

## Cultivo De Estupefacientes Para Uso Personal

### JURISPRUDENCIA

Paraná, 25 de septiembre de 2019.

Y VISTO: en Acuerdo de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, integrada por la Dra. Beatriz Estela ARANGUREN, Presidente; el Dr. Mateo José BUSANICHE, Vicepresidente; y la Dra. Cintia Graciela GOMEZ, Jueza de Cámara, el Expte. N° FPA 1571/2018/2/CA1, caratulado: ?LEGAJO DE APELACIÓN DE BONILLA, DANIEL GERMÁN EN AUTOS BONILLA, DANIEL GERMÁN POR INFRACCIÓN LEY 23.737?, proveniente del Juzgado Federal N° 1 de Concepción del Uruguay, y; DEL QUE RESULTA: La Dra. Beatriz Estela Aranguren, dijo: Que, llegaran estos actuados a conocimiento del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 12/16 por la representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Josefina Minatta, contra la resolución obrante a fs. 9/11, que declara - para el caso concreto- la inconstitucionalidad del art. 5°, inc. a) de la ley 23.737, en cuanto incrimina el cultivo de estupefacientes para uso personal, que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, por resultar violatorio del art. 19 de la C.N., y dispone el sobreseimiento del nombrado. El recurso fue concedido a fs. 17. En esta instancia, se celebra la audiencia oral preceptuada por el art. 454 del C.P.P.N., de la que da cuenta el acta de fs. 28 y vta., compareciendo en la oportunidad el Sr. Fiscal General, Dr. Ricardo Carlos María Álvarez y el Sr. Defensor Público Oficial Coadyuvante, Dr. Alejandro Joaquín Castelli, en defensa de Daniel Germán Bonilla, quedando los presentes en estado de resolver. Y CONSIDERANDO: I- a) Que, el Fiscal General realiza un relato de lo acaecido en la presente causa. Hace consideraciones en cuanto al tiempo transcurrido desde la constatación del hecho en febrero del 2018, hasta la declaración indagatoria de febrero del 2019. Expone que desiste del primer agravio interpuesto por la Sra. Fiscal Federal de Concepción del Uruguay respecto a que el encuadre legal adecuado sería el cultivo agravado previsto en el art. 5 inc. a) de la ley 23.737 y no en la figura atenuada, por cuanto no están dadas -por el momento- las condiciones para sostener una imputación semejante. Cita declaración testimonial de la Oficial Judit Cintia Balbuena y sostiene que la hipótesis según la cual se cultiva para introducir el producto en el tráfico ilícito, a través de la entrega y organización con terceras personas, no logró acreditarse. En cuanto al sobreseimiento de Bonilla por cultivo para uso personal, alega que no existe pericia que ponga en evidencia de que el nombrado posea algún grado de dependencia física o psíquica con el tóxico o que se trate de un experimentador o de alguien respecto de quien se puede entender que cuenta con 23 plantas de marihuana para consumo personal. Refiere a los elementos secuestrados. Finalmente, solicita se revoque el sobreseimiento de Bonilla y se disponga la falta de mérito, atento que no hay elementos en la causa que permitan asegurar que el nombrado cultiva para recircular el producto final ni constancia médica o clínica de que dicho producido está orientado al consumo personal ni que las plantas trasciendan o no a terceros, por lo que entiende que el Magistrado debe profundizar la investigación. b) A su turno, el Dr. Castelli peticiona se confirme la resolución que sobresee a Daniel Germán Bonilla, toda vez que la figura pretendida por la Sra. Fiscal Federal -art. 5 inc. a) de la ley 23.737- está incluida en el tráfico del tóxico lo que no fue demostrado en la investigación que llevó a cabo la fuerza preventora. Expone que no hubo trascendencia a terceros y que se encuentra amparada la conducta de su defendido por el art. 19 de la carta magna. Cita jurisprudencia. Alega que del allanamiento se secuestraron una ?tuquera?, un triturador, hojillas para armar cigarrillos, anotaciones, siete gramos de semillas y dos envoltorios de marihuana de 3 y 4 gramos, elementos típicos de un consumidor que lo hace en el ámbito de su privacidad. Respecto a la carencia de una pericia médica que acredite la calidad de consumidor, entiende que no se puede invertir la carga de la prueba. Invoca precedente ?Arriola? de la CSJN. Solicita se confirme el sobreseimiento de Bonilla y alega que no corresponde someter al nombrado a un período más de investigación cuando es claro que la causa carece de elementos en tal sentido. II- Que, se le atribuye a Daniel Germán Bonilla, el 07/02/2019, la comisión del siguiente hecho: ?...cultivo de estupefacientes, y venta y distribución de sus derivados, toda vez que de conformidad a la nota 25/18 que da inicio a las presentes investigaciones, la fuerza Preventora, habría tomado conocimiento de ello en tareas realizadas en forma preventiva, por lo cual solicita el inicio de tareas investigativas, dando origen el estado de sospecha 802/18 y la realización de tareas de inteligencias respecto del cultivo de marihuana en el domicilio de calle 492, entre Puerto Argentino y Primera Junta de la ciudad de Gualeguaychú...; creándose para ello Legajo de Investigación. Luego de realizadas tareas de vigilancia durante un tiempo prudencial... la Fuerza actuante informa que habría podido constatar efectivamente en el domicilio del indagado se cultivaba marihuana y que tendría varias plantas en el patio, lo que se pudo observar y fotografiar desde el exterior del domicilio..., y solicitan orden de allanamiento para el domicilio investigado. El cual fue ordenado en fecha 23 de marzo de 2018. Que ese mismo día y siendo las 18.40 horas personal de la PNA Gualeguaychú procedió a ingresar a la vivienda ubicada en calle 492 s/n° de la ciudad de mención junto a los testigos civiles encontrándose al compareciente y a Rodolfo Enrique BONILLA, hermano de GERMAN. Que de

la requisita efectuada en el domicilio se procedió al secuestro de teléfonos celulares, una tuquera, un triturador, un paquete de hojillas para armar cigarrillos, medicamentos marca 'Resaquit', papeles varios con anotaciones, semillas que arrojaron un peso de siete gramos, dos envoltorios conteniendo sustancia vegetal molida pesando tres y cuatro gramos respectivamente, las que arrojaron resultado positivo para cannabis, alambre de fardo y 23 plantas de características similares a la marihuana; procediéndose al deshojado de las mismas arrojando un peso total de 4.947 kg... -sic- (cfr. Línea de actuaciones del Sistema de Gestión Judicial Lex 100). Ante dicho marco, el Sr. Juez interviniente, en fecha 18/06/2019, declaró -para el caso concreto-la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. a) de la ley 23.737, en cuanto incrimina el cultivo de estupefacientes para uso personal, que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, por resultar violatorio del art. 19 de la C.N., y dispuso el sobreseimiento de Bonilla, lo cual fue recurrido por el Ministerio Público Fiscal, dando lugar a esta instancia.

III- a) Que, en primer lugar, atento lo solicitado por el Sr. Fiscal General al momento de la celebración de la audiencia preceptuada por el art. 454 del CPPN, corresponde tener por desistido del agravio relativo a la calificación legal impuesta, debiendo estarse a la figura adoptada por el Magistrado de cultivo de estupefacientes para uso personal -art. 5, penúltimo párrafo, de la ley 23.737-. b) Sentado ello, la cuestión radica, entonces, en determinar si se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido -salud pública- por el riesgo de trascendencia a terceros, atendiendo fundamentalmente al ámbito en el que se produjo el hallazgo y secuestro, a los fines de analizar si el caso se adecua a lo resuelto por la C.S.J.N. en la causa 'Arriola', por el cual ha declarado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737. En tal sentido, el alto Tribunal en la causa referida (Fallo A 891 XLIV) con remisión a los fundamentos dados en 'Bazterrica' (Fallos 308: 1392), declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 'pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales?', - ... - 'en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...?' (Consid. 36 de 'Arriola?'). Dichos fundamentos resultan aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, etc., cuando tales actividades, por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal (cfr. en este sentido voto Dr. Busaniche en FPA 4015/2014/3/CA1). En este entendimiento, con esos límites y conforme las circunstancias en que se produjo el hallazgo del material estupefaciente -en el patio trasero de la vivienda propiedad del imputado-, no se advierte que la tenencia constatada trajera aparejada un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, toda vez que ha quedado bajo la esfera personal o íntima del mismo, por lo que el hecho es asimilable al que diera lugar a la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos referidos. En tal sentido y en un caso similar resuelto por este Tribunal, la Sala II de la CFCP ha sostenido que '?...no se debe confundir la concreción de la lesión al bien jurídico protegido con la exhibición de la conducta a terceras personas. En efecto, mientras que en el primer caso se cumple con el manto prohibido, en el segundo, no necesariamente, si, justamente, no se materializa el peligro que veda el tipo penal. Más aun teniendo en cuenta que el material estupefaciente se hallaba dentro del domicilio de los encausados, por lo que no es posible afirmar sin más que se ha excedido la esfera de privacidad que ampara el art. 19 de nuestra Carta Magna...?' (cfr. 'Hintermeister, Germán y González, Andrea Luciana s/ rec. de casación', Expte. Nº FPA 5571/2017/3/CFC1-CA1, del 15/08/2019, Reg. 1526/19). Por lo expuesto corresponde confirmar la resolución de fs. 9/11, que declara -para el caso concreto- la inconstitucionalidad del art. 5º, penúltimo párrafo, de la ley 23.737 y sobresee a Daniel Germán Bonilla. El Dr. Mateo José Busaniche, dijo: Que adhiere al voto precedente.

La Dra. Cintia Graciela Gomez, dijo: I)... II)... III) a)...; b) Que encontrándose sellada la suerte del presente recurso, he de manifestar brevemente que disiento con la solución a la cual se arriba. Ello pues, por las connotaciones que rodearon el hallazgo del tóxico, el interés jurídicamente tutelado por la norma en cuestión se ha puesto en riesgo con la conducta del imputado, encontrándose comprometido en este particular caso, el peligro de trascendencia a terceros. De tal modo sostengo que las circunstancias fácticas que dieran lugar a las actuaciones principales no son aquellas que fueran contempladas por la CSJN en el precedente 'Arriola?', por advertirse un peligro concreto a bienes o derechos de terceros. Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y, en consecuencia, revocar la resolución apelada en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 5) inc a) de la ley 23737 y sobresee a Daniel Germán Bonilla, debiendo continuar los autos según su estado. En mérito al resultado del Acuerdo que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: I- Tener por desistido el agravio interpuesto por el Ministerio Público Fiscal relativo a la calificación legal impuesta por el Magistrado - art. 5, penúltimo párrafo, de la ley 23.737-. II- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 9/11, que declara -para el caso concreto- la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. a) de la ley 23.737, en cuanto incrimina el cultivo de estupefacientes para uso personal, que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, por resultar violatorio del art. 19 de la C.N., y dispone el sobreseimiento Daniel Germán Bonilla. Regístrese, notifíquese, difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación y bajen. MATEO JOSÉ BUSANICHE BEATRIZ ESTELA ARANGUREN CINTIA  
GRACIELA GOMEZ EN DISIDENCIA ANTE MÍ ANDRES PUSKOVIC OLANO SECRETARIO  
076486E