

# Poder Judicial de la Nación

//doba, 31 de agosto de 2009.

## Y VISTOS:

Estos autos caratulados "**LEDESMA Roberto Carlos - p.s.a. Infracción Ley 23.737(Expte. Nro. 14.873/09)**", que se tramitan ante este Juzgado Federal Nro. 2 de Córdoba a mi cargo, Secretaría Penal del Dr. Maximiliano Davies, llegados a despacho a los fines de resolver la situación procesal de Roberto Carlos Ledesma, imputado en orden a la supuesta comisión del delito de "Tenencia de estupefacientes para consumo personal" (art. 14 de la Ley 23.737).

## DE LOS QUE RESULTA:

Con fecha 01 de abril de 2009, siendo aproximadamente las 23:50 hs., en la intersección de las calles San Luis y Marcelo T. de Alvear de B° Güemes de Córdoba, Roberto Carlos Ledesma habría tenido en su poder, presumiblemente para consumo personal, en una cantidad aproximada a los ocho gramos, una sustancia de origen vegetal de color verde amarronada, similar en sus características a la picadura de marihuana, acondicionada en el interior de cuatro envoltorios de nylon, los cuales se hallaban ocultos en el interior del bolsillo delantero derecho del pantalón que vestía al momento del control policial.

## Y CONSIDERANDO:

1) Que en autos "ACEVEDO, Diego Eduardo -p.s.a. Infr. Ley 23737-" (Expte. n° 14.740/09), el suscripto resolvió no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del tipo penal de "tenencia de estupefaciente para consumo personal" (art. 14 de la Ley 23.737) formulado por la Sra. Defensora Oficial, y en consecuencia, rechazar la instancia de sobreseimiento por atipicidad.

2) Que no obstante ello, la CSJN en autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros S/Causa n° 9080", resolvió en sentido contrario al sustentado en los referidos autos.

Que, uno de los hechos motivo del recurso que resolviera favorablemente el más Alto Tribunal puede resumirse de la siguiente manera: se acusaba por "...la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado

USO OFICIAL

manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe...".

Que, cabe destacar que se trató de varios procedimientos de "control" que se llevaron a cabo en el marco de una investigación por comercialización de estupefacientes (art. 5to. de la Ley 23.737), siendo los por entonces imputados compradores de quien resultara a la postre condenado por la venta de la sustancia ilícita que a ellos se le secuestrara.

La Corte entendió claramente que se había configurado un conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta, sin que se acredite peligro concreto o daño, y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional

Que, en definitiva, y adelantando su decisión final, concluyó haciendo lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario y la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, dejando sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio.

Argumentó la Corte en dicho decisorio, que después de la reforma constitucional, han ingresado principios internacionales que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente "Bazterrica" encaja cómodamente. Señaló que "Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente "Bazterrica" -voto del juez Petracchi- (considerando nro. 30).

Agregó, 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

## Poder Judicial de la Nación

de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que allí se trataba de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que –realizadas bajo determinadas circunstancias– no afectaban a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Señaló –siguiendo ese razonamiento– que el Congreso había sobrepasado las facultades que le otorgaba la Carta Magna.

Que, con sustento en "Bazterrica" declaró que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debía ser invalidado, pues conculcaba el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invadió la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo declaró la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realizó en condiciones tales que no trajeron aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

Del voto del Sr. Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti, pueden extraerse las siguientes pautas generales: A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal; B) 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; 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; y D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.

El Sr. Ministro Carlos S. Fayt señaló que el marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc. Agregó, que en rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional

establecía 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" concedía a todos los hombres una prerrogativa según la cual podían disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le era propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479). En virtud de ello, concluyó señalando que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 carecía actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustraba o desvirtuaba los propósitos en los que se encontraba inserto, era deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituía uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste contaba para asegurar los derechos de los individuos (conf. Fallos: 328:566 y sus citas) (considerando 28, de su voto).

Por su parte, la Sra. Ministra Doctora Doña Carmen M. Argibay, haciendo previamente una prolija distinción de los distintos modos en que puede exteriorizarse la conducta de "tenencia de estupefacientes para consumo", e indicando cuándo podría verse lesionado el bien jurídico que la norma buscaba proteger, señaló, para ese caso concreto, que la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrecía ningún elemento de juicio para afirmar que los eventuales acusados habían realizado algo más que una acción privada, es decir, que habían ofendido la moral pública o los derechos de terceros. También destacó la importancia de la escasa cantidad de estupefaciente que otrora se le secuestrara a los imputados en autos "Arriola...".

Señaló, que si bien algunos de los imputados, al percatarse de la presencia policial, dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado, sin embargo, el contexto en el que se produjo el hallazgo no alcanzaba para considerar su conducta con aptitud para afectar derechos de terceros. Indicó que esto era así debido a que de su detención no había sido por la realización de actos que pudieran ser considerados como ostentación, y que por el contrario, los imputados mantuvieron la droga en su esfera

## Poder Judicial de la Nación

íntima hasta que se desprendieron de ella inmediatamente antes de ser detenidos, es decir, sólo anticiparon el hallazgo que de todas formas se hubiera producido en la requisita de la que iban a ser objeto.

3) Como último punto, conviene resaltar que la Corte sostuvo que la decisión que tomada, en modo alguno implicaba "legalizar la droga". Consideró que no estaba demás aclarar ello expresamente, pues ese pronunciamiento, tendría seguramente repercusión social, por ello se debía informar a través de un lenguaje democrático, que pudiera ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que eran en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (Ordoñez-Solis David, "Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación", en European Journal of Legal Studies, vol. I EJLS, nº 2) - (considerando 27).

4) En consecuencia, dejando a salvo mi criterio, y realizando un parangón entre el hecho objeto de análisis por parte de la CSJN, y el que constituye el objeto de investigación de autos (específicamente con relación a la situación procesal de ...), es dable entender que la conducta desarrollada por el encartado se realizó en condiciones tales que no trajeron aparejado un peligro o daño concreto o potencial, ni a la salud o al orden público, o un daño a derechos o bienes de terceros. Asimismo, tampoco alcanza a lesionar ni el orden ni la moral pública. Por tanto, esa conducta endilgada al prevenido no llega a afectar el principio de lesividad inserto en el art. 19 de la CN, que resulta ser el estándar para criminalizar una conducta desde el punto de vista constitucional.

En ese marco, y con esos límites, corresponde: a) declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, 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, como ha ocurrido en autos; b) sobreseer a ... oportunamente indagado en orden al delito de "Tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), en el carácter de autor (art. 45 del CP), en los términos de los arts. 335 y 336 inc. 3ero del CPPN, haciendo

expresa mención que la formación del presente sumario no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado.

Por todo ello, normas legales citadas,

**RESUELVO:**

1) **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, 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, como ha ocurrido en autos.

2) **SOBRESEER** a Roberto Carlos Ledesma (DNI N° 31.936.190), oportunamente indagado en orden al delito de "Tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), en el carácter de autor (art. 45 del CP), en los términos de los arts. 335 y 336 inc. 3ero del CPPN, haciendo expresa mención que la formación del presente sumario no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado.

**PROTOCOLÍCESE Y HÁGASE SABER.**

**Ante mi:**