acta de fs. 26 y pericias químicas de fs.39/40 y 44/7) y, c) el

12 de junio de 2009 de una caja de cartón emplazada debajo de la cama metálica que posee la celda de Barrientos, un envoltorio de color blanco con vivos azules conteniendo marihuana -1,69grs.- (v. acta de fs. 76).

En función de lo expuesto, se advierte que la tenencia de la sustancia estupefaciente incautada se produjo tanto en la celda del interno (la cual no era compartida), como sobre la persona del imputado, desprendiéndose que la misma no ha sido ostentada frente a otros internos. Por estos motivos, no se acredita una afectación a terceros y, por ende, al bien jurídico protegido por la norma, esto es, la salud pública. Ello así, puesto que el principio de lesividad proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto. Por tal razón es inadmisibles la punición 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 practica 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*).

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 (Prittwitz, 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, en lo concerniente a la puntual situación que se presenta en autos, entiendo que la circunstancia de que la sustancia fuera hallada en una unidad carcelaria, no modifica -de por sí- la ausencia de un peligro concreto para la salud de terceros. En igual sentido me expedi al votar en la causa nro. 12796 "Chirimo, Miguel Alejandro s/ rec. de casación", rta. el 19/11/2010, reg. Nro. 1795/10.

Al respecto, interesa subrayar que "el principio de dignidad de la persona proscribire concebir a las acciones voluntarias como meros fenómenos naturales que no pueden ser fuentes de responsabilidades. Esto es lo que ocurre, indirectamente, cuando el daño que una acción produce se lo imputamos a otra acción que está más alejada en la misma cadena causal. Se razona así cuando, por ejemplo, se aduce que el consumo de drogas es perjudicial para terceros, porque algún agente adulto puede decidir voluntariamente imitar al consumidor, o el mismo consumidor puede luego cometer un delito para procurarse nueva droga, etcétera..." (Nino, Carlos, "Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional". Tercer reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 306)

El autor agrega que "hay al menos, cuatro clases de daños a terceros que no pueden computarse como justificativos para interferir con la autonomía

de un individuo: a) el que es insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente; b) el que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria, c) el que se produce gracias a la intolerancia del dañado y d) el que se produce por la propia interferencia del Estado..." (Nino, Carlos, op. cit., pág. 307).

Por lo demás, la insignificancia de la conducta reprochada (tenencia de una ínfima cantidad de droga en cada oportunidad en que se requiso al encausado o su celda, denotan de conformidad con lo establecido en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23737 que inequívocamente el estupefaciente era para consumo personal), también representa un obstáculo para afirmar la existencia del alegado daño con trascendencia a terceros.

A ello, debe agregarse que resulta arbitrario que los magistrados hayan valorado que la detención del material se efectuó "en reiteradas oportunidades en un lapso de seis meses", ya que debió efectuarse un análisis de cada hecho por separado y no como se hizo un análisis conjunto de todos ellos. Dado que, no puede redundar en contra de Barrientos la acumulación de los hechos en un solo proceso.

Cabe advertir que el hecho en cuestión, pone de manifiesto el deficiente control que el Servicio Penitenciario hace del ingreso de sustancias estupefacientes.

Por los argumentos expuestos, propongo al acuerdo **HACER LUGAR, SIN COSTAS**, al recurso deducido por la asistente técnica estatal, **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, **REVOCAR** la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia y **SOBRESEER** a Eric Alexis Barrientos del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (arts. 475, 530 y cc. del Código Procesal Penal de la

Nación).

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

El eje del planteo -determinar si, desde el prisma constitucional, es o no legítimo penalizar la tenencia de drogas para consumo personal- es sustancialmente análogo al debatido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar *in re*: "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080" A. 891. XLIV., del 25 de agosto de 2009.

En tal sentido es del caso hacer referencia al indiscutible deber jurisdiccional de conformar las decisiones que se adopten a las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201; y sus citas).

Ahora bien, en el citado caso "Arriola", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sustento en "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), 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 ...".

Así, no se colige del fallo del Címero Tribunal que sea constitucionalmente inobjetable la tenencia de drogas para consumo personal en todos los

supuestos sino que es necesario aquilatar en cada caso si la acción del acusado se realizó en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento analizado el carácter de acción privada protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional.

A tal efecto, resulta ilustrativo el voto de la Dra. Carmen Argibay, quien manifiesta: "...hay multiplicidad de acciones posibles de infringir el tipo penal, a fin de determinar si en el caso que aquí se examina la conducta se trata o no de una acción privada, resulta necesario recurrir a las decisiones anteriores que se han tomado al respecto, y a través de un examen integral, detectar qué elementos han resultado de trascendencia para resolver los casos en uno u otro sentido."

"... se consideró que la conducta del condenado no era una acción privada cuando... fue detenido al presentarse en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisa de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana ('Di Capua, Sergio Héctor', Fallos: 312:1892)."

"13) ...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."

En síntesis, toda vez que el secuestro de estupefacientes fue en una penitenciaria, que es un lugar público donde el Estado se encuentra habilitado a intervenir a fin de proscribir interferencias intersubjetivas, entiendo que el accionar del imputado queda fuera de la órbita de protección del artículo

19 de la Constitución Nacional, cobrando vocación aplicativa la regla que dimana del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Como corolario, propongo al acuerdo se rechace el recurso de casación de fs. 179/85 vta., con costas (arts. 470 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

La Señora juez **doctora Liliana E. Catucci** dijo:

Toda vez que el caso bajo examen se desajusta al que fuera motivo de decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **in re**: "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", A.891. XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009, la impugnación no habrá de ser atendida favorablemente.

Adhiero pues al voto del Dr. Mitchell y en consecuencia, emito el mío en idéntico sentido.

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

RECHAZAR el recurso de casación deducido por la defensa e Eric Alexis Barrientos, a fs. 179/85 vta., con costas (arts. 470 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítase al Tribunal de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota de envío.-

Fdo: Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela E Ledesma. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.