

Estupefacientes Tenencia Para Consumo Personal Principio De Reserva Absolucion

JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Tenencia para consumo personal. Principio de

reserva. Absolución Se sobresee al encartado en orden a la conducta descrita por el art. 14, inciso segundo, de la ley 23.737, por no encuadrar en una figura legal atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad efectuada, y se confirma su procesamiento, aunque modificando parcialmente la calificación legal asignada a la conducta reprochada por la de autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal. Buenos Aires, 27 de junio de 2017. Y VISTOS: Y

CONSIDERANDO: I.- Llegan las presentes actuaciones a consideración de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de J. H. D., contra la resolución obrante a fs. 1/14 que decretó el procesamiento del nombrado con prisión preventiva por haberlo encontrado prima facie autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el artículo 5° inciso ?c? de la ley 23.737 en concurso real con el previsto por el artículo 189 bis, inciso 2°, tercer párrafo, del Código Penal y trabó embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos ciento quince mil (\$ 115.000.-). II.- Al manifestar su voluntad recursiva, el impugnante sostuvo que ?no existen en autos elementos probatorios suficientes que permitan sustentar la incriminación que se le efectúa a mi defendido, ya que su errónea valoración dio como resultado una arbitraria aseveración de la materialidad del hecho y de la responsabilidad que se le endilga en las presentes, al tiempo que acarreó una errónea calificación legal?.

Específicamente, en relación al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, sostuvo que ninguno de los elementos aludidos por el a quo, tanto valorados individualmente como en su conjunto, permitían avalar la hipótesis por él ensayada. En esa dirección, analizó y descartó uno por uno dichos extremos y concluyó que debía recalificarse la conducta imputada a su pupilo en la figura de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Con respecto al delito de portación de arma de fuego de uso civil, cuestionó el plexo probatorio en base al cual el señor juez de grado reprochó a su ahijado procesal esa conducta y solicitó también su recalificación por la de tenencia de arma de fuego de uso civil o, subsidiariamente, se aplique el atenuante previsto en el inciso 2°, sexto párrafo, del artículo 189 bis del código sustantivo. Por último, en lo referente a la medida cautelar privativa de la libertad dictada a su pupilo, el impugnante aludió a la ausencia de elementos adunados a la presente pesquisa que permitieran suponer la existencia de riesgos procesales e hizo hincapié en sus condiciones personales para destacar ?la ilegitimidad del encierro cautelar de mi defendido?. En oportunidad de profundizar sus críticas ante este Tribunal, la defensa del imputado planteó la nulidad de las detenciones efectuadas en autos como también la invalidez de las requisas y secuestros practicados. Para ello, sostuvo que en el caso se detuvo a sus pupilos sin orden judicial a pesar de que el personal policial interviniente ?no ... ha contado con indicios vehementes de culpabilidad ni con riesgo de fuga válido ... la detención tampoco se efectuó bajo los supuestos de la ley 23.950 ... mis asistidos son dos amigos que se reunieron por una devolución de dinero y que la entrega de ésta se produjo en el interior del rodado y otro rodado interfería en la visión de los policías, todo lo cual torna inverosímil que los agentes hubieran podido detectar un supuesto intercambio. Eran las 20.30 hs. en el mes de abril, por lo que ya había oscuridad, sumado a que el propio preventor ... refirió que no podían ser vistos?. En ese contexto consideró que los derechos de sus asistidos de ?transitar, reunirse y a la intimidad han sido violentados por esta arbitraria intrusión policial?. Con similares argumentos cuestionó también la requisas efectuada al imputado en la medida en que ?excedió las facultades del personal policial pues careció de fundamento alguno en tanto una vez reducido mi asistido sin más procedieron a inmiscuirse en su intimidad al revisar el interior de sus ropas ... se afectó ilegítimamente el derecho a la intimidad, dignidad e integridad física del nombrado?. Finalmente, también planteó la invalidez del secuestro de los elementos hallados en el procedimiento (material estupefaciente y arma de fuego) dado que ocurrió sin la presencia de testigos civiles y sin que se dejara constancia de las razones por las que tal extremo no se cumplió. Por todos estos motivos, solicitó se declare la nulidad absoluta del accionar preventivo -detención, requisas y secuestro- documentado en las actas obrantes a fs. 6, fs. 7, fs. 8, fs. 9 y fs. 18, como también de todos los actos dictados en consecuencia y, ante la inexistencia de un cauce de investigación independiente, se dicte el sobreseimiento de su ahijado procesal, ordenándose su inmediata libertad. III.-

Corrida la vista ordenada a fs. 42, la representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara sostuvo que el análisis de las constancias de la causa le permitían ?aseverar que los agentes actuaron conforme a sus facultades? y solicitó que no se hiciera lugar a los planteos esgrimidos. IV.- En primer término, corresponde avocarnos al análisis del planteo introducido por la defensa del imputado en esta instancia, a través del cual postuló la invalidez de las detenciones, requisas y secuestros de autos y de todo lo obrado en consecuencia. Dicho planteo será rechazado, de conformidad con lo dictaminado por la representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara a fs. 43/46vta., toda vez que el procedimiento llevado a cabo en autos fue realizado bajo las

previsiones contenidas en los artículos 284, 230 y 230 bis del C.P.P.N. y según lo dispuesto por el artículo 184 del mismo cuerpo legal. En este sentido, no puede soslayarse que en dos ocasiones nuestro digesto de forma habilita la actuación de los funcionarios policiales sin previa orden del magistrado correspondiente. Así, el artículo 284 del Código Procesal Penal dispone que, "los funcionarios ... tienen el deber de detener, aún sin orden judicial ... al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad, en el momento de disponerse a cometerlo ... [y] excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación". A su vez ese supuesto de urgencia está contemplado nuevamente en el artículo 230 bis del mismo cuerpo normativo al disponer que la requisa sin orden judicial sólo podrá llevarse a cabo "con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonablemente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado?". En otras palabras, las fuerzas de seguridad están excepcionalmente facultadas a disponer medidas de coerción sin orden judicial, siempre que el procedimiento encuentre respaldo en elementos que admitan luego el contralor jurisdiccional. Es decir que, en última instancia, será necesario que los preventores identifiquen y describan cuáles fueron las circunstancias objetivas que los llevaron a presumir que se estaba ante la inminencia de la comisión de un hecho ilícito pues sólo dicha fundamentación expresa podrá servir para el ineludible control jurisdiccional de razonabilidad en casos en los que se ha actuado en excepción a la regla que exige la orden judicial (cfr. c. n° 39.850, rta. 22/11/07, reg. 1386; c. n° 39.912, rta. 3/7/07, reg. 696; c. n° 36.989, rta. 7/6/05, reg. 571; y c. n° 37.727, rta. 29/6/05, reg. 640, entre muchas otras). Conforme a ello, no puede pasar inadvertido que del informe obrante a fs. 1/vta. de los autos principales se desprende que "personal policial encontrándose en el interior de un vehículo civil por consigna policial ... en la calle Chilavert ... próxima al ingreso de la villa de emergencia Fátima ... siendo alrededor de las 20:24 horas observó que en el interior de un vehículo ... había un sujeto masculino ... y notándose el arribo de una motocicleta conducida por un masculino y un acompañante también masculino ... En ese momento el sujeto acompañante -de la motocicleta- desciende y se aproxima a la ventanilla del lado del conductor del automotor y se observa un movimiento típico de pasamano". En la misma línea, en su declaración testimonial la Oficial Ayudante Rosa Suarez expresó que "siendo las horas 20.30 aproximadamente ... lograron observar que sobre la calle ... se hallaba un monovehículo ... tripulada por dos masculinos ... descendiendo su acompañante, quien se acercó hacia un automóvil ... que estaba detenido ... con su conductor en el interior ... el sujeto que se había acercado al automóvil estaba de manera sospechosa intercambiando elementos, para luego de ello dirigirse nuevamente hacia la moto" (cf. fs. 4/5vta.). De lo expuesto se desprende que los preventores contaban con los presupuestos excepcionales para actuar en el procedimiento atacado. Superada esa crítica, la circunstancia de advertir que el conductor del automóvil portaba un arma de fuego alcanza para descartar el resto de los cuestionamientos ensayados por el incidentista. En ese sentido, recordemos que esta Sala tiene dicho que los testimonios del personal a cargo del procedimiento resultan plenamente válidos en los términos de cuanto dispone el ordenamiento procesal, mientras hayan sido vertidos en razón de estar cumpliendo sus funciones y no pueda afirmarse que se fundan en interés, afecto u odio hacia alguno de los imputados (conf. de esta Sala I, c. n° 47.258, reg. 1016, rta. el 13/9/12; c. n° 29.860, reg. 496, rta. el 03/07/98 y c. n° 41.820, reg. 495, rta. el 08/05/08, entre muchas otras). Finalmente, en lo que se refiere a la ausencia de testigos civiles al momento del secuestro de los elementos incautados, hemos dicho, en consonancia con la doctrina, que " ... la omisión no está comprendida como causal genérica y/o específica de nulidad, y el incumplimiento de la regla se vincula más bien con el valor probatorio del acta, esto es la función demostrativa del hecho que opera a través de su instrumentación" (v. en ese sentido Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Navarro-Daray, Tomo 1, p. 577, Hammurabi 2013; c. n° 48.612, reg. 1267, rta. el 10/10/2013 y sus citas, entre otras). Por lo demás, las restantes críticas esbozadas por el impugnante en este apartado se refieren a cuestiones de fondo que serán tratados a continuación, por lo que el planteo invalidante efectuado habrá de rechazarse. V.- Recordemos que se imputó al nombrado " ... haber tenido en su poder ... con fines de comercialización ... 4 envoltorios con sustancia polvorienta similar a la cocaína, arrojando un peso bruto de 4,5 gramos de clorhidrato de cocaína, elementos que fueron secuestrados por personal policial dentro del rodado marca Fiat modelo Uno con dominio colocado ... que se encontraba estacionado en el lugar y en su interior estaba [el imputado] instantes previos a que los preventores observaron un pasamano entre los encartados; como así también el haber portado ilegítimamente en su cintura un revolver que resultó ser calibre 22 largo ... conteniendo 10 cartuchos colocados en su tambor" (cf. fs. 84/86). En esa oportunidad, el imputado explicó que la persona con la que fue detenido, que aclaró era su amigo, le debía mil pesos, por lo que habían concertado por mensaje de texto encontrarse para su devolución en el lugar donde ocurrió el procedimiento. "Llego ahí estaciono y advierto que había dos policías ahí; veo a mi amigo que llega en una moto ... se bajó de la moto se acercó a mi auto, entró y me entregó el dinero que me debía, luego él se baja cuando se está yendo lo interceptan los policía. La chica policía me dice que no me vaya y yo le hago caso y me bajo del auto; quiero aclarar que el arma no la tenía encima sino que estaba en la guantera del auto que manejaba. El arma la tenía por defensa personal, como trabajo de remisero y a veces hago trabajos por la noche la tengo para defenderme; nunca la disparé".

Aclaró que su amigo no tenía conocimiento de la existencia ni de la sustancia estupefaciente ni el arma secuestrada que era ¿consumidor? desde los quince años, que al coimputado lo conocía ¿porque jugamos juntos a la pelota?. Además, señaló que los preventores ¿tenían un auto polarizado y es imposible que hayan visto un pasamanos, sumado a que mi auto también está polarizado.? Y que supo de la presencia policial porque si bien ¿Estaban en un auto civil pero cuando pasé por ahí vi por el parabrisas que había dos policías dentro porque tenían el uniforme puesto?. Con relación al arma de fuego reconoció su pertenencia pero aclaró que ¿Se la compré a un conocido que no recuerdo el nombre, le dije me sentía inseguro porque el barrio estaba peligroso y el me aconsejó de comprarme un arma, una 22 chica y yo accedí y se la compre a él ... me costó 3500 pesos, no sé de su procedencia. No se la compré a un amigo mío sino es un conocido que actualmente no sé dónde está y tampoco tengo un contacto de él?. Sobre la adquisición del material estupefaciente explicó que ¿Me llevó una persona del barrio le dicen Willy, pero no sé el nombre. Le conté que tenía ganas de consumir y me acompañó a los pasillos de la Villa 1-11-14 ahí nos contactamos a una persona que no la conocía y no la había visto antes; y le compre a él. Los cuales son los cuatro envoltorios que posteriormente me secuestraron?. En ocasión de ampliar su declaración indagatoria hizo especial hincapié en que ¿La cocaína que tenía era para consumo personal. Yo consumo la cocaína con marihuana, que es una modalidad de consumo que se llama nevado. Ese día que fui a comprar a la villa 1-11-14, compré la cocaína, y también tenía la idea de comprar marihuana, pero no conseguí porque no había. Por eso tenía la cocaína todavía para consumir, porque no aspiro la cocaína, y necesitaba la marihuana para consumirla, porque la fumo ... quiero aclarar que no vendo droga ... de los teléfonos, solo reconozco los que están identificados con el N° 3 ... , N° 1 ... , y N° 4 ... El primero ... lo encontraron en mi auto, y era de un pasajero que se lo había olvidado ... No recuerdo cual era el nombre del cliente, pero el día que me detuvieron él me llamó a mi teléfono, que es el N° 1, pidiendo que se lo devuelva ... el segundo de los teléfonos es el mío, y también lo secuestraron del auto; este lo utilizo únicamente para el trabajo ... el teléfono N° 4 también es mío, pero lo encontraron en mi casa, y es para uso personal, la línea de este está a mi nombre. Los restantes teléfonos ... no los reconozco ? (v. fs. 214/216).

VI.- Para una mayor claridad expositiva del desarrollo de los agravios introducidos en este recurso habremos de analizar por separado las distintas conductas delictivas reprochadas en autos. a) Artículo 5° inciso ¿c? de la ley 23.737 Debemos partir de la premisa de que no se encuentra en debate la tenencia del material estupefaciente secuestrado entre las ropas del imputado, extremo que se encuentra corroborado por los dichos del personal preventor interviniente en el procedimiento de fs. 4/5; fs. 13/14 y 16/17, la correspondiente acta de secuestro de fs. 4, de detención de fs. 5/vta. y 6/vta., los testimonios de los testigos de fs. 10 y fs. 11, fotografías de fs. 19, constancias del test de orientación sobre el material incautado de fs. 96/98, el acta de apertura, pesaje y extracción de fs. 181/182, el resultado de los estudios periciales obrantes a fs. 260/266 realizados al material secuestrado en autos que determinó la presencia de cocaína en los porcentajes allí especificados y demás plexo probatorio que así lo señala. Sin embargo, tras un detenido examen de las constancias incorporadas al legajo, no compartimos la interpretación que de esos sucesos ha desarrollado el a quo en la resolución en crisis, ni el razonamiento que lo llevó a atribuir -provisionalmente- responsabilidad al imputado en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Recordemos que el delito de comercio de estupefacientes, en las múltiples modalidades establecidas por el art. 5ª, inc. ¿c?, de la ley 23.737, requiere la acreditación de la ultraintención del sujeto activo que posee sustancias estupefacientes (cf. c. n° 28.401, reg. n° 19, rta. el 29/1/97 y su cita). En el caso de marras no se avizora una circunstancia que amerite que la conducta llevada a cabo por el imputado encuentre adecuación típica a la luz de esa figura penal, dado que no surge de autos elemento probatorio alguno que permita sostener con el grado de probabilidad exigido por la etapa procesal que se transita la hipótesis de comercio. Adviértase que si bien los preventores manifestaron haber observado un intercambio, lo cierto es que los dichos de los inculos resultan contestes, no sólo entre ellos sino también con esos testimonios, al señalar que se habían encontrada para que su consorte de causa le devolviera un dinero que adeudaba al imputado. Además, ese extremo también se condice con las requisas efectuadas en autos que dan cuenta que el nombrado tenía en su poder tanto el material estupefaciente como el dinero incautado y que no se le secuestró elemento alguno al coimputado, circunstancia que no conjugaría con un supuesto ¿intercambio? en los términos de la hipótesis aquí analizada. Tampoco puede derivarse esa ultraintención exigida por el tipo penal de la cantidad y forma de fraccionamiento del estupefaciente incautado en autos a la luz de las constancias obrantes en la pesquisa que dan cuenta que se trató de cuatro envoltorios (de 0,64; 0,75; 0,96 y 0,81 gramos, respectivamente) que en su totalidad pesaron 3,16 gramos. Cabe sumarle a ello los dichos del encartado en referencia a que era ¿consumidor de material estupefaciente desde los quince años, actualmente consumo plasta base y marihuana ... ese mismo día compré la droga en la Villa?. En este punto resulta pertinente señalar que coincidimos con la defensa del imputado en la crítica a la valoración que realizó del a quo de ¿los estudios de orina y rinoscopia? en cuanto sostuvo que ¿arrojaron un resultado negativo?, extremo que a su criterio permitió aseverar ¿que no ha consumido estupefacientes a corto plazo?, sin considerar otros estudios de ese tenor obrantes en autos que señalaron que ¿tiene signos por anamnesis de ser un probable abusador de drogas, que es el período previo a la dependencia, sin signos tóxicos agudos ... es probable abusador de drogas? (cf. fs.

166/168). También compartimos su lectura de las conversaciones telefónicas a las que alude el Magistrado de grado para respaldar su decisión pues, más allá de la discusión sobre la propiedad del teléfono en cuestión, lo cierto es que se acercaría más a palabras de un consumidor que de una persona dedicada a la venta de estupefacientes. Tampoco puede obviarse el resultado negativo obtenido en el allanamiento practicado a su domicilio según surge de las constancias de fs. 116/117, circunstancia que también resulta conteste con su versión en lo referente al estupefaciente secuestrado. Entonces, sólo podemos concluir que conforme el plexo probatorio aunado en la pesquisa, no está presente en la maniobra investigada la ultraintención que requiere el tipo penal al que acudió el a quo para calificar el actuar del imputado y que a la luz de las particulares circunstancias del caso ya revisadas, la calificación penal que mejor se adecua a la presunta conducta investigada en lo concerniente a este punto es la reprimida en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Ahora bien, teniendo en cuenta el cambio de calificación propuesto debemos señalar que: El Dr. Eduardo R. Freiler dijo: Manteniendo el criterio que supe esgrimir a partir del precedente ?Cipolatti?, la aplicación de la norma que tipifica la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta inconstitucional (causa n° 36.989, rta. el 07/6/05, reg. 571). Ese criterio fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo ?Arriola?, ocasión en la que se declaró la inconstitucionalidad de la norma bajo estudio, ?en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales? (Trib. cit., A.891.XLIV, rta. El 25/08/09). El análisis efectuado por el Tribunal Supremo resulta idóneo desde que el artículo 19 de nuestra Constitución, donde se consagra el principio de reserva, se constituye como uno de los pilares esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto se ha dicho que ? ... el artículo 19 ofrece una magnífica oportunidad de receptor el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de una concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones ?acciones privadas de los hombres?, ?acciones que no ofendan el orden y la moral pública? y ?acciones que no perjudiquen a terceros? se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos sobre terceros? (Nino, Carlos Santiago, ?Fundamentos de derecho constitucional?, ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 317). De la exposición realizada hasta el momento, se desgajan los distintos límites impuestos por la Constitución a la intervención estatal en el subjetivo ámbito de la intimidad y autodeterminación personal. A pesar de ello, a la luz del principio de lesividad, la intervención punitiva del estado exige un estándar aún más estricto. Al respecto, Ferrajoli enseña que ?El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no sólo el daño causado sino también -por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal- el peligro que se ha corrido? (Ferrajoli, Luigi, ?Derecho y Razón?, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 472). Estos límites que se imponen al accionar estatal se complementan con el principio de exterioridad, en virtud del cual ?Todo aquello que no constituya la exteriorización de una decisión de acción, por más que se le atribuya cualidad pública o lesiva de intereses sociales, goza del privilegio que otorga el límite impuesto por el principio de acto y, en consecuencia, por esa sola razón, carecerá de legitimidad su configuración como materia de prohibición? (Magariños, Mario, ?Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, pág. 93). Se desprende aquí que la temática tratada en autos obviamente se vincula con la categoría de delitos de peligro abstracto cuestionables desde el punto de vista constitucional. Puede leerse en ?Arriola? que ? ... no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados ?de peligro abstracto' ... ? -con cita de la obra de Carlos Santiago Nino-, y que en el derecho penal ? ... no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva ... ? (del voto del Dr. Lorenzetti, párrafos 13 y 14). Volviendo al análisis del caso que ahora nos ocupa, entiendo que la conducta endilgada al incuso encuadra dentro de aquella esfera personal, por lo que se encuentra a resguardo de la intromisión estatal. Siempre que se determine que un individuo tiene en su esfera de custodia material estupefaciente destinado al consumo personal -que es precisamente lo que prohíbe la norma examinada- realiza una acción privada en los términos del artículo 19 C.N., en tanto no irroga un daño a terceros. Entonces, como consecuencia de los argumentos vertidos en los párrafos que anteceden, debe concluirse que la aplicación al caso de la norma que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta contraria a la Constitución Nacional. Por ende, voto por sobreseer al imputado. Ese es mi voto. El Dr. Jorge L. Ballesterero dijo: Fue en la causa caratulada ?Ávila, Claudio Fabián s/procesamiento? (CN 42.244, reg. 1451, rta. 02/12/08), donde expuse en extenso los

argumentos que habrán de servir de sustento a mi voto. Es allí donde hice especial hincapié en la interpretación dinámica que se torna menester efectuar al momento de cotejar la compatibilidad entre el artículo 19 de nuestra Carta Magna y el artículo 14 -segundo párrafo- de la ley 23.737. Sostuve además, que es la propia Constitución la que fija en los conceptos de orden, moral pública y daño a terceros el sostén sobre el que tal análisis ha de reflejarse. Como consecuencia, es sólo a la luz de la actual proyección que se realice de la previsión constitucional que, en definitiva, podrá determinarse el respeto que a ella suponga la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Fue entonces que siguiendo esta pauta de análisis concluí que la tenencia de sustancias estupefacientes para el propio consumo del tenedor constituía una conducta incapaz, por sí misma, de conectarse con un resultado lesivo para otros, por cuanto no implicaba un daño al orden y la moral pública ni involucraba un perjuicio para terceros, constituyendo en definitiva una acción privada que, como tal, se encontraba amparada por el art. 19 CN. A su vez, en ese mismo precedente afirmé que las conductas susceptibles de provocar una afectación a terceros en los términos antes referidos se encontraban contempladas en otras disposiciones penales de la Ley 23.737 distintas a la aquí aplicada. Ese íntimo vínculo se encuentra expresamente plasmado por ejemplo en el artículo 13 de la ley 23.737, en cuanto reprime el consumo de estupefacientes en caso de que facilite la ejecución de otro delito. Desde esta firme perspectiva, y tomando como base el juicio valorativo de tipicidad efectuado en autos, entiendo que en el supuesto analizado no existe otra alternativa jurídica plausible más que declarar la inconstitucionalidad de la aplicación del art. 14, párrafo 2º, de la Ley 23.737, que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y sobreseer al imputado. Tal es mi voto. El Dr. Leopoldo Bruglia dijo: Teniendo en cuenta el cambio de calificación que se propone, corresponde efectuar un análisis respecto a si en este caso particular corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Entiendo que esta cuestión sólo puede ser analizada de acuerdo a las previsiones y pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de casación"; causa Nro. 9080? (A. 891. XLIV, rta. El 25/08/2009) ya que resulta obligatoria su aplicación al presente, en virtud del criterio impuesto por la doctrina del leal acatamiento desarrollada por ese Tribunal superior, según la cual los jueces inferiores deben ajustar sus sentencias a los criterios impartidos por la CSJN en supuestos análogos (cfr. Fallos 307:1094; 307: 1769; 311: 1644; 312:2007; 313:1333; entre otros). En el fallo en cuestión, luego de un extenso desarrollo dogmático con relación a la interpretación del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737) en consonancia con el principio de reserva (artículo 19 de la Constitución Nacional), la Corte entendió que bajo el parámetro de la constatación de algunos supuestos fácticos la norma de referencia resulta contraria al principio de reserva consagrado en la Constitución Nacional. A los efectos de enmarcar el análisis de la razonabilidad respecto a cuándo la tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal no excede el marco de las acciones privadas de los hombres exentas de la autoridad de los magistrados, en el precedente citado, el máximo Tribunal -principalmente en el voto de la Dra. Carmen M. Argibay- fijó un estándar concreto. En dicho fallo se consideró que encuadra dentro de ese principio de reserva consagrado constitucionalmente la conducta que se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, especificando que para ello no debe acreditarse un carácter ostensible de la tenencia de la droga, una exhibición en el consumo y que la cantidad de sustancia estupefaciente que se encuentre en poder de la imputada sea pequeña. Respecto a estas pautas señala en su voto la Dra. Carmen M. Argibay que "Este es el panorama completo en el que debe insertarse la decisión en la presente causa, pues en coincidencia con los argumentos expuestos en "Bazterrica" entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes)". "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? Sobre estos parámetros establecidos por el Tribunal superior se va a circunscribir la valoración que efectuaré para decidir acerca de la razonabilidad de la aplicación al caso del Fallo "Arriola" y, la consecuente declaración de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737. En este sentido, considero que en el presente caso, las pautas establecidas por la Corte Suprema ya referenciadas se encuentran plenamente acreditadas, entendiéndose que la conducta imputada al nombrado encartado se trata de una acción privada, sin riesgo de afectación a terceros, hallándose en consecuencia protegida por el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Por lo cual en este caso particular la aplicación de la norma que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta contraria al ordenamiento supremo y

corresponde aplicar la citada doctrina del máximo Tribunal, -en el caso concreto- del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, en el cual se subsume legalmente la conducta atribuida a mencionado imputado y disponer un temperamento penal a su respecto extintivo de la persecución. b) Artículo 189 bis, inciso 2°, párrafo tercero En este punto resulta menester destacar que el auto que aquí revisamos contiene un juicio de probabilidad acerca de la existencia del hecho delictuoso y de la participación del imputado en éste, tratándose pues de la valoración de los elementos probatorios suficientes para producir probabilidad aún no definitivos ni confrontados, pero que sirven para orientar el proceso hacia la acusación, vale decir, hacia la base del juicio (cf. Clariá Olmedo, J.A., ¿Derecho Procesal Penal?, Ed. Lerner, Córdoba, 1985, pág. 612). De acuerdo a ese estándar de probabilidad, habiendo analizado el mérito de la prueba colectada durante esta encuesta, concluimos que el temperamento procesal adoptado por el a quo respecto del impugnante resulta acertado, por lo que la decisión cuestionada será homologada en ese sentido. Ello se desprende de las probanzas adunadas a la presente causa que dan cuenta de su participación en los hechos pesquisados, sobre todo a la luz las declaraciones del Oficial Ayudante Rosa Suárez quien al relatar los acontecimientos investigados señaló que cuando le solicitó al imputado que descendiera del vehículo en el que se encontraba ¿visualizó que en la zona de la cintura poseía un arma de fuego?, (cf. fs. 4/5), de la Ayudante Stefanía Rodríguez quien refirió que ese día ¿en momentos en los que se encontraba recorriendo la jurisdicción, fue solicitado por departamento federal de emergencias a constituirse a la intersección ... por un masculino armado? (v. fs. 13/14) y del Agente Gustavo Pereyra de cuyo relato se desprende que ¿el OFICIAL AYUDANTE SUAREZ se acercó hacia el masculino que se encontraba en el interior del vehículo y le solicitó a este que descienda del rodado ... y fue allí que el SUAREZ noto que este sujeto poseía en su cintura un arma de fuego? (cf. fs. 16/17) y de los testigos del procedimiento que dieron cuenta del secuestro del arma de fuego marca ¿Doberman? y diez municiones (v. fs.7 y fs. 8). También deben valorarse el oficio remitido por el Jefe del Departamento Técnico Administrativo de la Policía Federal Argentina que luego de consultado el Banco Nacional Informatizado de Datos sobre Armas de Fuego informó que el imputado no se encontraba inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías, que el revólver incautado no estaba registrado ni poseía pedido de secuestro ante ese organismo, los resultados de los estudios periciales efectuados por la mencionada fuerza de seguridad que concluyeron que el ¿REVOLVER DE SIMPLE Y DOBLE ACCIÓN, CALIBRE .22 LARGO RIFLE, MARCA DOBERMAN ... RESULTÓ SER ¿APTO PARA PRODUCIR DISPAROS, PERO DE FUNCIONAMIENTO ANORMAL'?, y que ¿LOS DOS (2) CARTUCHOS DE BALA CALIBRE .22 LARGO ROFLE SOMETIDOS A PRUEBAS DE DISPARO CON EL ARMA DE CAUSA, TOMADOS AL AZAR EN REPRESENTACIÓN DEL TOTAL REMITIDO PARA ESTUDIO, RESULTARON SER ¿APTOS PARA SUS FINES ESPECÍFICOS'?(v. fs. 104, fs. 174 y fs. 193/198, respectivamente). Párrafo aparte merece el agravio de la defensa dirigido a cuestionar la calificación de estos sucesos como los definidos por el artículo 189 bis, inciso 2°, tercer párrafo, cuando a su criterio debió asignarse la conducta descrita por el sexto párrafo de esa norma. Basó su razonamiento en las circunstancias personales de su pupilo -¿posee residencia fija, grupo familiar, empleo acreditado y carece de antecedentes penales?-, para resaltar como ¿evidente que no iba a utilizar el arma secuestrada con fines ilícitos?. Siguiendo esa línea argumental explicó que ante la duda respecto al fin que tenía la portación reprochada correspondía aplicar el criterio adoptado por nuestro Máximo Tribunal en el Fallo ¿Vega Giménez? ¿por lo cual la falta de certeza al respecto también debe computarse a favor del imputado?. En lo que se refiere a este punto entendemos que, a la luz de la sana crítica, la evaluación de los elementos de prueba mencionados supra y del resto de las probanzas reunidas en el expediente y señaladas por el a quo, permiten conformar un cuadro probatorio que, valorado en su conjunto, genera un grado de probabilidad en cuanto a la responsabilidad del nombrado imputado por el delito contemplado por el artículo 189 bis, inciso 2°, párrafo tercero, del código sustantivo suficiente para el dictado del juicio de mérito que prevé el artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación. Sobre todo, teniendo en cuenta que será la etapa de debate oral y público, con sus características de inmediación y pleno contradictorio, el marco propicio para confrontar con mayor amplitud la discusión aquí planteada con el resto de los elementos de prueba acopiados a este legajo -ver en similar sentido c. n° 28.208, reg. 1161, rta. el 27/12/96; c. n° 36.238, reg. 597, rta. el 23/06/04 y c. n° 46.846, reg. 972, rta. el 06/09/12, todas de esta Sala-. Por todo ello, habremos de confirmar la decisión puesta en crisis en lo que se refiere a este punto. VII.- En lo que se refiere a la medida cautelar privativa de la libertad decretada por el Magistrado de grado debemos recordar que en oportunidad de resolver la apelación planteada en el marco del incidente CFP 5010/2017/1/CA1, los suscriptos sostuvimos ¿que los agravios de la parte no logran conmovier el cuadro descripto y que los elementos habidos en el expediente tampoco coadyuvan para adoptar un temperamento distinto al examinado?, razón por la que confirmamos la decisión del a quo de fecha 21 de abril del corriente año que rechazó su pedido de excarcelación bajo ningún tipo de caución. En esta ocasión no advertimos que las circunstancias consideradas en aquella oportunidad hayan variado o que los agravios de la parte en este sentido incluyan alguna nueva circunstancia que motive un replanteo de la cuestión. Sobre todo teniendo en cuenta que los extremos señalados como generadores de riesgos procesales -considerados antes verosímiles a la luz de las particulares características del presente caso-, aún subsisten en la actualidad e impiden

presumir que los fines del proceso se encontrarían suficientemente resguardados con alguna de las medidas previstas en el artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación. Por ello, votamos por confirmar la decisión cuestionada en ese sentido. En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: I) MODIFICAR PARCIALMENTE la calificación legal asignada a la conducta reprochada en autos a J. H. D. por la de autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal en concurso real con la de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 189, inciso 2º, tercer párrafo en concurso real con el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737). II) DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 14, apartado segundo de la ley 23.737 en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal (arts. 14, 19 y 28 C.N.). III) SOBRESER a J. H. D. de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los sucesos calificados como la conducta descripta por el artículo 14, inciso segundo, de la ley 23.737, por no encuadrar en una figura legal atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad del primer punto dispositivo de la presente (artículo 336, inc. 3, Código de Procedimientos en Materia Penal). IV) CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto dispositivo de la decisión obrante a fs. 1/14 en cuanto dictó el PROCESAMIENTO CON PRISIÓN PREVENTIVA de J. H. D. por considerarlo autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el artículo 189 bis, inciso 2º, tercer párrafo del Código Penal. Regístrese, notifíquese conforme lo dispuesto por las acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, hágase saber a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (Acordada 42/15 de la CSJN), y devuélvase a la anterior instancia. Sirva la presente de atenta nota de envío

JORGE LUIS BALLESTERO JUEZ DE CAMARA
EDUARDO RODOLFO FREILER JUEZ DE CAMARA LEOPOLDO OSCAR BRUGLIA JUEZ DE CÁMARA
TALARICO MARIA VICTORIA Secretaria de Camara 018029E