

Tenencia De Estupefacientes Para Consumo Personal Cigarrillo De Marihuana

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Tenencia de estupefacientes para consumo personal. Cigarrillo de marihuana Se declara la inconstitucionalidad de la norma que tipifica la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo de la ley 23737) y se sobresee al imputado. Buenos Aires, 3 de noviembre de 2016.- Y VISTOS Y CONSIDERANDO: I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por Romina Alicia Magnazo, Defensora Pública Coadyuvante en la Defensoría Federal n° 3, obrante a fojas 6/8, contra la decisión de fs. 1/5 por la cual se dispuso el procesamiento de M. A. B. en orden al delito previsto y reprimido por el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y trabó embargo sobre sus bienes por la suma de un mil pesos (\$1.000). II. La asistencia oficial edificó sus agravios del siguiente modo. En primer término planteó la nulidad del procedimiento que diera origen a estos actuados, en tanto refirió la ausencia de un comportamiento previo que habilitara a las fuerzas de seguridad a proceder a la aprehensión de M. B.. Cuestionó que la versión del preventor se contraponen con la vertida por su representado al prestar declaración indagatoria, oportunidad en la cual relató que "...yo no venía fumando. Me pidió documentos, se los entregué y me preguntó si tenía algo que me comprometiera y le dije que sí y le di lo que tenía?. Esta circunstancia, a su criterio, no puede ser zanjada a partir de las constancias agregadas al sumario, pues los testigos de actuación intervinieron luego de la captura de su asistido, por lo que los mismo no pueden acreditar los dichos del agente preventor. Subsidiariamente, solicitó se declare la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y, en consecuencia, se dicte su sobreseimiento. Finalmente, y en caso de no prosperar, se reduzca el monto de embargo trabado sobre sus bienes a la suma de \$69,67. En los términos previstos por el artículo 454 del C.P.P.N. la recurrente reiteró y profundizó sus argumentos (v. fs. 15/20). En oportunidad de contestar la vista por la nulidad introducida, el Fiscal General Adjunto, Dr. Carlos Racado, propició su rechazo (cfr. fs. 23/28). III. El hecho que se le imputó a M. A. B. "...es el acaecido el día 18 de julio de 2014, a las 15 hs aproximadamente, a raíz de la prevención policial llevada adelante por personal de la Comisaría 16ª de la Policía Federal Argentina, el cual al llegar a la intersección de la calle Herrera y Guanahani de esta ciudad, pudo observar a un sujeto que se encontraba fumando un cigarrillo de armado casero que por su olor nauseabundo podría tratarse de un cigarrillo de marihuana. Atento a ello se frenó su marcha a fin de identificarlo, momento en que el sujeto empuja al oficial policial y se da a la fuga. Finalmente se logró detenerlo (...), en presencia de testigos se procedió a identificar a quien resultó ser M. A. B., al cual se le secuestró de entre sus ropas un envoltorio de nylon con sustancia verde similar a la marihuana, y el cigarrillo que se encontraba fumando, que contenía el mismo material. Según la pericia realizada por la División Laboratorio Químico de la P.F.A. la sustancia secuestrada resultó ser marihuana en un peso total de 3 grs.? (Cfr. fs. 96/97 del los autos principales) IV. Sentadas las bases, cabe señalar, en consonancia con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, que la tacha de nulidad esbozada por la Defensa no tendrá acogida favorable. En esta dirección, corresponde traer a colación lo previsto por el artículo 284 del Código Procesal Penal en cuanto 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 en el artículo 230 bis del mismo cuerpo normativo al disponer que la requisita 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 consecuencia, 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. ?A.?, C. 39.850, rta. 22/11/07, reg. 1386; ?S.?, C. 39.912, rta. 3/7/07, reg. 696; ?C.?, C. 36.989, rta. 7/6/05, reg. 571; y ?S.?, C. 37.727, rta. 29/6/05, reg. 640, entre muchas otras). Bajo esa óptica, si se repara en el testimonio prestado por el Cabo Iro G. B., se desprende que "...le fue dable observar a una persona de sexo masculino el cual se hallaba caminando mientras fumaba un cigarrillo de armado casero el cual emanaba el olor característico a la quema de marihuana, por tal razón el dicente se dio a conocer como personal policial deteniendo la marcha del mismo con fines de identificación... ? cfr. fs. 1 de los autos principales. Así las cosas, no surgen de las actuaciones elementos que permitan inferir una extralimitación por parte de las fuerzas de seguridad con

relación a la detención del encartado. Por el contrario, consideramos que se ha actuado bajo las previsiones que habilitan expresamente tal proceder en los supuestos contemplados en los artículos 230 bis y 284 del Código Procesal Penal de la Nación.

V. El Dr. Jorge L. Ballesterero dijo: En primer lugar, he de señalar que, a la luz de las circunstancias fácticas que caracterizaron el evento, encuentro acertado el significado jurídico otorgado por el Juez de la anterior instancia al suceso materia de investigación. Y habiendo afirmado que el comportamiento asumido por el imputado integra el grupo de casos alcanzados por la proyección normativa del art. 14, párrafo 2º, de la Ley 23.737, encuadre jurídico que estuvo precedido por la conclusión de que el material estupefaciente que detentaba tenía como exclusiva finalidad su consumo personal, considero, por los fundamentos que en extenso he desarrollado al expedirme en la causa caratulada 'Ávila' (reg. 1451, rta. 02/12/08), que la aplicación en el caso de la mencionada disposición penal resulta inconstitucional. En aquella ocasión sostuve 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, concluí en ese mismo precedente que los comportamientos que resultaban aptos para provocar una afectación a terceros en los términos antes referidos se encontraban contemplados en otras disposiciones penales de la Ley 23.737 distintas a la aquí aplicada. 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 decretar el sobreseimiento. El Dr. Eduardo R. Freiler dijo: Comparto la posición adoptada por mi colega preopinante en cuanto a la solución que corresponde dar al caso traído a nuestro conocimiento y decisión. De conformidad con el criterio que vengo sosteniendo 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. 7/6/05, 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 análisis, '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). Uno de los pilares fundamentales de nuestro esquema constitucional lo conforma el principio de reserva. En lo concerniente a ello, se ha dicho que '...el artículo 19 ofrece una magnífica oportunidad de receptar 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). La norma contenida en el artículo 19 tiene como antecedente el artículo 7º del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas de 1813 que expresaba que 'la libertad es la facultad de obrar cada uno a su arbitrio sin violar las leyes ni dañar los derechos de otro ni al cuerpo social', y la sección 7º, capítulo I, artículo 1º del Estatuto Provisional de 1815, que tiene un texto idéntico al actual, con la sola diferencia de que se refiere sólo al 'orden público' en lugar del 'orden y la moral pública'. Lo expuesto hasta aquí se refiere a los límites -constitucionalmente establecidos- de la intervención estatal, en cualquiera de sus formas. No obstante, 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, entendiéndose 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). La limitación se completa a través del 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). La temática 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 categoría, 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. Resulta irrelevante distinguir si los estupefacientes destinados al consumo personal se tuvieron dentro o fuera del domicilio, toda vez que no debe confundirse lo privado con lo íntimo; las acciones privadas a las que hace referencia la norma aludida no son aquellas que ocurren en un ámbito de intimidad, sino -cabe reiterar- las que no importan un perjuicio a terceros. Para despejar la frecuente confusión que se suscita entre los conceptos de 'privacidad' e 'intimidad', puede acudir a las palabras de Nino, quien clarifica que "...entendiendo por 'privacidad' la posibilidad irrestricta de realizar acciones 'privadas', o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer; ellas son acciones que, en todo caso, infringen una moral personal o 'privada' que evalúa la calidad del carácter o de la vida del agente, y son, por lo tanto, acciones privadas por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público... Interpreto por 'intimidad', en cambio, una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás (...) el (derecho) de que los demás no tengan información no documentada sobre hechos, respecto de una persona, que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos? (Op. Cit., pág. 327. El destacado me pertenece). De tal modo, si lo que en definitiva está protegido es la libertad y autonomía personal frente al poder penal del Estado, poco importa tampoco que la droga destinada al consumo sea de una u otra especie y que unos consuman más que otros. 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. En virtud de lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I. RECHAZAR LA NULIDAD articulada por la asistencia oficial. 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. REVOCAR la resolución obrante a fs. 1/5 en todo cuanto decide y fuera materia de apelación, y SOBRESEER a M. A. B., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho materia del proceso, por no encuadrar en una figura legal atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad del punto dispositivo anterior, dejando constancia de que el procedimiento no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado el imputado (art. 336, inc. 3, C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese conforme lo dispuesto por las Acordadas 31/11 y 38/13 de la C.S.J.N., hágase saber a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (Acordada 42/15 de la C.S.J.N.), 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 TALARICO MARIA VICTORIA Secretaria de Camara 013039E