

Regimen De Estupeficientes Cultivo Guarda Estupeficientes Uso Personal Atipicidad Doctrina De La Corte Declaracion De Inconstitucionalidad

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Salta, 8 de septiembre de 2016.- AUTOS Y VISTOS: Para resolver la situación procesal de J. H. L. D., cuyos demás datos personales constan en autos, en la presente causa n° 10095/2016, caratulada ?L. D., J. H. s/infracción a la ley 23.737?, en trámite por ante la Secretaría n° 2 del Tribunal, y CONSIDERANDO: I.- Que las presentes actuaciones se iniciaron el día 20 de mayo del presente mediante una denuncia anónima, ante la comisaría seccional 6ta, realizada por una mujer quien, sin identificarse, manifestó que se estaría vendiendo droga en una casa ubicada en una esquina sobre Av. Héroes de la Patria frente a la parada del colectivo de la línea 5 ?A? Seguidamente, y ante la sospecha de que podría tratarse de un lugar de expendio y acopio de estupeficientes, se dio parte al Ministerio Publico Fiscal de la Provincia de Salta quien luego de profundizar las investigaciones solicitó se disponga librar el allanamiento del domicilio localizado en la calle Héroes de la Patria Nro° ... Conforme el acta de allanamiento se procedió en la mencionada vivienda a incautar un total de sesenta y un (61), entre plantas y plantines de Cannabis Sativa, en estado natural, y (2) ramas disecadas de la misma especie vegetal. Seguidamente, se sometió la sustancia secuestrada a un narcotest, el que arrojó resultado positivo a la existencia de Cannabis Sativa (ver fs. 73). En consecuencia, el personal interviniente detuvo al propietario del lugar, y se lo trasladó hacia la sede del tribunal de la provincia, circunstancia en la que se le recibió audiencia de imputación. Seguidamente, a fs. 56 y vta. prestó declaración testimonial por ante este Tribunal en los términos del art. 239 del Código Procesal Penal de la Nación, la Sra. E. del V. D., quien expresó que convive con J. H. L. D. en el domicilio allanado y que los une un vínculo familiar (es la tia del imputado). Manifestó que es consumidora de Cannabis Sativa, en forma de gel o pomada, debido al dolor que padece de forma crónica. Sostuvo que al momento de ser realizado el procedimiento, le informó a la Policía sobre su copropiedad respecto los estupeficientes incautados, no quedando constancia de esto en la respectiva acta. Aclaró que alquila habitaciones a estudiantes que concurren a la universidad. A fs. 58/60, la defensa técnica del causante J. H. L. D. solicitó que el cambie la carátula y, sostuvo que no existían elementos suficientes para responsabilizar a su asistido en el hecho que se investiga. II.- De la conducta del imputado referida al art. 5 inc. ?a? de la ley 23.737: Que ahora bien, de las constancias obrantes en autos surge acreditada la tenencia por parte de L. D. de las plantas halladas en su domicilio, sumado a diversos elementos que sirven para su siembra y cultivo (como ser termómetro, abonos, fertilizantes, etc, según acta de fs. 27/28), lo que constituiría el delito previsto en el art. 5 inc. ?a? de la ley 23.737. En efecto, el art. 5° inc. "a" de la ley 23.737 castiga con pena de prisión de 4 a 15 años a quien siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupeficientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación. Por su parte, el anteuúltimo párrafo de la misma disposición (texto agregado por la ley 24.424, B.O. 09/01/1995), dispone que cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupeficientes para consumo personal, la pena será de 1 mes a 2 años. A partir de este hecho objetivo, corresponde adentrarnos al análisis del elemento subjetivo del tipo. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre con el supuesto previsto en el art. 14 (en donde se hace referencia a una tenencia, sin ninguna motivación de tipo subjetivo), las situaciones contempladas en el art. 5 describen la "cadena de tráfico", e incluyen la finalidad de producción o fabricación para la comercialización, salvo lo dispuesto en el penúltimo párrafo cuando se prueba su consumo personal. Para la configuración del ilícito del art. 5 inc. ?a" de la ley 23.737, se requiere: a) que el autor siembre o cultive plantas; b) que conozca del tipo de planta que siembra o cultiva (y su aptitud para producir estupefaciente); c) un elemento subjetivo en cuanto a que su conducta esté preordenada al tráfico de estupeficientes. Y en el caso sub lite, quedó acreditado y corresponde concluir que el imputado poseyó la droga para su propio consumo, por cuanto no se comprobó el destino enderezado al tráfico de la sustancia encontrada; en tanto no se pudo acreditar en el caso la presencia de la ultra intención requerida como modo de introducir el estupefaciente en la red de narcotráfico. Al respecto, se ha dicho que "las conductas de siembra, cultivo o guarda tipificadas en el inciso "a" del artículo 5° deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico, el destino ilegítimo, entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que estas conductas de contribuir a través de ella a la cadena del tráfico de estupeficientes. Por ende, no resultan punibles, en los términos del tipo penal que nos ocupa, la siembra, cultivo o guarda llevadas a cabo con una finalidad distinta a la apuntada, como puede ser, desde objetivos científicos o meramente recreativos, hasta la producción de estupeficientes, pero para el propio consumo"(MAHIQUES, Carlos (director); Leyes Especiales; T. 1; Fabián di Plácido editor; Buenos Aires; 2004; pág. 95, citado por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, en autos "Icasate, Franco Eduardo s/recurso de casación?, Registro n° 824.06.3, Causa n° 6714, de fecha 19/07/06, del voto de la

Dra. Ledesma). A su vez, idéntico temperamento han adoptado diferentes tribunales de nuestro país (entre otros, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en la causa nro. 2604, "Ressia, Claudio Daniel s/ infr. ley 23.737", rta. el 4/05/04, reg. nro. 629/04 y la Sala Penal III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, entre otras, en la causa "Martinez, Enrique E. y otro", rta. 25/06/93). Conforme lo expuesto y por la doctrina emanada de nuestro alto tribunal en el precedente "Arriola", considero que en el caso la conducta del imputado puede considerarse atípica para el derecho penal, por cuanto no se advierte lesión al bien jurídico protegido (?Cabral?, L.S. del Tribunal Oral Federal de Paraná T° II, F° 148, Año 2006; ?González, Guillermo Daniel?, LS TOF T° I, F° 87, Año 2012). Así, el cultivo o siembra atribuida se desarrolló en el marco de lo privado, que es el de las relaciones interpersonales, y no tuvo aptitud para lesionar el bien jurídico protegido o dañar a terceros. Como no se advirtió esta lesión, la conducta será atípica. En ese sentido, decía Carlos Santiago Nino que el derecho impone reglas de moral referidas a terceros, pero no las que hacen a la propia idea de la excelencia humana, y ello es lo que marca el art. 19 de la C.N. (?Ética y Derechos Humanos?, Paidós, Bs. As., pags. 257 y sigs., cit por la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Isidro, sala II, N. F. s/ delito de tenencia simple de sustancia estupefaciente, 19/08/2014, Cita online: AR/JUR/49884/2014). Continuaba diciendo el autor citado que la acción privada es aquella que ?está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre estos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar ? (Ob. Cit, pág. 269). Explica Zaffaroni que no se trata de pretender fundar un derecho esencial a consumir estupefacientes. Decía que ?el derecho fundamental, innegable, que la Constitución tutela, es el derecho a elegir no consumirlos; es decir, el derecho a ejercer mi autonomía moral?. Señala que ?el derecho fundamentalísimo, base de todos los otros, parangonable al derecho a la vida, por ser inescindible del concepto de hombre como persona, es el derecho a decidir conforme a la conciencia moral? (en ?Tenencia de tóxicos prohibidos?, JA, 1986- IV-236 y sigs.). Y se concluye en el modo antes descripto, por cuanto no existen pruebas concluyentes que demuestren la existencia de operaciones de compra o venta de estupefacientes. Las fotos de personas en la puerta del domicilio (fs. 20) no autorizan a suponer que se encontraban allí para adquirir droga. A su vez, y si bien la denuncia anónima está contemplada en el art. 34 bis de la ley 23.737 y puede ser promotora de la ulterior investigación que inicie la fuerza preventora, no existen en la causa personas individualizadas que hayan brindado su testimonio sobre la existencia de operaciones de compraventa de droga en el domicilio indicado. Si de las constancias de la causa quedase un margen de duda respecto del destino de consumo personal de las sustancias obtenidas como resultado de la guarda, siembra y cultivo, es preciso aplicar la pauta interpretativa desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en el precedente "Vega Giménez" (Fallos 329:6019; V. 1283. XL. Recurso de Hecho de Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes, causa N° 660C). Allí, nuestro alto tribunal estimó que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir "inequívocamente" de la "escasa cantidad y demás circunstancias", no puede conducir a que si "el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga" quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple. Continuó diciendo que "semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación). 9°) Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado?. Por tal motivo, si existiese duda respecto del destino de las sustancias, esta situación no puede nunca ser resuelta por el juzgador de modo tal de ocasionar un encuadre más gravoso para el imputado. Finalmente, también se dijo que ?El imputado por el delito establecido en el art. 5, inc. a de la Ley 23.737 debe ser sobreseído, pues las sustancias estupefacientes que fueron encontradas en su poder -en el caso, doce plantines de marihuana- eran para su propio consumo y no se comprueba la ultraintención de introducir las en la red del narcotráfico; por lo que, en miras del antecedente "Arriola" -25/08/2009; LA LEY 2009-E, 468-, no se advierte lesión al bien jurídico protegido por la mencionada norma?. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, G., C. L. s/ infracción Ley 23.737, 19/05/2016, Cita Online: AR/JUR/25394/2016). Por todo ello es que considero acreditada la tenencia por parte de J. H. L. D. de las plantas halladas para su propio consumo, sin comprobarse ningún destino ilegítimo de la sustancia encontrada; es decir que no se comprueba en el caso la ultraintención necesaria para introducir el estupefaciente en la red de narcotráfico, y por ello debe dictarse a su favor sobreseimiento total y definitivo por el delito imputado.

III.- De la conducta del imputado referida al anteúltimo párrafo del art. 5 de la ley 23.737: Que salvada la cuestión relacionada con la falta de adecuación típica a la figura de cultivo o siembra del art. 5 inc. ?a?, la conducta del imputado quedaría subsumida en

el anteuúltimo párrafo de la misma disposición (texto agregado por la ley 24.424, B.O. 09/01/1995), en cuanto dispone que cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal. Esta norma establece una pena de 1 mes a 2 años de prisión. Ello, por cuanto habiendo sido descartada la ultraintención de la comercialización de la planta cultivada o sembrada, se produce la subsunción en la figura del cultivo o siembra para consumo personal. Y la duda referida a la existencia o no del destino para consumo personal (que se plantea a partir del término "inequívocamente" usado por el legislador), se interpreta a favor del imputado, tal la aplicación del fallo "Vega Giménez". Y a partir de allí, también queda impune la conducta de L. D., en razón de la colisión que enfrenta la norma en cuestión (anteúltimo párrafo del art. 5) con preceptos constitucionales, lo que motiva por parte del suscripto se propicie su declaración de inconstitucionalidad y el consecuente sobreseimiento del imputado por esta figura delictual. Primeramente, la tenencia de la droga cultivada o sembrada para consumo personal surge al haberse descartado el "dolo del comercio", tal como se explicó anteriormente (al aplicarse la duda a favor del imputado), y de considerar a la cantidad de tóxico incautado como "escasa".

Efectivamente, puede entenderse que la cantidad secuestrada estaba destinada para el consumo personal del imputado y su madre (tal como se reconoce en la declaración testimonial de fs. 56), y por ende calificarla como "escasa", por aplicación de la pauta interpretativa emanada del fallo "Colautti", dictado por la Cámara Federal de Salta en fecha 21 de febrero de 2013 en la causa N° 140/12 del registro de ese tribunal (en ese caso, se juzgó a dos personas por la tenencia de 29 plantas, 20 plantines y 16,71 grs. de picadura de marihuana y se encuadró su conducta en la figura de cultivo de estupefacientes para consumo personal). De allí, que existen elementos que indican - por la cantidad de plantas halladas - que el alcaloide que queda luego de realizado el procesamiento de la planta, es equivalente a una cantidad proporcional para ser utilizada para consumo personal. Esta teoría se ve reforzada por cuanto del allanamiento practicado no se encontraron elementos para el fraccionamiento de la droga. Por ello, y por los fundamentos expuestos por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en fecha 9/05/08 en la causa N° 1143/04, caratulada "PEREYRA, Marcelo Fabián s/ Inf. a la Ley 23.737", y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080?", resolución de fecha 25/08/09, en relación a la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737, considero que la conducta de L. D. no puede ser objeto de reproche penal (art. 19 de la Constitución Nacional). Que se ha dicho que "Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 5 inc. a, anteuúltimo párrafo, de la ley 23.737, texto según ley 24.424, en cuanto reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas o de elementos destinados a la producción de estupefacientes, cuando tales actividades estuvieran destinadas al consumo personal en tanto, resultan aplicables al caso los argumentos vertidos en los precedentes "Cipolatti" y "Velardi" para fundar la inconstitucionalidad del art. 14 apartado segundo de la citada ley", (De lo resuelto en el precedente "Bernasconi" al cual la Cámara remite; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, D., C. y otra, 13/02/2009, Publicado en: DJ 02/09/2009,2483; Cita online: AR/JUR/557/2009). De igual manera, que "El art. 5, penúltimo párrafo, de la Ley 23.737 es inconstitucional, en cuanto pena a quien siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes para consumo personal, pues es incompatible con el art. 19 de la Constitución Nacional" (del voto del Dr. Schiffrin; Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, M., M.A.; Z., M. M. s/inf. ley 23.737, 21/11/2012, Publicado en: DJ 20/03/2013, 15 con nota de José Raúl Velázquez, Cita online: AR/JUR/61028/201). Por todo lo expuesto, se presenta un estado de duda respecto la aplicación del art. 5 inc. "a" de la ley 23.737, que debe ser resuelto en favor del causante J. H. L. D., de conformidad con lo establecido por el art. 3º del C.P.P.N. A su vez, por la declaración de inconstitucionalidad que se propicia, de igual manera corresponde declarar atípica la conducta del causante en relación al penúltimo párrafo de aquella norma. En virtud de ello, y debido a que no restan diligencias por practicar que puedan modificar el estado de cosas descripto, corresponde adoptar respecto del imputado J. H. L. D., la solución que brinda el art. 334 del Código Procesal Penal de la Nación, por encontrarse comprendido en la causal del art. 336 inciso 4º de ese cuerpo normativo. Por ello, RESUELVO:

I. - CALIFICAR la conducta atribuida a J. H. L. D., como constitutiva del delito de cultivo o siembra de estupefaciente para consumo personal (art. 5, anteuúltimo párrafo, de la ley 23.737, texto agregado por la ley 24.424). II.- DECLARAR la inconstitucionalidad de la aplicación al caso art. 5 anteuúltimo párrafo de la ley 23.737, según art. 1º de la Ley N° 24.424 B.O. 9/1/1995 (arts. 14, 19 y 28 de la C.N.). III.- SOBRESER totalmente en la presente causa y en forma definitiva respecto de J. H. L. D., de las demás condiciones personales que constan en autos, en orden al delito previsto y reprimido por el art. 5 penúltimo párrafo de la ley 23.737, declarando que la formación del sumario no afecta el buen nombre y honor del que gozare (arts. 334 y 336 inc. 3º del Código Procesal Penal de la Nación). NOTIFIQUESE, regístrese.- JULIO LEONARDO BAVIO Juez Federal Subrogante Ante mi: FEDERICO JORGE MATEOS Secretario Correlaciones: LEY 23737 - BO: 11/10/1989 014505E