

Estupefacientes Tenencia Interno Penitenciario

JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Tenencia. Interno penitenciario Se condena

al encartado como autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, a la pena de un año y seis meses de prisión que se da por compurgada atento al tiempo de detención. Rawson, Chubut, 24 febrero de 2016.- Y VISTO:

Que se constituye el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia presidido por la Dra. Nora María Teresa CABRERA de MONELLA e integrado por los Vocales Dres. Enrique Jorge GUANZIROLI y Pedro José de DIEGO, con la asistencia del Secretario Dr. Raúl TOTARO, para dictar sentencia en la causa N° FCR 12445/2014/TO1 (originaria del Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia) que por presunta infracción al art. 14 primera parte de la Ley 23.737 se le sigue a C. D. V. alias ?P.?, DNI N° ..., argentino, nacido el 30 de mayo de 1986 en Comodoro Rivadavia, hijo de C. M. V. y de M. M., desocupado, con último domicilio en San Martín N° ... de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, actualmente detenido en la Alcaldía Policial de esta Ciudad; quien es asistido por la Defensora Pública Oficial Coadyuvante Dra. Verónica Alejandra CASTILLO; y en la que actúa como Fiscal General el Dr. Mariano Ignacio SANCHEZ.- La Sra. Presidente Dra. Nora CABRERA de MONELLA dijo: Y RESULTANDO: I. Que la presente causa se inicia con el Preventivo Judicial N° 82/14 labrado por la División Drogas Peligrosas y Leyes Especiales de la Policía de la Provincia de Chubut que da cuenta que el día 11 de septiembre de 2014, en la Alcaldía Policial de esta ciudad, en una requisita preventiva sobre el detenido C. D. V. al regresar de recibir visitas, se le habría encontrado en el interior de un termo 8 envoltorios de nylon, conteniendo sustancia que resultó estupefaciente (fs. 3/4, 8, 14/16).- Consta que a fs. 26/27 C. D. V. se abstuvo de prestar declaración indagatoria ante el Juez Instructor; que a fs. 30/33vta se dictó su procesamiento como autor del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14 párrafo 1° de la Ley 23.737); que a fs. 90 la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó dicho pronunciamiento; que a fs. 94/vta el Ministerio Público Fiscal requirió la elevación a juicio en orden al delito citado, y que a fs. 97 se dictó el decreto judicial consecuente.- II. En la Audiencia de Debate y Juicio fueron incorporados los elementos convictivos que enuncia el acta respectiva, según las prescripciones legales que en cada caso se citan.- C. D. V. invitado a prestar declaración indagatoria se abstuvo de hacerlo, reiterando la decisión asumida en la instrucción. El Sr. Fiscal General, por los fundamentos expuestos en su alegato, sostuvo que se encontraban acreditados la materialidad del hecho, la intervención y la responsabilidad penal del imputado por lo que lo acusó como autor del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14 párrafo 1° de la Ley 23.737) y solicitó se lo condene a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, multa de pesos doscientos (\$ 200) y las costas del juicio. Asimismo pidió se lo declare reincidente y se remita testimonio de la sentencia a la Justicia provincial a los efectos del art.58 del Código Penal se ordene la destrucción de la droga.- Por su parte, la Defensa Pública Oficial de V., por los argumentos expresados en su alegato, solicitó la absolución de su pupilo por aplicación del Fallo Arriola considerando que el estupefaciente era para su consumo personal y requiriendo la declaración de inconstitucionalidad del art.14 segundo apartado de la ley 23.737. Subsidiariamente pidió el mínimo de las penas de prisión y de multa, y que la primera se tenga por compurgada, oponiéndose asimismo a la declaración de reincidencia planteando la inconstitucionalidad del instituto.- A su turno la Fiscalía hizo uso de su derecho a réplica reforzando sus argumentos y respecto al planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia formulado por la Defensa solicitó su rechazo.- Y CONSIDERANDO: III. Cumplido el proceso de deliberación, y habiéndose reproducido en el encabezamiento de la presente la plataforma fáctica de conformidad con los arts. 396 y 399 del CPP, cabe entrar a su resolución.- IV. Se colectaron en la Audiencia de Debate y Juicio los siguientes elementos de convicción: IV.1. El Preventivo Judicial N° 82/14 de la División Drogas Peligrosas y Leyes Especiales de la Policía de la Provincia de Chubut, de fecha 12/09/2014, mediante el cual se puso en conocimiento de la Sra. Jueza Federal de esta ciudad y demás autoridades el inicio de las actuaciones por presunta infracción a la ley 23.737 (fs.1).- IV.2. Actuaciones preventivas: IV.2.a) El acta que da cuenta que en la Alcaldía Policial de esta ciudad de Comodoro Rivadavia 11 de septiembre de año 2014, el funcionario policial actuante dejó constancia que siendo las 19.40 horas y en circunstancias de encontrarse cumpliendo la función de Oficial de Servicio, luego de haber ingresado a la sala de requisita el interno C. D. V. -quien volvía de recibir visitas- al serle requisado sus elementos personales que llevaba en un bolso se halló un termo blanco con tapa a rosca negra, con la inscripción INVICTA, la cual se puede separar en dos partes, detectándose un trozo de servilleta blanca, que contenía una bolsa de nylon transparente pequeña con ocho envoltorios de nylon, uno de ellos negro y el resto color transparente, con una sustancia compacta pardo verdusca, y ante la presunción que se tratara de alguna sustancia prohibida puso en conocimiento al Segundo Jefe de la dependencia y se dio intervención a la División de Drogas Peligrosas. Que se convocó como testigos civiles a B. E. S. y J. M. C., se hizo presente personal de la División Drogas Peligrosas, se realizó prueba de campo sobre las sustancias

dando resultado positivo a marihuana se tomaron fotografías, se ensobraron los elementos y se cumplieron demás formalidades de ley. Asimismo refiere que se comunicó al Juzgado Federal y a la Fiscalía y que el detenido V. se encuentra condenado en autos ?EPULEF, Eliana Andrea s/ Homicidio R/ Víctima?, Carpeta Judicial N° 3066, Legajo Fiscal N° 27.308 (fs.3/4).- IV.2.b) La determinación presuntiva (fs. 5), el acta de detención (fs. 6/vta), la orden de instruir actuaciones y realizar las comunicaciones pertinentes (fs.7), y las fotografías del procedimiento (fs.8).- IV.2.c) La elevación de las actuaciones al Juzgado Federal junto con los secuestros efectuados (f. 9vta).- IV.3. Las certificaciones actuariales de reserva de elementos incautados, aceptación del cargo de los peritos, entrega y devolución del material a peritar (fs. 10, 13, 18).- IV.4. La pericia química N° 292/14 determinó: a) que las muestras 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 corresponden a cannabis sativa en las cuales se ha comprobado la presencia de los TCH tetrahidrocannabinoles principios activos responsables de la actividad psicotóxica de dicho vegetal; que su peso fue de 9,67 gramos de marihuana (M1 0,96 gr; M2 1,03 gr; M3: 1,05 gr; M4: 0,93 gr; M5: 1,24 gr; M6: 1,78 gr; M7: 1,04 gr y M8: 1,64 gramos); b) que dicha cantidad alcanza para preparar 19,34 cigarrillos -porros- de manufactura casera, de los que circulan habitualmente en el medio de los adictos, de 0,5 gramos cada uno, y que se podrían obtener 125,511 dosis umbrales para una persona de 70 kilos que supera la dosis umbral mínima (fs. 14/17).- IV.5. La sustancia y efectos secuestrados exhibidos en el debate y que tengo a la vista.- Hasta aquí el plexo probatorio.- V. Entrando al fondo de la cuestión, aplicando los principios de la sana crítica evaluó que las actas en cuanto instrumentos públicos hacen plena fe, que los testimonios fueron prestados bajo juramento, que la pericia fue efectuada por personal profesional habilitado y sus conclusiones se encuentran fundadas, y que todos los efectos fueron exhibidos durante el debate, por lo que la incorporación de todos estos elementos al proceso fue de manera regular conforme a la normativa vigente.- Que la potestad de valorar el cúmulo de probanzas arrojadas al sumario debe ser ejercida con meditación y prudencia, de manera tal que todas aquellas conformen un conjunto armónico y conducente para establecer la verdad material de los hechos sometidos a debate (Cámara Federal Casación Penal JPBA T112 pág.77).- Que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en todas las argumentaciones ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas incorporadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Giardelli, Martín Alejandro c/ Estado Nacional -Secretaría de Inteligencia del Estado, Sentencia del 8 de agosto de 2002 Fuente: <http://www.saij.jus.gov.ar> (Sumario: A0059957).- Considerando entonces las probanzas colectadas tengo por acreditado que el día 11 de septiembre de 2014, aproximadamente a las 19:40 horas en la Alcaldía Policial de esta ciudad, en oportunidad en que el interno C. D. V. regresaba de recibir visitas, y fuera sometido a la requisita preventiva de rutina, se le encontró en el interior de un termo blanco, ocho envoltorios conteniendo 9, 67 gramos de marihuana que alcanzaba para preparar 19, 34 ?porros? (acta de fs.3/4, determinación presuntiva de fs.5, fotografías de fs.8, y pericia de fs.14/16).- Rigen los arts. 138, 139, 356, 378, 383, 385, 391, 392 y cctes. del Código Procesal Penal.- VI. Fijado el hecho y su protagonista, corresponde avanzar con su calificación jurídica y si cabe reproche legal.- En este punto tenemos que el imputado vino requerido de juicio por el delito de tenencia simple de estupefacientes, y por esa conducta fue acusado.- La ley 23.737 persigue distintas formas de detentar estupefacientes, según sea la motivación, forma, cantidad, características del sujeto, etc.- El art. 14 de dicha norma tipifica dos modalidades de tenencia, distinguiendo la simple tenencia de la tenencia con una finalidad inequívoca de consumo.- La figura delictiva descripta es un delito de peligro abstracto, esto es siguiendo a Fontán Balestra donde ?... lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro? (Tratado de Derecho Penal, Ed. Abeledo Perrot T.1, parte general, pág. 492).- La intención del legislador al incriminar la tenencia de estupefacientes, aún la destinada para el propio consumo, fue proteger la salud pública tratando de abarcar todas aquellas conductas que podrían amenazarla y perjudicarla.- Señala Manigot, respecto a la legitimidad o ilegitimidad de la tenencia, que fuera de la prescripción médica y de autorización legal la tenencia es ilegal y delictiva. La legitimidad no se presume y debe surgir de circunstancias de la causa o bien de la prueba ofrecida por quien la opongá (JPB T. 72, pág 271).- Nuestro más alto Tribunal ha expresado que la ley no se dirige a la represión del usuario sino a reprimir el delito contra la salud pública porque lo que se quiere proteger no es el interés del adicto sino el interés general que está por encima de él y que aquel trata de alguna manera de resquebrajar dado que su conducta constituye un medio de difusión de la droga. ?El amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda (Montalvo- CSJN, 11/12/1990, LL T.1991-C).- Volviendo al art. 14, la primera parte -tenencia simple- actúa en forma residual para el supuesto que no se den los requisitos previstos en el segundo párrafo- tenencia para consumo personal- y se hayan descartado las modalidades agravadas contempladas en el art. 5 de la ley 23.737.- Así, en el caso de consumo personal, la ley exige que se trate de escasa cantidad de estupefacientes y que existan circunstancias que hagan inequívoco dicho destino.- No obstante, la ley no describe cuáles han de ser esas circunstancias y por lo tanto apreciadas libremente por el Juez, deberán emanar de forma evidente.- Examinado el caso concreto descarto que se trate de una tenencia para consumo personal como argumentó la

esforzada Defensa, pues aunque se admitiera que la cantidad fuera escasa para un adicto, ello no fija inexorablemente el encuadre legal en el segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737 configurando un requisito objetivo del tipo que debe ser completado por las demás circunstancias que la misma norma fija.- En el sub-júdice el procesado tenía en su poder ocho envoltorios que contenían marihuana y que alcanzaban para preparar 19,34 porros y constituían 125,511 dosis umbrales.- Las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la detención no deben soslayarse en el análisis con las reglas de la sana crítica, V. se había hecho de la droga en el horario de visitas de la Alcaldía Policial, y la llevaba oculta dentro de un termo para ingresarla al lugar donde cumplía la pena de prisión por una condena por homicidio, y sabía que dicho elemento sería sometido a una requisa de rutina.- Por ello la portación la hacía de manera subrepticia, para lo cual los envoltorios con estupefacientes fraccionados en similares cantidades fueron escondidos, debidamente acondicionados en otros elementos.- La ocasión en que fue descubierto el encartado fue luego de gozar de sus visitas, y de desplazar objetos personales.- De manera tal que V. tenía, al finalizar el horario de visitas en la Alcaldía y de las que había gozado, para su reingreso al pabellón, sustancias prohibidas en una cantidad que superaba una dosis mínima, contraviniendo las condiciones impuestas y lo hacía en un ámbito carcelario que conllevaba el peligro de afectación al bien jurídico tutelado.- Es que es público y notorio que en ese lugar se encuentra necesariamente en contacto con otras personas que al igual que él estaban sujetos a restricciones ambulatorias y de privacidad, y de esa manera es real que trasciende la esfera íntima que protege el art.19 de la Constitución Nacional al resultar potencialmente perjudicial para terceros que se hallan en el mismo recinto de encierro e interactúan entre sí.- El riesgo de difusión, suministro y posibilidad de compartir la sustancia tóxica con otros convierte la acción en potencialmente propalativa del peligro a la salud pública que resguarda la ley.- Por otra parte ningún indicio existe que fuera adicto -ni siquiera consumidor- no se incautaron elementos afines ni obra constancia alguna de la supuesta condición.- Entonces, las circunstancias que rodearon el suceso fáctico impiden concluir que era la ingesta personal -y sólo ese- el fin de la droga que portaba consigo V.- No soslayo que la Defensa procuró la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso Fallos : 332:1963 (ARRIOLA Sebastián y Otros/causa Nro.9080) que declaró inconstitucional el art.14 apartado 2 de la ley 23.737 en un caso que se analizó en ese precedente.- En este sentido es oportuno señalar que en el citado fallo no se ha declarado de modo general y abstracto la incompatibilidad del art.14, segundo párrafo de la ley 23.737 con el art.19 de la Constitución Nacional sino sólo en aquél caso que se hubiese realizado en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro o daño concreto a derechos o bienes de terceros.- Que por otra parte el control de constitucionalidad en nuestro sistema es de carácter difuso y la norma del art.14 segunda apartado ley 23.737 se encuentra en vigencia, por lo que no puede asimilarse automáticamente a otros presupuestos sin que se hayan verificado las condiciones que permitieron la desincriminación en el precedente de la CSJN ya citado.- A esta altura puede afirmarse sin duda alguna que no hay identidad de circunstancias y características entre el caso que estamos examinado y aquél que se invoca en la estrategia defensiva.- Basta señalar para ello el lugar de comisión y demás circunstancias -ya mencionadas- que rodearon el hecho probado en autos.- Agregaré que también nuestro Máximo Tribunal ha expresado que "los prisioneros son personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso"(Dessy, Gustavo s/hábeas corpus"Fallo 318:1894) y en esta línea "cabe concluir que las personas privadas de libertad conservan el derecho a la intimidad, pero el Estado por esa condición puede imponer restricciones en ese ámbito de intimidad en aras de la seguridad del establecimiento carcelario y en su condición de garante de la vida e integridad física de las personas allí alojadas. Es así que la ley 24.660 se ha previsto como infracción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas (cfr.art.85, inc.c)"(C.F.C.P.Sala I, voto del Dr. Hornos Gustavo, Causa 16.942 "Díaz, Simón Pedro"Reg.Nro.21.177, 6/6/2013).- En definitiva surge clarísimo que las circunstancias presentes en la detención de droga por parte de V. exceden las contempladas en el precedente ARRIOLA, y no son inequívocas en los términos de la ley de drogas para que se configure el art.14 segundo apartado.- Tampoco se encuentran probados fines de comercialización respecto a los tóxicos incautados, ningún elemento se colectó en ese sentido.- En consecuencia, descartadas las figuras que contemplan la tenencia en sus formas atenuadas y agravadas (art.14 segundo apartado y art.5 inc.c ley 23.737) cabe aplicar la figura residual o básica que es la tenencia simple porque no se ha comprobado un fin específico en la detención de la droga.- V. realizó una conducta dolosa, existió conocimiento y voluntad de tener droga en su poder.- Por otra parte, no existen ni se han invocado razones que eximan o disminuyan la responsabilidad del imputado, por lo que en virtud de lo expuesto resulta sujeto penalmente imputable.- En definitiva C. D. V. resulta ser autor de tenencia simple de estupefacientes (arts. 45 y 77 del Código Penal y art. 14 primer apartado de la ley 23.737).- VII. Para la pena que he de proponer para el acusado, tengo en cuenta los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal, evalué los informes del Registro Nacional de Reincidencias (fs. 107/111), la Comunicación Procesal N° 19.613/2015 de la Oficina Judicial de esta ciudad (fs.129/162) de los que surge que V. registra antecedentes penales computables.- En efecto el Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia de la Justicia de la Provincia de Chubut, en el Legajo de Investigación N° 27.308,

Carpeta Judicial N° 3066, caratulado "Epulef Eliana Andrea s/Homicidio r/víctima", por Sentencia Protocolizada N° 63/2012 de fecha 17/08/2012 lo condenó a la pena de 10 años y 8 meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable y calificado de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (fs. 130/162), y conforme el cómputo de pena surge que cumpliría la totalidad de la pena impuesta el 14/09/ 2022 (fs.129).- Teniendo en cuenta su edad, su grado de instrucción, la cantidad de droga que se secuestró, la lesión al bien jurídico protegido, y que tiene antecedentes penales propicio una pena de un año y cinco meses de prisión, multa de pesos doscientos (\$ 200) y las costas del juicio.- Asimismo analizada la situación del acusado, puede darse por compurgada la pena privativa de la libertad y conforme los antecedentes penales señalados ut-supra, estando presente los requisitos del art. 50 del Código Penal, corresponde declarar a C. D. V. reincidente.- Sobre este punto cabe desestimar la declaración de inconstitucionalidad que pretende la Defensa.- Porque nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en numerosas oportunidades que "la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere mayor debate y prueba". (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. Mayoría: Petracchi, Belluscio, Maqueda, Highton de Nolasco, Argibay. Abstención: Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti. S. 96. XL. Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía s/ amparo. 30/06/05. T. 328, P.). (También en esta inteligencia ver el voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco: Mayoría: Belluscio, Maqueda. Voto: Boggiano, Zaffaroni, Highton de Nolasco. Disidencia: Fayt. Abstención: Petracchi. B. 139. XXXIX. Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo. 26/10/04. T. 327, P. 4495. L.L. 28-10-04 (supl.), con notas. L.L. 03-11-04, nota al fallo. E.D. 05-11-04, nro. 53.044, con nota. L.L. 05-11-04, nota al fallo. L.L. 09-11-04, notas al fallo. L.L. 12-11-04, nota al fallo. E.D. 18-11-04, nota al fallo. L.L. 19-11-04 (supl.), nro. 108.318, nota al fallo. L.L. 26-11-04, nota al fallo. L.L. 17-01-05, nota al fallo. E.D. 17-02-05, nota al fallo. E.D. 05-04-05, nota al fallo. E.D. 06-05-05, nota al fallo. E.D. 02-06-05, nota al fallo).- Porque también ha expresado que "El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente en qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto". (Mayoría: Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Highton de Nolasco. Abstención: Argibay. A. 901. XXXVI. Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios -incidente de beneficio de litigar sin gastos de Luis Alberto Andrada - IN5-. 10/05/05. T. 328, P.). (Ver también el dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. Mayoría: Petracchi, Belluscio, Maqueda, Highton de Nolasco, Argibay. Abstención: Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti. S. 96. XL.Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía s/ amparo. 30/06/05. T. 328, P. Intranet del 5/02/07).- Aplicar el instituto de la reincidencia no significa violar el principio ne bis in idem, desde que no se está aplicando otra pena por el mismo hecho.- En este sentido la Cámara de Casación Penal ha resuelto que "Debe rechazarse la inconstitucionalidad planteada respecto del instituto de la reincidencia consignado en el art. 50 del Cód. Penal desde que, el principio ne bis in idem prohíbe la aplicación de una pena por el mismo hecho, pero no obsta a que la anterior condena pueda ser tenida en cuenta a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario adecuado para aquellos supuestos en los que el sujeto incurriese en un nuevo delito" (Sala I 26/06/2006 - Saavedra, Martín A. s/rec. de casación - La Ley 2006-F, 251 - Sup. Penal 2006 (octubre), 26. Fuente: La ley on line).- En efecto, la condena anterior es tomada en cuenta sólo como un dato objetivo y formal frente a la comisión de un nuevo delito y no como la consagración de un derecho penal de autor que si produciría afectación constitucional.- En esta inteligencia el segundo párrafo del art. 41 del Código Penal autoriza a los tribunales a fijar la condenación de los justiciables teniendo en cuenta, entre otras consideraciones, "... las reincidencias en que hubiera incurrido...".- En este orden de ideas la CSJN ha dicho que "El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho" (-Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda. Voto: Argibay Disidencia: Lorenzetti, Zaffaroni. G. 704. XLIII; RHE Gago, Damián Andrés s/causa N° 2175. 06/05/2008. T. 331, P. 1099. Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/BuscadorSumarios>).- En virtud de lo expuesto, y como ya se adelantó, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad respecto del instituto de la reincidencia efectuado por la defensa de V. , atento a que no vulnera ninguna de las garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional.- Deberá ordenarse que oportunamente se destruya la droga (art.30 de la ley 23.737) y se remita copia de la presente a los fines del art.58 del Código Penal a la oficina Judicial de esta ciudad.- Son de aplicación los arts. 1, 5, 29 inc.3, 40, 41, 45, 50 y 77 del Código Penal; art. 14 primer párrafo de la ley 23.737; y arts. 403, 530 y 533 del Código Procesal Penal.- Así voto.- El Dr. Enrique Jorge GUANZIROLI dijo: Más allá de la

suerte sellada en esta deliberación, cabe dejar a salvo una vez más, la opinión disidente en el caso por los siguientes argumentos.-

I.- Está probado en la causa, que el procesado llevó consigo el tóxico obtenido, en un utensilio de su uso personal en el interior de una prisión estatal no federal.- El objeto personal en el que poseyó la droga no es inerte para juzgar sobre su evidente destino, la ingesta particular del producto.- Ningún elemento probatorio se ha recogido, que esa exigua cantidad estupefaciente estuviese destinada a trascender a terceros, exceder el ámbito privado del protagonista y afectar el bien jurídico tutelado, pues, vale la pena recordar, hay una privacidad que también se preserva en los recintos de las prisiones del país y acogen las garantías constitucionales vigentes, art. 19 CN (conf. doct. CFCP, Sala II, reg. 1721/14, 5/9/14, ?Maíz?, entre otras).- Los poco más de nueve gramos de marihuana, atendiendo a la confección habitual de esos pitillos artesanales en el medio, -toda vez que el Juez no debe decidir las cuestiones, por peritaciones abstractas de organismos internacionales, que con frecuencia no alcanzan a describir con acierto las realidades sobre las que ha de pronunciarse- llevan a casi esa misma cantidad de cigarrillos, en aptitud de consumo, lo que no tiene porqué exceder el uso individual -que tampoco nada se ha probado en tal sentido- y evidentemente resulta escasa en la inteligencia de la norma, como otros antecedentes de este mismo Tribunal han ponderado.- Ningún acto concreto del acusado se ha comprobado que se orientara a proveer la droga a otros en el instituto y cualquier conclusión que se pretenda en ese sentido, es una presunción de un voluntarismo sin sustento.- Menos es posible soslayar -por cualquier Magistrado que haya concurrido a las cárceles en tareas serias de control de la ejecución penal- que las observaciones, inspecciones y registros, impuestas habitualmente por el personal oficial del respectivo servicio penitenciario, habrían de confinar el eventual consumo ilegal de los tóxicos en sitios de la mayor soledad y aislamiento para el interesado.- En este espectro es que debe inscribirse, que no se hayan habido objetos para el uso de los narcóticos por el involucrado que pondera la Fiscalía, no sólo porque sería ingenuo conservarlos por el cautivo y exponerse a sanciones, sino porque las variaciones propias de la ingesta, que no escapan a los usuarios, admiten la misma con diversos adminículos, lo que impide tener un suerte de catálogo de objetos determinados, para el uso preciso de los tóxicos.- Tampoco cabe olvidar, que si el tenedor del narcótico dominó la fuente del riesgo a la salud pública -que de ésta se trata y no de la individual- y la cantidad secuestrada aparece adecuada a su consumo individual, como en el caso, -sin que quepa excluir sin mayores elementos su eventual condición adictiva ese tiempo cuando no hay antecedentes suyos de ulterior tráfico o propagación del tóxico por la Alcaldía- no puede concluirse en una conducta típica, antijurídica y culpable de peligro que poniendo en crisis el bien jurídico tutelado merezca imponerle una pena.- Son extremos no acreditados suficientemente en la causa, por el escaso caudal probatorio desplegado, los que reprocha con ahínco la vindicta pública y resulta obstativa esa falta de extensión investigativa, que operando en ámbitos del involucrado proporcionara mayores ingredientes convictivos y de allí, que resulte imprescindible seguir una directriz razonada y lógica a la hora de atribuir a un sujeto una conducta determinada, pues existen garantías contenidas en la Constitución y la ley que no pueden soslayarse y que hacen al respeto y dignidad del ser humano.- Como bien trajo a colación la tarea defensiva, el liminar fallo del más alto Tribunal de la Nación, in re ?Vega Giménez?, suficientemente conocido y de vocación aplicativa en autos, concluye que si no se ha probado algo en un cierto sentido, tampoco cabe excluir que no lo ha sido en el contrario y por ende, se ha de aplicar la regla del art. 3 del rito procesal.- Este principio ?in dubio pro reo?, de clara raigambre constitucional, deriva del estado de inocencia del que goza toda persona en el proceso penal, exigencia que recién en la sentencia de condena desecha la certeza del juzgador, acerca de la existencia del hecho punible atribuido al acusado, pero en caso contrario conlleva imposibilidad del órgano de destruir el aludido estado constitucional de candor, que ampara al perseguido penalmente y esta falta y esta duda impiden la condena y conducirán a su absolución.- En tales condiciones, la calificación que cabe al delito de que se trata es la de tenencia de estupefacientes para consumo personal que en respeto a otro fallo señero del más alto Tribunal, in re ?Arriola? impone declarar inconstitucional la regla -art. 14 segunda parte ley 23737- y concluir absolviendo al acusado en el asunto, cesando cualquier restricción impuesta y sin costas, conf. arts. 3, 402 y 530 CPP.- Es que ?...el Estado no debe resolver la injerencia del derecho penal a través de la amenaza de imposición de pena a la persona, en violación al principio de última ratio, una eventual permeabilidad de los controles de los elementos que ingresan a la unidad carcelaria. Es evidente que si los encausados tenían en su poder ... marihuana... es porque de alguna manera esa sustancia había sido ingresada a la unidad pero no por ello su mera tenencia resulta un supuesto excluido de las consideraciones realizadas por nuestro Máximo Tribunal en el citado precedente ?Arriola?, en términos del ámbito de privacidad resguardado por el art. 19 de la C.N. (CFCP, Causa n° 298, ?Lopez Brez? reg. 24461, del 18/2/15.) Y este epílogo, aunque solitario, prescinde del tratamiento de los restantes planteos volcados en la audiencia.-

II.- Un párrafo aparte merece la ponderación del castigo que el Ministerio Público Fiscal mensuró al causante, por algo más de nueve gramos de marihuana, además de multa, un par de años cautivo en el presidio y su declaración de reincidencia con todos sus efectos restrictivos.- No es que ignore la historia personal del sujeto sometido a juicio, su anterior vida en libertad y las causas que lo llevaron a su encarcelamiento prolongado tras los muros de un penal, tampoco cabe desatender a las personas de su entorno y en esa valoración integral, hoy parece excesivo lo reclamado de prisión por este hecho delictivo, por la vindicta

pública.- Y más allá de lo antes consignado y por resultar atinente al asunto, cabe traer a colación las recientes reflexiones de un líder religioso, de prédica universal, que recoge con acierto constataciones que mucho tiempo antes habían sido señaladas por los especialistas, el 17/2/2016, en la cárcel de Ciudad Juárez, México, cuando expresó ?...Ya tenemos varias décadas perdidas pensando y creyendo que todo se resuelve aislando, apartando, encarcelando, sacándonos los problemas de encima, creyendo que estas medidas solucionan verdaderamente los problemas. Nos hemos olvidado de concentrarnos en lo que realmente debe ser nuestra preocupación: la vida de las personas; sus vidas, las de sus familias, la de aquellos que también han sufrido a causa de este círculo de la violencia.... las cárceles son un síntoma de cómo estamos como sociedad, son un síntoma en muchos casos de silencios y omisiones que han provocado una cultura de descarte. Son un síntoma de una cultura que ha dejado de apostar por la vida; de una sociedad que ha ido abandonando a sus hijos.... la reinserción no comienza acá en estas paredes; sino que comienza antes, comienza «afuera», en las calles de la ciudad. La reinserción o rehabilitación comienza creando un sistema que podríamos llamarlo de salud social, es decir, una sociedad que busque no enfermar contaminando las relaciones en el barrio, en las escuelas, en las plazas, en las calles, en los hogares, en todo el espectro social. Un sistema de salud social que procure generar una cultura que actúe y busque prevenir aquellas situaciones, aquellos caminos que terminan lastimando y deteriorando el tejido social. A veces pareciera que las cárceles se proponen incapacitar a las personas a seguir cometiendo delitos, más que promover los procesos de rehabilitación que permitan atender los problemas sociales, psicológicos y familiares que llevaron a una persona a determinada actitud. El problema de la seguridad no se agota solamente encarcelando, sino que es un llamado a intervenir afrontando las causas estructurales y culturales de la inseguridad, que afectan a todo el entramado social.... un imperativo moral para toda sociedad que desea tener las condiciones necesarias para una mejor convivencia...?.- Es cierto que estas reflexiones, sólo alcanzarán a conmover -y algo- a quienes estén vinculados con esta postura del exponente y que habrán de interpelar a quienes con sinceridad abonan estas expectativas, sin sacudir aquéllas estructuras mentales ya esclerotizadas, pero particularmente tampoco deberían resultar inocuas para quienes, les toca decidir sobre la libertad, el patrimonio, la fama y en fin, la vida de las personas sujetas a un proceso penal y sus graves secuelas.- Esas ideas que rompen el encanto de la falsedad de algunos símbolos y denuncian guiones oficiales, monótonos y domesticados, parecen más que recriminaciones de aquéllas que, en un estado democrático aún quedan por conseguir, para la correcta individualización penal y a ello no empece que ciertas élites hayan acusado o no el impacto de la crítica, que demostrará su conexión o no con la realidad, sino que optar por uno u otro de los caminos trazados, importará la solución o el fracaso futuro de los problemas que hoy todavía afligen en la cuestión criminal.- Por ello, de interpretarse que cabe la condena, deberá sustituirse la imposición de la medida restrictiva de libertad por una medida de seguridad curativa o educativa, previo dictamen médico, conforme lo estipulado en los arts. 16 al 21 de la Ley 23737. Así lo ha expresado un voto concurrente del Dr. Hornos de la Cámara Federal de Casación Penal, al resolver la causa ?Lezcano?, recordando que la Ley 23737 prevé la posibilidad de que se le sustituya al tenedor de estupefacientes, la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que se determine judicialmente, a fin de que se asuma un comportamiento responsable frente al uso y tenencia de estupefacientes. (Sala IV, CFP 715/2014/CFC1, reg. 1274/2015, 30/6/15) III.- Por último, habida cuenta que sobre el objeto personal que sirvió a la portación del estupefaciente prohibido, hoy incautado, el Ministerio Público Fiscal omitió pronunciarse, cabe su devolución al protagonista.- Teniendo en cuenta la denuncia realizada en el pasado -2005- que diera origen a una actuación del Juzgado Federal local, acerca del supuesto tráfico de estupefacientes en una dependencia policial y lo expuesto ahora por la Defensa Oficial, acerca de supuestas numerosas causas semejantes, que en un corto tiempo habrían acaecido en la unidad carcelaria provincial de que se trata, cabe remitir estos antecedentes al Ministerio Público Fiscal competente, para que instruya y ejercite las obligaciones propias de su estado.- Así voto.- El Dr. Pedro José de DIEGO dijo: Que comparte los fundamentos y resolución del voto que lidera el acuerdo, con excepción a las referencias y menciones de la causa ?Montalvo? de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación.- En mérito del Acuerdo y Deliberación que anteceden el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia; FALLA: 1) CONDENANDO a C. D. V., DNI N° ..., de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, a la pena de un año y seis meses de prisión que se da por compurgada atento el tiempo de detención informado (fs. 129), multa de pesos doscientos (\$ 200) que deberá pagar en el término de diez días de quedar firme la presente, y las costas del juicio (arts. 1, 5, 29 inc 3, 40, 41, 45, y 77 del Código Penal; arts. 403, 530 y 533 del Código Penal Procesal; art. 14 primera parte de la ley 23.737), DECLARANDOLO REINCIDENTE (art.50 del Código Penal).- 2) RECHAZANDO el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia formulado por la Defensa.- 3) ORDENANDO que por Secretaría se destruya la droga incautada (art. 30 de la ley 23.737) y se remita copia de la presente a los fines del art. 58 del Código Penal a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia.- Regístrese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese y oportunamente archívese.- Nora M. T. CABRERA DE MONELLA Jueza de Cámara Enrique Jorge GUANZIROLI Juez de Cámara Pedro José de DIEGO Juez de Cámara ANTE MI: Raúl TOTARO Secretario

007075E