

*Cámara Nacional de Casación Penal*

Causa nro. 12.900 "Perez, Daniel Alberto s/ recurso de casación"  
SALA II C.N.C.P.

REGISTRO NRO. 18340

///la ciudad de Buenos Aires, a los días 19 del mes de Abril del año 2011, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores W. Gustavo Mitchell y Luís M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N. doctor Gustavo Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 66/71 en la **causa n° 12.900** del Registro de esta Sala caratulada: "**Pérez, Daniel Alberto s/ recurso de casación**", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General, doctor Pedro Narvaiz y por la Defensa Pública Oficial el doctor Juan Carlos Sambuceti.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García.

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

- I -

1º) La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, a fs. 66/71, con fecha 19 de marzo de 2010 resolvió revocar la resolución del juez de primera instancia y declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 primer párrafo de la ley 23.737.

2º) Contra dicha resolución, el Ministerio Público Fiscal dedujo recurso de casación, el que fue concedido a fs. 101 y mantenido en esta Sala a fs. 107.

3º) El recurrente basó su impugnación en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Hizo hincapié en que la sentencia del Tribunal cuenta con fundamentos aparentes y con una errónea

interpretación del derecho, ya que desconoce el alcance dado por el legislador al instituto consagrado en el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737.

Alegó el Fiscal que en la resolución en crisis se omitió tratar la naturaleza del delito y que solamente se realizó un alegato sobre el déficit de la política criminal ejecutada por los otros poderes del estados, sin fundar razonablemente la ampliación del principio de reserva sobre las inconductas penalizadas por la ley anteriormente mencionada.

Afirmó en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad que lo mencionado por el Tribunal resulta exiguo, en cuanto se limitó a enunciar las circunstancias en las cuales se halló la sustancia prohibida invocando el precedente "Arriola".

Por otro lado, cuestionó que el juzgador no cumplió con lo establecido por el artículo 123 del C.P.P.N. en cuanto no fundó el acto jurisdiccional sino que, por el contrario, se aplicó *in abstracto* la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vulnerando los preceptos que rigen el sometimiento de una norma al control de Poder Judicial.

En relación al principio de reserva, señaló que encuentra su límite en el accionar peligroso del imputado y la potencialidad dañina de la sustancia prohibida.

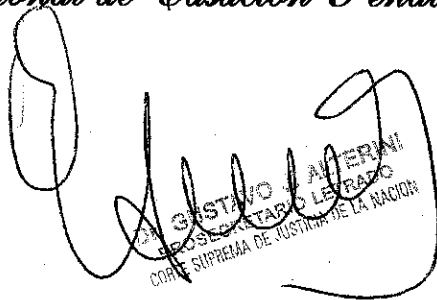
Así también, que se trata de un delito de peligro abstracto, citando en su apoyo diferentes precedentes de Cámaras Federales.

Por último, solicitó que se case la resolución recurrida, se la revoque y se continúe con el curso de la investigación.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

4º) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del código de rito, la Defensa Pública Oficial solicitó el rechazo del recurso interpuesto por el Fiscal alegando que el precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es de estricta aplicación al caso en autos, en relación a que el bien jurídico protegido no sufrió ningún tipo de lesión.

*Cámara Nacional de Casación Penal*



AGUSTO ALERNA  
PROSECUUTOR LEYADO  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Causa nro. 12.900 "Perez, Daniel Alberto s/ recurso de casación" SALA II C.N.C.P.

Recordó que a su defendido se le secuestraron 2,9 gramos de marihuana que se encontraban en el bolsillo de su pantalón, sin que este ejerciera ningún tipo de ostentación y que se encontraba a resguardo de terceros, lo que provoca que su acción sea atípica, encuadrando dentro de la esfera de intimidad que prevé el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por último, solicitó que se confirme la resolución recurrida y se rechace el recurso interpuesto por el representante de la *vindicta pública*.

Hizo expresa reserva del caso federal.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del mismo cuerpo de leyes, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

- II -

A fs. 31/32 se dictó el procesamiento de Pérez, oportunidad en que se encuadró el hecho en la figura prevista por el artículo 14, 2º párrafo de la ley 23.737 (tenencia para consumo personal).

A fs. 63/67 la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán revoco la resolución de primera instancia y declaró la inconstitucional del segundo párrafo del art. 14 de la ley antes citada (tenencia para consumo personal).

El señor Juez Federal de Tucumán tuvo por acreditado que: *"el dieciséis de febrero del año dos mil siete, por personal de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la provincia de Tucumán, en circunstancias en que se realizaban recorridos en el marco de un operativo originado por una denuncia de un vecino por causa de robo, el personal policial divisa una persona cuyas características coincidían con la del sujeto buscado por dicha causa, quien se encontraba sentado y al notar la presencia policial, se puso de pie en actitud nerviosa, por tal motivo ante la sospechosa situación,*

*el mencionado personal interviniente previo a identificarse procede a requisarlo, arrojando resultado positivo, a quien desde el interior del bolsillo de la bermuda que vestía se le secuestró dos (2) envoltorios plásticos denominados "bagullos", uno de color blanco, y otro transparente, conteniendo en su interior sustancia vegetal picada, sustancia que según las conclusiones de la pericia efectuada a la misma cuyos resultados obran glosados a fs. 18 vta de estos actuados, se trata de picadura de marihuana".*

Ahora bien, ingresado al análisis de las actuaciones que suscitan la intervención de esta Cámara, es menester señalar que 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; 320:166-0; 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*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

Causa nro. 12.900 "Perez, Daniel  
Alberto s/ recurso de casación"  
SALA II C.N.C.P.

*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, que su considerando 13 manifiesta: "...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 relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que...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 de consumo. Esto no ocurre cuando la acción ha sido descubierta no por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esa conducta."

En el *sub lite* el contexto en el que se produjo el hallazgo - dentro del bolsillo de la bermuda del imputado y con motivo de la requisita efectuada - no alcanza para considerar su conducta con aptitud para afectar los derechos de terceros. Es decir "...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 artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes)"

Así lo sostuve al votar *in re*: "*Duarte, Cristina Javier s/ recurso de inconstitucionalidad*" (causa 9862 del 8 de abril de 2010, registro 16.211, Sala II).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia confirmar la resolución obrante a fs. 66/71.

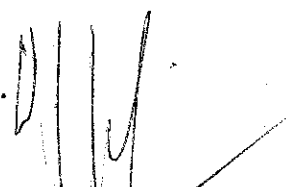
Tal es mi voto.

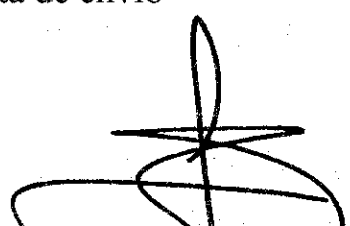
Los señores jueces **doctores Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García** dijeron:

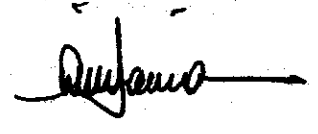
Adherimos al voto que antecede y emitimos el nuestro en igual sentido.

En mérito de la votación que antecede el Tribunal **RESUELVE:**  
**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Oficial, y en consecuencia confirmar la resolución obrante a fs. 66/71, sin costas (arts. 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

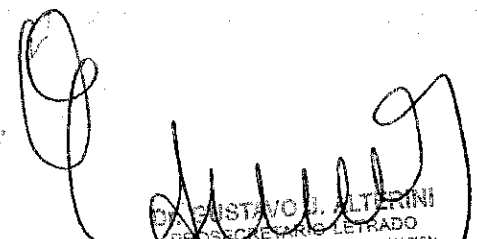
Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío

  
W. GUSTAVO MITCHELL

  
DR. GUILLERMO YACOBUCCI

  
LUIS M. GARCIA

Auto mi =

  
DR. GUSTAVO S. ALTERINI  
PROSECRETARIO LEYTRADO  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

