

## Estupefacientes Tenencia Para Consumo Personal Inconstitucionalidad Sobreseimiento

### JURISPRUDENCIA

### Estupefacientes. Tenencia para consumo personal.

Inconstitucionalidad. Sobreseimiento                      Se sobresee al encartado en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, declarando la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23737, en cuanto incrimina la tenencia personal de estupefacientes que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado peligro concreto o daño al bien jurídico protegido o que no lo ocasionen a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en esta causa.                      San Luis, 13 de agosto de 2019.      AUTOS Y VISTOS:      Las actuaciones FMZ 62000157/2013/TO1 caratuladas "ROLDÁN PABLO ANTONIO SOBRE INFRACCIÓN LEY 23.737", para resolver el planteo deducido a fs. 188/192 por la Defensoría Oficial de Cámara, solicitando la mutación de calificación legal atribuida, al Art. 14º, 2º ap. de la Ley 23.737 y la consecuente declaración de inconstitucionalidad con respectivo sobreseimiento de su asistido PABLO ANTONIO ROLDÁN DNI ...; y,      CONSIDERANDO:

I- Que en el dictamen expedido por la titular de la acción penal e incorporado a fs. 199/200, se señala en relación al hecho descripto por la defensa que "no se desconoce la invocada posibilidad de asignar a los hechos, en la etapa procesal en tránsito, una calificación jurídica diversa a la calificación provisoria efectuada en la instrucción, no obstante ello la misma procederá en la medida en que las pruebas colectadas hasta el momento respalden dicho cambio de valoración jurídica, pues no deben soslayarse en nuestro sistema judicial la vigencia de aquellos principios que han de regir las actuaciones del Ministerio Público Fiscal (art. 71 y ccetes. C.P., arts. 5, 65, 67, 69, 361, 381, 431 bis y ccetes. del CPPN; arts. 1º, 25 inc. a) 29 y 37 Ley 24.946)...III.2 Sentado lo anterior, cabe tener presente que conforme requisitoria de elevación a juicio que obra a fs. 114/115., se le imputa a Roldan Pablo Antonio en grado de autoría, la infracción al art. 14, 1º párrafo de la Ley 23.737, por la tenencia simple de estupefaciente en relación a la sustancia secuestrada en el procedimiento de fecha 5 de abril de 2013, sucediendo que del allanamiento ordenado por la Justicia provincial en el domicilio del imputado, sito en Barrio Esperanza II Monoblock ..., Dpto. ..., San Luis, se le secuestran 27 envoltorios de cocaína con un peso de 27.25 gramos, encontrándose dicho material estupefaciente en un estante superior en el interior de un placard de material madera que se hallaba en uno de los dormitorios. III. 3 Ahora Bien, que examinado el caso de autos, corresponde señalar en primer término que las actuaciones obrantes en la presente causa, se iniciaron bajo el Sumario Preventivo N° 048/2013 labrado por personal de la Policía -División Toxicomanía- de la Provincia de San Luis, en el que consta que a los 5 días del mes de abril de 2013, siendo aproximadamente la hora 11.10, se recibió en guardia de prevención de División Toxicomanía una llamada proveniente del Centro de Atención de Emergencias (C.A.E.) dando cuenta que personal de Policía Seccional Cuarta halló en el domicilio sito en Barrio Esperanza II, Monoblock ... depto. ... de esta ciudad, una bolsa de nylon de color blanco con vivos color azul anudada en sus extremos, conteniendo en su interior la cantidad de 27 envoltorios con sustancia pulverulenta con características similares a la cocaína. Que a fs. 80/87 obra pericia química definitiva en la que informa lo siguiente: que de las muestras 9803-M1 peso neto en gramos 1.008; concentración 5.44, dosis umbrales 1; 9803-M4 peso neto en gramos 1.111, concentración 7.64, dosis umbrales 1 y 9803-M10 peso neto en gramos 0.768, concentración 5.17, dosis umbrales 0.8. TRATANSE DE COCAINA, INCLUIDA EN LAS PREVISIONES DE LA LEY 23.737, CON LAS CONCENTRACIONES Y DOSIS UMBRALES QUE SE EXPRESAN EN EL INFORME. IV.- Así las cosas, esta Fiscalía considera que en merito a la naturaleza de la acción imputada, los medios empleados y peligro causado para el bien jurídico protegido -salud pública-, la cantidad de estupefaciente secuestrado, el escaso umbral de dosis según se menciona en la pericia química y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, y ocasión condicionante del hecho (arts. 40, 41 y ccetes. Cod. Penal), propicia la mutación de la calificación legal de la conducta endilgada al imputado, encuadrándola en la figura de tenencia de estupefaciente para consumo personal, art. 14 apartado segundo de la ley 23737, en razón de que de las mismas constancias de la causa, surge que la sustancia secuestrada al nombrado resulto ser una escasa cantidad que se encontraba en su esfera de intimidad, que no era consumida en público ni afectaba a terceros, por lo que en consecuencia puede afirmarse que su comportamiento no importó un peligro o daño concreto o potencial a la salud u orden público, ni un daño a derechos o bienes de terceros, ni lesión al orden o moral pública, con lo que siguiendo el lineamiento vigente de la jurisprudencia de la C.S.J.N., la conducta que se le pretende reprochar al imputado, art. 14,2º de la ley 23.737 se encuentra resguardada por el principio contenido en el art. 19 de la C.N. Que, de acuerdo al fallo de la Corte Suprema en autos caratulados "Arriola, Sebastian y otros causa N° 9080" esta Fiscalía opina que se configuran los elementos para declarar la inconstitucionalidad del art. 14, apartado segundo de la Ley 23.737, en virtud de que se dan las siguientes circunstancias: 1- La sustancia secuestrada estaba en la esfera de intimidad del imputado en autos, no era consumida en público ni en forma ostentosa. 2- No afectaba a terceros ni a menores de edad, ya que no

hay visos de consumo compartido o suministro a título oneroso o gratuito, facilitación del lugar, comercio, producción, siembra, aplicación, preconización o difusión pública de uso de estupefaciente y 3- La cantidad secuestrada permite inferir que era para consumo personal.-? II- En función a lo precedentemente expuesto, cabe aceptar la pretensión absolutoria del procesado PABLO ANTONIO ROLDÁN, habida cuenta que en este estadio del proceso puede tenerse en cuenta la recalificación de los hechos a la que presta conformidad el Ministerio Público Fiscal y a los fines de arribar a un sobreseimiento por la causal extintiva invocada inter partes, teniendo por operada la mutación de la conducta enrostrada al nombrado al tipo legislado en el Art. 14, 2º ap. de la Ley 23.737 ?Tenencia de Estupefacientes para Consumo Personal?. De seguido corresponde resolver en orden al planteo vinculado de inconstitucionalidad que luce en el punto VI- del dictamen fiscal, en el entendimiento de que ?surge que la sustancia secuestrada al nombrado resulto ser una escasa cantidad que se encontraba en su esfera de intimidad, que no era consumida en público ni afectaba a terceros?. Por lo que, compartiendo lo dictaminado, cabe estar a la ausencia o insignificancia de lesión al bien jurídico tutelado en la Ley 23737 y/o en cuanto a otros implicados en la infracción investigada. La Excm. Corte Suprema en el caso ?Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s./causa n° 9080?, sentó interpretación sobre tales extremos. Previamente llevaba establecido que ?Si bien las sentencias de la Corte sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas, por cuanto por disposición de la Constitución de la Nación y de la correspondiente ley reglamentaria, tiene la autoridad definitiva para la Justicia de la República -Art.14 de la Ley 48- (P.555-XX, ?Pulcini, Luis Benjamín y Oscar Alberto Dobla p.s.a. Infractores ley 20.771?). De igual forma y analizando un caso de apartamiento de su jurisprudencia (considerando 4) señaló: ?Que tal circunstancia basta para descalificar el pronunciamiento apelado, pues si bien la Corte Suprema resuelve en casos concretos que le son sometidos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las conclusiones arribadas en aquellos, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el Tribunal (Fallos 312:2007)?. III- En ese sentido, debe determinarse si la situación del imputado de autos puede asimilarse a los presupuestos valorados en el fallo del máximo intérprete constitucional resumidos de la siguiente forma: se acusaba la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno y dosis umbrales de 0,8, 1,1 y 0,5 incautados del bolsillo delantero izquierdo por personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario. Se trató de varios procedimientos de control que se llevaron a cabo en el marco de una investigación por comercialización de estupefacientes (Art. 5º de la Ley 23.737), siendo los entonces imputados compradores de quien resultara a la postre condenado por la venta de la sustancia ilícita que a ellos se le secuestrara. La Corte entendió que se había configurado un conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño, en abierta contradicción con el artículo 19 de la C.N.. En definitiva hizo lugar a la queja y declaró procedente el recurso extraordinario y la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, dejando sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. Para así decidir argumentó que después de la reforma de 1994 ingresaron principios internacionales que han impactado en el derecho constitucional interno. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente ?Bazterrica? se ha adecuadamente. ?Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737 conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente ?Bazterrica? -voto del juez Petracchi- (cf. considerando 30 del fallo Arriola)?. Agregó que si bien, en principio, lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del estado, lo cierto es que se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que -realizadas bajo determinadas circunstancias- no afectan a un tercero y por lo tanto están a resguardo del artículo 19 de la C.N. Señaló -siguiendo ese razonamiento- que el congreso había sobrepasado las facultades que le otorgaba la carta magna, que con sustento en ?Bazterrica? el artículo 14 2º párr. de la ley 23.737 debía ser invalidado pues conculcaba el artículo 19 de la Constitución Nacional en la medida en que invadió la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por ese motivo declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal en cuanto incriminaba tenencia de estupefacientes para uso personal que se realizó en condiciones tales que no trajeron aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Asimismo, del voto del Presidente Ricardo Lorenzetti, pueden extraerse las siguientes pautas generales: A) El artículo 19 de la C.N. constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena incluida la estatal; B) No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar

decisiones libres sobre el estilo de vida que desea; C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad y D) La conducta realizada en privado es lícita salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros. El Ministro Carlos S. Fayt agregó que el marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a disponer del propio cuerpo, etc. y que en rigor cuando el artículo 19 dispone que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados" concede la prerrogativa según la cual disponer de cuanto es propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479). En virtud de ello concluyó en que el artículo 14 segundo párrafo carece actualmente de la racionalidad exigida por la ley fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encontraba inserto, es deber apartarse del precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la constitución federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del poder judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de los individuos -Fallos: 328:566 y sus citas- (considerando 28 de su voto). La Ministra Carmen Argibay, luego de distinguir los distintos modos en que puede exteriorizarse la conducta de tenencia de estupefacientes para consumo e indicar cuándo podría verse lesionado el bien jurídico que la norma busca proteger, expresó que la tenencia de droga para el propio consumo por sí sola no ofrecía ningún elemento de juicio para afirmar que los eventuales acusados habían realizado algo más que una acción privada, es decir, que habían ofendido la moral pública o los derechos de terceros. También destacó la importancia de la escasa cantidad de estupefaciente que se secuestrara a los imputados. Señaló que si bien algunos de los imputados al percatarse de la presencia policial dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado, sin embargo, el contexto en el que se produjo el hallazgo no alcanzaba para considerar su conducta con aptitud para afectar derechos de terceros. Indicó que esto era así porque su detención no había sido por la realización de actos que pudieran ser considerados como ostentación y que por el contrario los imputados mantuvieron la droga en su esfera íntima hasta que se desprendieron de ella inmediatamente antes de ser detenidos, es decir, sólo anticiparon el hallazgo que de todas formas se hubiera producido en la requisa de la que iban a ser objeto. IV- Según tales lineamientos y las circunstancias que rodearon la comisión del hecho, especialmente la módica cantidad de sustancia detentada -en privado-, puede concluirse que el comportamiento de ROLDÁN no importó un peligro o daño concreto o potencial, ni a la salud o al orden público, ni un daño a derechos o bienes de terceros, ni lesión al orden ni la moral pública; con lo cual la conducta queda amparada por el principio de reserva del Art.19 de la C.N. sin superar los límites de dicha norma como para habilitar una atribución de carácter criminal. En este contexto, corresponde compartir lo dictaminado por el Ministerio Fiscal y declarar la inconstitucionalidad del Art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 en cuanto incrimina la tenencia para uso personal de estupefacientes que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos, junto con sobreseer al encausado por causal extintiva emergente de la calificación legal, que caracteriza a una inexistencia de delito (v. 1654, "P. J. s/Querellas", 5/VII/94, SJP LL, 20/IX/95, f.93.566 con nota de Almeyra, "El Derecho al Sobreseimiento", p. 119). V- Por ello y habiendo dictaminado la Sra. Titular de la Acción Penal, constancias de autos, doctrina, jurisprudencia y normas legales citadas, SE RESUELVE: 1°) HACER LUGAR al planteo de la Sra. Defensora Oficial de Cámara con arreglo a la aceptación de la mutación de calificación del hecho por parte de la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal y declarar la inconstitucionalidad del Art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia personal de estupefacientes que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado peligro concreto o daño al bien jurídico protegido o que no lo ocasionen a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en esta causa. 2°) SOBRESEER a consecuencia de la figura anticonstitucional de "Tenencia de Estupefacientes para Consumo Personal" (Art. 14 segundo párrafo de la Ley 23.737) al afiliado PABLO ANTONIO ROLDÁN, argentino, DNI ..., nacido en San Rafael- Pcia. de Mendoza el 24/11/1976, hijo de Rafael Roberto (f) y de Zulema "Zully" Blanca Rinaldi, estado civil casado, instrucción primaria incompleta, profesión albañil, con último domicilio en B° ESPERANZA II, Mnbck. ..., Depto. ... -ciudad de San Luis-. 3°) Disponer que se practiquen comunicaciones de ley, se libre oficio a red SIFCOP y se proceda por Secretaría a la incineración del material secuestrado en poder del procesado (Art. 30 de la Ley 23.737). REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE, PROTOCOLÍCESE Y PUBLÍQUESE.- RAUL ALBERTO FOURCADE JUEZ DE CÁMARA ALEJANDRA M. SUAREZ SECRETARIA DE CÁMARA 042799E