

Expediente I.P.P. diecisiete mil setecientos cincuenta y ocho.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 15 días del mes de mayo del año dos mil veinte, 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 Gustavo Ángel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca (Art. 440 del C.P.P.) para dictar resolución en la I.P.P. Nro. 17.758/I del registro de este Órgano caratulada: "**A. s/ tenencia de estupefacientes para consumo personal**"; y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo 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 Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI DICE: A fs. 81/83 interpone recurso de apelación la Sra. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 19 Departamental, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli-, por la que dispuso el sobreseimiento del imputado.

Se agravia por considerar que -a contrario de lo resuelto por la Sra. Jueza- la conducta de A. sí es punible por haber aparejado un peligro concreto , destacando que: "...no podemos perder de vista que el causante se encontraba circulando en la vía pública al mando de un vehículo automotor, bajo los efectos alucinógenos

de la marihuana, por lo que se conducta genera un claro riesgo respecto de las personas y bienes que transitaban por dicha vía, lo que –a mi entender- queda por fuera de la esfera de privacidad que tutela el art. 19 de la Constitución Nacional...”.

Destaca que obtuvo resultado positivo en el drüger test y que se advirtió que A. presentaba ojos rojizos –característico de quien consume marihuana- y emanaba del habitáculo el olor particular de la especie, lo que daría cuenta de que la tenencia ha trascendido a terceros, no siendo su consumo efectuado en el marco de “...estricta intimidad...”. Solicita revocación y elevación a juicio.

Analizado los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo hacer lugar al recurso y revocar el sobreseimiento dispuesto, elevando la causa a juicio.

Tal como ha expuesto la Jueza de Grado en su resolución, se ha acreditado la tenencia por parte de A. de un total de 3.7 gramos de marihuana, los que fueron hallados por el personal policial al revisar el automóvil que conducía, diligencia que se llevara adelante al haber divisado –al interceptar el automóvil en un operativo público de control- que el conductor tenía los ojos rojos y al haber percibido aroma a marihuana en el habitáculo.

Así el personal prevencional halló “...un trozo compacto de sustancia color verdoso símil marihuana y dos cigarrillos de armado casero combustionados...” (fs. 1), siendo que -a su vez- el test efectuado al conductor dió positivo en el consumo de esa sustancia, lo que –sumado al olor que había en el auto- permite inferir que el imputado consumió allí estupefacientes, en el contexto de circulación con el vehículo.

Ello impide considerar que esa tenencia de estupefacientes no haya tenido trascendencia a terceros, no pudiéndosela considerar una acción amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional, no resultando aplicable el precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Más allá de que, por las circunstancias reseñadas, la situación fáctica de esta causa difiere considerablemente del hecho que se sometía a juzgamiento en el fallo citado, en lo que hace a los alcances interpretativos que pueden

adjudicársele, entiendo que el hecho que aquí se investiga no es un supuesto de tenencia de estupefacientes para consumo personal no punible según los alcances de dicha jurisprudencia.

En ese sentido lo resolví en la I.P.P. nro. 11.500/I del registro de este Cuerpo (resuelta en el mes de Septiembre del año 2013), al referenciar "...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- llevara implícita su trascendencia a terceros, resultando 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...” (las negritas me pertenecen y lo destaco con el fin de reafirmar la idea que vengo proponiendo).

Lo transcripto me permite concluir que "en este caso" la tenencia de estupefacientes que se le atribuye al encartado, no ha sido un acción privada amparada por la Constitución, sino, que ha tenido trascendencia a terceros tanto en los graves riesgos que se han derivado, en especial de su consumo mientras conducía un automóvil, como, a su vez, en las razones por las que se ha procedido, justamente, a la revisión del rodado; y que se vinculan con la percepción por parte de terceros de olor a marihuana dentro del auto, que indicaba

que había existido un consumo de esa sustancia. Recuerdo que el procesado se hallaba conduciendo un rodado en una ruta nacional.

Por ello, no puede considerarse una conducta de tenencia de estupefacientes para consumo personal que haya sido una acción privada intrascendente a terceros y corresponde revocar el sobreseimiento dispuesto, elevando la causa a juicio por el delito previsto en el art. 14, segundo párrafo, ley 23.737; tal el acontecimiento factico que fuera descripto a fs. 75 vta.

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: por iguales fundamentos, voto en el mismo sentido que el Doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado en la cuestión anterior corresponde hacer lugar al recurso interpuesto -a fs. 81/83 y vta.- y revocar la resolución de fs. 75/80 y vta., disponiendo la elevación a juicio de la presente I.P.P. respecto de A., por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, en los términos del art. 14, segundo párrafo, ley 23.737.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: voto en el mismo sentido que el Doctor Barbieri. Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 15 de mayo de 2.020.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este Tribunal, **RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto -a fs. 81/83 y vta.- y revocar la resolución de fs. 75/80 y vta., disponiendo la elevación a juicio de la presente I.P.P. respecto de A., por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, en los términos del art. 14, segundo párrafo, ley 23.737.

Notificar electrónicamente a los Ministerios y remitir a primera instancia, donde deberá anoticiarse al justiciable.