

Tenencia De Marihuana Para Consumo Personal Declaracion De Inconstitucionalidad Requisa De Visitas Por Parte De Personal Penitenciario

JURISPRUDENCIA

Tenencia de marihuana para consumo personal. Declaración de

inconstitucionalidad. Requisa de visitas por parte de personal penitenciario

Se declara inconstitucional e inaplicable al

caso el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23737, por ser contrario al artículo 19 de la Constitución Nacional; y se absuelve a la imputada del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, en la causa iniciada en virtud del hallazgo de sustancia vegetal en el interior de su campera en el momento de la requisa del personal penitenciario. [Ver correlaciones](#)

A los 24 días del mes de setiembre del año dos mil quince, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza, reunido en acuerdo conforme las disposiciones del Código Procesal Penal, en los autos N° FMZ-68/2014, caratulados "C. P., C. G. s/ Inf. Ley 23.737", incoados contra C. G. C. P., DNI ..., argentina, nacida en Mendoza el 14/10/92, soltera, ama de casa, hija de V. M. y de C. S., domiciliado en B° Santa Teresita mz, ..., casa ... Las Heras Mendoza, a fin de resolver la petición de juicio abreviado de fs. 113, se planteó las siguientes cuestiones a resolver: 1°) ¿ Están acreditados los hechos endilgados y resulta correcta la calificación y pena acordada ? 2°) Costas

Sobre la primera cuestión planteada, el señor Juez de Cámara Doctor Alejandro Waldo Piña, dijo: I.- Llega esta causa a resolución del Tribunal luego de la audiencia de visu llevada a cabo con la imputada, obrante a fs. 116, todo ello, en el marco del trámite de juicio abreviado iniciado con el acuerdo que glosa a fs. 113 y que el Tribunal acepta al efectuar el llamamiento de fs. 117.- Las presentes actuaciones, surgen con el sumario N° 06/14 labrado por el Departamento de Lucha contra el Narcotráfico de la Policía de Mendoza de fecha 03 de enero de 2014 y del relato del hecho expuesto en el requerimiento de elevación a juicio, que da cuenta que en la fecha indicada, en ocasión que la Agente de Penitenciaría Natalia Raquel Ponce Rueda se encontraba realizando tareas de requisa de las visitas femeninas que ingresaban a la Penitenciaría, procedió a controlar a la Sra. C. G. C. P., encontrando en el interior de la campera, un envoltorio realizado en nylon, con sustancia vegetal en forma de picadura y seis pastillas de color blanco; las que sometidas al reactivo químico preliminar por personal de Lucha contra el Narcotráfico, arrojaron resultado positivo para marihuana, con un peso total de 7 gramos.- El Ministerio Fiscal encuadró su conducta en las previsiones del art. 5° inc. e) con el atenuante previsto en el último párrafo del artículo referido y agravado por el artículo 11 inc. e). ambos de la ley 23.737, en grado de tentativa (art. 42 C.P.).- La pericia química realizada sobre el material secuestrado, obrante a fs. 37 y vta., por el Aux. Sup. De 6ª (bioq) M. M. B. del numerario de la Policía Federal Argentina, determinó que las muestras analizadas se correspondían con marihuana, por lo que ha quedado acreditada la calidad psicotóxica de la sustancia y pastillas de Clonazepam.- Fijada la audiencia de debate oral, las partes propusieron se diera trámite de juicio abreviado a la causa, acompañando el acta acuerdo correspondiente para su homologación. En ella concuerdan que la calificación legal que corresponde al hecho en estudio es infracción al artículo 14 2da. parte de la ley 23.737. Sin perjuicio de ello advierten las partes que con la nueva calificación se declare la inconstitucionalidad del art. 14 segunda parte de la ley 23.737.- No obstante esa presentación en conjunto y su aceptación, en donde reconoce la imputada la responsabilidad y autoría del hecho investigado en los presentes, el Tribunal debe llevar a cabo el análisis técnico de los hechos en su integridad física y subjetiva a fin de resguardar el debido proceso y cumplir con su función jurisdiccional.- II.- Ante este planteo, y entrando en el estudio de la causa y en orden a la materialidad, ha podido establecerse que se encuentra probado que la procesada portaba el elemento prohibido con conocimiento de lo detentado. Esta circunstancia encuentra aval en el acta de procedimiento obrante a fs. 1, de la que se deriva que la sustancia incautada; 7 gramos de sustancia vegetal que habría sido oculta por C. en el interior de la campera de su propiedad al momento de la requisa de personal penitenciario, razón por la cual cabe concluir que habría tenido la libre disposición del objeto en cuestionamiento. La nombrada manifestó en declaración indagatoria que iba a visitar a su novio y que en la requisa le encontraron un poco de marihuana y unas pastillas en la cartera y que no se había dado cuenta que las llevaba (fs. 43/44). Asimismo y en la ampliación de fs. 55 y vta., señaló que ella sabía que la cartera no entraba a la visita, por lo que pensó no la revisarían.- Corresponde analizar entonces si la calificación acordada entre las partes, resulta adecuada a la plataforma fáctica existente y en caso afirmativo determinar si debe hacerse lugar al acuerdo convenido.- Se ha acreditado en la causa la adicción de la causante, conforme el examen psiquiátrico efectuado por el Licenciado Hugo Gabriel Ocaña del Centro Preventivo Asistencial de Las Heras a fs. 110, quien en sus conclusiones refiere que la nombrada presenta una dependencia a los estupefacientes y sugiere una medida de seguridad curativa. Ahora bien, considerando los hechos arriba descriptos y teniendo en cuenta la cantidad de estupefaciente que fuera secuestrado; (7 gramos de marihuana) corresponde analizar el cambio de calificación propuesto por el Ministerio Fiscal y la defensa que ha servido como base del acuerdo celebrado a fs. 113.- La cantidad de estupefaciente secuestrado resulta escaso y se ha determinado el fin

de dicha tenencia, conforme el examen psiquiátrico practicado. Del análisis de la causa, se ha probado que, quién tenía en el ámbito de su custodia la droga, es una persona que registra una dependencia psicológica a la marihuana, conforme la pericia arriba indicada, por lo que deben considerarse la totalidad de las circunstancias en las cuales se produjo el hallazgo.- Debe tenerse necesariamente en cuenta que la encartada señala en su indagatoria ampliatoria que la droga estaba en la cartera y que pensó que quedaba guardada, mientras que personal penitenciario manifiesta que la droga se encontraba en el interior de la campera que portaba. Por lo que se manifiestan dos versiones diferentes el mismo hecho. ¿El estado de duda presente en el ánimo del juzgador acerca de la acreditación de la finalidad de consumo personal de estupefacientes, no puede razonablemente proyectarse en certeza acerca de que se trató de una tenencia simple o desprovista de esa finalidad, máxime cuando el único elemento de prueba tenido en cuenta para generar el estado de duda, ya daba cuenta de una finalidad, aunque ajena al consumo.?- ¿La valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el principio *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal y la falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado.?- (n° 111.263 -CS, 2006/12/27- V.G.C.E.; LL, 12/03/07).- III - Teniendo en cuenta los hechos imputados que se encuentran probados y la conducta desplegada por la encausada, se considera que la calificación legal que le corresponde encuadra en la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segunda parte, de la ley 23.737). Sin embargo, en atención al pedido de inconstitucionalidad formulado por el Ministerio Público, corresponde en este punto el análisis de colisión de normas esgrimido por el representante de la vindicta pública. En tal sentido, el problema se plantea en estos términos: si la tenencia de una cantidad de estupefacientes para consumo personal, en condiciones tales que no represente un peligro para terceros, implica una acción privada protegida por el ámbito de intimidad reservado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto su incriminación por vía del artículo 14° segundo párrafo de la ley 23.737 es contraria a la disposición constitucional. La respuesta taxativa fue expresada nuestra Corte Suprema en el mencionado fallo *Arriola* (A.891.XLIV); así, en el considerando 36 del voto de los ministros Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda se dijo: *¿Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal 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.¿. A su turno, expresó en el considerando 18° de su voto el ministro Ricardo Luis Lorenzetti: *¿Por todas las razones expuestas, el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal 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 jurídicos de terceros, como ha ocurrido en autos, respecto de los recurrentes.¿. En su oportunidad, expresó en el considerando 28 de su voto el Ministro Carlos Fayt: *¿Que sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, corresponde concluir que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es 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 constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de los individuos (conf. Fallos: 328:566 y sus citas).¿, agregando el Ministro en el considerando 30° de su voto: *¿Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (conf. doctrina de Fallos: 308:2236, citado en Fallos: 324:4433, voto del juez Fayt). Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada (conf. voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos: 318:1874 y disidencia del juez Fayt en Fallos: 313:1262, citados en Fallos: 324:4433). La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno (voto del juez Fayt in re "Gramajo", Fallos: 329:3680).¿. A su turno, el Ministro Enrique Santiago Petracchi se remitió a su voto in re *Bazterrica* (Fallos 308:1392) y *Montalvo* (Fallos 313:1333). En oportunidad de emitir su voto, expresó en el considerando 23° el Ministro Raúl****

Zaffaroni: ¿Que, en orden a lo dicho precedentemente, sólo cabe concluir que en el conflicto de normas planteadas en la presente causa, el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el artículo 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contraponen, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el primero garantiza. Por lo tanto, sólo cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.?. Finalmente, en su voto la Ministra Carmen María Argibay se muestra preocupada por la interpretación de los estándares delimitados en los fallos ¿Bazterrica? y ¿Montalvo?, y finalmente expresa en el considerando 13: ¿En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica" implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.?. IV - Así las cosas, y en atención a las diferencias de los votos concurrentes en el fallo ¿Arriola?, podemos establecer que aún partiendo de conductas calificadas como tipificadas por el párrafo segundo del artículo 14 de la ley 23.737, debe aún realizarse una labor interpretativa para considerar si en el caso concreto tal tenencia se llevó a cabo en condiciones tales que no trajo aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (voto de los ministros Highton, Maqueda y Lorenzetti). En la anécdota concreta del fallo ¿Arriola?, la situación de los tenedores de estupefacientes fue la siguiente: realizado un seguimiento luego de la adquisición de la sustancia ilegal, en tres casos el personal policial incautó cigarrillos de marihuana directamente de los bolsillos de los pantalones, y en dos, luego de que los compradores arrojaron los cigarrillos al piso. Ello implica que la conducta calificada como ¿acción privada? por nuestro Tribunal Supremo consistió en la tenencia de la sustancia prohibida -en escasa cantidad, y presumiblemente para consumo personal- en forma oculta a la vista de terceros-.- V - Así las cosas, debemos analizar si el supuesto de autos coincide con el estándar de nuestra Corte en cuanto a una tenencia de estupefacientes para consumo personal que implique además una acción privada a los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional. En ese orden de ideas, advertimos que en el procedimiento cuya acta obra a fs. 1, el día 03 de enero de 2014, en la Penitenciaría Provincial mientras se realizaba una requisita de rutina, se le secuestró a C. G. C. P. cuando concurría a visitar a su novio interno del penal provincial, según la Agente que la requiso, le encuentra en su campera un envoltorio con siete gramos de sustancia vegetal y pastillas.- Según la procesada, la sustancia se encontró en su cartera y ella suponía que la cartera no pasaba.- Tal conducta, que motivo la imputación a la nombrada del delito previsto en el 5º inc. e) última parte con el agravante del art. 11 inc. e) todos de la ley 23.737 en grado de tentativa (art. 42 C.P.), en la que convinieron las partes y aquí se ha fundado se modifique a la tenencia con fines de consumo, es similar a la considerada por nuestra Corte Suprema en el mencionado fallo ¿Arriola?. Por tal razón, por coincidir con los argumentos vertidos por nuestro Tribunal Supremo, por la autoridad moral que detentan sus decisiones, y por razones de economía procesal, procede entonces declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737 en el presente caso por su oposición al artículo 19 de la Constitución Nacional, y consecuentemente absolver a C. G. C. P. del delito por el que fuera acusada. Los señores Jueces de Cámara, doctores Gretel Diamante y Daniel Antonio Petrone, por compartir en lo sustancial las expresiones del voto que precede, se pronuncian por adherir a la solución propuesta.- Sobre la segunda cuestión planteada, el señor Juez de Cámara Doctor Alejandro Waldo Piña, dijo: No corresponde la imposición de costas en virtud de lo reseñado precedentemente. Así voto.- Los señores Jueces de Cámara, doctores Gretel Diamante y Daniel Antonio Petrone, por compartir en lo sustancial las expresiones del voto que precede, se pronuncian por adherir a la solución propuesta.- Por lo expuesto, SE RESUELVE: 1º) Modificar la calificación legal atribuida a C. G. C. P., por la de infracción al artículo 14 2da. Parte de la ley 23.737.- 2º) Declarar inconstitucional e inaplicable al caso, el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737, por ser contrario al artículo 19 de la Constitución Nacional (artículo 31 de la Constitución Nacional). 3º) Absolver a C. G. C. P. del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737. 4º) ORDENAR la destrucción de la droga secuestrada conforme lo dispone el artículo 30 de la ley 23.737.-

Cópiese, notifíquese y firme la sentencia, cúmplase con las previsiones de la ley 22.117 y demás comunicaciones de práctica y procédase al levantamiento de la inhibición, cuya traba se observa a fs 85 y vta.- Mendoza, ... de septiembre de 2015.

MARIA PAULA MARISI SECRETARIA Fecha de firma: 24/09/2015 Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, Juez de Cámara Subrogante Firmado por: ALEJANDRO WALDO PIÑA, Juez de Cámara Firmado por: GRETTEL DIAMANTE, Juez de Cámara ¿ Subrogante Firmado(ante mi) por: JOSE MARIA RAMOS , SECRETARIO

Correlaciones: Ley 23.737 - BO: 11/10/1989

003823E