



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“P.E.M.” s/infracción
ley 23737”
P. 100.166

Suprema Corte de Justicia:

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro, en lo que aquí interesa destacar, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 en la presente causa seguida al menor P.E.M. (fs. 34/42).

Frente a esa decisión el Sr. Fiscal General Adjunto dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 44/46).

El impugnante adujo que el sentenciante no efectuó un análisis correcto de aspectos fundamentales del caso, así como tampoco de la figura de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo de la ley 23737).

Sintéticamente, con transcripción de lo sostenido por el Sr. Procurador General de la Nación y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Montalvo”, afirmó que tener drogas, por los antecedentes y efectos que tal conducta supone, excede los límites del derecho a la intimidad para adquirir trascendencia social, y en virtud de ello resulta susceptible de castigo.

Agregó que el delito bajo análisis ha sido tipificado como de peligro abstracto, que el bien jurídico tutelado es la salud pública y que el derecho a la intimidad no puede ser sostenido como valor absoluto.

///

Continuando con su argumentación el impugnante afirmó que no se trata de penar a autores, sino de fijar responsabilidades en orden a determinadas conductas y que la misma ley 23.737 en su artículo 18 prevé institutos que atienden a la problemática del individuo, al prever la aplicación de terapias de recuperación, conteniendo mecanismos que posibilitan la finalización del proceso sin imponer sanción alguna a la persona involucrada.

Insistiendo con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Montalvo”, dijo que conforme el art. 19 de la Constitución Nacional, las acciones privadas de las personas están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. Con ello agregó que como en el caso el comportamiento de los consumidores siempre se exterioriza “de algún modo”.

Por los motivos que expondré a continuación estimo que el reclamo presentado no puede prosperar.

No debe olvidarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma reviste a la situación de extrema gravedad y como tal dicha tarea debe realizarse con sumo cuidado por parte de la judicatura debiendo recurrir a tal extremidad sólo cuando no existan otras alternativas que de igual modo pongan fin a la cuestión.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “..... la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es

///



un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 247:121 y sus citas). Agregando que "... la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otros razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos 260:153, considerando 3° y sus citas).

Afirmo ello en razón de que en el caso, como lo expondré de seguido, estimo innecesaria la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23737 pues, existe una solución que de igual modo pondrá fin al conflicto pero en una etapa analítica previa a esa extrema declaración.

La teoría del delito tiene por finalidad brindar los instrumentos, desde un punto de vista conceptual, necesarios que permitan determinar si un hecho realizado por un individuo es exactamente el mismo que la ley establece como presupuesto necesario de una sanción.

Para lograr esa verificación resulta indispensable efectuar un desmembramiento del concepto "delito" de manera tal que facilite la aplicación de la ley penal por parte de los distintos operadores del sistema judicial. Entonces, para determinar si la conducta exteriorizada por el sujeto constituye delito resulta esencial llevar adelante un minucioso estudio tendiente

///

a verificar la existencia de cada uno de esos elementos que confluyen a su constitución.

Tradicionalmente se ha hecho referencia a dichos elementos estructurales del delito como la acción, típica, antijurídica y culpable; siendo necesaria la verificación de la existencia de cada uno en su orden para luego realizarla respecto del siguiente.

Dentro de ese análisis progresivo revela su importancia el denominado “bien jurídico protegido, tutelado, afectado o lesionado”, integrador del elemento “tipo” (pues considero que no puede haber tipo penal sin bien jurídico afectado), siendo además, un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad y estrechamente vinculado a una “relación de disponibilidad”. Ello así pues, sólo aquellas conductas que lesionen de modo real, ostensible y grave el bien jurídico pueden ser capturadas por el Estado y sometidas a proceso penal y, consecuentemente a sanción.

Zaffaroni explica, en alusión al principio de lesividad, que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido este como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo y, además impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico (Derecho Penal, Parte General, pág. 463 y ssqts., Ed. Ediar, año 2000).

No puede reconocerse, como lo destaque, la existencia de tipicidad penal de una acción que no afecte a un bien jurídico, es decir – como sostiene el autor referido- si la norma tiene su razón de ser en la tutela de

///



un bien jurídico, no puede alcanzar en su ámbito de prohibición las conductas que no afectan el bien jurídico.

En ese camino, el bien jurídico tutelado está representado por el interés medio o genérico tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material del injusto, pudiendo presentarse como objeto de protección de la ley o bien como objeto de ataque contra el que se dirige el delito. Welzel afirma que la verdadera misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares (citado por Raúl Goldstein en Diccionario de Derecho Penal y Criminología, pág. 128, 3º Edición, Ed. Astrea, 1993).

También debe tenerse presente que para determinar con exactitud el tipo penal aplicable al caso resulta ineludible establecer inicialmente con precisión el bien jurídico tutelado que la acción imputada ataca.

Asimismo, no podemos olvidar que no siempre el bien jurídico tutelado surge literalmente del texto contenido en la norma sino que emerge de una interpretación de su redacción.

Entonces, la simple ausencia de afectación al bien jurídico no sólo impide el avance en el análisis existencial de los elementos constitutivos del delito (por falta de corroboración del elemento "tipo"), sino que también – en consecuencia- prohíbe la conminación de cualquier sanción por la conducta desplegada.

///

Ahora bien, en el presente caso la conducta investigada fue encuadrada –con la precariedad propia de la etapa procesal en la que se encuentra- en los términos del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23737, esto es tenencia de estupefacientes para uso personal.

No cabe duda alguna que el bien jurídico tutelado por la ley de referencia es la “**salud pública**” (conf. opinión Abel Cornejo, “Estupefacientes”, pág. 29, Ed. Rubinzal – Culzoni; Laje Anaya, “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino”, pág. 5, Ed. Lerner; J. Moras Mon, “Toxicomanía y Delito”, pág. 12, Ed. Abeledo – Perrot; Manuel Espinoza Vázquez, “Delitos de Tráfico de Drogas narcóticas”, pág. 287, Pan American Books; Antonio Berristain, “La Droga: aspectos penales y criminológicos”, pág. 17, Ed. Temis, Bogotá; José Lorenzo Salgado, “Las drogas en el ordenamiento penal español”, pág. 87, Ed. Bosch, Barcelona; e/o). Asimismo, esa ha sido la finalidad tenida en miras por las convenciones internacionales relativas a la materia (Preámbulo de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes –New York, marzo de 1961-, Protocolo de 1972, Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas –Viena, febrero de 1971- y Nueva Convención de Viena de 1988).

La salud pública como valor pertenece a la sociedad en general y como tal debe ser una preocupación del Estado, de allí su tutela.

Pero no debe olvidarse que la protección –en el sentido del bien jurídico protegido- significa que va más allá de la mera suma de saludes individuales pues, como dice Edgardo Donna citando a Muñoz Conde, se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posi-

///



bilitan el bienestar de las personas, por tal razón es que se refiere a la salud de todos, la que goza el público en general y en forma indeterminada (Derecho Penal, Parte Especial, TomoII-C, pág. 204, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2002).

En definitiva, se trata de proteger una situación de bienestar físico y psíquico de la colectividad cuya obligación de tutela emerge del Preámbulo de la Constitución Nacional al hacer mención al bienestar general.

Ahora bien, debe tenerse presente como se inician las presentes actuaciones. Del acta de fs. 3 surge que en circunstancias en que personal policial realizaba “patrullaje” a pie por el interior de la denominada “Villa La Cava” observan a un ciudadano sentado sobre un árbol caído, en una zona sin iluminación; acto seguido se procede a requisarlo en búsqueda de armas y, posteriormente se lo invitó a sacar sus pertenencias, extrayendo de uno de los bolsillos de la chaqueta un envoltorio de bolsa de residuo color negra conteniendo en el interior una sustancia vegetal verdosa en forma de picadura, de fuerte olor dulce que podría tratarse de marihuana; finalmente se identificó al sujeto en cuestión. Asimismo, del acta de fs. 9 se desprende que la sustancia hallada reaccionó en forma positiva para marihuana al someterla al test respectivo y que pasaba aproximadamente 2,5 gramos.

Bajo ese contexto, resulta imprescindible preguntarse en concreto cuál ha sido la peligrosidad que la conducta específicamente imputada implicó para la salud pública, el bien jurídico tutelado. Es decir, la con-

///

ducta desplegada por el menor P.E.M afectó la salud pública, pues en caso negativo no es superable el análisis estructural, al que me referí más arriba, respecto del elemento tipicidad.

La exigencia de constatar esa situación no debe interpretarse como la incorporación elementos en el tipo penal –un resultado exterior a la conducta-, no se trata de que se produzca un efectivo peligro como si fuera un delito de peligro concreto (en los que el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión) sino, de analizar la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Situación no verificada en el caso de autos.

Solo algunos delitos de peligro abstracto que tienden a la protección de ciertos bienes jurídicos supraindividuales es posible prescindir de constatar la peligrosidad de la acción respecto al bien inmaterial que protege. En tales supuestos se trata de bienes jurídicos inmateriales o institucionalizados –básicos para el desarrollo de la vida social e institucional- cuyo menoscabo se produce por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. En cambio, los delitos de peligro abstracto en los que hay una relación inmediata con bienes jurídicos individuales o individualizables, la regla es que la concreción de la conducta típica lleve implícita la peligrosidad, pero quedará excluida la tipicidad cuando no se presente esa peligrosidad que las caracteriza. En este grupo se incluye a los delitos contra la salud pública pues tienen a proteger las

///



condiciones necesarias para hacer posible la salud individual de un grupo social, como una colectividad más o menos difusa (Teresa Rodríguez Montañez, “Delitos de peligro, dolo e imprudencia”, pág. 354 y ssts. Y 398, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004).

Caracterizar a la salud pública como bien jurídico colectivo significa que la potencialidad de una conducta para afectarlo se configura si ésta se proyecta sobre la comunidad y las personas de manera general e indeterminada.

De la descripción del tipo penal en cuestión (tenencia de estupefacientes para uso personal, art. 14, segundo párrafo de la ley 23737) surge un elemento de carácter subjetivo (necesidad de acreditar que la droga es poseída con la finalidad de ser consumida) representa un obstáculo para distinguirlo con la afectación del bien jurídico protegido. Esa finalidad de consumo personal lleva a pensar que, en principio, tan solo la salud individual del sujeto es la que se encuentra en riesgo, pero la salud pública como interés colectivo puede considerarse afectada cuando la tenencia de estupefacientes no se adecue a lo que podría considerarse una actividad de consumo privado e individual. De tal manera, existe una razonable apreciación de peligrosidad que trasciende ese ámbito cuando la tenencia se encuadra en un consumo potencialmente dañosa o de posible difusión indeterminada de los estupefacientes.

Roberto Falcone destaca que la concreción del bien jurídico protegido en el concepto jurídico penal de salud pública torna viable y

///

operativa su función dogmática en tanto impedirá incluir en el tipo aquellas conductas que no obstante su adecuación formal en él, no sean creadoras de un riesgo típicamente relevante (en su trabajo junto con Capparelli, " Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal", pág. 58, Ed. Ad - Hoc, 2004).

En tanto que la Dra. Angela Ledesma al dar su voto en la causa "Burgos" (CNCP, Sala III, rsta. el 11.10.2005) -citando a Alberto Binder- dijo que no existe interés en la persecución penal cuando no se pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma, en tanto el principio de lesividad proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado, o por lo menos un riesgo especialmente previsto, y que por tal razón resulta inadmisibles la punición de acciones sin ninguna posibilidad de generar riesgo, por más que el autor así lo crea.

En definitiva, en mi consideración en el presente caso, tomando en cuenta la cantidad de material estupefaciente secuestrada en poder del menor M y las circunstancias en que este se encontraba en ese momento (recuérdese que según el acta de fs. 3 el menor se encontraba sentado en un sitio alejado, que no estaba haciendo ostentación de la droga, que ésta se encontraba dentro de un bolsillo de la campera que vestía y que no había terceras personas en las cercanías), no surge elemento alguno que autorice imputarle la finalidad de concretar un consumo que trascienda de sí mismo abarcando a un número indeterminado de personas y, consecuentemente no se constata la situación de peligrosidad para la salud pública que caracteriza al delito pre-

///



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

P. 100.166

11

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

visto en el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23737 derivando así en la atipicidad de la conducta investigada.

Por lo expuesto, aconsejo a V.E. rechace el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Sr. Fiscal General Adjunto.

Así dictamino.

La Plata, diciembre 28 de 2007.

MARIA DEL CARMEN FALBO
Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia

USO OFICIAL - MINISTERIO PUBLICO