

## Tenencia De Estupefacientes Para Consumo Personal

### JURISPRUDENCIA

Se hace lugar al recurso de casación interpuesto por la fiscal general, anulando la resolución que declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23737 y que confirmó el sobreseimiento del imputado, por considerar que en el caso sub examine la conducta del encartado -circular de manera imprudente en bicicleta por una avenida fumando un cigarrillo de marihuana- constituyó un peligro concreto a derechos o bienes de terceros.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 21 días del mes de diciembre de 2012, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente, y los doctores Eduardo Rafael Riggi y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal General en esta causa N° 15.900, caratulada: "M., R. D. s/recurso de casación". Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Eduardo Rafael Riggi, Raúl R. Madueño y Luis María Cabral. **VISTOS Y CONSIDERANDO:** El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo: **PRIMERO:** 1°) La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, y en consecuencia, confirmó la resolución de fs. 31/33 en cuanto dispuso el sobreseimiento de R. D. M. (art. 336, inciso 3°, del C.P.P.N.) -cfr. fs. 43/45 vta.-. Contra esa resolución, la doctora Eugenia Anzorreguy de Silva, Fiscal General Adjunta, interpuso recurso de casación a fs. 47/57 que, concedido (fs. 60 y vta.), fue mantenido ante esta instancia (fs. 66). 2°) En su planteo, la recurrente sostuvo que la sentencia puesta en crisis "incurrió en un errónea interpretación de la prueba regularmente incorporada en ella; interpreta de manera errónea la ley sustantiva, en el caso el art. 14 de la ley 23.737 y su contradicción con el art. 19 de la C.N., e incumple con las previsiones del art. 123 y 404 del C.P.P.N." (cfr. fs. 56/vta.). Asimismo, expresó su disconformidad con el criterio adoptado tanto por la Cámara a quo como por el Juez de Instrucción para decidir respecto de la situación del imputado, en tanto consideraron que por la escasa cantidad de material estupefaciente secuestrado, la falta de trascendencia a terceros y el hecho de que las conductas endilgadas se encontraban por debajo del umbral mínimo de ilicitud, la salud pública no se encontraba afectada (cfr. fs. 49). En esa dirección, consideró que "el hecho de que el imputado que se encontraba fumando un cigarrillo de marihuana mientras andaba en bicicleta de manera imprudente sobre la Av. Santa Fe, acredita en el caso la trascendencia a terceros y la afectación al bien jurídico 'salud pública' tutelado en consonancia con lo resuelto por la C.S.J.N. in re 'Arriola'" (cfr. fs. 49). Por último, solicitó que se anule la resolución recurrida e hizo reserva del caso federal (cfr. fs. 57). 3°) Durante el trámite previsto en los arts. 465 -cuarto párrafo- y 466 del C.P.P.N. el Fiscal General en esta instancia, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, presentó el escrito glosado a fs. 68/70 por el que reiteró los agravios planteados en el recurso de casación oportunamente interpuesto. A su turno, la señora Defensora Pública Ad-Hoc en representación de M., doctora Brenda L. Palmucci, presentó el escrito glosado a fs. 79/83 en el que sostuvo, en primer término, que el recurso interpuesto por la señora Fiscal debe ser rechazado toda vez que el fallo "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no comprende las impugnaciones efectuadas por el Ministerio Público Fiscal en este tipo de resoluciones. A continuación y en segundo lugar, solicitó el rechazo del recurso fiscal pues la conducta del imputado no ha vulnerado el bien jurídico protegido: la salud pública. 4°) Superado el trámite previsto por el art. 468 del C.P.P.N., las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas. **SEGUNDO:** I. En relación a los planteos introducidos por la defensa oficial en su presentación efectuada en días de oficina, corresponde recordar que en la sistemática del nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso (cfr. mutatis mutandi causa n° 9 "Sokolovicz, Mario R. s/rec. de casación" Reg. 13 del 29/7/93), sin perjuicio que, de advertirse un caso de nulidad absoluta, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 168, segundo párrafo del código de rito, extremo que no se presenta en la especie (cfr. Causas n° 489 "Silverstein, Eric s/recurso de casación", reg. n° 106/96 del 15/4/96 y n° 3914 "Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/rec. de casación" Reg. 448/02 del 28/2/02). No obstante ello, en homenaje al esfuerzo desplegado por la Defensa Oficial ante esta instancia, entendemos que corresponde analizar el agravio referido a que el representante del Ministerio Público Fiscal carece de derecho al recurso. Al respecto, es del caso memorar que el art. 458 del C.P.P.N. prevé que "El ministerio fiscal podrá recurrir (?) 1° De la sentencia absolutoria?", lo que pone en evidencia que la crítica desarrollada por la defensa no se compadece con nuestro derecho vigente, "en el que rige la concepción 'bilateral del recurso' -otorgamiento indistinto al acusador y al acusado- " (confr. D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación", pág. 1059, Ed. Lexis-Nexis- Abeledo- Perrot, Bs. As., 2005 y en igual sentido ver esta Sala "Muñoz, Vicente Ismael s/ casación", causa n° 10.312, reg. n° 15.594, rta. el 26/03/2010). Cabe agregar a lo expuesto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, desestimó un recurso de queja en el que se planteaba idéntico

agravio al aquí deducido (Ver Fallos 330:1514 -G.1870. XLI ?Recurso de hecho ?Garófalo, Franco y otro s/robo agravado por el uso de armas' -causa n° 5420-?, resuelta el 10 de abril de 2007), circunstancias por las cuales el planteo introducido por la defensa no habrá de tener favorable acogida. II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, si bien la recurrente invoca una errónea aplicación del artículo 14, apartado 2°, de la ley 23737, lo cierto es que los fundamentos del recurso se circunscriben a cuestionar la decisión por la que se declaró la inconstitucionalidad de este último artículo en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y en consecuencia sobreseyó a R. D. M. (cfr. fs. 47/57 y fs. 43/45vta.). Al respecto, el Alto Tribunal se ha expedido -una vez más-, sobre la incriminación de la tenencia de sustancias estupefacientes para consumo personal en la referida causa A.891.XLIV. ?Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080?, del 25 de agosto de 2009, y declaró, en definitiva, la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, norma que tipificaba tal conducta. De tal manera, se ha dejado de lado doctrina jurisprudencial que regía desde finales del año 1990, sentada in re M:114, XXIII, ?Montalvo, Ernesto Alfredo, p.s.a. inf. Ley 20.771? (conf. Fallos: 313:1333), cuyos fundamentos compartíamos. En ese sentido, son numerosos los precedentes en los cuales esta Cámara se ha pronunciado a favor de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (cfr. Sala I, causa ?Fiscal s/recurso de casación en autos Echaide, Ariel A. y otro -ley 23.737?, reg. n° 466, del 8/5/1995; Sala II, causa ?San Martín, Pablo A. y otros s/recurso de casación?, reg. n° 1999, del 22/5/1998; Sala III, causa n° 6473, ?Sumaruga, Mariano Claudio s/recurso de casación?, reg. n° 123/06 del 6/03/2006; y Sala IV, causa ?Cejas, Daniel E. s/recurso de casación?, reg. n° 462 del 18/6/1995; entre muchos otros). III. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, corresponde tener presente la necesidad de que los tribunales de todo el país acaten la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes análogos a los casos que deben resolver; que si bien lo decidido por ésta sólo genera la carga legal de su acatamiento en el mismo caso donde se pronunció, desde antaño se ha considerado apropiado y razonable ampliar esta obligación a los supuestos donde se ventilen situaciones equivalentes a aquellas sobre las cuales el Alto Tribunal se ha expresado. Ello así, toda vez que siendo este órgano la cabeza de uno de los poderes del Estado, está investida por la Constitución Nacional como el máximo tribunal de justicia de la República para interpretar sus normas y las leyes que se dicten en su consecuencia; por lo que sus decisiones y el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan. ?La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones. Esta es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley, y la que está en la naturaleza de las cosas? (Fallos: 12:134, del 8/8/1872). IV. Teniendo en cuenta ello, adelantamos que el análisis de la actual doctrina jurisprudencial emanada del Alto Tribunal en el Fallo ?Arriola?, con relación al presente caso, nos conduce a revocar el pronunciamiento recurrido toda vez que apreciamos que el mismo ostenta una errónea fundamentación pues el lineamiento fijado por el Superior no guarda relación alguna ni sus presupuestos resultan análogos a los que se ventilan en este proceso. En efecto, ello deriva de lo expuesto allí por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a que ??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?? (doctrina según el voto de la doctora Carmen M. Argibay). En consecuencia de ello, aplicando dicho criterio rector actual y último con leal acatamiento -más allá del meandro jurisprudencial que se ha suscitado en los últimos decenios en torno a la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (cfr. causas ?Colavini?, Fallos: 300:254; ?Bazterrica?, Fallos: 308:1392; y ?Montalvo?, Fallos: 313:1333)- y en respetuoso homenaje también a la seguridad jurídica, corresponde analizar las circunstancias fácticas acaecidas en las presentes actuaciones con respecto al imputado, de conformidad con los lineamientos expuestos por el Superior en ?Arriola?. En esa inteligencia, conforme surge de las presentes actuaciones, ??en momentos en que [el cabo primero Ariel Ávila Laguna] se encontraba recorriendo la Av. Santa Fe desde Esmeralda y en dirección a la calle Maipú, haciéndolo con motovehículo no identificable y vistiendo ropa de civil, es que observa entre el tránsito a un ciclista el cual circulaba en el mismo sentido que el dicente, con la diferencia que lo hacía en forma imprudente pasando entre los vehículos los cuales le tocaban bocina, poniendo en riesgo su vida y la de terceros, por tal motivo, quien declara tomó la determinación de (?) indicarle que circule con precaución, al ponerse a la par del mismo le fue dable observar que este masculino se encontraba fumando un cigarrillo del cual emanaba un olor a la quema de marihuana. Atento a lo narrado el dicente se identifica como personal policial utilizando para ello su credencial de grado y detiene la marcha de este individuo a lo que este arroja el cigarrillo al cordón, a lo que lo demora y solicita la presencia de dos testigos? Seguidamente, siempre en presencia de los testigos se levantó del suelo y secuestró un (1) trozo de cigarrillo de armado

casero el que posee uno de sus extremos quemados y conteniendo en su interior una sustancia vegetal de color verde amarronada similar a la picadura de marihuana (?) del interior del bolso que portaba dos (2) cigarrillos de armado casero los que contienen idéntica sustancia a la anterior descrita, dos (2) envoltorios de nylon de color negro los que en su interior contienen una sustancia vegetal compacta de color verde amarronada similar a la marihuana?? (cfr. fs. 1/vta.). Tal como surge del informe de fs. 28, se comprobó que el material secuestrado era Cannabis Sativa (marihuana) con un peso de 27.83 gramos totales (53 cigarrillos). Por lo demás, las circunstancias en las que se materializó la tenencia de estupefacientes que se le reprocha a R. D. M. (fumando un cigarrillo de marihuana mientras circulaba en bicicleta de manera imprudente por la Avenida Santa Fe entre las calles Esmeralda y Maipú, -aproximadamente a las 12:35 hs.- esto es, en un lugar y horario de movimiento constante de personas) claramente permite diferenciar la coyuntura judicial que se analiza con aquella que fuere objeto de tratamiento y resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente recaído in re ?Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080? (causa A.891.XLIV, del 28/8/09), pues en el caso traído a estudio se advierte que ha existido una conducta de ostentación, y que la misma ha aparejado un peligro concreto de generar un daño a derechos o bienes de terceros (cfr. votos en causa n° 13.738 ?Pereira Sosa, Leyni Amancay s/ recurso de casación?, Reg. n° 1114, Rta. el 12/8/2011 y causa n° 14.257 ?Randazzo, Gerardo y Álvarez, Mario Martín s/ recurso de casación?, Reg. n° 1653, Rta. el 2/11/2011, entre otros). Por todo ello, proponemos al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 47/57 por la Sra. Fiscal General Adjunta, Dra. Eugenia Anzorreguy de Silva, sin costas, y en consecuencia, anular lo resuelto a fs. 43/45vta. y su antecedente de fs. 31/33, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen para que continúe con la tramitación de la presente causa (arts. 471, 530 y 532 del C.P.P.N.). Tal es nuestro voto. El señor juez doctor Raúl R. Madueño dijo: De la recreación fáctica efectuada por el tribunal a quo, surge que la cuestión aquí planteada resulta sustancialmente análoga a la resuelta en la causa in re: ?Vidal Rosquette, César Eduardo s/recurso de casación?, causa 14.377, rta. el 29/2/2012 reg. 19.241. Allí tuve la oportunidad de sostener, en minoría, que: ?corresponde resolver el caso con ajuste a la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", A.891.XLIV, del 25 de agosto de 2009, donde declaró la invalidez constitucional del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.727. Allí señaló que "?esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos". Dadas las circunstancias en que se desarrolló la conducta imputada a R. D. M., considero que no se encuentra acreditado, un peligro concreto o daño producido a derechos o bienes de terceros, por lo que corresponde seguir la línea jurisprudencial señalada precedentemente. Por todo lo expuesto, propongo rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 470 y 471 -a contrario sensu-, 530 y 532 del C.P.P.N.). El señor juez doctor Luis María Cabral dijo: Si bien en casos análogos al presente llevo dicho de la admisibilidad del recurso del representante del Ministerio Público Fiscal (confr. C. n° 16.633, ?Machado, Juan Manuel y otra s/ rec. de casación?, Reg. N° 20.506, rta. el 10 de diciembre de 2012), dicha cuestión ha sido sellada por los colegas que me precedieron en la votación. Sentado ello, las particulares circunstancias de la causa determinan mi adhesión al voto del Dr. Riggi. En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, RESUELVE: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 47/57 por la Sra. Fiscal General Adjunta, Dra. Eugenia Anzorreguy de Silva, sin costas, y en consecuencia, anular lo resuelto a fs. 43/45vta. y su antecedente de fs. 31/33, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen para que continúe con la tramitación de la presente causa (arts. 471, 530 y 532 del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese en la audiencia designada y devuélvase a su procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.- Fdo.: Raúl Madueño, Luis M. Cabral y Eduardo Rafael Riggi Ante mí: Javier E. Reyna de Allende. Secretario de Cámara. Correlaciones: Ley 23737 - BO: 11/10/1989 Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080 - Corte Sup. Just. Nac. - 25/08/2009

Cita digital: