

Orden Interno Número:_____

Libro de Sentencias n° _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cuatro días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, 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, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, para dictar sentencia en la causa seguida a: "**R. POR TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES**" , practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la n° 12060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca** (Magistrado éste último que intervendrá en caso que se considere corresponder), resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justo el veredicto absolutorio apelado?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU,

DIJO: El veredicto dictado por el señor Juez en lo Correccional n° Uno de esta ciudad, Dr. José Luis Ares a fs. 134/141, absolvió de culpa y cargo al imputado R., al declarar la inconstitucionalidad de la figura penal prevista en el artículo 14, 2º párrafo de la ley 23.737, al considerar que la conducta reprochada al

justiciable debía quedar encuadrada en la citada norma legal, no advirtiendo que la misma traiga aparejada un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, quedando la misma bajo la protección del art. 19 de la Constitución Nacional.

El citado decisorio, resultó impugnado por el señor fiscal interviniente, Dr. Eduardo Zaratiegui, mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 144/150. El mismo lo fue en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 439, 2º párrafo, 441 y 442 del CPP.)

Dos son los agravios invocados por el recurrente.

Así, señala en primer término que lo decidido por el "a quo" no se condice con las circunstancias del caso, pues teniendo en cuenta la cantidad de estupefaciente secuestrado en poder del encartado, la forma en que se encontraba el mismo y el ámbito carcelario donde se produjo la incautación, resultan indicativos de por sí de un posible destino distinto al consumo personal.

Es por ello que, a la luz de las circunstancias analizadas, no se puede sostener que las mismas conduzcan al hecho de que "inequívocamente" la droga secuestrada estuviera destinada para el consumo personal del imputado.

En cuanto al restante agravio, sostiene que, teniendo en cuenta el lugar en donde se incautó la marihuana, no puede afirmarse válidamente que la posesión de la misma no ponga en peligro la salud de terceros, circunstancia que descarta la aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional, teniendo en

cuenta que dentro del sistema carcelario, el ámbito de autodeterminación se encuentra severamente disminuído, por lo que la conducta reprochada, trasciende la esfera de intimidad del recluso. Con citas jurisprudenciales que, entiende que avalan su petición, solicita la revocación del fallo impugnado.

Me apresuro en señalar desde ahora que, el recurso interpuesto ha de tener acogida favorable en lo que respecta al agravio expuesto en último término.

Como adelanté, no es de recibo la queja formulada por el recurrente cuando sostiene que, teniendo en cuenta la cantidad de estupefaciente secuestrado en poder del encartado, la forma en que se encontraba el mismo y el ámbito carcelario donde se produjo la incautación, ello resulte indicativo de un posible destino distinto al consumo personal.

Respecto a la marihuana secuestrada en poder de R., debo señalar que la conducta atribuída al mismo ha sido correctamente encuadrada en el segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737.

Es que la norma en cuestión dispone que: "...La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por la escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal".

Y así las cosas, en lo atinente al término escasa cantidad, tiene dicho esta Sala I en causa nº 10.136/I (voto del Dr. Barbieri) al cual adhiero que la doctrina sostiene que: "...se considera que no obstante la calidad asignada de la droga encontrada, su determinación va a requerir de una valoración por cuanto el juez deberá discernir, orientándose en la capacidad toxicológica de cada sustancia, cuándo la calidad detentada es tal, que pueda considerarse destinada al uso personal. A su vez, dicho juicio de valor, deberá conformarse

con los criterios científicos vigentes y está estrechamente relacionado con el resto de las circunstancias que el juez deberá apreciar, a los efectos de que no convierta a dicho elemento en normativo..." (Estupeficientes", Dir. Alberto Pravia, Ed. Leguis, pág. 68 y ss.).

Por ello no puede afirmarse que, 6,23 grs. de marihuana no se corresponda con el término "escasa cantidad" del que habla el artículo 14, 2º párrafo de la ley citada.

De otro lado, en cuanto al carácter "inequívoco" de que la tenencia era para consumo personal del imputado, el propio recurrente plantea la duda al respecto, cuando afirma: "...que a la luz de las circunstancias analizadas, podemos sostener que las mismas no conducen "inequívocamente" al destino de consumo personal del estupefaciente, sino que bien puede tener destino distinto, como por ejemplo, una entrega onerosa o gratuita de la sustancia a un tercero...".

Este estado de duda que señala el propio ministerio público fiscal, ha sido resuelto por la Corte Federal en la causa nº 660, caratulada "Vega Gímenez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupeficientes", cuando sostuvo 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 en favor del imputado"

En dicho oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación descalificó el razonamiento seguido por el tribunal inferior, en cuanto "este estimó que la

exigencia típica de que la tenencia para uso personal debe 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 excluída la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, tal como sostuvo el tribunal apelado".

En función de lo anterior y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1, tercer párrafo del C.P.P., soy de la opinión que corresponde desestimar el presente agravio.

En lo concerniente al segundo motivo de agravio, sí voy a acompañar el razonamiento seguido por el señor fiscal y que ya fuera expuesto en la I.P.P. nº 7349/I.

En aquella oportunidad dije: "...Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala II, "in re" Nonikov, Alejandro", fallo del 90-5-2006 que:"Resulta constitucionalmente exigible atender al contexto en el cual se verificó la tenencia de estupefacientes destinada a uso personal, para determinar si en el caso concreto puede reputarse representativa del riesgo para la salud pública que se le atribuye a la conducta descripta en el art. 14, párrafo 2º de la ley 23.737".

Sostiene Roberto A. Falcone que:"...Provisionalmente podríamos decir que el Estado debería verificar, cuando se trata de la posesión de objetos peligrosos, cuál es la finalidad que persigue el autor; y entonces si la posesión será el antecedente que permita castigar la intención de uso, lo que a nuestro criterio constituiría un criterio válido. Sin embargo, para apreciar la peligrosidad de la

acción en el caso de la tenencia de estupefacientes debemos precisar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma, existiendo consenso que es la salud pública. Si ello no puede contestarse en un Estado de Derecho democrático, la posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando se abra la posibilidad de una transmisión no controlada a terceras personas; por el contrario cuando la adquisición y la posesión desde la representación del autor resulte un acto preparatorio de su propio consumo, en tanto no afecte la salud de otros consumidores, será atípica. Y esto se observa claramente cuando se tienen pequeñas cantidades de estupefacientes para ser consumidas en un ámbito privado" ("los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro", "Rev. Der.Proc.Penal", 2208- II,pág. 272/273).

Por ello, el artículo 14 de la ley 23.737 debe compatibilizarse con el "principio de reserva" contenido en el artículo 19 de la C.N., puesto que las conductas de las personas que se dirigen sólo contra sí mismo quedan afuera de ámbito de las prohibiciones legales. Así, la incriminación de la figura en cuestión sólo será procedente en casos en que la tenencia de estupefacientes para consumo personal se concrete de un modo tal que trascienda la esfera de intimidad del sujeto y represente un peligro para la salud de terceros indeterminados, sea por el lugar, la modalidad o las circunstancias de su comisión (TC003, RSD 909-8 S 2804-2008, juez Borinsky (SD)).

Por lo expuesto y teniendo en cuenta las circunstancias de modo y lugar en que el encartado detentaba la droga incautada, concluyo que la misma representaba en aquél especial ámbito "intra muros", un peligro para la salud de terceras personas, por lo que la conducta del imputado deviene típica.-

En ese sentido, la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en fallo del 6-3-2015, sostuvo que el caso Arriola fallado por la Corte Nacional no es aplicable al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal en un establecimiento carcelario.

Enfatizó allí el tribunal que "la prohibición aparece como una restricción razonable al ámbito de la intimidad, pues en esas condiciones no es posible descartar que esa conducta no apareje ningún riesgo respecto de otros internos".

Por ello, propongo al acuerdo el reenvío a la instancia de origen, para que, con la intervención de juez hábil, se dicte un nuevo pronunciamiento, conforme lo aquí resuelto y se de tratamiento a las cuestiones atinentes a los arts. 40 y 41 del C.P..

Con este alcance, voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:

Adhiero al sufragio precedente por compartir sus fundamentos.

Asimismo cito el sufragio de la recordada Dra. Carmen Argibay Molina, en el conocido fallo "Arriola" de la C.S.J.N., donde resolviera 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 estupefacientes 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...".

La tenencia para consumo personal enrostrada a R. la considero peligrosa para bienes o derechos de personas, debido al ámbito carcelario donde la misma se ejerció (en idéntico sentido Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 15/3/2011).

Con estos alcances adhiero al sufragio precedente.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde revocar el veredicto apelado de fs. 134/141, debiendo reenviarse las actuaciones a la instancia de origen, para que, con la intervención de Juez hábil, se dicte un nuevo pronunciamiento, conforme lo resuelto precedentemente y se de tratamiento a las cuestiones atinentes a los arts. 40 y 41 del C.P..

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:

Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Soumoulou y sufragio en ese sentido.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, febrero 4 de 2.016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: Que no es justo el veredicto de fs. 134/141.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE:** revocar el veredicto impugnado de fs. 134/141, debiendo reenviarse las actuaciones a la instancia de origen, para que con la intervención de Juez hábil, se dicte un nuevo pronunciamiento, conforme lo resuelto precedentemente y se de tratamiento a las cuestiones atinentes a los arts. 40 y 41 del C.P. (arts. 439, 2º párrafo, 440, 441 y 442 del CPP.)

Notificar. Hecho, devolver al Juzgado Correccional nro. 1 Departamental.