

IPP11500/I

Número de Orden:36

Libro de Sentencias nº 07

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cuatro **días del mes de Septiembre del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Angel Barbieri (artículo 440 del CPP)**, para dictar resolución en la **I.P.P. nro. 11.500/I** caratulada **"A., G. A. por los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y comercialización de estupefacientes"**; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden Doctores **Barbieri y Soumoulou (art.440 del C.P.P.)**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2da.) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DIJO: Interponen recursos de apelación el Sr. Agente Fiscal -Dr. Emilio José Marra, a fs. 234/241- y el Sr. Defensor Particular -Dr. Sebastián Martínez, a fs. 246/247 y vta.-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza de Garantías Dra. Marisa Promé a fs. 226/233.

El Sr. Defensor Particular critica la decisión en cuanto se resolvió elevar a juicio uno de los hechos intimados, calificando la conducta como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en dosis destinada para el consumo (art. 5to. inc. c- y 34 inc. 1 ley 23.737 modif. por ley 26.052).

Se agravia por considerar que, en virtud de lo que surge

de los elementos de convicción reunidos en la causa, no se encontraría debidamente acreditado el elemento subjetivo exigido para tener por configurado ese delito, por lo que la calificación legal debería modificarse y encuadrarse en la de tenencia simple de estupefacientes normada en el art. 14, primer párrafo de la ley 23.737.

Sostiene que sólo se encontró en poder de su defendido una cierta cantidad de estupefacientes y dos cucharas de medición metálicas, y que de esos datos (principalmente cuantitativos) no puede extraerse el elemento subjetivo distinto del dolo exigido. Agrega que la Magistrada no habría tenido en cuenta algunas circunstancias especiales, que apoyarían la tesis de que el caso se trataría de una tenencia simple, a saber: que A. admitió ser consumidor de drogas, que las incautadas eran para su consumo personal y también que no se halló ningún elemento del que se pudieran extraer indicios sobre la comercialización de los tóxicos (verbi gracia: balanza de precisión, elementos de corte o importantes sumas de dinero).

Por su parte, **el Sr. Agente Fiscal apela** la decisión de la Sra. Jueza de Garantías en cuanto sobreseyó al nombrado A. por el delito de comercialización de estupefacientes que también le intimaba (en concurso real con la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización destinada al consumo, a la que me venía refiriendo ut supra).

Critica que la Magistrada haya arribado a esa decisión en virtud de la exclusión probatoria que dictara respecto de los testimonios prestados por D. A. R. C. (a fs. 15/16 y a fs. 60/61) al entender afectado su derecho constitucional a no ser obligado a brindar referencias autoincriminatorias.

Por el contrario considera que esas declaraciones resultan válidas; destaca que la resolución en la que se dispuso esa exclusión probatoria y se resolvió la prisión preventiva que viene sufriendo A., resultaría contradictoria con el decisorio dictado al momento de disponer la detención, en donde expresamente valoró los dichos del testigo R. C. como prueba de cargo.

Sostiene que no habrían existido violaciones a derechos

constitucionales del testigo R., exigencia plasmada en el art. 211 del Código Procesal Penal para el dictado de la exclusión probatoria. Critica que la Magistrada haya considerado que la conducta del último nombrado -quien tenía en su bolsillo aproximadamente un gramo de cocaína contenido en un envoltorio de nylon y un trozo de papel enrollado en forma de tubo- era encuadrable en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

A criterio del recurrente no existieron riesgos de que los dichos de R. pudieran culminar en su incriminación penal, ya que -con fundamento en lo resuelto en el fallo "Arriola" ("Arriola, Sebastián y otros s/ causa Nro. 9.080" de la C.S.J.N.)- esa figura penal sería inconstitucional, lo que conllevaría la atipicidad de la conducta de R..

Explica que desde el momento en que se llevó a cabo el procedimiento y se encontraron los estupefacientes en el bolsillo de R., fue temperamento del Ministerio Público Fiscal no dirigir ningún tipo de acusación en su contra, ni formar causa a su respecto, por entender que dadas las circunstancias y la escasa cantidad, resultaba claro que tenía como destino su consumo personal y que, por lo tanto, era una conducta atípica a la luz de la jurisprudencia citada. Explicita que ha sido una decisión razonada del Ministerio Público recibirle declaración testimonial a R. respecto al origen de la droga que se halló en su poder, sin formularle imputación penal.

En refuerzo de su argumento, expresa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Arriola ha destacado la inconveniencia de perseguir a los consumidores, no sólo por la afectación de su privacidad y por lo perjudicial que podría resultar para su posible tratamiento y recuperación; sino poniendo el acento en que ello resultaría un obstáculo para la persecución del narcotráfico. Propiciaron las declaraciones testimoniales como medio probatorio lícito y eficaz; destaca específicamente algunos considerandos de los votos de los Dres. Zaffaroni y Fayt.

Explica que, a la luz de esa jurisprudencia, imputar a un ciudadano por el tipo penal normado en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737,

sería un dispendio de actividad procesal. Citarlo a prestar declaración en los términos del art. 308 para finalmente solicitar su sobreseimiento, constituiría una forma de actuar reñida con el manejo racional de los recursos y con el principio de economía procesal.

Expresa que desde el momento en que se dictó el fallo Arriola, ha sido criterio del Ministerio Público Fiscal de este Departamento Judicial no citar a prestar declaración -en calidad de imputado- a sujetos por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuando se dieran los presupuestos legales y su conducta no hubiera trascendido a terceros, marcando la analogía que presenta esa política criminal departamental con el supuesto de autos.

Por último, y más allá de los agravios dirigidos a cuestionar la exclusión probatoria dispuesta y sus consecuencias sobre la posibilidad de utilizar esa prueba para acreditar el delito de comercialización de estupefacientes, agrega que aún sin valorar la declaración testimonial de R., existirían elementos suficientes para dar por acreditada esa imputación. Ello por tener los estupefacientes hallados en poder del nombrado, las mismas características morfológicas y de pureza que la sustancia contenida en los 31 envoltorios hallados en poder del procesado A.; destacando también la similitud de los envoltorios de nylon con que fueron hallados (fs. 95, 133/134 y fs. 180/181).

A fs. 250/251 y vta. la Fiscalía General Departamental mantuvo el recurso.

Analizados los recursos interpuestos y el contenido de la resolución apelada, **considero que no corresponde hacer lugar al impetrado por la defensa**, debiendo mantenerse la calificación legal propuesta por la Sra. Juez A Quo; **y que sí asiste razón al Ministerio Público Fiscal debiéndose revocar el sobreseimiento dictado**, remitiéndose -en esa porción- la I.P.P. a primera instancia a fin de que -por intermedio de Juez hábil- se dicte nueva resolución por la comercialización de estupefacientes enrostrada a A. incluyendo, esta vez, las declaraciones testimoniales de R..

I-) Daré tratamiento, en primer término, al recurso presentado por la defensa. Considero que **existen elementos de convicción suficientes para tener por acreditada** -con el grado de probabilidad requerido por el Código Adjetivo- la imputación de **tenencia de estupefacientes con fines de comercialización** en dosis destinada al consumo, tal como lo entendió la Sra. Jueza A Quo.

Valoro en ese sentido la **cantidad de cocaína secuestrada** en poder de A. en su domicilio, que asciende a un total de 137 gramos, **y la forma** en la que la sustancia se encontraba distribuida en la vivienda. Así dentro de un monedero de color negro había cuatro envoltorios de nylon que contenían cocaína con un peso total de 16,974 grs., el que había sido arrojado debajo de una mesa de trabajo por el procesado, y donde fue encontrado por los funcionarios policiales.

También en el interior de un placar del dormitorio, dentro de un tubo plástico color violeta con tapa a presión, donde se encontraron 9 envoltorios de nylon conteniendo un total de 78.8 grs. de cocaína. En ese mismo mueble, dentro de un pequeño envase de aluminio, se encontraron **31 envoltorios de nylon que contenían un total de 27,992 grs.** de esa misma sustancia.

La importante cantidad y forma de distribución del tóxico constituyen indicios serios (los que además luego complementaré) de la finalidad de comercialización en dosis destinadas al consumo, con la que A. tenía esa sustancia. En particular la distribución **en 31 envoltorios de aproximadamente un gramo cada uno, permite inferir que se trataría de la unidad de venta** que comercializaría.

Hago notar que esa forma de división de la sustancia prohibida y el peso aproximado que posee cada uno de esos últimos envoltorios, es **coincidente con la cocaína hallada en poder de R.,** quien se encontraba -sin que fuera habitante permanente de ese sitio- dentro del domicilio del sometido a proceso penal, en cuyo bolsillo además poseía un trozo de papel enrollado (presumiblemente para utilizarlo como instrumento para el consumo).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el envoltorio de nylon en el que R. guardaba el estupefaciente resultó similar a los otros 31 envoltorios que tenía A. y, principalmente, que la cocaína que tenía en su poder el primero poseía coincidencias con la contenida en esas bolsas: arrojó un pesaje un poco menor a un gramo, presentó similitudes morfológicas y también un grado de pureza del 40,5 %; lo que permitiría considerar que se trataría del mismo tóxico (ver acta de allanamiento de fs. 2/5, acta de fs. 95 e informes periciales de fs. 133/134 y vta. y de fs. 180 y vta).

Estas **similitudes** constituyen, a mi entender, un **indicio serio de que la cocaína que tenía R. en su poder se la habría proporcionado A.**, lo que refuerza la hipótesis desarrollada por la acusación sobre la finalidad de comercialización en la tenencia.

A su vez, y en relación al indicio que surge de la forma en la que estaba distribuida la sustancia incautada en poder del encartado, debo expresar que la versión ensayada por el imputado al momento de prestar declaración -a fs. 142/144- no brinda ningún sustento que permita justificar la razón por la que la cocaína hallada en su hogar, estaba dividida en bolsas de aproximadamente un gramo.

Nótese que A. refirió que era un habitual consumidor de cocaína, pero que él la fumaba, y que para hacer tres gramos de "crack" necesitaba al menos entre 12 o 15 gramos de cocaína. Ahora bien, las afirmaciones resultan en algún sentido llamativas: si la forma en la que -de acuerdo a su tesis- consumía el estupefaciente requería la utilización de esa gran cantidad de cocaína, no termina de comprenderse cuál sería la razón por la que la guardaría distribuida en pequeños envoltorios de menos de un gramo (ya que requeriría entre 13 y más de 15 de esos envoltorios para preparar la dosis para su consumo).

Esta apreciación, resta razonabilidad a la hipótesis alternativa que ha planteado la defensa. La misma no tiene respaldo en los elementos de convicción reunidos, ni ofrece una explicación razonable respecto de la cantidad de estupefacientes que guardaba en su domicilio, como tampoco respecto de la

forma en la que estaban distribuidos; no valoro esos dichos como prueba de cargo claro está, pero el razonamiento que efectúo lo hago con el fin de desvirtuar esa defensa material, quedando entonces en pie los indicios que apuntalan la acreditación del elemento subjetivo requerido por el tipo penal que se imputa.

A estas circunstancias **debe agregarse el hallazgo de dos cucharas metálicas de medición** y de **una agenda con anotaciones de nombres y números a su lado**, que -en el contexto en el cual se incautó- puede considerarse un **listado de deudores y cifras monetarias**, y por lo tanto un indicio más sobre la finalidad de comercialización a la que estaban destinados los estupefacientes (fs. 2/4 vta., fs. 8 y fs. 25)

Existen en autos elementos de convicción suficientes para considerar -con el grado de probabilidad requerido para elevar esta causa a juicio- que G. A. tenía la cantidad de 137 gramos de cocaína con la finalidad de comercializarlos en dosis destinadas al consumo, conducta encuadrable en el art. 5 inc. c y 34 inc. 1 ley 23.737 modif. por ley 26.052, sin que esa justificación tenga fundamento en meros criterios cuantitativos, como pretende sostener la defensa, proponiendo por mi parte el rechazo del cambio de calificación legal pretendido.

II) Abordaré a continuación el recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal a fs. 234/241. Tal como anticipé, considero que debe hacerse lugar a sus agravios, revocando el sobreseimiento dictado por el acontecer que fuera calificado como comercialización de estupefacientes, en tanto entiendo que no corresponde disponer la exclusión probatoria de las declaraciones testimoniales prestadas por el testigo R. a fs. 15/16 y 60/61.

Comparto la pormenorizada argumentación desarrollada por el recurrente, sobre la que efectuaré algunas aclaraciones que resultan relevantes, dadas las dificultades que plantea la situación que se presenta en el caso y por la importancia que reviste una posible violación a derechos constitucionales de un ciudadano en el curso de una investigación penal.

Desde ya afirmo que **en esta causa no se ha avasallado ningún derecho constitucional del testigo R.**, en especial aquel que le garantiza no ser obligado a declarar contra sí mismo, previsto expresamente en el art. 18 de la Constitución Nacional (receptado también en nuestra Carta Magna Provincial en su art. 29 y en el Rito arts. 60, 294, 308 y cccts.).

Digo desde ya que en nuestro sistema jurídico no se encuentra absolutamente prohibido valorar cualquier tipo de dichos autoincriminantes, o al menos no bajo cualquier circunstancia. Es decir: **no toda declaración de una persona, contra sí mismo sobre un hecho por el que pueda ser penado, implica necesariamente violación a su derecho constitucional.** Sólo existiría esta vulneración si las manifestaciones se brindaran como consecuencia de algún tipo de coacción o de contexto que -física o psíquicamente- afecte la libertad del involucrado al momento de expresarse. Y en tal sentido, debe diferenciarse: si las manifestaciones son voluntarias o en respuestas de preguntas, si el sujeto se encuentra sospechado, privado de la libertad, etc. (de allí que el análisis deba efectuarse caso por caso y que por el contrario deban ser evitadas las declaraciones grandilocuentes).

Y si ese análisis debe hacerse en cuanto a la obligación de no declarar contra uno mismo, **desde ya que no existiría la prohibición (sino más bien la obligación contraria) cuando no fuera contra uno mismo** (permítaseme la reiteración pero la efectúo para aportar claridad).

Parto del análisis que el art. 18 de la Constitución Nacional establece "*...Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...*", resulta determinante aclarar **cómo ha de entenderse, no sólo la referencia a que el sujeto sea obligado, sino cuál es el alcance de la expresión "*...contra sí mismo...*".**

Así debe precisarse, primeramente, qué tipo de coacción u obligación pudo haber pesado sobre el testigo R. para que este brindara una versión de los hechos que resultara autoincriminante, a fin de verificar la existencia de ese primer

presupuesto legal. En el caso no se ha denunciado por el testigo, ni existe en autos, ningún dato que permita considerar que ha sido objeto de algún tipo de amenaza, o que se le hubiera ofrecido beneficios u otra circunstancias que pongan en evidencia una explícita coacción física o psíquica.

La circunstancia que podría incidir sobre la libertad (al expresarse) de R. y que podría hacer pasible de objeción constitucional a su declaración, si resultara autoincriminante, es que al expresarse en calidad de testigo (sobre circunstancias relativas a los estupefacientes hallados en su poder), se le recibió juramento y se lo instruyó sobre su obligación de decir verdad y de las penas con las que se castiga el falso testimonio, situación que, tal como es reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia Nacional: *"...entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma por el imputado, pues, dicha exigencia constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra, y la Constitución rechaza categóricamente cualquier intento en este sentido..."* (C.S.J.N. "Mendoza", Fallos-CSJN, 1:350; "Diario El Atlántico", Fallos-CSJN, 281:177; "Agüero Corvalán, Jorge R. y otros" del 09/11/1989 citar La Ley Online AR/JUR/2390/1989).

Ahora bien, existiendo ese juramento y habiéndoselo instruído sobre su obligación de decir verdad y de las penas con las que se castiga el falso testimonio, tal como es exigencia del Código Adjetivo respecto de la producción de declaraciones testimoniales, arts. 232 y 240 del C.P.P.; **corresponde analizar en qué medida puede considerarse que él ha declarado "...contra sí mismo..."** (o como dice la Corte: si él resulta imputado).

En correspondencia con el derecho regulado en el art. 18 de la Constitución Nacional, los arts. 8 inc. 2 ap. g) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14, inc. 3, ap. g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen esa garantía en términos literalmente idénticos, aunque más precisos en cuanto agregan: *"...ni a declararse culpable..."* y a *"...confesarse culpable..."*, respectivamente.

Esta referencia a que el involucrado pueda ser -de alguna manera- considerado o declarado "culpable" implicaría, entonces, que **para entender vulnerado ese derecho constitucional debería existir una posibilidad -aunque sea potencial- de que el declarante sea incriminado, en virtud de los datos que se extraen del contenido de sus dichos.** Es aquí donde surge la compleja particularidad de este caso.

Como correctamente ha direccionado su agravio el recurrente, la posibilidad de que el declarante sea perseguido o juzgado por los hechos que se vinculan a sus dichos resulta ser -en el caso concreto- el núcleo de la dificultad, principalmente por las características del hecho que podría reputarse ilícito -con respecto a R.- y por las particularidades que presenta la calificación legal que resultaría aplicable, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial sentada por el Máximo Tribunal Nacional a partir del fallo "Arriola", esto es: la tenencia de estupefacientes para consumo personal normada en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.

El contenido de la decisión adoptada por la Corte Suprema en ese fallo resulta de suma relevancia para dilucidar la cuestión que se plantea en esta causa, ya que, de acuerdo a la forma en la que se comprenda ese precedente, se determinará el alcance de la norma penal y, por lo tanto, los supuestos fácticos a los que puede resultar aplicable. Es decir: qué características deberá tener la conducta para ser típica y qué interpretación permitiría considerar que la norma es adecuada a la constitución. Y -por el contrario- qué interpretación de los supuestos normativos la tornaría inconstitucional por afectar el derecho a la privacidad o intimidad, normado en art. 19 de la C.N.

Sobre esta cuestión, y sus diferencias interpretativas justamente, se han basado tanto la justificación otorgada por la Jueza de Garantías para disponer la exclusión probatoria como también por el recurrente para pretender la revocación.

Efectuaré una sucinta descripción de los sucesos y de los

eventos procesales a fin de delimitar con mayor claridad la situación jurídica de R..

Tal como surge del acta de allanamiento de fs. 2/7, al momento de llevarse a cabo esa diligencia en el domicilio de A. -luego de haberse encontrado estupefacientes en distintos lugares de la casa- se halló un envoltorio con 0,889 grs. de cocaína -ver fs. 95- y un papel enrollado en forma de tubo, en uno de los bolsillos del pantalón de **R., respecto del cuál no existe -por el momento- ningún elemento de convicción que permita sostener que podría tener alguna vinculación con los restantes estupefacientes encontrados o con los ilícitos imputados en esta causa** (dicho de otra manera no existió ningún elemento para considerar partícipe -en sentido amplio- a R. del ilícito de A.).

Y ello fue tan así que el anteúltimo no fue aprehendido en esa oportunidad, y el último sí. Luego presta declaración testimonial en sede policial refiriendo que no tenía relación con el imputado; que sólo estaba allí porque había ido a comprar la cocaína que tenía en su bolsillo, la que pensaba destinar a su consumo personal; y que había comprado un envoltorio de un gramo por la suma de 100 pesos (fs. 15). Ese testimonio fue valorado como prueba de cargo por la Sra. Jueza de Garantías al momento de resolver la conversión de la aprehensión de A. (fs. 46/49).

Luego, prestó una **nueva declaración testimonial en sede del Ministerio Público** donde ratificó lo expuesto (fs. 60/61).

Posteriormente, al momento de resolver la prisión preventiva de A. la misma Jueza de Garantías dispuso -a pedido de la defensa- la exclusión probatoria de esos testimonios, por considerar que se había vulnerado el derecho de R. a no ser obligado a declarar contra sí mismo, lo que mantuvo para disponer el sobreseimiento de A., ya que no existirían elementos de convicción suficientes para acreditar el hecho de comercialización de estupefacientes.

Consideró que el supuesto fáctico descrito -la tenencia por parte de R. de poco menos de un gramo de cocaína en un bolsillo de su pantalón, junto al papel enrollado en forma de tubo- encuadraría en el tipo penal normado en el

art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Esta es la razón por la que ha considerado que, a pesar de no estar formalmente acusado por ningún delito relacionado con sus dichos, debería entenderse que R. es imputado como autor de un ilícito y que no podría considerársele testigo; entendiendo que ese cambio de rol procesal debió haberse realizado en el proceso a través de una expresa decisión de la autoridad.

No comparto esa conclusión pues entiendo que debe llegarse a otra solución en particular al interpretar las consecuencias jurídicas que se desprenden del fallo "Arriola".

Transcribiré los tramos de la resolución en los que entiendo se evidencian esas problemáticas.

La Magistrada ha expresado que, dada la situación fáctica descrita: *"...le correspondería formalmente la imputación de un injusto a tenor de la ley 23.737. Entiendo que no aparecería aplicable el art. 5 de la ley citada, pero sí el 14 en su segundo párrafo..."*, por lo que: *"...el tratamiento que debió dársele al nombrado no pudo ser el de un testigo sino el de un imputado..."*. Hasta aquí pareciera que considera que la conducta resulta típica.

Sin embargo agrega: *"...sin dejar de advertir que siguiendo la pacífica jurisprudencia en la materia pueda sostenerse la atipicidad por falta de afectación del bien jurídico de aquellas tenencias de sustancias estupefacientes para consumo personal. Más allá de esto, lo cierto es que de dicha atipicidad no se sigue que un imputado pueda convertirse sin más en testigo..."*. Posteriormente, sostiene que dada la escasa cantidad de estupefacientes hallados en poder de Rodríguez se trataría de una tenencia para consumo personal.

En las afirmaciones transcriptas se observa contradicción, ya que, justamente si la conducta resulta atípica no podría considerarse a su autor un imputado de delito, ya que la acción no encuadraría en ningún tipo penal.

La Corte marca otro camino en "Arriola" a partir del análisis de la lesividad. Conforme lo resuelto en ese precedente, **resultaría atípica la**

tenencia de estupefacientes para consumo personal siempre que –siendo escasa su cantidad e inequívoco su destino de consumo personal- no se acredite un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (Considerando 36 del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

Es que el Máximo Tribunal Nacional ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que emana del texto legal plasmado en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, si se la entiende como permisiva de punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sin que se acredite que se ha ejercido en condiciones tales que traigan aparejado un peligro concreto o un daño a bienes o derechos de tercero. Es decir: si se la interpreta como un tipo de peligro abstracto, que implicaría que la mera tenencia –de escasa cantidad y destinada inequívocamente para el consumo personal, reitero- llevaría implícita su trascendencia a terceros, y que resultaría de por sí lesiva del bien jurídico salud pública.

Éste último fue el criterio sostenido por la Corte Suprema específicamente en el caso "Montalvo" -fallos 313:1333- (ver en este sentido la explicación desarrollada en el considerando 11) a) del voto de la Dra. Argibay en el fallo Arriola); de ahí la insistencia en los diferentes votos individuales -de Arriola- respecto a la trascendencia a terceros de la conducta para que sea punible.

En ese sentido la Dra. Argibay expresó *"...es significativa la probabilidad de que dentro de la definición legal puedan caber conductas que no se conectan en absoluto, o lo hacen de una manera excesivamente vaga e imprecisa, con algún efecto dañino sobre los intereses individuales o generales que busca proteger la ley 23.737... 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..."* (considerando 13).

La Dra. Highton de Nolasco sostuvo: *"...Obviamente que*

la conducta no punible sólo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero...” (considerando 29).

Por su parte el Dr. Lorenzetti expresó “...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...* d) *La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...” (considerando 11) y también “...se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal 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 jurídicos de terceros, como ha ocurrido en autos, respecto de los recurrentes...” (considerando 18).*

Es decir que, de acuerdo a lo expuesto por el Máximo Tribunal Nacional, la lesividad de la conducta deberá evaluarse “caso por caso”, valorando y justificando las razones por las que podría tenerse por acreditado el daño o peligro concreto que la conducta apareje a derechos o bienes de terceros. De no acreditarse ese extremo podría considerarse que no existió afectación al bien jurídico tutelado, resultando la acción atípica.

Lo transcripto que me permite **concluir** (tal como lo propone el esforzado recurrente) **que R. resultó desde un principio testigo** en la causa y así debió ser valorado, es el extremo de que su tenencia de escasa cantidad de estupefacientes estaba destinada al consumo personal y no existía lesividad para terceros, de allí lo atípico de su conducta (al encontrarse amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional).

Nada que excluir entonces. R. fue obligado a declarar, es cierto, pero no contra sí mismo (en último caso lo sería contra A., entendiendo ese deber como el que tiene cualquier persona de manifestarse con respecto a un hecho al ser convocado por la autoridad judicial).

Por otro lado, la posición que sostiene el Ministerio Público respecto a la atipicidad de la conducta de R. y por lo tanto su rol procesal como testigo y la no afectación a su derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, es consecuencia, justamente y tal como expresamente manifiesta en su recurso, de la aplicación al caso del criterio jurisprudencial sentado en "Arriola".

Dado el diseño procesal acusatorio de esta provincia, la evaluación respecto de la lesividad de la conducta y por lo tanto de su tipicidad recae, primeramente, en el Ministerio Público Fiscal por ser el órgano de persecución penal y titular de la acción pública; y posteriormente en órganos jurisdiccionales en caso de que se someta a proceso a algún individuo por este delito.

La Agencia Fiscal, siguiendo la jurisprudencia citada, ha entendido que la conducta de R. no había puesto en peligro concreto, ni dañado, derechos ni bienes de terceros, y por lo tanto resultaba atípica, por lo que debía ser considerado testigo en la investigación, en donde además -podría resultar- testigo directo y dirimente de un acto de comercio de tráfico de estupefacientes.

Si bien debo reconocer que resulta diferente la circunstancia de la descripción de una conducta que, por su características como por su resultado, claramente no encuadrara en ningún tipo penal; de aquella que podría considerarse abarcada por la descripción abstracta realizada en alguna norma pero que sin embargo se considere atípica por no afectarse el bien jurídico tutelado, ya que la segunda situación produce una mayor incertidumbre y resulta más difícil de precisar; lo cierto es que, como correlato del derecho regulado en el art. 19 del Constitución Nacional, y como es pacíficamente sostenido por la jurisprudencia y la doctrina, además del aspecto semántico de correspondencia entre la descripción concreta de un hecho y la abstracta realizada en un tipo penal, **debe evaluarse el grado de afectación al bien jurídico protegido (principio de lesividad).**

Esta evaluación es particularmente relevante en el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la estrecha vinculación

que posee con el derecho a la intimidad y a la autonomía individual, tal como se ha puesto de relieve en los diversos vaivenes jurisprudenciales sobre la cuestión. Especialmente en los argumentos expresado por la Corte Suprema de la Nación en los casos "Bazterrica" (fallos: 308:1392) y "Arriola".

Ahora bien, atento que la interpretación del tipo penal normado en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, realizada por la Corte Suprema de la Nación en el último precedente citado resulta jurisprudencia vigente (en tanto existen buenas razones para considerar que de presentarse un caso similar la Corte resolverá en idéntico sentido); **ha sido correcta la actuación del Ministerio Público Fiscal al considerar que la tenencia de menos de un gramo de cocaína en su bolsillo, por parte de R., en una forma no ostensible (ya que debieron revisar la ropa que llevaba puesta para hallarla) resultaba atípica, por no haberse acreditado que haya dañado o puesto en peligro concreto derechos o bienes de terceros.**

Por las razones desarrolladas precedentemente no existiendo riesgo, ni siquiera potencial, de que pueda resultar incriminado por el hecho que se vincula al contenido de su declaración, no puede sostenerse que se haya vulnerado su derecho constitucional a no ser obligado a declarar contra si mismo. **Debe entonces revocarse la resolución que dispuso la exclusión probatoria de las declaraciones testimoniales de fs. 15/16 y 60/61** (arts. 3 y 211 a "contario sensu" del C.P.P.).

Desde esta comprensión no existirían obstáculos legales para que participe del proceso como testigo y que sus dichos sean plenamente valorados al momento de tomar decisión de mérito, esto sin perjuicio de cuál sea la fuerza convictiva que oportunamente se les otorgue (arts. 18 C.N, 29 de la provincial; 8, inc. 2 ap. g) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14, inc. 3, ap. g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero a los fundamentos expuestos por el doctor Barbieri, sufragando en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde: **1-)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Particular, Dr. Sebastián Martínez, a fs. 246/247, confirmándose (en esa porción) la resolución dictada por la Sra. Jueza de Garantías a fs. 226/233, en cuanto no hace lugar al cambio de calificación propuesto por la defensa. **2-)** hacer lugar al recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal, a fs. 234/242 y vta., revocando el sobreseimiento dictado -a fs. 226/233- en particular la exclusión probatoria de fs. 110/119 y vta.; debiendo remitirse la presente I.P.P. a primera instancia, a fin de que -un nuevo Juez de Garantías- resuelva -en esa porción-, la requisitoria de elevación a juicio por el hecho de comercialización de estupefacientes, imputado a A. incluyendo las declaraciones testimoniales de R. (arts. 3, 60, 294 y 308, 211 a "contrario sensu"; 266 y 367 del C.P.P., 18 C.N, 29 de la provincial, el art. 8, inc. 2 ap. g) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14, inc. 3, ap. g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al voto del doctor Barbieri, sufragando en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, 04 de Septiembre de 2013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que es **parcialmente justa** la resolución recurrida.

Por lo que **este TRIBUNAL RESUELVE:**

1-) Rechazar el recurso de apelación interpuesto

por el Sr. Defensor Particular, Dr. Sebastián Martínez, a fs. 246/247, confirmándose parcialmente la resolución dictada por la Sra. Jueza de Garantías a fs. 226/233, en particular en cuanto no hace lugar al cambio de calificación propuesto por la defensa.

2-) hacer lugar al recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal a fs. 234/242 y vta., **revocando el sobreseimiento dictado** -a fs. 226/233-, con fundamento en la exclusión probatoria de fs. 110/119 y vta.; debiendo remitirse la presente I.P.P. a primera instancia, a fin de que –un nuevo Juez de Garantías- resuelva la requisitoria de elevación a juicio, por el hecho de comercialización de estupefacientes imputado a A. incluyendo, ésta vez, las declaraciones testimoniales de R. (arts. 3, 21, 211 a "contrario sensu", 266, 294, 308, 367, 440 y ccdts. del C.P.P., 18 C.N y 29 de la provincial; 8, inc. 2 ap. g) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14, inc. 3, ap. g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Notificar.

Hecho, remitir al Juzgado de Garantías interviniente.