

REGISTRADA

Fallo N°: 66 As.: 331/344

Libro: I/115

Fecha: 08/10/2015

_____ Salta, 08 de Octubre de 2015. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos Autos caratulados: "ALVARADO, DARIO ORLANDO POR TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES - RECURSO DE CASACION SIN PRESO", Expte. N° JUI 73.810/14 de la Sala I del Tribunal de Impugnación y, _____

CONSIDERANDO:

_____ El **Dr. Luciano I. Martini** dijo: _____

_____ 1°) Que a fs. 162/164 vta. el Dr. Armando Casón, Fiscal Penal de Profesor Salvador Mazza, interpone recurso de casación contra la sentencia de fs. 149, cuyos fundamentos obran a fs. 150/152 vta., mediante la cual el Juez de Garantías de Segunda Nominación del Distrito Judicial Tartagal, en actuación unipersonal, absolvió a Darío Orlando Alvarado del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias) por aplicación del beneficio de la duda . _____

_____ 2°) Que para así resolver, el juez de grado señaló que existen dudas sobre la calidad de la sustancia habida en poder de Alvarado (cinco envoltorios con polvo blanquecina con un peso total de 4 gr.). En ese sentido, consideró que al no encontrarse agregados los informes correspondientes del CIF no cabe afirmar la naturaleza de lo secuestrado, máxime cuando el acusado refirió en su declaración que se trataría de pasta base y el fiscal afirmó que sería cocaína. Agregó que tampoco se acompañaron otros informes ofrecidos como pruebas y que, en ese marco, no existe certeza sobre los extremos de la acusación. _____

_____ 3°) Que el recurrente sostiene, medularmente, que existen vicios en la formación de convicción. Alega que ofreció oportunamente la prueba del narcotest realizado por la policía y que ésta arrojó resultado positivo para cocaína. Dice que se trata de un elemento de convicción absolutamente legal, que debió ponderarse y que permitiría sustentar un pronunciamiento condenatorio. Pide a este Tribunal que revoque la sentencia absolutoria dictada. _____

_____ A fs. 178/179 vta. la defensa solicita que se rechace el recurso y a fs.

191/193 vta., ya en esta instancia, el Fiscal de Impugnación sostiene la casación oportunamente interpuesta. _____

____ 4º) Que el recurso ha sido concedido por el juez “a quo” (v. fs. 180/181), se otorgó debida intervención a todos los interesados y este Tribunal no se expidió negativamente en la oportunidad prevista en el art. 546 del C.P.P., en cuanto se encuentran cumplidos los recaudos de admisibilidad. Por esas razones, ahora corresponde examinar los motivos de agravios propuestos, teniendo a la vista el escrito de presentación, sus respectivas contestaciones y las constancias del expediente. _____

____ 5º) Que en autos no fueron investigadas ciertas referencias relativas al lugar de adquisición de la sustancia en cuestión que –de haberse acreditado en grado de probabilidad o al menos posibilidad- podrían trasladar el hecho a una figura ajena a la competencia provincial (art. 34 de la Ley 23.737 y modificatorias; art. 1º de la Ley Provincial 7.782). Por ende, al no contar con sustento procesal, a esta altura del proceso no pueden exceptuar la jurisdicción asumida e incluso agotada mediante el dictado de una sentencia definitiva. ____

____ La plataforma fáctica presentada en la acusación, así, circunscribe el hecho a circunstancias afines a la actividad de prevención –y no judicial- de las fuerzas de seguridad de la Provincia. Esto es que en calle Corrientes, Bº 60 viviendas de Profesor Salvador Mazza, -zona conocida como la “Bajada de Felo”-, cuando al observar una actitud sospechosa de Alvarado, funcionarios policiales procedieron a “interceptarlo” y, luego de un aparente forcejeo, al aprehenderlo y practicarle una requisita, encontraron en el bolsillo delantero derecho de su campera la sustancia catalogada como estupefacientes; esto es, concretamente, cinco sobres de papel con sustancia blanquecina y un peso neto de 4 gr. _____

____ En el requerimiento de juicio formulado, el hecho fue catalogado como tenencia simple de estupefacientes (art. 14, 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias); calificación que no fue objeto de ampliación, fue sostenida en el alegato fiscal y es propuesta concretamente en el recurso (v. fs. 58/59 y 148 y vta). Esos términos fácticos y jurídicos, entonces, circunscriben la

competencia recursiva de este Tribunal, al cual le está vedado perjudicar la situación del acusado al margen de la solución propuesta por el fiscal (art. 528 del C.P.P.). _____

_____ 6º) Que la discusión sobre la calidad de la sustancia secuestrada, en los términos en la que fuera planteada por los interesados –es decir, si se trata de pasta base o cocaína - no alcanza para desvirtuar la naturaleza de aquélla, pues ambas –en mayor o menor grado de pureza- constituyen estupefacientes. Esa circunstancia básica de la imputación, además, es corroborada por otras constancias, a saber: 1º) en autos se practicó la denominada prueba de “narcotest” y ésta arrojó resultado positivo (v. copias de fs. 10 y 11); 2º) declararon en audiencia los policías que participaron en la aprehensión y los actos posteriores (v. fs. 147/148); 3º) el propio acusado la reconoció como droga, al alegar su condición de adicto y que la tenía para consumo personal (v. fs. 25/26 y 147). Lo que no puede tenerse por acreditado, en cambio, es el porcentaje concreto de estupefacientes de los 4 gr. secuestrados y ello lógicamente repercute en orden a la solución del caso. _____

_____ Es así que “prima facie” y a partir de los datos equívocos aportados cabe aceptar que el hecho encuadraría en la figura propuesta por el fiscal (art. 14, 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias). Sin embargo, la aplicación de esa disposición presenta ciertas objeciones de orden constitucional que fueron tratadas en la causa N° JUI 115874/15 de este Tribunal, cuyos fundamentos en lo pertinente es dable reproducir. _____

_____ 7º) Que en el diseño constitucional argentino, la naturaleza liberal de nuestro Estado de Derecho traduce ciertos límites al ejercicio del poder penal que, quizás, encuentran su más clara representación en la formulación del art. 19 de la CN. _____

_____ La cláusula –no es baladí remarcarlo- a diferencia de otras constituciones europeas existe desde hace mucho tiempo atrás (v. por ejemplo, Constituciones Italiana y Alemana de 1947 y 1949 respectivamente). Tal vez por ello la doctrina foránea que, de un modo u otro, ha informado –y lo sigue haciendo- el desenvolvimiento de nuestros autores ha discurrido sobre

aspectos que deberían resultar ajenos o encontrar una más sencilla solución a la luz de nuestro Derecho Argentino (art. 31 de la CN). _____

_____ Su fuente directa (arts. 4° y 5° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) constituye uno de los más importantes bastiones históricos de la libertad. Por efecto de ello, en tales normas pueden encontrarse algunos extremos que permiten avizorar, desde su génesis, la concreta dirección jurídica que el constituyente ha otorgado a nuestro art. 19: 1°) el hombre puede desenvolverse libremente siempre que “no cause perjuicio a los demás”(art. 4°, 1ra. parte); 2°) el ejercicio de los derechos encuentran como único *límite* el deber de *garantizar* los derechos de los demás miembros de la sociedad (art. 4°, 2da. parte); 3°) solamente la ley puede impedir conductas y estas sólo pueden consistir en *acciones perjudiciales* (arts.4° 2da. parte y 5° 1ra. y 2da. parte). _____

_____ Con ese significado, el texto actual de la cláusula fue incluido con muy pocas variaciones en el Estatuto Provisional de 1815, en el Reglamento Provisorio de 1817 y en las Constituciones de 1819 y 1826, a las cuales el constituyente de 1853 sólo agregó –mediante una fórmula conjuntiva y no disyuntiva o alternativa- lo relativo al “orden y la moral pública”; referencia que otorgó otro sentido completamente distinto a diversas alusiones de orden moral y religioso que en otras partes de sus textos contenían sus antecedentes, excluyendo así toda interpretación que pudiera confundir aquello de interés público -o de todos- con lo privado de estricto índole ético individual (v., por ejemplo, la Sección I, Capítulo II, arts. 1° y 2° del Estatuto Provisional de 1815 y Reglamento Provisorio de 1817 y la Sección I, arts. I y II de la Constitución de 1819). _____

_____ El alcance general de tan categórica proclama de libertad que -como podrá advertirse- es fruto de nuestra más pura tradición jurídica, es explicado con maestría y total apego a sus antecedentes por las palabras de Joaquín V. González: “pocas constituciones han comprendido con tanto acierto la libertad como la nuestra, cuyo artículo 19 contiene todos los aspectos del principio”, pues “claramente comprende los dos principales caracteres de la libertad, el

que se refiere a la vida privada, a la esfera de la independencia personal, donde no llega el poder de la ley, y al que toma al hombre como miembro de la comunidad, obrando activamente dentro del radio donde la ley alcanza. En el primer caso sólo obedece a los mandatos de su voluntad o de su conciencia, cuyas inspiraciones dependen, por lo general, en las sociedades civilizadas, de las nociones morales o de las creencias y sentimientos religiosos; en el segundo caso, sus acciones están reguladas por las prescripciones de las leyes, dictadas por los Poderes que han recibido de la Nación esa facultad. Ellas determinan hasta dónde alcanza la libertad de ejecutar lo que se ha pensado o querido; y por consecuencia de lo que no han prohibido expresamente, limitando su potestad para privar al individuo del uso de la libertad de ejecutar su pensamiento o deseo” (Manual de la Constitución Argentina 1853/1860, Ed. Estrada, Bs. As. 1983, p. 116 y 117). _____

_____ 8º) Que en su 1ra. parte, el art. 19 de la CN consagra un principio rector mediante dos premisas que se complementan conformando una unidad, establecen claramente los límites del Estado y, en definitiva, determinan un ámbito inexpugnable de libertad. Esas premisas son ratificadas en la 2da. parte de la cláusula, cuyo sentido define las esferas de licitud e ilicitud vinculando lo permitido y lo prohibido excluyentemente a lo que establezca la ley e integrando, de ese modo, los axiomas de la legalidad “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, mediante ciertos corolarios que funcionan como frenos a cualquier intento discrecional o germinal de la arbitrariedad (cfr. voto del suscripto en LI/15 Fallos este Tribunal). _____

_____ Al excluir del alcance del poder a las “*acciones privadas de los hombres*” nuestra Constitución de 1853-1860 ya contemplaba el derecho a la *privacidad* que incluye la *intimidad* y ahora es expresamente reconocido por los instrumentos internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22 (arts. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) e impide que las personas sean objeto de injerencias

arbitrarias o abusivas en su vida privada. _____

_____ Todo ello marca la frontera de la privacidad e intimidad frente a cualquier intervención ajena y, con ello, se protege a la mismidad de la persona y a todo lo que sin producir efectos en las relaciones sociales hacen al desarrollo de la dignidad y a la autodeterminación humana (cfr. Silvestroni, Mariano H., Teoría Constitucional del Delito, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004, p. 147). _____

_____ La extensión de ese ámbito privado –y por lo tanto de los límites al poder penal- ha sido caracterizado por la doctrina con bastante precisión –y en base a los trabajos del constitucionalista Sampay- mediante una división de tres esferas de las cuales las dos primeras resultan impunes: “a) acciones privadas internas (íntimas), que no se externalizan ni trascienden al sujeto que las realiza; b) acciones privadas externas: que son comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza, pero a pesar de su exteriorización siguen siendo acciones privadas a los fines del art. 19 de la C.N., mientras no afecten al bien común; y c) acciones públicas: igual que la anterior pero que preocupan al bien común”. (Falcone, Roberto A., Conti, Néstor J, Simaz, Alexis L., “Derecho Penal y tráfico de drogas”, Ed. AD-HOC SRL, Bs. As., 2014, p. 58). _____

_____ Más allá de las concretas conclusiones de la doctrina citada, el significado otorgado por la Constitución a las “acciones privadas” surge sin dudas de la segunda premisa que contiene la primera parte de la cláusula y que –como dijimos- conforman un único principio rector. Concretamente, ello es así en tanto establece –a contrario- que el Estado sólo puede tener injerencia – en especial, en materia penal- cuando exista una *ofensa al orden y la moral pública o un perjuicio a terceros*. _____

_____ De ese modo la 1ra. parte del art. 19 de la CN incorpora expresamente a la píramide de nuestro ordenamiento jurídico el llamado principio de *ofensividad o lesividad*, cuyos efectos limitan tanto la actuación del legislador (al establecer los tipos penales) como del juez (al aplicar el Derecho Penal) y se traducen a partir de una máxima infranqueable: en la República Argentina

no pueden ser objeto de sanción aquellas acciones –sean privadas, íntimas o con repercusión pública- que *no lesionen o pongan en peligro algún bien jurídico, sea individual o colectivo.* _____

_____ 9º) Que tan importante proclama constitucional importa aceptar de una vez y para siempre la separación entre el derecho y la moral individual, determinando un concreto modelo organizativo “entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona” (Estrada, Manuel, Curso de Derecho Constitucional y Administrativo, Buenos Aires 1895, pág. 181; citado por Eugenio Raúl Zaffaroni en su voto del fallo de la CSJN “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, recurso de hecho, A. 891. XLIV, 25/VIII/09). Nuestro Estado, así, distingue su rol liberal apartándose de todo intento de autoritarismo y definiendo “certeramente el carácter intrascendente de nuestro derecho, o sea, la imposibilidad de que pueda ponerse al servicio de cualquier mito metahumano” (íbidem). _____

_____ La separación axiológica entre derecho y moral veda, de ese modo, el castigo de comportamientos meramente inmorales, o estado de ánimos nopreciados u hostiles (Lascano, Carlos J., Derecho Penal Parte General, Ed. Advocatus, Córdoba 2005, p. 117) o la posibilidad de dictar normas penales en función de la protección de sentimientos o valores éticos – sociales (cfr. Bustos Ramírez, Juan J., Hormazabal Malaree, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, volumen I, Ed. Trotta, Madrid 1997, p. 61). _____

_____ En base a ello, el ordenamiento jurídico argentino efectiviza la máxima kantiana –absolutamente válida en el campo penal- según la cual la (única) tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno (cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 467), y dicha limitación alcanza de manera especial, a la actividad del Poder Judicial, porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de “moralización” subjetiva y arbitraria del ejercicio del poder del sistema penal (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, En Busca de las Penas Perdidas, Ed. Ediar, Bs. As. 1998, p. 248). _____

_____ 10) Que el principio constitucional bajo examen impide cualquier

desviación de contenido ético, moral o peligrosista que impidan relegar sólo a una conducta humana ofensiva la reacción penal. Lamentablemente sobran los ejemplos en la historia de tan perniciosos efectos, los cuales -repetimos hasta el cansancio- en nuestro país encuentran oposición positiva constitucional. ____

____ Basta sino recordar que a falta de un principio supremo de similar magnitud y mediando serias confusiones –quizás oportunistas- sobre el concepto de bien jurídico, en la Alemania del Tercer Reich se llegaron a derivar consecuencias penales del “sano sentimiento popular” y de nefastos intereses del régimen, tales como la “preservación de la raza”, la necesidad de eliminar a “extraños o inútiles para la comunidad” o a combatir “la depravación anímica, moral y física” y a los “pervertidos en su origen”. _____

____ Desde un campo más científico –aunque igual de aberrante- ante la inexistencia de una certera limitación al castigo como la que entre nosotros existe, se propugnó relegar el sistema de penas y justificar la imposición de medidas de seguridad para aquellos cuya biología, ascendencia, herencia física y moral o su educación y conducta así lo justifiquen (v. Grispigni, Filippo, “Expiación y Defensa en el Nuevo Código Penal Alemán, publicado en la Rivista Penale (1940) y reimpresso en La Reforma Penal Nacional –Socialista, Ed. Ediar, Bs. As. 2009, p. 31). O se propuso basar la pena en la responsabilidad por el carácter o el modo de conducción de vida (v. English, Karl, La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal, Ed. B de F, Bs. As. 2008, p. 101 a 111). _____

____ Idénticos efectos se vislumbran en el reciente intento de posicionar al llamado neopositivismo -que con nuevos ropajes retoma el positivismo criminológico de antaño- en cuyo seno se pretende justificar en razones de “seguridad pública” o “interés ciudadano” y a través de distintas facetas - como el llamado derecho penal del enemigo- una renovada necesidad de defensa social que exigiría un trato diferencial para distintos sectores de la sociedad (v. las críticas de Cruz Ochoa, Ramón, “Peligrosidad y Neopositivismo en el Tercer Milenio”, Revista de Derecho Criminal y Criminológico, LL, Septiembre de 2011, Año I, N° 1, p. 105 y ss) que en su

génesis, con especial orientación a las drogas, no parecería distinguir entre prevención y represión (v. las críticas de Baratta, Alessandro, “Introducción a una Sociología de la Droga. Problemas y Contraindicaciones del Control Penal de la Drogodependencia”, Revista de Derecho Criminal y Criminológico, LL, Febrero de 2012, Año II, N° 1, p. 221 y ss). _____

_____ Algo similar ocurrió, aunque claro está con efectos de mucho menor tenor, con el cúmulo de disposiciones y decisiones tomadas en los Estados Unidos partiendo de un concepto netamente preventivo del Derecho Penal. Sucedió, por ejemplo, con la “guerra a las drogas” que declarara Richard Nixon por los años 70 de nefastos efectos en aras al fin planteado; o, tiempo antes, con la introducción de la Decimoctava Enmienda y la aprobación de la Ley Volstead, también llamada “ley seca”. En ambos casos –escribe Howard Becker-la política criminal partió de conceptos de “ética protestante” y de un mal entendido humanitarismo que pretendía liberar a las personas de su propio mal infringiéndoles otro mediante la acción pública represiva (v. Outsiders, Hacia una Sociología de la Desviación, Ed. Siglo Veintiuno, Bs. As. 2010, p. 154/155). _____

_____ A la par de ese breve recuento de lamentables hechos históricos y de erráticas políticas legislativas –como las referidas en el párrafo anterior- que en su génesis desconocieron el carácter excluyente del Derecho Penal –rama jurídica eminentemente sancionadora-, los ejemplos de la realidad abundan y terminan por demostrar la importancia dogmática de nuestra previsión constitucional, cuyas repercusiones inciden tanto en orden a los fines como a la naturaleza del Derecho Penal. _____

_____ 11) Que con bastante distinción y erradicando toda desviación al respecto, la 1ra. parte del art. 19 de la CN reconoce como eje cardinal al derecho penal de *acto y culpabilidad*, y exige que esa manifestación externa e imputable del comportamiento constituya una concreta ofensa a los bienes jurídicos reconocidos por el Derecho. Tal concepción, a la par, reconoce la naturaleza eminentemente sancionadora de la materia y excluye su incumbencia de toda situación cuando -aun siendo conflictiva o no deseable-

se pretenda justificar la intromisión penal en exclusivos fines preventivos o argumentos de política criminal que no respeten aquellas premisas. _____

_____ Con todo, para determinar si una conducta puede ser objeto del Derecho Penal, es menester recordar –al menos someramente- el significado del presupuesto que pone límite a la reacción –o sea el bien jurídico, interés relevante o como quiera llamársele- y las manifestaciones jurídico –penales que puede adoptar el ataque u ofensa a que se supedita la imposición de pena. Recién luego, ya precisados los conceptos limitantes, es dable examinar el tipo aplicable al caso concreto (art. 14, 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias) y el hecho probado en autos a luz de las norma constitucional que informa la cuestión. _____

_____ 12) Que el concepto de bien jurídico es de difícil dilucidación y, a lo largo de la historia, ha dado lugar a ciertas interpretaciones o justificaciones oportunistas que han desmerecido su esencia (v. las críticas a ello, entre otros, en Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 469; Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal, Ed. UTEHA, Buenos Aires, 1960, p. 150). _____

_____ Sin embargo, su instalación es obra del más puro pensamiento de la Ilustración y, en su origen, al margen de otras importantes opiniones, fue utilizado por autores de la talla de Feuerbach para frenar una creciente ola moralizante del Derecho Penal exigiéndose la lesión de intereses subjetivos y sentando las bases de un sistema penal orientado empíricamente (v. Feuerbach, Anselm, Tratado de Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2007, traducida por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, §§ 21 y ss, p. 55 y ss.; Hassemer, Winfried, Fundamentos de Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 37). _____

_____ En un mismo sentido y con la maestría que lo caracteriza, aun sin referir expresamente al bien jurídico, Carrara sentenciaba que de permitirse que la ley no sea entendida como defensa ante una agresión “se autorizaría una censura moral aun allí donde no existiera un daño sensible y la autoridad social usurparía la potestad divina” y si el castigo no encontrase otra explicación “se autorizaría la represión de actos no malvados, con el pretexto

de utilidad pública, y se concedería a la autoridad social la tiranía de la arbitrariedad” (Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Vol. 1, Edit. Temis, Bs. As., 1996, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Prolegómenos, p. 18 y 19). _____

_____ A partir de esas nociones iniciales y a la par de otras teorías como la del interés jurídico (v. Merkel, Adolf, Derecho Penal Parte General, Ed. B de F, Bs. As. 2006, traducido por Pedro Dorado Montero, p. 21; Ihering, Rudholf, La Lucha por el Derecho, Clásicos del Derecho, Ed. Librería el Foro, Bs. As. 2010, traducción de Adolfo Posada y Eduardo Vila-Vallés, p. 165) que en realidad no resultan contrapuestas, el concepto de bien jurídico con los alcances que hoy lo conocemos –bienes individuales y colectivos- termina por arraigarse con las obras de Brinbaum y Binding (v. Binding, Carls, *Die Normen und ihre Übertretung*, T I, 1ra. edición, 1872, p. 193; *Die Normen und ihre Übertretung*, T I, 4ta. edición, 1922, p. 353 y 354, 53 y 54; citado por Aller Germán en su estudio preliminar de: Binding, Karl, La Culpabilidad en Derecho Penal, Ed. B de F, Montevideo – Bs. As. 2009, traducción de Manuel Cancio Meliá, p. XXXI). Más allá de resultar esclarecedor, el concepto remitía exclusivamente a la ley formal –o sea, a la voluntad irrestricta del legislador- y por ello debía ser circunscripto. _____

_____ Un primer intento de limitación de carácter supra-positivo (y por ende volátil) puede encontrarse en (von) Liszt (La Idea del Fin en el Derecho Penal –“Programa de Marburgo”-, Ed. Temis, Bogotá 1998, p. 39 y ss). Empero, es en la moderna teoría neo - constitucionalista de Luigi Ferrajoli donde surge su necesaria complementación, la cual, por los términos formulados, explica los alcances de la premisa para el Derecho Argentina: “la limitación de un bien de relevancia constitucional como la libertad personal se justifica sólo para tutelar bienes de rango igualmente constitucional, como son los bienes e intereses constitucionalmente establecidos”(“El Principio de Lesividad como Garantía Penal”, Revista de Derecho Criminal y Criminológico, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, LL, Septiembre de 2012, Año II, Nº 8, traducción de Diana Restrepo Rodríguez, p. 7). _____

_____ Ello quiere decir que los bienes jurídicos que autorizan la creación y aplicación del Derecho Penal son aquéllos que reconoce explícita o implícitamente nuestra Constitución Nacional, comprendidos los instrumentos internacionales incorporados en su texto, ya sea como derechos subjetivos o intereses colectivos de la sociedad. Por supuesto que la correspondiente derivación no está supeditada a un catálogo cerrado –art. 33 de la CN- y, en cambio, las deducciones que deben efectuarse deben ser supeditadas a un test de razonabilidad, o sea, la definición debe efectuarse en cada supuesto puntual y a la luz del todo armónico que compone el texto constitucional. _____

_____ Al margen de ello, en orden a determinar si una figura penal resulta acorde o no a las normas superiores (art. 31 de la CN), sí cabe identificar una regla general de interpretación: de tratarse de derecho subjetivos o interés individuales el respeto por la Constitución es más claro; viceversa, mientras más difuso es el sentido de la protección, se presentan mayores dificultades para afirmar tal adecuación. Esto último es, precisamente, lo que ocurre con la figura en la que se ha adecuado el hecho del caso (art. 14, 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias). _____

_____ 13) Que por su parte, la *ofensa* que debe sufrir el bien jurídico debe ser entendida como lesión jurídica y no material, y es tratada, dogmáticamente, bajo la rúbrica clasificatoria de los delitos o tipos penales. _____

_____ En ese sentido, entre las muchas clasificaciones efectuadas por la doctrina, nos parece la más precisa la que distingue, por un lado, entre *delitos materiales* -cuya consumación requiere un resultado distinto en el tiempo del movimiento corporal constitutivo de la acción propiamente dicha- y *delitos formales* -aquéllos en los que el resultado coincide en el tiempo con la acción-. Y por otro, en orden al resultado, entre delitos de *daño* y de *peligro*; los primeros se consuman con la lesión efectiva al bien jurídico, mientras que los segundos precisan sólo poner el peligro o crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por ley penal (cfr. Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Vol. 1, Edit. Temis, Bs. As. 1996, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, §§ 50 y 97 a 99 p. 60 y 90 a 92; Fontán Balestra,

Carlos, Tratado de Derecho Penal, T I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, p. 489 a 495).

_____ Los delitos de peligro, a su vez, se distinguen entre *peligro real* o *concreto*, en los que el resultado consiste en la causación efectiva y cierta de un peligro, delitos de *peligro abstracto*, en los cuales lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro, *delitos de peligro común* en el cual el riesgo es general e indeterminado para las personas o las cosas, y de *peligro particular*, que son aquellos que se tipifican para la tutela de bienes determinados. Así, mientras los delitos de peligro concreto son materiales pues el resultado no siempre coincide con la acción, los delitos de peligro abstracto son formales pues su resultado coincide temporalmente con la acción, y en ese sentido, pueden ser equiparados a los *delitos de pura actividad* (cfr. Fontan Balestra, Carlos, *ibidem*).

_____ En ese esquema, siempre que se trate de un bien jurídico con sentido constitucional, el cumplimiento al principio de ofensividad se verifica con mayor nitidez en los delitos materiales y en los de daño o resultado efectivo. Como consecuencia de ello, a medida que se desciende en las categorías se torna más complejo efectuar el cotejo, siendo, entonces, en los delitos de peligro abstracto o pura actividad –como es el caso de la tenencia simple de estupefacientes- donde se presentan los mayores problemas de compatibilidad constitucional.

_____ A similares conclusiones arriba Santiago R. Nino en una destacable elaboración dedicada específicamente al tema (Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 307) que –demostrando su valía- fue citada por Ricardo Lorenzetti al emitir su ilustrativo voto en el conocido caso “Arriola”. Allí se extrae del principio de ofensividad las siguientes consecuencias: “a) los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados “de peligro abstracto”; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de

otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal [...]; c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad [...]; d) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido [...]" (CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080", recurso de hecho, A. 891. XLIV, 25/VIII/09). _____

_____ En esa línea analítica, la cuestión central radica -a nuestro juicio- en erradicar el concepto de presunción "iure et de iure" con la que se ha identificado a los tipos de peligro abstracto. La ley penal no puede negar apriorísticamente, de manera general y abstracta, el imperativo constitucional que exige probar en cada caso la ofensa que causa la acción, pues ello se contradice palmariamente con los principios básicos a que se supedita la validez de nuestro ordenamiento jurídico penal, y, por definición, sirve para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. _____

_____ El examen en estos casos, por el contrario, debe ser más exhaustivo, en tanto -como se señaló- esta especie de delitos se ubica en el vértice más alejado al principio de ofensividad. Por consiguiente, la subsunción del hecho exige cuando menos evaluar y cotejar, con especial cuidado, tres aspectos que si bien hacen a la praxis general aquí cobran vital relevancia: 1°) la naturaleza y alcance del bien jurídico supuestamente puesto en peligro; 2°) los elementos constitutivos del tipo y su ubicación dentro del catálogo penal, comprendidas las relaciones con otras figuras y su legitimidad normativa como mandato o prohibición independiente; 3°) las circunstancias concretas en que se ejecutó la acción, determinando si los accidentes de tiempo, modo y lugar comprobados permiten afirmar concretamente la existencia de un peligro materializado en el mundo real y, en definitiva, la adecuación Constitucional del supuesto bajo juzgamiento. _____

_____ 14) Que el bien jurídico que auspicia la instalación de las figuras contenidas en la Ley de Estupefacientes (N° 23.737 y modificatorias) ha sido objeto de debate al punto de sostenerse que se trata de un texto con calidad

pluriofensiva, en cuanto comprende distintos intereses de contenido general. Entre éstos, con bastante acuerdo, se ha identificado a la *salud pública* con la mayoría de las disposiciones de la ley –y entre éstas a las comprendidas en su art. 14-.

_____ Con arreglo a ello, lo que autorizaría la reacción estatal frente a esas conductas es que la tenencia posibilite la “difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población en general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado” (D’ Alessio, Andrés José y otros, Código Penal Comentado y Anotado, T III, Ed. La Ley, Bs. As. 2011, 2da. edición actualizada y ampliada, p. 1107; con cita de Tazza, El Comercio de Estupefacientes, 2008, p. 37).

_____ El calificativo añadido a la salud –*pública o de todos*- no puede ser pasado por alto, pues diferencia al bien jurídico de concepto de integridad física, que es regulado en un título y capítulo distinto del Código Penal y, además, en ningún caso alcanza a la del propio infractor. Este último es por supuesto un bien preciado y, de existir interés particular, merece el amparo Estatal por vías ajenas a la materia, pero, en su ámbito integral y por las razones que venimos exponiendo, de producirse un menoscabo en virtud de la acción del mismo perjudicado, ello no es susceptible de ser alcanzado por el Derecho Penal.

_____ El bien jurídico reconocido en la ley, entonces, aun cuando evidentemente deriva de la Constitución, es de carácter *colectivo* y ha sido reglamentado mediante diversas disposiciones penales de contenido *difuso*. En efecto, en la Parte Especial del Código Penal –de la cual forman parte las figuras de la Ley de Estupefacientes (art. 4º del C.P.)- los delitos contra la salud pública se encuentran previstos en un Capítulo IV perteneciente al Título VII “Delitos contra la Seguridad Pública” y comparten ubicación con otros de la más disímil especie (Capítulo I “Incendios y otros Estragos”, Capítulo II “Delitos contra la Seguridad del Tránsito y de los Medios de Transporte y Comunicación”, Capítulo III “Piratería”).

_____ En todos, pese a la heterogeneidad, el único factor vinculante es claro: eximir de situaciones físicamente peligrosas o dañosas a la comunidad y evitar “la creación de un peligro común” (Exposición de Motivos de la Ley 17.567; cfr. Núñez, Ricardo C., Manual de Derecho Penal Parte Especial, Ed. Lerner, Córdoba 1999, 2da. edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, p. 287), cuyos efectos atañen “a un número indeterminado de personas” y son comprendidos por el “bienestar general” y el interés en castigar aquellas infracciones “que atentan contra la *seguridad de lo que es común a todos*” (Pazos Crocitto, José I. – De Rosa, Hugo A. “Bien Jurídico”, Código Penal Normas Complementarias –Estupefacientes, 14A, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2014, p. 207).

_____ La salud pública, por ende, es atrapada penalmente merced a los efectos que puede causar en la seguridad pública. De ese modo, el presupuesto a que se supedita la sanción -que alcanza a todas las figuras de la Ley 23.737 y modificatorias- exige una afectación jurídica a esa expectativa general que, necesariamente, debe materializarse en el mundo de las relaciones extra personales. La tenencia simple de estupefacientes, entonces, para cumplir con el test constitucional, requiere que esa situación de hecho ponga en peligro la salud y seguridad de *otros individuos* del grupo social.

_____ 15) Que en la evolución de la figura, la señalada trasgresión al bien jurídico salud pública no fue objeto de clara regulación, y sólo en algunos casos, cuya solución fue lamentablemente abandonada por el texto legal vigente, surgió de manera literal. A la par, se propugnaron algunas justificaciones que nada tiene que ver con las exigencias constitucionales y que, a la postre, dificultaron aún más la intelección de los preceptos comprometidos. Veamos.

_____ En los antecedentes legislativos de la Ley 23.737 y modificatorias la tenencia simple de estupefacientes ha sido asociada siempre con la tenencia para consumo personal y apareció desde sus orígenes como una alternativa punitiva de otras figuras de mayor gravedad y más claro contenido criminal. Quizás por ello el examen y los fundamentos de estos tipos penales rondaron

entre ideas de estricto corte pragmático y presunciones legales supuestamente inexpugnables por las circunstancias de cada caso –todo lo cual se encuentra bastante alejado de nuestra materia-. _____

_____ La ley 11331 (1926) amplió el campo punitivo de La Ley 11309 (1925) constituyendo el primer antecedente de la figura. La primera norma, al incorporar al ordenamiento jurídico lo atinente a estupefacientes, castigaba la introducción clandestina de alcaloides o narcóticos, su entrega o suministro sin receta y otras conductas relacionadas con esa operación ilegal –todas con virtualidad para lesionar al bien jurídico en cuestión-. La segunda agregó al catálogo la tenencia ilegítima de drogas, sin exigir otro elemento constitutivo ni precisar con exactitud el bien jurídico supuestamente ofendido. _____

_____ La imprecisión jurídico – penal del tipo no pasó desapercibida a lo largo de la vigencia de la norma. En el proyecto Peco (1941) se introdujo el concepto de “comercio” aunque referido al suministro infiel de medicamentos y, según surge de su exposición de motivos, se propuso modificar sensiblemente la estructura y sanción de los tipos comprometidos “teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico” que ya fue identificado como el “peligro para la salud” (art. 229). En el proyecto Soler (1960), al regular el tráfico de estupefacientes se disponían conductas que son claramente peligrosas para el bien jurídico: a la par de la facilitación de local para consumo (art. 264) se contempla la introducción de estupefacientes, venta, entrega o suministro sin autorización y –con exactitud penal- la tenencia de “*cantidades apreciables*” o de materia prima para su preparación (art. 262) (v. Código Penal Normas Complementarias –Estupefacientes, op. cit., p. 89 a 91).

_____ Dentro de la prolifera legislación dictada desde 1960 y hasta la aprobación de la ley hoy vigente, debe destacarse a la Ley 17.567 de 1968 - cuya comisión redactora fue conformada por Soler, Fontán Balestra y Obarrio- que, en lo que interesa, siguiendo la línea del proyecto antes mencionado, incorporó un art. 204 ter al C.P. que sancionaba únicamente al que sin autorización tuviera en su poder estupefacientes en *cantidades que excedan las que corresponden a un uso personal* (íbidem). _____

_____ Lamentablemente, el texto fue sustituido al poco tiempo por la Ley 17.818 (1968) que –en solución diametralmente opuesta- directamente castigaba el uso de estupefacientes, aludiendo para ello a los acuerdos internacionales suscriptos por la época que posicionaron la lucha contra el narcotráfico dentro de las agendas estatales y, particularmente, a la “Unión Sobre Estupefacientes” del año 1961. En el mensaje del Ministerio de Bienestar Social que acompañó al anteproyecto que luego fuera Ley 19.303 (1971) se expresó, en justificación a esa tendencia, que “el uso de tales drogas, sin contralor médico, en efecto, conduce al deterioro de la salud física y mental, y su difusión, incide disociativamente en el seno de los hogares y en el medio social. Es por ello, que se torna de imperiosa necesidad una legislación sobre la materia [...]” (Estupefacientes. Régimen Penal y Legislación Complementaria, LL, Bs. As. 2002, p. 110; citado en Código Penal, op. cit., p. 94).

_____ La Ley 20.771 (1974) continuó con esa línea al penalizar la simple tenencia de estupefacientes aunque la sustancia esté destinada al consumo personal –es decir vinculaba expresamente las conductas luego separadas por la ley hoy vigente-. En justificación, en el mensaje de la ley pueden leerse argumentos bastante alejados de los principios liberales, entre los que resulta más que ilustrativo el siguiente: “todo drogadicto es potencialmente un traficante de estupefacientes” (Código Penal, op. cit., p. 96).

_____ Al aprobarse la Ley 23.737 la discusión sobre la penalización de estas conductas era tema de absoluta actualidad, a punto tal que la Corte Suprema de Justicia ya se había pronunciado en contra en los precedentes “Bazterrica” y “Capalbo”. No obstante, el legislador mantuvo la calidad delictiva de la tenencia, y sólo atinó a separar en dos supuestos una realidad única, dejando a uno como figura residual –tenencia simple- y relegando la aplicación del otro a la existencia de prueba *inequívoca* –tenencia para consumo personal-. Esa separación constituye una ficción y, de ahondarse en sus razones, podría incluso resultar violatoria del principio del “in dubio pro reo”.

_____ Sin perjuicio de ello, los argumentos que utilizó el legislador al

fundamentar la inclusión de esas figuras en base a un peligro abstracto fueron resumidos por conocida doctrina local del siguiente modo: “1) se reprime por la entidad del problema social de la drogadicción; 2) la fórmula escogida es legítima e idónea para el fin propuesto; 3) el esquema no se agota con la ilegalidad del consumo, sino que se complementa con el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación; 4) el adicto colabora con el tráfico ilegal de estupefacientes; 5) los delitos de peligro abstracto, como los predominantes en esta ley, son una realidad y una necesidad, 6) el derecho penal liberal no sólo atiende al individuo sino a toda la sociedad; 7) la cantidad del estupefaciente es irrelevante, porque si tiene esa calidad, basta para crear la probabilidad de afectación de la salud pública; 8) la desincriminación posibilita el crecimiento del consumo; 9) el consumidor es el último eslabón de la cadena del tráfico; 10) la intimidad, ni ningún otro derecho constitucional, es absoluta, sino sujeta a una razonable reglamentación; 11) el consumo de estupefacientes trae consigo el contagio, el proselitismo y la propagación; 12) los fallos de la Corte Suprema –Bazterrica y Capalbo- no fueron unánimes, sino por mayoría, 13) al tiempo del trámite parlamentario, se impuso la represión del consumo personal en países que no lo hacían, como Estados Unidos e Italia” (Medina, Miguel Antonio, “Estupefacientes. La ley y el derecho comparado”, Ed. Abeledo Perrot S.A. e I., Bs. As. 1998, p.126 y 127). _____

_____ Consideraciones similares efectuó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Montalvo" al revisar la doctrina de “Bazterrica” y “Capalbo” y sostener, en aquel momento, la legitimidad constitucional de la figuras. Particularmente allí se dijo que en los delitos de peligro abstracto “está insita la trascendencia a terceros” lo cual –según lo manifestado- surgiría de las razones de política criminal perseguidas por el legislador ya que “detrás del tenedor está el pasador o traficante hormiga, y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva”. Además, se negó la necesidad de “prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública” porque “el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la

protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda”.

____ Por supuesto que tales referencias de orden moral y la aceptación de presunciones “iure et de iure” en el Derecho Penal –que son diametralmente opuestas a lo que aquí se sostiene- respondían a un momento distinto y, como no podía ser de otra manera, han sido dejadas de lado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Arriola”. No obstante, resultan ilustrativas del pensamiento que inspiró la justificación abstracta que rodeó durante mucho tiempo a las figuras en cuestión; lo cual -como se ha visto- en realidad nunca fue pacífico en la evolución de nuestra materia.

____ Queda claro entonces: todo lo que es ajeno al derecho de acto y culpabilidad no puede justificar la aplicación del precepto bajo examen, lo cual únicamente puede encontrar razón en el cumplimiento de las exigencias limitativas de la materia y, en especial, repetimos una vez más, en cuanto configuren ataques a los bienes jurídicos contemplados por el ordenamiento jurídico. Ante esa perspectiva, resta examinarlos desprendidos de su errática motivación teleológica, exclusivamente, en el marco del cuerpo orgánico que los contiene.

____ 16) Que en la estructura de la ley, el elemento objetivo de la tenencia simple de estupefacientes –*tener*- es común al de dos figuras previstas en la Ley 23.737 y modificatorias (arts. 5 inc. “c” 2do. supuesto –tenencia con fines de comercialización- y 14 2do. párrafo –tenencia con fines de consumo personal), se presenta en relación de consunción con otras (v.gr. art. 5º inc. “c” penúltimo y último supuesto –almacenar y transportar-) y constituye un acto preparatorio en el íter *criminis* de la mayoría de las restantes (p. ej. arts. 5º inc. “c” 3er. y 4to. supuesto –distribuir y dar en pago-, 10 inc “b” –facilitar- y 12 –usar estupefacientes con ostentación y trascendencia al público).

____ Se trata, indudablemente y pese a algunas opiniones aisladas en contra, de una figura *residual* (v. Cornejo, Abel, Estupefacientes, Ed. Rubinzal –Culzoni, Bs. As. 2014, p. 241) que en su vaguedad admite un amplísimo

espectro de posibilidades comisivas que podrían configurarse en múltiples circunstancias de tiempo, modo y lugar, con distintos efectos y magnitudes. _

_____ Ciertamente, las relaciones de la tenencia simple con otros tipos penales –que arriba apuntamos- reduce el campo de aquellos supuestos que, sin excluir su aplicación, podrían constituir una efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Ello es así porque los riesgos más palpables que ésta podría producir aparecen atrapados por las otras figuras y, su falta de comprobación, no sólo excluyen aquéllos, sino, necesariamente, por los principios penales en vigor, también impiden su aplicación. _____

_____ Sin embargo, frente a la heterogeneidad fáctica que admite su verbo núcleo, no es posible descartar de plano que, por sus particularidades, se materialice algún hecho que cause un peligro verificable que sea distinto a los contemplados en los otros tipos penales y que, por lo tanto, torne imperativa la intervención penal del Estado. Ese reducido campo es el único que podría ser validado jurídicamente a la luz del art. 19 de la CN. _____

_____ En suma, las disposiciones examinadas ratifican las conclusiones generales antes esbozadas: la trascendencia penal de cada conducta que en principio encuadre en la figura de tenencia simple de estupefacientes, su posible repercusión a terceros y la verificación de los peligros que ello puede producir en la salud pública, si bien se ve reducida por las propias soluciones de la Ley 23.737 y modificatorias, no puede someterse a deducciones apriorísticas y es cosa que sólo cabe resolver casuísticamente. _____

_____ 17) Que frente a esa afirmación de carácter jurídico, los discursos dirigidos a justificar la persecución penal de hechos que no ponen en peligro cierto a la salud pública -y que, por ende, auspician una aplicación no circunstanciada de la figura en cuestión- resultan incompatibles con los corolarios del Derecho Penal que aquí hemos resaltado repetidamente, y, más bien, comparten los defectos y desvíos que antes hemos asociado a ciertas ideologías incompatibles con la concepción liberal que informa a nuestro diseño Constitucional. _____

_____ Los desvíos de los argumentos históricos aquí reseñados son

sintetizados por el Dr. Abel Cornejo con elocuentes palabras que dejan en diáfana evidencia su falta de adecuación a los principios penales y terminan por confirmar lo adecuado de la posición aquí adoptada: “el discurso que se sostuvo hasta el presente para criminalizar el consumo se sustenta en el sofisma según el cual quien consume conduce inexorablemente a quien vende. En consecuencia, la preocupación no pasa entonces por recuperar al adicto, sino por iniciar la cacería del vendedor. Precisamente, a partir de ese despropósito es que se utiliza a la prevención como pretexto idóneo para combatir el tráfico, razón por la cual, hasta tanto no se separen las aguas, no es mucho lo que puede esperarse en la materia. Máxime cuando la venta al menudeo de droga representa el final de la cadena de tráfico, de tal suerte que la impunidad de las mafias estará asegurada si se razona de ese modo” (op. cit., p. 243 a 244).

De todas maneras, los esfuerzos argumentativos utilitarios y de prevención -cuando no de un alto sentido peligrosista- que hemos repasado a lo largo del presente -y que lógicamente no compartimos- han sido absolutamente superados por la realidad; de modo que, sostenerlos en la actualidad, amén de controvertir los principios que supeditan la actuación penal, carece incluso -desde la posición de quienes los sostienen- de sustento pragmático. Entonces, ni aún siguiendo esa línea ajena al derecho penal es dable sostenerlos.

Al respecto, resulta más que ilustrativo el voto de Santiago Fayt en el caso Arriola, pues allí, para explicar su cambio de posición (votó en disidencia en Bazterrica), entre otras importantes cuestiones aludió a “las lecciones de la experiencia” y señaló que “los datos de la realidad, transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos Capalbo y Bazterrica indican la ineficacia de aplicar sanciones penales o incriminar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción”.

18) Que en virtud de todo lo expuesto y a efectos de resaltar el orden de las cuestiones tratadas, resulta apropiado reproducir las conclusiones contenidas en el presente, según lo siguiente:

_____ 1º.- En la República Argentina el único fundamento de la pena es el derecho penal de *acto y culpabilidad*. No es posible imponer esa sanción merced a consideraciones de exclusivo índole peligrosista o que atiendan a los antecedentes o forma de conducción de vida del acusado. Por lo tanto, cada hecho debe ser probado mediando la sustanciación de un debido proceso legal

_____ 2º.- Únicamente pueden ser objeto de sanción aquellas acciones culpables que *lesionen o pongan en peligro* algún bien jurídico, sea individual o colectivo (art. 19 de la CN).

_____ 3º.- El cumplimiento al principio de ofensividad se verifica con mayor nitidez en los delitos materiales y en los de daño o resultado efectivo. A medida que se desciende en las categorías se torna más complejo efectuar el cotejo, siendo, entonces, en los delitos de peligro abstracto o pura actividad – como es el caso de la tenencia simple de estupefacientes- donde se presentan los mayores problemas de compatibilidad constitucional.

_____ 4º.- El bien jurídico protegido por la Ley 23.737 y modificatorias es la *salud pública*. Las conductas allí descriptas, para configurar delito, deben provocar una lesión o puesta en peligro de la salud y seguridad de *otros individuos* distintos al supuesto infractor.

_____ 5º.- No es posible justificar la aplicación de esa ley penal merced a consideraciones pragmáticas preventivas o de política criminal que escapen a las previsiones del art. 19 de la CN. Guardan ese defecto muchos de los discursos intentados en el desarrollo legislativo atinente a la cuestión.

_____ 6º.- Nuestro derecho penal liberal no admite presunciones legales “*iure et de iure*” como las que se han asociado a los llamados delitos de peligro abstracto.

_____ 7º.- En los llamados delitos de peligro abstracto y en particular en la tenencia simple de estupefacientes (art. 14 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias) los recaudos a que el art. 19 de la CN supedita la actuación penal –causación de un peligro concreto al bien jurídico- sólo puede surgir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada hecho concreto; es decir, ello debe ser objeto de verificación en cada causa particular.

_____ 19) Que de acuerdo a ello, en autos lo que se ha probado es que Julio César Guanca tenía en su poder 4 gr. de sustancia blanquecina que contenía cocaína – sea en estado más refinado o como pasta base-; cantidad que –como ya se vio- es equívoca y no posee eficacia para demostrar, por sí sola, la relevancia penal de la conducta. _____

_____ Según fue acreditado, tal tenencia se materializó en la vía pública, pero, aun así, los estupefacientes fueron habidos en un bolsillo de la campera que vestía el acusado, merced a una requisita practicada por motivos generales –actitud sospechosa- y no específica o de calidad suficiente para inferir que la policía detectó por imperio de alguna acción o conducta exteriorizada de Alvarado la presencia y/o portación de la sustancia prohibida. _____

_____ Es decir, la droga era mantenida en un ámbito de exclusivo dominio y no surge constancia alguna que indique que ese señorío se manifestó hacia terceros –o sea, se hizo público-, sea mediante actitudes de ostentación, mera exhibición, exposición o revelación ilegal; sin que pueda pasarse por alto, además, que el acusado alegó ser adicto y refirió que la compró para consumirla, datos que, más allá de resultar equívocos, avalan las afirmaciones efectuadas sobre la naturaleza privada y el modo en que era ejercida la tenencia. _____

_____ Esas circunstancias impiden afirmar que en autos se haya puesto en riesgo a otras personas o causado algún peligro a la salud pública; ergo, la conducta del acusado no ha excedido el ámbito de las acciones privadas y goza del amparo del art. 19 de la CN. Por consiguiente, aplicar el art. 14 1er. párrafo de la Ley 23.737 y modificatorias en este caso particular resultaría violatorio de ese principio constitucional y, por ello, la única solución jurídica que puede aplicarse es confirmar la absolución dictada. _____

_____ 20) Que por consiguiente, corresponde rechazar al recurso de casación interpuesto. _____

_____ El **Dr. Abel Fleming** dijo: _____

_____ Que comparto lo desarrollado por el Sr. Vocal II Dr. Luciano Martini en los puntos 1 a 6 primer párrafo inclusive, no así en lo que sigue de cuyos

fundamentos y conclusiones me aparto. _____

_____ A partir de la última afirmación contenida en la parte final del punto 6 del Voto que me precede, cuando el Sr. Vocal de modo contundente señala que “Lo que no puede tenerse por acreditado, en cambio, es el porcentaje concreto de estupefacientes de los 4 gr. secuestrados y ello lógicamente repercute en orden a la solución del caso” (aseveración que en un todo comparto) concluyo en la misma solución jurídica de no hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 162/164 vta. y, en su mérito, confirmar la absolución dictada a favor de Darío Orlando Alvarado, aunque por distintos fundamentos. _____

_____ El artículo 40 de la Ley N° 23.737 establece que el término estupefaciente comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica. En lo que nos interesa, el concepto estupefacientes tiene un inocultable componente farmacológico, en el sentido de la aptitud que se verifica en la concreta sustancia, de su potencial para afectar la salud. Por ello, la lesividad que provocan todas las conductas reñidas con la ley se explican en la afectación del bien jurídico salud pública, que sólo se lesiona o amenaza frente a sustancias con ese potencial lesivo. _____

_____ No es indiferente entonces la cantidad y concentración en que fue encontrado el estupefaciente, porque ello delimita lo penalmente irrelevante de los delitos tipificados en la Ley. En el Derecho y en la jurisprudencia se acude al baremo de lo que se conoce como “dosis umbral”, cantidad y concentración de un tóxico que en su dopaje nos permite distinguir aquellas conductas atípicas, porque lo secuestrado no alcanza a conformar lo requerido en el concepto estupefaciente ni en la lesividad que requiere los fundamentos político criminales de la inclusión en la Ley. Es sabido que el principal alcaloide la coca, la ecgonina, puede ser encontrado en un té de hojas de coca. En las modernas máquinas de detección de droga utilizada en Penitenciarías de EEUU, para mantener limpias de drogas las cárceles, por sistema de aspirado sobre ropa y pelo, en tan sólo ocho segundos puede determinarse la

presencia de droga en el cuerpo e inclusive si la persona estuvo en contacto con ellas en los últimos días, a pesar que se haya bañado antes de ser aspirada. El test de orientación o narcotest, por reacción de variación de color es sabido que da falsos positivos inclusive aplicado sobre bicarbonato de sodio, cuando el mismo se impregna de residuos líquidos de la masticación de la coca. En los hábitos usuales en nuestra provincia, de mojar el dedo índice con saliva, para luego introducirlo en el recipiente del bicarbonato de sodio, y luego dirigirlo a la boca impregnando “el acuyico”, y así sucesivamente; termina por contaminar el bicarbonato o “la yista” al punto de dar falsos positivos en contacto con líquido del narcotest. Por ello esta prueba de campo es de mera orientación, pero no satisface el requerimiento de certeza que abona una prueba de laboratorio. Que la sustancia (pasta base o clorhidrato de cocaína) pueda ser inferida de dicha prueba nada dice sobre su concentración y cantidad. Es decir, existe duda razonable acerca de si se trataba o no de estupefaciente, cosa que por déficit probatorio no pudo superarse impidiéndonos concluir si lo secuestrado al menos configuraba una “dosis umbral” para que de ella puedan predicarse las propiedades nocivas que justifiquen la penalización de su tenencia. Voto en consecuencia por no hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 162/164 vta. y, en su mérito, confirmar la absolución dictada a favor de Darío Orlando Alvarado, aunque por distintos fundamentos del Voto del Sr. Vocal que me precede. Esta circunstancia también me exime de entrar a considerar la cuestión constitucional cuyo análisis propone (y que no comparto) la que se justificaría en especulaciones académicas pero que no resultan necesarias para lo que entiendo es la solución correcta del caso. _____

_____ La **Dra. Virginia H. Solórzano** dijo: _____

_____ Que se adhiere al voto que antecede por sus fundamentos y conclusiones, teniendo especialmente en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una medida de ultima ratio, máxime si se dispone de manera oficiosa, conforme la doctrina derivada del fallo de la Corte Suprema en autos "Mill de Pereyra" (E.D. del 28/12/01), del cual se

desprende que la misma sólo cabe cuando: a) la violación de la Constitución sea de tal entidad que justifique la abrogación de la norma en desmedro de la seguridad jurídica, ya que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad; b) la repugnancia a la Constitución sea manifiesta e indubitable, pues en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad; c) su ejercicio no suponga en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, lo que determina el carácter incidental de este tipo de declaraciones de inconstitucionalidad o sea, que se ejerce sólo cuando es necesario remover un obstáculo que se interpone entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la C.N.; d) la declaración de inconstitucionalidad no vaya más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso; e) la declaración de inconstitucionalidad no tenga efecto derogatorio genérico y f) cuando la incompatibilidad sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa. _____

_____ En este orden sostiene Emilio Ibarlucía ("Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia", E.D. 9/5/02) que se trata de requisitos y caracteres clásicos de nuestro sistema de control de constitucionalidad, pero aunque la Corte siempre sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad es la "ultima ratio" del orden jurídico, parecería que en el caso de hacerse de oficio, los recaudos deben extremarse. En especial, la inconstitucionalidad debe ser manifiesta e indubitable y no debe quedar margen para resolver el caso que recurrir a esa declaración. _____

_____ En el *sublite*, tal como lo destaca el voto del Dr. Fleming, el análisis del caso según sus circunstancias fácticas y probatorias resultan suficientes para arribar a la solución correcta de la causa, sin necesidad de ingresar a un estudio de constitucionalidad del tipo penal en cuestión, por lo que comparto plenamente la valoración efectuada por el Vocal preopinante. Así voto. _____

_____ Por ello; _____

_____ **LA SALA I DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN;** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 162/164 vta. y, en su mérito, confirmar la absolución dictada a favor de Darío Orlando Alvarado en los términos del presente. _____

_____ II. **REGÍSTRESE, PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE** y, oportunamente, **BAJEN** los autos. _____