



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

**"Registrado bajo el Nro. 220 Año 2015"**

**ACUERDO**

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la sala I del Tribunal de Casación Penal (cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 23 de abril de dos mil quince se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Benjamín Ramón María Sal Llargués y Daniel Carral (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la **Causa N° 68.597** caratulada **"COLOMBINI, Gabriel Fernando s/ Recurso de Casación"**, conforme al siguiente orden de votación: SAL LLARGUÉS - CARRAL.

**ANTECEDENTES**

El Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial de La Plata, en integración unipersonal, con fecha 15 de setiembre de 2014 (v. fs. 17/36 de este incidente impugnativo) condenó a Gabriel Fernando Colombini a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veinticinco pesos (\$ 225), accesorias legales y costas del proceso, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de cultivo de plantas para producir estupefacientes, en los términos del art. 5 inc. a) de la ley 23.737, cometido el 7 de febrero de 2007 en la localidad



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

%07f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

bonaerense de Saladillo.

Contra dicha sentencia interpone recurso de casación la Defensa Oficial del nombrado (fs. 44/50), denunciando -en lo fundamental- la errónea aplicación del art. 5 inc. a) de ley 23.737 al no verificarse la finalidad de "producir estupefacientes" del cultivo de las plantas halladas en poder de su ahijado procesal.

Como segundo agravio, denuncia la falta de acreditación de la materialidad ilícita por ausencia de pericia idónea que determine fehacientemente que las plantas secuestradas eran de *cannabis sativa*. También critica el decisorio al afirmar que tal calidad de las plantas resulta de la declaración prestada por el inculcado a tenor del art. 308 C.P.P., puesto que de ella no puede colegirse tal circunstancia, y cuestiona -por último- la falta de certeza en relación a los movimientos de "pasamanos" atribuidos a Colombini.

Adjudicado el recurso en la Sala con fecha 2 de febrero de 2015 (f. 57), la Presidencia notificó a las partes quienes presentaron sus memoriales respectivos, desistiendo de la audiencia del art. 458 C.P.P.

Radicados los autos en esta Sede con fecha Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

resolver, decidiendo plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES:**

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión el señor juez doctor Sal Llargués dijo:**

**I.-**

En primer término, debo señalar que el Tribunal de grado ha tenido por debidamente acreditado que *"el día 7 de febrero de 2013, un sujeto de sexo masculino en su domicilio sito en casa 226 del Barrio 272 viviendas de la localidad de Saladillo, cultivaba un total de 18 plantas de marihuana que ocupaban la totalidad del patio externo de dicha vivienda"* (v. f. 17 vta. de este legajo).

Como se aprecia de la sola lectura del escrito recursivo, tales hechos no han sido puestos en crisis por la Defensa Oficial, reconociendo incluso su ahijado procesal el cultivo, siembra, producción y consumo de estupefacientes originados en las plantas de *cannabis sativa* que le fueran secuestradas (v. declaración prestada a tenor del art. 308 C.P.P. a fs. 31/32 vta. del principal, y las



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

manifestaciones realizadas al finalizar el debate de conformidad con el art. 368 C.P.P. según consta en el acta que lo instrumenta, lucientes a fs. 16 de este incidente).

Dicho consumo de sustancias estupefacientes no ha sido contradicho por la acusadora pública, sino confirmada por la experticia psiquiátrica oficial glosada a fs. 222/223 de la causa principal.

Además, y como otro dato liminar a considerar, ha sido descartada desde la imputación formal del Ministerio Público Fiscal -y ninguna probanza fue adunada en ese sentido- que las plantas de marihuana tuvieran como destino la comercialización de sus productos.

Así, no cabe más que sostener que el cultivo de las plantas referidas estaban destinadas para el consumo personal de Gabriel Fernando Colombini.

**II.-**

Ceñido a la prudencia propia de la faena jurisdiccional, y en resguardo de la vigencia del ordenamiento jurídico, se ha perfilado un control de constitucionalidad -aún cuando difuso- a instancias de la parte interesada. No obstante, es bueno recordar, que los Jueces no podemos llevar adelante nuestro Ministerio aplicando y sosteniendo normas que, manifiestamente, se



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**%o7f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

alcen contra la Carta Magna. Ello es lo que resulta prístinamente de la letra del art. 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Como expliqué en la causa n° 55.106 "Ruíz, Carlos A." del registro de esta Sala, la tacha de inconstitucional de una norma penal no deviene una consecuencia directa de su planteo si es posible suscribir a una interpretación de la misma que no ponga en crisis los postulados de la Carta Magna, más ello no impide a la Magistratura rechazar toda interpretación contraria a ellos sin llegar a semejante decisión que debe quedar siempre como la *ultima ratio* del sistema jurídico. Este principio de prudencia o de conservación de las disposiciones legales, autoriza a descartar de plano toda interpretación que se haga de una disposición cuando ésta no se condice con la Constitución Nacional o aún, cuando aparece como una afrenta de derechos o garantías de mayor envergadura para el sistema constitucional, lo que determina su salvaguarda por parte de los Jueces.

Este criterio hermenéutico, de acuerdo con la profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, postula que ante dos posibles interpretaciones de una norma, una conforme a la Carta Magna



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

y la otra no, debe admitirse la primera (STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981; y 122/1983, de 16 de diciembre de 1983; 105/1988, de 8 de junio de 1988), obturando la vigencia sólo de aquellas interpretaciones "cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible" (STC 185/2014 de 6 de noviembre de 2014).

Del mismo modo, debe admitirse que las normas y sus interpretaciones que otrora resultaban legítimas, "pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas" (C.S.J.N., in re "Arriola, Sebastián y otros", Fallos 332:1963, consid. 13° del voto de la mayoría) y que, por imperio del principio de razonabilidad, debe "cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional" (C.S.J.N., "Itzcovich, Mabel", Fallos 328:566, consid. 10°). Con lo cual, resulta admisible su control de constitucionalidad.

No suponen novedad alguna las variaciones culturales, sociales y jurídicas que giran en



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

torno a la no punición del consumidor de estupefacientes y a la inconstitucionalidad del art. 14, 2° párr., de la ley 23.737, que diera motivo que el Címero Tribunal de la Nación dictara el precedente "*Arriola, Sebastián y otros*" antes citado, el 29 de agosto de 2009, que marca, de algún modo, el trajín argumentativo que sigue y la necesidad de contrastar la coincidencia o no de la interpretación que el *a quo* hace del tipo penal del art. 5 inc. a) de la ley de estupefacientes.

**III.-**

En el mencionado fallo "*Arriola, Sebastián y otros*", la Corte Suprema nacional ha puesto de relieve la ilegitimidad de reprochar al consumidor de estupefacientes dicha actividad -"*las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico*" (consid. 19° del voto mayoritario)-, abarcando por esa línea argumental, aquellos actos necesarios para lograr tal fin, como lo es el estado de cosas al que hace referencia la segunda parte del art. 14 de la ley 23.737.

Como reconoce la sentencia, no corresponde al Estado el establecimiento de una determinada moral a sus ciudadanos adultos, quienes son libres para



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

decidir sobre el estilo de vida que desean llevar (consid. 13° del voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti), sino que su deber es garantizar la libertad moral. De ello resulta la prohibición para el Estado de reprimir todas las acciones que son, justamente, el ejercicio de esa libertad o autonomía ética.

Por ello se afirma la posibilidad estatal de perseguir y castigar sólo aquellas conductas que exceden el marco delimitado por el art. 19 de la Ley Fundamental, por lo cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, 2° parte, de la ley 23.737 *"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"* (consid. 36° de la mayoría), lo que descarta de plano la represión sobre la base de una *"mera peligrosidad abstracta, conveniencia o moralidad pública"* (consids. 11°, 13° a 15° y 19° del voto del Dr. Lorenzetti).

**IV. -**

Tal como se dijo más arriba, Gabriel Fernando Colombini fue condenado por cultivo de plantas para producir estupefacientes, imponiéndosele la pena de cuatro años de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos (§



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

225), las accesorias legales del art. 12 del Código Penal, más las costas del proceso. Y también como se expresó, Colombini empleaba las plantas de marihuana para su propio consumo, lo cual se halla fehacientemente probado. No cabe presumirlo, por consiguiente, en su detrimento vaciando de contenido el principio *in dubio pro reo* (cfme., doctr. C.S.J.N., *in re "Vega Giménez, Claudio E."*, Fallos 329:6019) forzando las circunstancias concretas del caso para lograr su ingreso en los contornos de la figura legal.

No es un dato menor el destino de las plantas de marihuana halladas en el domicilio de Gabriel Fernando Colombini, dato del cual el *a quo* no extrajo suficientemente sus consecuencias en una interpretación constitucional del tipo penal previsto en la ley 23.737 por el cual condenara al nombrado. Entiendo que la interpretación que se otorgó a la mentada disposición en el caso concreto sometido a su conocimiento, resulta contraria a los postulados constitucionales por la ausencia concreta de una lesión al bien jurídico "salud pública" que funda la legislación en materia de estupefacientes.

Nuestra Constitución Nacional reclama desde su artículo 19 que toda conducta humana, para ser relevada por el sistema penal, debe superar el espacio



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

propio del ejercicio de la autonomía ética del individuo pero, además, ello debe importar de consuno una lesión o puesta en peligro de derechos de terceros. De lo contrario, mal podría la conveniencia de habilitar poder punitivo.

Al disponer la norma constitucional que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”*, asienta el límite más importante al poder penal del Estado (Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 1° ed., p. 119). Ello importa, como corolario, que sólo cabe inhibir aquellos comportamientos que lesionan o restringen de modo relevante derechos de terceros -*nullum crimen sine injuria*- dejando en el ámbito de la libertad individual los restantes, en un juego armónico con el principio constitucional de reserva de la segunda parte del citado art. 19 -*“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*-. .

Sentado lo anterior, es menester considerar que el bien jurídico que aglutina los delitos previstos por la ley 23.737 es la “salud pública”, bien



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

jurídico supraindividual, que ha de entenderse como el bienestar o equilibrio psicofísico de la población que cercenan o ponen concretamente en peligro las conductas allí prohibidas.

Por el contrario, no resulta ello de las pruebas valoradas por el sentenciante.

Adviértase que en el veredicto se releva, según los dichos de los funcionarios policiales intervinientes (v. fs. 18 vta./19), el ingreso y egreso de jóvenes a la vivienda del inculcado, quienes salían con objetos en sus manos que "olfateaban", pero de ello no puede colegirse que la producción de estupefacientes fuera puesta a disposición de terceros, y muchos menos su "manipulación" por aquellos (v. f. 33 vta.), como se pretende. No se logró aprehender a ningún comprador ni depuso en el juicio oral ninguna persona que pudiera afirmar que Colombini suministrara onerosa o gratuitamente, lo que producía en su hogar.

En investigaciones por alguno de los delitos integrantes de la cadena de tráfico de estupefacientes, es habitual -con mayores o menores elementos- sostener la vinculación de terceros con dichos procederes ilícitos, sobre la base de pruebas que demuestren



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

-al menos- la posesión de la sustancia ilícita por quien la recibió de manos del investigado, lo que, como puede verificarse en el decisorio impugnado, no ha sido mínimamente demostrado. Las "presunciones graves" que edifica la Sra. Magistrada de sentencia en la cuestión segunda del veredicto (f. 31) sobre estos mismos elementos, caen por su propia endeblez y equivocidad, careciendo de otra probanza de apoyo.

Los instrumentos destinados a la producción de estupefacientes que se enlistan también como otra presunción grave en contra del imputado, resultan ser los mismos que emplearía quien reserva lo producido para su propia ingesta.

Tampoco es una presunción grave que mientras se producía el registro domiciliario en la vivienda de Colombini, transeúntes comentaran "*nos quedamos sin plantas amigo*", puesto que ninguna relación se probó entre esas personas y el aquí inculcado.

**v.-**

Como puede perfilarse de lo expresado, solo resta analizar el secuestro de las dieciocho plantas de marihuana que no han sido negadas por la parte recurrente. Sin embargo, ello tampoco es un obstáculo para las conclusiones que venimos concretando.



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

El delito del cultivo de plantas destinadas a producir estupefacientes del art. 5° inc. a) de la ley 23.737 es un tipo penal cuyo sujeto activo requiere que quien realiza la conducta típica lo realice *“sin autorización o con destino ilegítimo”*. Es, como puede apreciarse, ésta última parte de la norma donde se sustenta el injusto puesto que, más allá de la autorización administrativa para el cultivo y siembra de plantas para producir estupefacientes, es el destino ilegítimo el que merece el reproche penal.

En relación a este tópico, autorizada doctrina especializada, ha señalado que el destino ilegítimo *“se refiere específicamente al llamado dolo de tráfico, es decir al propósito subjetivo de lucrar con la droga en sí y con el producto de su venta”* (Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, p. 39). Ello, en el contexto abierto por el señero precedente *“Arriola”*, resulta de suma importancia para deslindar licitudes de ilicitudes. Me explico:

Es categórica en este sentido nuestra Corte Suprema, en una afirmación que comparto plenamente por resultar acorde con los postulados constitucionales: no resulta perseguible penalmente la tenencia de estupefacientes para uso personal cuando *“se realice en*



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

*condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros"* (consid. 36° del voto de la mayoría). De suceder ello, resulta reprimible el *factum*.

En la misma línea argumental, sólo cabe predicar la represión de toda posesión de estupefacientes, materias primas o elementos destinados a su producción si en el caso se lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos ajenos. Situaciones como las delineadas carecen de un elemento esencial para su relevamiento por el sistema penal, que es el conflicto que se suscita ante un ataque o potencial daño a un bien jurídico ajeno, reclamado por el principio de lesividad o de ofensividad del art. 19 C.N. ya aludido.

En autos, el destino de las plantas y la modalidad de producción mantienen la actividad de Colombini dentro del ámbito privado, sin injerencias en la vida o bienes de terceros. Incluso, adviértase que de otro modo se fuerza al productor para su propio y exclusivo consumo a ingresar como eslabón-adquirente en la cadena de tráfico que la ley pretende hacer desaparecer.

Lo que establece el cultivo de plantas para producir estupefacientes para consumo personal,



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

previsto por el art. 5, anteúltimo párrafo, de la ley 23.737 -incorporado por la ley 24.424-, descartado por el judicante, es un presunción cimentada en la escasa cantidad de plantas "y demás circunstancias" de que la producción se destinará al propio consumo del autor. El supuesto inverso, entonces, es que el destino ilegítimo sea -más allá de la cantidad de plantas- el ingreso de las sustancias a la cadena de tráfico de drogas, lo que aprehende el inciso a) del citado artículo. Éste es el denominado "dolo de tráfico" al que hacía mención más arriba, y que examina el a quo en su decisorio.

La Sra. Juez del Tribunal N° 5 platense, asevera en su veredicto que *"el dolo de esta modalidad delictiva... comprende el conocimiento y voluntad de cultivar especies vegetales aptas para producir sustancias estupefacientes, que exceden la tenencia de la sustancia para su consumo personal. Debiéndose tener en cuenta además en este caso, la exteriorización de su conducta a otras personas"* (fs. 34/34 vta.), extremo éste último no corroborado en autos, como señalé supra.

La inserción del cultivo del art. 5 inc. a) de la ley de estupefacientes es clara en lo expresado por la Dra. Martiarena de Bogliano en la parte final del párrafo siguiente: *"El cultivo es una infracción de*



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

*consumación anticipada que se realiza en la primera fase de producción agrícola o industrial. En un segundo período se distribuye el estupefaciente producido" (f. 34 vta.).*

No obstante tratarse de una "etapa embrionaria del tráfico ilícito" (Cornejo, Abel, ob. cit., p. 42), en autos sólo se demostró fehacientemente que lo producido de las plantas de marihuana se destinaba al consumo de Colombini y no cabe presumir lo contrario sin elemento alguno de convicción que así lo autorice. En este sentido, del número de especies halladas en la vivienda o del tamaño del sembradío no permiten concluir por sí solas que su destino fuera distinto al esgrimido por el inculado, confirmado por la experticia psiquiátrica, y no rebatido por ninguna otra probanza arrojada al juicio o producida durante su desarrollo.

Caer en un recorrido distinto como al postulado supone, según la doctrina jurisprudencial del Superior Tribunal de la Nación (cfme., doct. C.S.J.N., "Vega Giménez, Claudio E.", Fallos 329:6019), "vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza de que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**%07f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

*la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado..." (consid. 8°).*

De lo dicho, y de las constancias de autos, no puede más que concluirse en que la modalidad de cultivo y producción de estupefacientes sobre la base de plantas de marihuana, eran destinadas al consumo personal del imputado, sin extensión alguna de tal proceder a terceras personas que vieran menoscabados sus respectivos bienes jurídicos, y menos aún con una directa y potencial lesión al bien jurídico supraindividual "salud pública".

Por último, conocida en el intercambio propio del Acuerdo la opinión de mi colega de Sala, Dr. Daniel Carral, suscribo sus fundamentos haciéndolos míos.

Debe, por consiguiente, absolverse a Gabriel Fernando Colombi.

En tal inteligencia, con los alcances indicados en los acápites que anteceden, a esta primera cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

**A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:**



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**%o7f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

I. Adelanto que por compartir en lo sustancial los fundamentos que exhibe el voto por el que se abre el acuerdo he de pronunciarme en idéntico sentido.

Me permito complementar el razonamiento del doctor Sal Llargués ingresando en un tratamiento que desde mi punto de vista se debe extender a dos enfoques respecto del hecho bajo examen.

En primer lugar, la conducta prohibida que se describe -no casualmente- en el marco del art.5 de la ley 23.737 dirigida a aquel que "siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes..." reglada en el inciso a) de ese cuerpo normativo, no puede desentenderse del complemento que párrafos después, en ese mismo marco normativo, se refiere a ese inciso disponiendo que "*...cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal la pena será de un mes a dos años de prisión...*".

La sanción que se prevé en uno y otro supuesto guarda una estricta lógica -principio de proporcionalidad mediante- respecto de las conductas que son abarcadas tanto por el tipo básico como por el tipo atenuado.



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

En el caso de este último, es de apreciar que la sanción en expectativa (de un mes a dos años de prisión) es análoga a la prevista por la regla del art.14, segunda parte, atenuación que ambos casos se apoya en el destino, de la sustancia tóxica, para consumo personal.

El tipo básico que se describe en el inciso a), debe ser entendido en el marco del resto de las conductas prohibidas en los incisos subsiguientes y conminadas con una pena de prisión con la que guarda identidad (de cuatro a quince años). En todas ellas se aprecia una serie de características comunes: (i) Abarcan distintas etapas de la cadena de tráfico; (ii) están insertas en un proceso que persigue -en definitiva- concretar una operación de contraprestación a título oneroso, (iii) Se verifica el peligro o la efectiva lesión, con trascendencia a terceros, de la salud pública.

En el caso puntual que aquí nos ocupa, la materialidad infraccionaria -no discutida- esencialmente se apoya en el cultivo de una cantidad de dieciocho plantas de marihuana, número que inicialmente puede provocar alguna duda sobre su eventual destino, no obstante, *obran acreditadas un sinnúmero de circunstancias que permiten desechar cualquier hipótesis que trascienda a la autonomía*



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

*personal del acusado.*

En este sentido y examinando lo documentado, puede verse que este cultivo, con algún signo de precariedad, ha sido desarrollado en el patio trasero de la vivienda habitada por el propio imputado; no se ha constatado que el cultivo tenga algún grado de sofisticación que permita acrecentar las posibilidades de crecimiento y producción, tal como la experiencia nos ha demostrado en supuestos donde se han comprobado sistema de riego especiales, termómetros, calefactores, etc; del mismo modo que también ha sido descartado que allí "trabajen" terceras personas.

La diligencia de allanamiento practicada en el lugar no ha corroborado elementos que indiquen una dosificación del material estupefaciente, de lo cual podría inferirse su ulterior destino ilegítimo; tampoco se ha secuestrado documentación demostrativa de alguna actividad que involucre al material tóxico; no hay registros de que se haya secuestrado cantidades de dinero que sea por su magnitud o por su denominación puedan aportar indicadores de signo acusatorio para ingresar estos cultivos como el primer eslabón de la cadena de tráfico; no se ha verificado "almacenamiento" en cantidad, desechándose -en



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

consecuencia- un nivel de producción del cual fuera dable inferir su ingreso en un mercado externo de contraprestaciones.

Como parte de los objetos de prueba recabados en oportunidad del allanamiento practicado se secuestró el teléfono celular del imputado sin que de los registros del mismo haya surgido elemento alguno de interés para la acusación, cuando en la experiencia de los investigadores es usual que este elemento de comunicación se transforme en una estimable fuente de prueba.

Desde otro andarivel, está la versión ofrecida por el imputado en oportunidad de su declaración, tanto en el marco de la investigación preliminar como en sus manifestaciones previas al cierre del debate, cuyos aspectos centrales han sido destacados en el voto precedente.

En ese contexto sus afirmaciones respecto al consumo de la sustancia tóxica "marihuana" encuentran acreditación en la pericia psiquiátrica realizada por el experto de la Asesoría Pericial departamental. (fs 222/223 del legajo principal)

También expone allí su negativa a que esa sustancia cobre trascendencia a terceros. Sobre este punto, la investigación presenta aspectos deficitarios que



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

le restan solidez a la imputación.

En rigor, cuando el veredicto señala que la tarea de investigación ha hecho referencia a que fueron apreciados movimientos de gente, en su mayoría jóvenes, que entraban y salían del domicilio de Colombi manipulando objetos pequeños, llama la atención que no se cuente -como en la mayoría de las investigaciones sobre esta materia- con la efectiva acreditación de que quienes egresaban de ese domicilio lo hacían con material estupefaciente. De hecho, hay filmaciones de las plantas cultivadas, pero no se ha documentado de igual modo la fluida concurrencia a la que ha hecho referencia el personal preventor.

Va de suyo que la acreditación de ese extremo eximiría de todo el análisis anterior, de allí su singular importancia que -a mi modo de ver- ha sido subestimada por la investigación que se vio contentada con la acreditación del cultivo de una multiplicidad de plantas.

Tampoco se ha acreditado, con cierto rigor científico, cual es la porción tóxica de esas plantas; no hay pesaje del deshoje, ni determinación efectiva de la extensión su capacidad toxicómana, más allá del reconocimiento de que se trata de plantas de "cannabis sativa".



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

En definitiva, no encuentro que la acusación haya probado con suficiencia que las plantas cultivadas en el domicilio del acusado excedan el destino del propio consumo.

II. Sentado lo anterior, también coincido con el voto que lleva la voz en el acuerdo en cuanto a que los hechos probados deben reconducirse a una subsunción típica en el supuesto atenuado al que se hiciera referencia en el apartado anterior.

Tratándose entonces de una hipótesis de "consumo personal", coincido con el enlace -propuesto por el doctor Sal Llargués- con la doctrina reafirmada por nuestra Corte Federal en el reconocido precedente "Arriola".

En el caso de cita, se aprecia una noción común a todos los magistrados votantes en tanto remiten inicialmente, en gran medida, al voto del recordado Juez Petracchi en el caso "Bazterrica".

El eje de discusión, tanto en esos antecedentes como en el caso que nos ocupa, pone fuera de controversia la dañosidad de la sustancia tóxica y el acento no radica mayormente sobre un aspecto cuantitativo de la sustancia tóxica sino en la incidencia de las conductas que, abarcadas por la norma prohibitiva en cuanto reprime su



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

tenencia [cultivo en este particular] con fines de consumo personal, tienen en el desarrollo y mantenimiento de la convivencia social y su relación con el *principio de reserva* que tutela el art.19 de nuestra Constitución Nacional.

El caso bajo examen aquí, cuenta con una ventaja respecto de los hechos que han dado lugar a los precedentes de la Corte Federal en relación al alcance de la cobertura constitucional respecto a los actos exteriorizados. En este caso particular, la conducta de Colombi, como se ha visto, no trascendió las fronteras físicas de su domicilio, lugar éste donde quizás se exhibe la mayor expectativa de privacidad, resultando por ello uno de los epicentros donde mayor protección refleja la vigencia del principio de reserva.

De cualquier modo, el punto es otro, dado que lo que importa en la discusión es la redefinición del espacio de libertad que queda exento de la intervención estatal, el que no puede quedar ceñido sólo a la libertad de conciencia. Es que para que la cobertura constitucional del art.19 no quede sólo en palabras de buena crianza, la regla debe garantizar, además de la libertad de pensar y sentir, la posibilidad de expresar en acciones aquella libertad interior, pues en el ámbito de lo jurídico, que es el de la



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

relación entre personas, se configura a partir de los contactos externos que ellas puedan legítimamente establecer. (argumentos del voto del Juez Petracchi en Fallos 308:1932, citado por Yapur, Ariel "La difusa frontera entre lo público y lo privado. Reflexiones en torno al Fallo Arriola de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" en Jurisprudencia Penal de la CSJN" Vol.8, Leonardo Pitlevnik, Director, Editorial Hammurabi, Buenos Aires,, 2010, pág. 28-69).

El voto concurrente del doctor Lorenzetti en el fallo "Arriola" sintetiza, más allá de cualquier discusión sobre las facultades estatales para la programación de delitos de peligro y su configuración, el alcance de de la garantía en trato al señalar: "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*



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

*debe ser justificada en la legalidad constitucional.*

*C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.*

*D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.”*  
(considerando 11 del voto citado)

Es así entonces que, para que los límites a las acciones consideradas “privadas” puedan provenir del “orden y moral públicas”, para utilizar la terminología de la regla constitucional del art. 19, su examen debe detectar “el perjuicio a un tercero” en palabras de esa misma regla fundacional, lo que debe entenderse como la afectación, alteración o puesta en peligro del libre desarrollo de la pacífica convivencia común.

Desde este punto de vista, la conducta de quien cultiva, en la privacidad de su domicilio, plantas que puedan ser utilizadas en la elaboración de sustancias prohibidas y cuyo destino sea el de “consumo personal” de esos tóxicos, no debiera ser un asunto “público” en la medida que



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

ese comportamiento, por su intrascendencia a terceros, solo puede ser visto como un supuesto de "autolesión" o en su caso como un tema, o eventualmente un problema, de salud individual.

En la medida que esa decisión de autolesión sea asumida por una persona responsable, es la misma sociedad la que -al menos en estos tiempos- no ve en ello un conflicto, no altera la convivencia social y mucho menos limita o restringe el libre desarrollo tanto personal como de las instituciones que hacen al bien común del colectivo.

Así, la doctrina del fallo "Arriola" trae a colación la interpretación que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la tensión entre el interés colectivo "bien común" o en su caso el mentado "orden público" y los derechos garantizados como espacios de libertad frente al poder estatal señalando al respecto: *"Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede*



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

7 f!+R!R}ZrŠ

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

*considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (parágrafos 66 y 67)".*

(considerando 22 del voto de los doctores Highton de Nolasco y Maqueda)



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**%07f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

Para finalizar, entiendo que la argumentación sostenida por nuestro Tribunal cimero en orden al tamiz constitucional que, bajo determinadas circunstancias, no logra superar el supuesto de hecho descrito por el art.14 , 2da parte de la ley 23.737, resulta en un todo aplicable al supuesto de adecuación típica en que corresponde subsumir el suceso bajo examen (art. 5 penúltimo párrafo, de la citada ley) por lo que corresponde su expresa declaración de inconstitucionalidad.

A los argumentos señalados en párrafos precedentes sumo en esta conclusión un nuevo pasaje del fallo "Arriola" en cuanto sostuvo: *"Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que realizadas bajo determinadas circunstancias no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna"* (considerando 31) del voto de los doctores Highton de Nolasco



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**%07f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

y Maqueda) .

Con este agregado adhiero al voto del doctor Sal Llargués, pronunciándome en idéntico sentido, por lo que a esta primera cuestión voto por **LA AFIRMATIVA**.

**A la segunda cuestión el señor juez doctor Sal Llargués dijo:**

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde: I.- Hacer lugar al recurso de casación deducido, sin costas; casar la sentencia impugnada y absolver a Gabriel Fernando Colombi en orden al delito de cultivo de plantas para producir estupefacientes (art. 5 inc. a ley 23.737). II.- Disponer el cese de toda restricción a la libertad que se hubiere impuesto en estos autos, encomendando su instrumentación al Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial La Plata (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 8.2.h C.A.D.H.; 20 inc. 1°, 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4°, 456, 460, 463, 530, 532 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

**ASÍ LO VOTO.**

**A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:**

Voto en igual sentido que el doctor Sal Llargués, por sus fundamentos.



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I**

**7 f!+R!R}ZrŠ**

Causa n° 68597  
COLOMBINI GABRIEL FERNANDO S/  
RECURSO DE CASACION

**ASÍ LO VOTO.**

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

**SENTENCIA:**

I.- HACER LUGAR al recurso de casación deducido, sin costas; CASAR la sentencia impugnada y ABSOLVER a Gabriel Fernando Colombi en orden al delito de cultivo de plantas para producir estupefacientes (art. 5 inc. a ley 23.737).

II.- DISPONER el cese de toda restricción a la libertad que se hubiere impuesto en estos autos, ENCOMENDANDO su instrumentación al Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial La Plata.

Rigen los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 20 inc. 1°, 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4°, 456, 460, 463, 530, 532 y ccdtes. del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

**Benjamín R. Sal Llargués. Juez**                      **Daniel Carral. Juez**

**Ante mí: Jorge A. Alvarez. Secretario.**