

Estupefacientes

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 17 días del mes de mayo de 2012, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como presidente y los doctores Mariano H. Borinsky y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa registrada bajo el n° 13.923, caratulada "G., C. E. s/ recurso de casación", de cuyas constancias RESULTA: 1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, en la causa nro. 2959/10 de su registro, con fecha 8 de septiembre de 2010, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa pública oficial y dispuso el sobreseimiento de C. E. G. en orden al delito previsto en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, con la mención de que el presente no afectó el buen nombre y honor del que hubiere gozado (cfr. fs. 62/63 vta.). Contra esa decisión interpuso recurso de casación la señora representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Cecilia A. Kelly, el que concedido, fue mantenido en esta instancia (cfr. fs. 65/77 vta., 78 y 84, respectivamente). 2°) Que se agravió la recurrente por considerar que en la presente se advierten diferencias sustanciales a las del fallo "A., S. y otros s/recurso de hecho" de nuestro Máximo Tribunal, puesto que la tenencia de sustancias prohibidas por parte de un interno alojado en el Servicio Penitenciario Provincial, encierra connotaciones disímiles al caso de una posesión en el ámbito privado del consumidor, además de configurar una infracción grave al reglamento de disciplina para los internos (Decreto n° 18/97 de Reglamentación de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad) (cfr. fs. 75 vta.). En punto a ello destacó que "el consumo llevado a cabo dentro de la celda no es privado e inocuo, sino ostensible y potencialmente perjudicial para los terceros que se encuentran interactuando en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia "compañeros de celda y de pabellón, guardiacárceles, visitas de toda edad, médicos, etc.- quienes se ven afectados pasivamente por la conducta criminosa del interno que consume" (fs. 75 vta.). Asimismo sostuvo que "es evidente además el serio riesgo que conlleva en un establecimiento carcelario la cohabitación con personas que se encuentran bajo los efectos de las drogas, constituyendo un peligro cierto contra el mantenimiento del orden y el resguardo de la integridad física de todos los ocupantes, en un marco donde cualquier indisciplina de los internos "aún involuntaria por haberla concretado bajo los efectos de estupefacientes- puede tener derivaciones imprevisibles y afectar la conducta de los restantes internos y del personal encargado de su resguardo" (fs. 75 vta./76). En definitiva consideró que en el caso la conducta del encartado ha trascendido el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, circunstancia en virtud de la cual solicitó que se revoque la resolución recurrida, e hizo expresa reserva del caso federal (fs. 77/77 vta.). 3°) Que durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 ibídem, el Sr. Defensor Público Oficial, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h), presentó el escrito glosado a fs. 86/88 vta., en el que sostuvo que la representante del Ministerio Público Fiscal carece de derecho al recurso en tanto éste es, principalmente, un derecho del imputado y nunca del estado, que no es víctima. 4°) Que, superado el trámite previsto por el art. 468 del C.P.P.N., las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano H. Borinsky, Raúl R. Madueño y Luis María Cabral. El doctor Mariano H. Borinsky dijo: -I- De manera preliminar corresponde atender el agravio introducido por el Defensor Público Oficial ante esta instancia durante el término de oficina, en punto a que la representante del Ministerio Público Fiscal carece de derecho al recurso al considerar que éste es un derecho del imputado y no del Estado. Al respecto el art. 458 del C.P.P.N. prevé que "El ministerio fiscal podrá recurrir (?) 1° De la sentencia absolutoria", lo que pone en evidencia que la crítica desarrollada por la defensa no se compadece con nuestro derecho vigente, "en el que rige la concepción "bilateral del recurso" -otorgamiento indistinto al acusador y al acusado- aunque impera en el derecho anglosajón pues el ne bis in idem se extiende a "la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (double jeopardy)" (confr. D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación", pág. 1059, Ed. Lexis-Nexis- Abeledo- Perrot, Bs. As., 2005 y en igual sentido ver esta Sala "M., V. I. s/ casación", causa n° 10.312, reg. n° 15.594, rta. el 26/03/2010). Cabe recordar a lo expuesto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, desestimó un recurso de queja en el que se planteaba idéntico agravio al aquí deducido (Ver Fallos 330:1514 -G.1870. XLI "Recurso de hecho "G., F. y otro s/robo agravado por el uso de armas" -causa n° 5420-., resuelta el 10 de abril de 2007), circunstancias por las cuales el planteo introducido por la defensa no habrá de tener favorable acogida. -II- a) Que, en lo que respecta a la aplicación de la disposición que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, 2° párrafo), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha retomado el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en su precedente "B.?" (Fallos: 308:1392), al declarar la inconstitucionalidad de la norma de mención in re "A., S. y otros s/causa n° 9080", 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 (Causa A.891.XLIV, Recurso de hecho, rta. el 25/08/09). Cabe tener en cuenta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda vez que, los precedentes del Máximo Tribunal tienen autoridad institucional (Fallos: 1:340; 33:162; 311:2478, entre otros) y sólo cabría el apartamiento con sólidos argumentos que refuten dicha doctrina y que, en este caso, no se advierten (Fallos 245:429, 252:186, 255:119, 313:1409, 316:180).

b) Aclarado cuanto precede, debo señalar en línea con la vigente doctrina del Máximo Tribunal en la materia, que una aplicación del tipo penal previsto por el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, compatible con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, exige corroborar, en cada caso sometido a juzgamiento, la acreditación de un peligro cierto para los bienes jurídicos, cuya protección se busca con la norma legal aludida (cfr. fallo de la Sala IV -con distinta integración-, en Causas nro. 7827, ?R., J. A. s/recurso de casación?, reg. nro. 10.908.4, rta. el 1/10/08 y nro. 7580, ?G., A. y otros s/recurso de casación?, Reg. Nro. 10.909, rta. el 01/10/08, entre otras). Allí, se puso de resalto que el legítimo alcance del ejercicio de la jurisdicción no puede ser restringido, ya sea invocando que se trata de un tipo de peligro abstracto o que la exigencia de la prueba del peligro corrido agrega un elemento no previsto en el tipo penal, toda vez que aceptarlos trae implícito, en mi opinión, una alteración de las bases ideológicas e institucionales de nuestra Carta Magna. Nuestra Constitución Nacional consagra la dignidad de la persona humana como fundamento y fin de todo el orden jurídico, así como de la actuación de los poderes del Estado; consecuencia insoslayable del principio de soberanía popular, reconocido en su artículo 33 y concordantes. Por ello es que se considera la división de poderes como la principal garantía individual y que, en su virtud, la acreditación y valoración jurídica de los hechos sometidos a juzgamiento corresponde exclusiva y excluyentemente, a los Tribunales de justicia (artículos 1,18 y concordantes de la Constitución Nacional).

De lo expuesto se sigue, sin esfuerzo, que los dos Poderes del Estado involucrados en el procedimiento de formación de las leyes (Legislativo y Ejecutivo) no pueden establecer, a futuro, ministerio legis, acudiendo a una presunción iure et de iure, la existencia de la afectación de los bienes jurídicos, por el recurso de crear tipos penales llamados de peligro abstracto, pues ello implica sustituir al Poder Judicial en el conocimiento de las causas. Sustitución que está expresamente prohibida por los artículos 18, 29, 109 y concordantes de la Constitución Nacional. Es que sustraer de la materia de juicio la prueba de la afectación del bien jurídico protegido, además de comprometer el derecho a la jurisdicción, lesiona gravemente otros dos de los elementos que integran la garantía de defensa en juicio del procesado, a saber: a) el derecho a probar que su conducta no traspasó el ámbito de reserva protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional y b) la exigencia de que las sentencias estén fundadas en los hechos probados de la causa.

La referencia a la salud pública, o seguridad nacional, o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad, como bienes jurídicos a proteger, sólo podría resultar razonable si se vincula a la agresión que pueden recibir de las organizaciones ilícitas dedicadas al narcotráfico (desde ya, en función de las circunstancias particulares del caso sometido a consideración), pero resulta claramente desproporcionada si se entiende que la tenencia de una pequeña cantidad de estupefacientes, destinada al consumo personal, puede -por sí misma- poner en riesgo tan importantes como difundidos intereses sociales. De allí que se haya argumentado que la sola adquisición para el consumo contribuye a la propagación del tráfico ilícito de estupefacientes, lo cual es lógica e históricamente válido, pero tal contribución debe ser considerada en su significación real, en cada caso concreto. De otro modo, resultaría la grave inmoralidad de hacer responsable al simple tenedor para consumo por toda la organización criminal, a la que no pertenece y que, incluso, lo tiene por víctima. Pero si, además, consideramos que de lo que se trata no es de la afectación de bienes individuales sino de la puesta en peligro a un número indeterminado de personas, podemos advertir dos consecuencias; la primera, que sólo en situaciones muy especiales podrá darse esa proximidad física con personas indeterminadas que dé sustento real a una ?inminente posibilidad de causar un mal? conforme la definición de peligro adoptada. La segunda, que tal posibilidad de daño a personas indeterminadas debe alcanzar tal magnitud que resulte equivalente, cuando menos, a la privación de derechos que significa la aplicación de la pena, toda vez que la ley penal no escapa al control de razonabilidad que impone la Constitución Nacional en su artículo 28 y a la necesaria proporcionalidad entre el antecedente y la consecuencia. En otras palabras, la posibilidad de uso de la droga por terceros debe ser efectivamente demostrada y no supuesta y que no bastaría con que ello alcance a unas pocas personas determinadas.

c) A tenor de las consideraciones precedentemente expuestas, advierto que la conducta aquí imputada no comportó un peligro concreto de afectación a terceros. Veamos porqué. Conforme surge del auto de procesamiento obrante a fs. 38/41, el 21 de mayo de 2010 se practicó una requisita en el Pabellón n° 5, Sector n° 4, en la celda n° 115 donde pernocta el interno C. E. G. que arrojó como resultado el hallazgo -en el interior de un papel glasé color amarillo y ubicado en el fondo de una hielera propiedad del nombrado- de sustancia vegetal de fuerte aroma en forma de picadura y tres cigarrillos armados del mismo aroma, la que luego de los peritajes ordenados al efecto se determinó que se trataba de ?cannabis sativa? en un total de 5 gramos. Iniciadas las presentes actuaciones ante sede judicial, se recibió declaración indagatoria al nombrado (fs. 22/22 vta.), oportunidad en la cual manifestó que la sustancia secuestrada le pertenece, que consume marihuana desde los 18 años y que la sustancia estaba en el interior de una conservadora de su propiedad que tiene en su celda disimulada debajo de una mercadería,

aclarando que habita en su celda solo y que consume en su intimidad por la noche cuando apagan la luz. Posteriormente, el Juzgado Federal Nro. 2 de San Juan resolvió procesar a C. E. G. como presunto autor del delito de tenencia de estupefacientes destinados a consumo personal -art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737- e imponer el tratamiento curativo previsto por el art. 18 de la citada ley, suspendiendo el trámite del sumario. Impugnado dicho pronunciamiento por vía de recurso de apelación (fs. 47/49), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan resolvió hacer lugar al recurso de apelación y disponer el sobreseimiento de C. E. G. en orden al delito previsto en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, con la mención de que el presente no afectó el buen nombre y honor del que hubiere gozado (cfr. fs. 62/63 vta.). Definida así la hipótesis imputativa, a la cual quedaría circunscripta la prueba a rendirse en el eventual debate, considero que la tenencia de aproximadamente 5 gramos de marihuana, escondida en el interior de una conservadora con un sobre fondo no comportó, en el caso de autos, la existencia de un peligro real, siquiera lejano, para la salud y seguridad pública o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad toda. En síntesis, las particulares circunstancias relevantes características de la concreta tenencia de estupefacientes para consumo personal imputada a C. E. G. en estas actuaciones, evidencian que no trae aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Así las cosas, considero que la conducta enrostrada en el sub examine a C. E. G. resulta atípica, toda vez que no se adecua a la figura del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, interpretada en función de los artículos 1, 18, 19, 28, 30, 33 y concordantes de la Constitución Nacional, por no haber sido afectados los bienes jurídicos protegidos por la norma penal de cita. Por lo que llevo dicho, propicio al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal General Subrogante y en consecuencia confirmar el pronunciamiento de fs. 62/63 vta. en cuanto sobreseyó a C. E. G. en orden al hecho objeto del presente proceso, sin costas en esta instancia. TAL ES MI VOTO. El doctor Raúl R. Madueño dijo: Con arreglo a lo que sostuve in re ?Z., M. A. s/ recurso de casación?, causa 13.536, reg. n° 18.095 de la Sala I del 29/6/2011 y concordantes, adhiero a cuanto propone el distinguido vocal que lidera este acuerdo y en tal sentido expreso mi voto. El doctor Luis María Cabral dijo: Que la cuestión sometida a estudio es sustancialmente análoga a la resuelta en la causa n° 14. 671, caratulada ?M., H. D. s/ recurso de casación?, razón por la cual me remito a cuanto sostuve en aquella oportunidad. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas, y en consecuencia revocar la resolución de fs. 62/63 vta. Tener presente la reserva del caso federal. TAL ES MI VOTO. En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal por mayoría RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal General Subrogante y en consecuencia confirmar el pronunciamiento de fs. 62/63 vta. en cuanto sobreseyó a C. E. G. en orden al hecho objeto del presente proceso, sin costas en esta instancia. Tener presente la reserva del caso federal (Arts. 470 y 471 -a contrario sensu-, 530, 531 ?in fine- y 532 del CPPN) Regístrese, notifíquese en la audiencia designada y devuélvase a su procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Raúl Madueño Luis M. Cabral Mariano H. Borinsky Ante mí:
Javier E. Reyna de Allende Secretario de Cámara Cita digital: