

Tenencia De Estupefacientes Para Consumo Personal Inconstitucionalidad Del Art 14 Segundo Parrafo De La Ley 23 737

JURISPRUDENCIA

Mendoza, 30 de octubre de 2019. Y VISTOS:

Los presentes autos N° FMZ 44445/2018/1/CA1 caratulados "LEGAJO DE APELACIÓN de PALACIO CARMONA, IGNACIO NICOLAS por TENENCIA SIMPLE", venidos del Juzgado Federal de Primera Instancia N°1 de Mendoza, a esta Sala "A", en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. sub 5/6 por la Sra. Defensora Pública Coadyuvante, en representación del imputado Ignacio Nicolás Palacio Carmona, contra la resolución de fs. sub 1/4; Y CONSIDERANDO: 1°) Que, los presentes autos se iniciaron con las actuaciones labradas por el Departamento de Lucha Contra el Narcotráfico del Valle de Uco, División Tunuyán, las que dieron cuenta que en fecha 29 de junio de 2018, en ocasión de realizar maniobras públicas de prevención y tareas sobre espacios verdes por el radio céntrico de Tunuyán, en las inmediaciones de la plaza del barrio Arroyo Claro sobre calle La Argentina, la prevención observa a un sujeto de sexo masculino con actitud esquiva ante la presencia policial, quien al ser consultado por los oficiales respondió en forma poco clara, por lo que estos procedieron a identificarlo, resultando ser Ignacio Nicolás PALACIO CARMONA (ap. materno). Al ser preguntado sobre si tenía en su poder sustancias estupefacientes, hizo entrega de una bolsa de nylon transparente termosellada en uno de sus extremos que contenía diecinueve cigarrillos de armado artesanal con sustancia vegetal verde amarronada, uno de los cuales se encontraba combustionado en uno de sus extremos, el que por sus características, color, aroma y textura se trataría de marihuana, cuyo peso total era de 7,7 gramos. Asimismo, de la requisita de su billetera, color blanco símil cuero, se obtuvo el secuestro de un billete de doscientos pesos, tres billetes de cien pesos, dos billetes de cincuenta pesos, cinco billetes de diez pesos y catorce billetes de cinco pesos. 2°) Que, en fecha 3 de mayo de 2019, el Sr. Juez "a-quo" dispuso el PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA de Ignacio Nicolás Palacio Carmona por considerarlo "prima facie" penalmente responsable de la infracción al art. 14 primera parte de la Ley 23737. 3°) Que, contra dicho interlocutorio, la Sra. Defensora Pública Coadyuvante -Dra. Verónica Romano- interpuso recurso de apelación en defensa del imputado, el que se encuentra debidamente motivado (art. 438 CPPN). En tal oportunidad, expresó que el decisorio puesto en crisis le causa gravamen irreparable a su defendido por cuanto no concurren los extremos necesarios para tener por configurado el tipo penal objeto de reproche, siquiera con el grado de probabilidad exigido en el artículo 306 del Código Penal. Se agravó ante la falta de valoración de los dichos formulados por su pupilo, a partir de los cuales la conducta endilgada podría constituir la prevista en el art. 14, segunda parte, de la Ley 23737. Agregó, que el Ministerio Público Fiscal al inicio de los presentes obrados consideró prematura la calificación peticionada, en cuanto no se había demostrado la tenencia para consumo, duda que ha quedado zanjada a partir del resultado de la pericia psicológica, que arrojó que es consumidor desde los 12 años y esta situación se mantiene en la actualidad. 4°) Que elevado el expediente a ésta Alzada, conforme lo dispuesto por Acordada N° 9715 de este Tribunal, de fecha 4 de octubre de 2018, se convocó audiencia para que las partes informen por escrito, salvo que hagan uso de la facultad que le acuerda el artículo 454 del C.P.P.N.. El día y hora fijados concurrieron a informar por escrito el representante del Ministerio Público Fiscal y la Sra. Defensora Pública Coadyuvante. A fs. sub 12/14 y vta. se presentó la Dr. Corina Fehlman -Defensora Pública Oficial Coadyuvante- en representación del imputado e impetró la revocación del auto recurrido, por los argumentos que expuso, a los que remitimos en honor a la brevedad. Así, a fs. sub 15/16 vta. el Dr. Dante Vega -Fiscal General ante esta Alzada- propició hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en favor de Ignacio Nicolás Palacio Carmona y, en consecuencia, proceder al cambio de calificación por la prevista en el art. 14, segunda parte, de la Ley 23737 y declarar la atipicidad de la conducta (art. 336, inc. 3° del CPPN), ya que dicha tenencia de estupefacientes no vulnera, en el caso, el bien jurídico protegido. Manifestó que las particulares circunstancias que rodearon el caso, permiten considerar que la droga encontrada -en poder del encartado tenía como último destino su consumo personal. Así, tuvo en cuenta el resultado de la entrevista de evaluación pericial; el tiempo, modo y lugar en el que fue encontrada la sustancia y la cantidad y calidad de la misma. 5°) Que, analizadas las constancias de la causa, como así también los argumentos expuestos por la Defensa Oficial y por el Sr. Fiscal General, este Tribunal entiende que corresponde hacer lugar al recurso impetrado, por los motivos que se explicitarán a continuación. Cabe dejar sentado -en primer lugar- que, está en manos del Tribunal valorar el mérito de la posición desincriminante de la fiscalía, valoración circunscripta a la verificación del cumplimiento de lo establecido por el artículo 69 del Código Procesal Penal de la Nación y la razonabilidad de tal requerimiento de acuerdo a las constancias obrantes en la causa, por lo que siempre habrá de estarse al caso en concreto. Es que, entendemos que el poder jurisdiccional atribuido constitucionalmente a los jueces resulta indelegable en el Ministerio Público Fiscal, se halla sujeto al necesario control de legalidad que indiscutiblemente incumbe a los jueces del crimen sobre la actuación de los agentes del ministerio

público que actúan ante sus estrados. Así resulta, en efecto, de la propia ley reglamentaria del artículo 120 de la CN (Ley 24.946) que en su artículo 28 expresamente dispone que los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso, prescribiendo, a su turno, el artículo siguiente que cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio y que la persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas por la ley. (ALMEYRA, MIGUEL ANGEL. Sup. Penal2012 (junio), 30 - LA LEY2012-C, 521. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B ~ 2011-11-30 ~ Viazzo, Roberto Gustavo y otros s/infracción ley 24.769). Por último, cabe recordar que en el marco del vigente código procesal de carácter mixto, en punto al carácter vinculante del dictamen fiscal, corresponde al juez en definitiva la decisión al respecto. Sentado ello, advertimos que efectivamente, a fs. sub 15/16 vta., el Representante del Ministerio Fiscal, solicitó expresamente el sobreseimiento de Ignacio Nicolás Palacio Carmona, toda vez que consideró que su conducta encuadra en el art. 14 segundo párrafo de la Ley 23.737, por lo que corresponde se declare la atipicidad de la conducta y en consecuencia el sobreseimiento del mismo, postura con la que coincidimos. 6º) Así, efectuado un análisis puntual del contexto en el que se habría verificado la tenencia de la droga, como también los argumentos expuestos por el Sr. Defensor Público Oficial y por el Sr. Fiscal General, este Tribunal entiende que corresponde revocar la resolución puesta en crisis, toda vez que surge prima facie de las constancias del expediente que Ortega tenía el estupefaciente para su consumo personal. En efecto, la cantidad que se le secuestró (7,7 gramos de marihuana) y las circunstancias que rodean al hecho, se condice con la figura de consumo personal prevista en el art. 14 segunda parte de la Ley 23.737, y es así como corresponde calificar su conducta. Cabe resaltar, en primer lugar, que de la pericia psicológica a la que Palacio se sometió, voluntariamente, resultó que consume sustancias psicoactivas desde los 12 años, esto es tabaco, alcohol, cocaína y cannabis sativa. En este punto, estima esta Alzada que ello sumado a las circunstancias en que fue hallada la sustancia estupefaciente, refuerzan la hipótesis de que la misma tenía como destino el consumo personal. En efecto, los 7,7 gramos de marihuana, el encartado los extrajo del interior de sus prendas. Por lo que, teniendo en cuenta la cantidad de estupefaciente hallado (7,7 gramos de marihuana); las circunstancias en que fue encontrada la misma y el reconocimiento por parte del imputado de la propiedad de la sustancia incautada y su calidad de consumidor, hacen que no resulte posible, al menos en esta etapa del proceso, descartar la hipótesis del consumo personal. Si bien es cierto, que no existe certeza sobre dicho destino (consumo personal), cabe así presumirlo en esta etapa del proceso. Que, en este sentido, cabe señalar que si el magistrado alberga dudas respecto al destino de los estupefacientes, no debe quedar descartada la aplicación de la figura atenuada, cuando el proveedor es consumidor, toda vez que si se permitiera una conclusión tal, quedaría vacío de contenido el principio in dubio pro reo, en virtud del cual la duda siempre beneficia al imputado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho "...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... Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluyen 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. De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera...? (CSJN, causa N° 660 ?Vega Giménez? del 27/12/2006).- Por lo expuesto, se estima que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por el Sr. Defensor Público Oficial y modificar la resolución venida en crisis en cuanto ordena el procesamiento de Ignacio Nicolás Palacio Carmona, desplazando la figura de tenencia simple de estupefacientes a la prevista en el artículo 14, 2ª parte de Ley 23.737, esto es, tenencia para consumo personal. 7º) De este modo, teniendo en cuenta el encuadre legal de la conducta enrostrada al imputado (art. 14 segunda parte de la Ley 23737 -tenencia para consumo-), esta Sala comparte el criterio de la atipicidad formulada por el Sr. Fiscal General, dado que analizada la conducta desplegada por Palacio, este mantuvo la tenencia descrita en párrafos anteriores, en el ámbito de su privacidad, sin efectuar ostentación o manifestación pública de esa tenencia, lo que permite concluir que faltó un elemento del tipo previsto en el art. 14 segunda parte, para lesionar el bien jurídico protegido, que es la salud pública. Entiende esta Sala que, al interpretarse dicho dispositivo legal, debe hacerse en relación con la pauta fijada por el art. 19 de la Constitución Nacional que establece un ámbito de privacidad que está vedado a los jueces invadir, por lo que el artículo 14 segunda parte debe ser interpretado en forma global o en conjunto con aquella disposición de la Ley Suprema y, en consecuencia, debería agregarse a la conducta del procesado la exigencia de la ostentación o exhibición pública con la potencialidad necesaria para que se afecte el bien jurídico protegido, esto es la salud pública. No siendo este el caso analizado en autos se estima que la conducta investigada resulta atípica y, en consecuencia, corresponde el sobreseimiento de Ignacio Nicolás Palacio Carmona (Art. 336 inc. 3º C.P.C.C.N.). Por lo expuesto SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación

interpuesto por el Defensor Público Coadyuvante a favor de Ignacio Nicolás Palacio Carmona, y en consecuencia, revocar el auto impugnado en cuanto fue motivo de agravio y apelación; 2º) Modificar la calificación legal endilgada al imputado por la prevista y reprimida en el artículo 14 segunda parte de Ley 23.737, en la modalidad de tenencia de estupefacientes para consumo personal; 3º) Declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737 y en consecuencia SOBRESER a Ignacio Nicolás Palacio Carmona, dejándose debida constancia que la formación de la presente causa en nada afecta el buen nombre y honor del que gozaba con anterioridad. (Conf. Arts. 18 y 19 CN y art. 336 inc. 3 del CPPN). Protocolícese. Notifíquese. Publíquese.

FIRMADO POR: Pérez Curci - Pizarro - Arrabal.

076891E