



Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN JUAN

San Juan, diecinueve (19) de Septiembre de dos mil catorce.

Y VISTOS: Los presentes autos Nº 82623905/2013, caratulados: "C/A. A B sobre ley 23.737", radicados ante este Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, para resolver la petición efectuada por el Sr. Defensor Público Oficial a fs. 205/210.

Y CONSIDERANDO: I) Que el Sr. Defensor Público Oficial postula el cambio de calificación y sobreseimiento de la imputada.

Explica que en fecha 12 de abril de 2012, cuando personal del Departamento de Drogas Ilegales de la Policía de la Provincia de San Juan realizó un allanamiento por un mandato judicial en el domicilio de la Sra. . Que al proceder al registro de la vivienda, se secuestró dentro de un atado de cigarrillos marca Rodeo 17 cigarrillos de sustancia verde amarronada. Que en ese momento su defendida manifestó que los cigarrillos eran de su propiedad y para su consumo. Que al pesar el material secuestrado, arrojó un total de 10 gramos. Que posteriormente, la sustancia fue peritada por el Laboratorio Químico Toxicológico de la Policía de San Juan, identificando la misma con el principio activo de Cannabis Sativa, no pudiendo determinar su grado de pureza.

Indica que a pesar de las pruebas colectadas hasta el momento de dictar el auto de procesamiento, no acreditaban el comercio, se le imputa a su defendida la presunta comisión del delito previsto en el artículo 5 inc. "c" de la ley 23.737, y sin haberse incorporado nuevos elementos a la causa que confirme dicha hipótesis sostenida por la instrucción, se requirió la elevación de autos a juicio, con pruebas notoriamente insuficientes.

Solicita que este Tribunal encuadre legalmente la conducta de su asistido en la figura del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, ya que de acuerdo a los resultados de los nuevos elementos de prueba, sumado a los

dichos de su defendida, en cuanto al consumo de sustancias prohibidas y la escasa cantidad, permiten descartar tanto la figura del comercio de estupefacientes, como la figura residual establecida por el artículo 14 primera parte de la ley 23.737, para mutar con certeza en la conducta prevista en el inciso segundo de la mentada norma, o sea, tenencia de estupefacientes con fines de consumo.

Agrega que de considerarse viable esa pretensión, resulta de aplicación al presente caso la doctrina sentada por la C.S.J.N., en la causa "Arriola", declarando el sobreseimiento de su defendida.

II) Que corrida vista al Sr. Fiscal General ante este Tribunal, manifiesta a fs. 212/214 que apreciados los motivos que sustentan el planteo impetrado por la Defensa Oficial de la imputada , sobre que se mute el encuadramiento jurídico enrostrado a su pupila como infracción al artículo 5º inciso "c" de la ley 23.737 (tenencia con fines de comercialización), por la figura más benigna que recoge la norma contenida en el segundo apartado del artículo 14 de la ley de estupefacientes (tenencia para consumo personal), no comparte dicha argumentación.

Indica que como no se puede sostener una tenencia con fines de comercialización, como tampoco incurrir en el convencimiento de una inequívoca tenencia para consumo personal; es que estima meritar una posible mutación en la calificación originariamente enrostrada a por la figura intermedia entre el comercio de estupefacientes y la tenencia para consumo personal contenida en el artículo 14 primer párrafo de la ley 23.737.

Concluye expresando su oposición al cambio de calificación requerido por la Defensa Oficial, debiendo encuadrarse la conducta de la imputada, bajo el marco jurídico del artículo 14, primera parte de la ley 23.737.

III) Que comenzando con el análisis del cambio de calificación solicitado por el Sr. Defensor Oficial, a



Poder Judicial de la Nación
 TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN JUAN

la luz de los fundamentos expuestos, lo actuado en la instrucción, este Tribunal entiende que corresponde hacer lugar a la petición efectuada.

En efecto, en la causa que nos ocupa, los hechos que motivaron la instrucción de la presente causa, ocurrieron el día 12 de abril de 2012, a las 12:30 hs. aproximadamente; en circunstancias en que personal de la Sección Robos y Hurtos de la Policía de San Juan, en cumplimiento de la Orden de Allanamiento expedida por el Juez del Segundo Juzgado de Instrucción de la Provincia, acompañados por un veedor judicial; se constituyeron en el inmueble ubicado en calle


..., en donde radicaría una persona de sexo femenino de apellido ..., alias "la Negra"; a fin de secuestrar bienes muebles varios, entre ellos pesos doce mil (\$12.000) en tarjetas de telefonía prepaga de las compañías Movistar, Claro, Personal y Telefónica de Argentina, tres aparatos celulares, uno marca Nokia modelo 6131 con chip de la empresa Claro, otro aparato celular marca Nokia y un teléfono celular marca Samsung modelo GT-C3510 color negro con pantalla táctil, chip de la empresa Claro, IMEI N° 359751031562874, dos motos, cascos protectores de motos y armas de fuego y proceder a la detención de ..., alias "Cara Sucia" y una persona de sexo masculino apodado "Chimbero", en Sumario Prevencional N° 86/12.

Que al arribar al lugar, los preventores fueron atendidos por ..., quien interiorizada de la orden judicial, no opuso reparo alguno a que se ejecutara la medida, por lo que se ingresó al inmueble y se comenzó a registrar íntegramente, secuestrando en la cocina, debajo de la mesada, que es utilizada como kiosco, se incautó un atado de cigarrillos marca Rodeo, el cual contiene diecisiete cigarrillos armados, procediéndose finalmente al secuestro de cuatro equipos de telefonía celular todos marca Nokia, quedando

uno de ellos vinculados a la causa que dio origen al procedimiento. Ante la presunción de que el hallazgo señalado podría tratarse de estupefacientes, se convocó a personal del Departamento Drogas Ilegales, quienes una vez en el lugar, y en presencia del veedor judicial Marcos Herrera y los testigos de actuación y

, procedieron al pesaje de los cigarrillos armados, el que arrojó un total de diez gramos, no pudiendo efectuar la prueba de campo por carecer de reactivos para tal fin, volcando finalmente todo lo actuado en el acta de fs. 06/07 y vta., quedando detenida

A tenor de las circunstancias emergentes de la detención y del registro del inmueble, de propiedad del imputado, se verifican el cúmulo de recaudos apropiados y necesarios para concluir en la preeminencia del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, el que se erige como una frontera infranqueable que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal, implicando un fuerte reconocimiento de la libertad personal cuya restricción sólo puede ser justificada en la legalidad constitucional, siendo dable destacar en este aspecto el criterio sustentado en el fallo "Arriola", por el Dr. Ricardo Lorenzetti cuando enfatiza que *"... esta libertad que se reserva cada individuo fue definida como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad y que por todas las razones expuestas, el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado pues conculca el art. 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"*.





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN JUAN

Surge con meridiana claridad del precedente emitido por la Corte Suprema, que el Tribunal en su conjunto ha considerado que la punición de la tenencia en escasa cantidad de estupefacientes, que inequívocamente está destinada al consumo personal no puede ser reprimida penalmente, en razón a la imposibilidad constitucional de castigar conductas que no lesionan o perjudican a terceros, quedando comprendida la acción lesiva de intereses personales propios dentro de la protección que la Carta Magna asigna al ámbito de privacidad individual que pertenece a cualquier individuo, siempre que con ello no se ofenda al orden o la moral pública ni se perjudique a un tercero.

Así, en el fallo base de la resolución recurrida en la que se declara la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal con sustento en la prevalencia del principio de reserva e intimidad garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional, se pueden destacar que los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco analizan la cuestión a la luz de la reforma constitucional del año 1994 y, principalmente por el efecto derivado de la incorporación de los Tratados Internacionales, cuyos textos reconocen el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), haciendo hincapié en los principios de autonomía personal y pro homine, considerando al consumidor como la víctima más visible del flagelo de las drogas.

Por su parte, en su voto, el Dr. Ricardo Lorenzetti sostiene que corresponde aplicar al caso el estándar jurídico y la regla del derecho enunciados en "Bazterrica", de lo cual se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay

daño o peligro concreto para terceros y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto, por lo que concluye que la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del art. 19 de la Constitución Nacional y por lo tanto debe declararse su inconstitucionalidad.

Asimismo, el Dr. Carlos Fayt expresa que, lo que se pretende es una adecuada protección de la dignidad y que los derechos de la personalidad son esenciales para el respeto de la condición humana, lo que se traduce en el señorío sobre las cosas, sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, en definitiva de los derechos esenciales de la persona relacionados con la libertad y la dignidad del hombre, concluyendo que la norma legal en cuestión carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo, a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional (Fallos 328: 566).

El Dr. Enrique Petracchi se remitió a sus fundamentos dados en la causa "Bazterrica" y el Dr. Raúl Zaffaroni concluye su voto afirmando que el art. 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el art. 14, segundo párrafo, de la ley N° 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal, por lo que sólo cabe declarar su inconstitucionalidad en el caso.

Finalmente, la Dra. Carmen Argibay, con adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica", manifiesta 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



Poder Judicial de la Nación
 TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN JUAN

terceros que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Así expuesta sintéticamente la posición de cada uno de los integrantes de nuestro máximo tribunal de justicia, con carácter y entidad dirimente para la resolución de casos análogos, como el presente, corresponde señalar que, más allá del criterio personal de cada uno de los jueces inferiores, es deber de éstos acatar la doctrina fijada por la C.S.J.N. en precedentes similares a los casos que deben resolver, toda vez que siendo éste órgano la cabeza de uno de los poderes del Estado, está investido por la Constitución Nacional, como el más alto tribunal de justicia para interpretar sus normas y las leyes que se dicten en su consecuencia, a fin de mantener la supremacía de la Constitución en que aquellas se sustentan, teniéndose presente que el deber de acatamiento de los fallos de la Corte radica en la presunción de verdad y justicia que revisten sus pronunciamientos, habiéndose expresado que tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de ésta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (art. 100, C.N., art. 14 Ley N° 48) y que ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia -susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales- el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investido y que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola sin controvertir sus fundamentos importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad (Fallos 212: 51; C.N.C.P., Sala III, c.10482, reg. 1309/09; Sup. LL, 25/08/09).

Así tenemos que, el art. 361 del C.P.P.N. establece: *"Cuando por nuevas pruebas resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad o exista o sobrevenga una causa extintiva de la acción penal y para comprobarla no sea necesario el debate, o el imputado quedare exento de pena en virtud de una ley penal más benigna o del Art. 132 o 185, inc. 1 del Código Penal, el tribunal dictará, de oficio o a pedido de parte, el sobreseimiento."*

En este caso, estimamos que el pronunciamiento del Excelentísimo Tribunal en el caso "Arriola" puede ser equiparado, en los términos de la norma mencionada, a la ley penal más benigna, ello debido al deber moral de los jueces de conformar sus fallos a las decisiones que en casos análogos haya dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y habiendo declarado la inconstitucionalidad de una norma en un caso determinado, corresponde acatar lo resuelto por el Superior cuando se den las mismas circunstancias fácticas.

Debe señalarse que en los presentes autos se acreditó que el hallazgo de la sustancia (diecisiete cigarrillos armados que estaban en un paquete de cigarrillos particulares) fue totalmente fortuito a raíz de un allanamiento ordenado por la justicia provincial, arrojando un pesaje de diez gramos (fs. 06/07) y que no existieron tareas investigativas respecto al presunto comercio ilegal desempeñado por la imputada y el secuestro de una balanza electrónica que luego se comprobó que estaba fuera de funcionamiento.

Asimismo la imputada en su declaración indagatoria manifestó que *"los cigarrillos de marihuana le pertenecen ya que la dicente consume dicha sustancia, desde hace seis años, fumando entre 4 y 5 cigarros por día... Que la dicente vive con su hija"*

.."; en el mismo sentido el informe psicológico de fs. 201/202 señala que *"La Sra. comenta sobre las situaciones que ha atravesado en relación a las sustancias"*



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN JUAN

psicoactivas asumiendo el consumo de las mismas desde hace muchos años... Se entrevista a la hija de la Sra. quien confirma la situación de su madre en cuanto al consumo de sustancias psicoactivas... Por lo descripto anteriormente se concluye que la Sra.

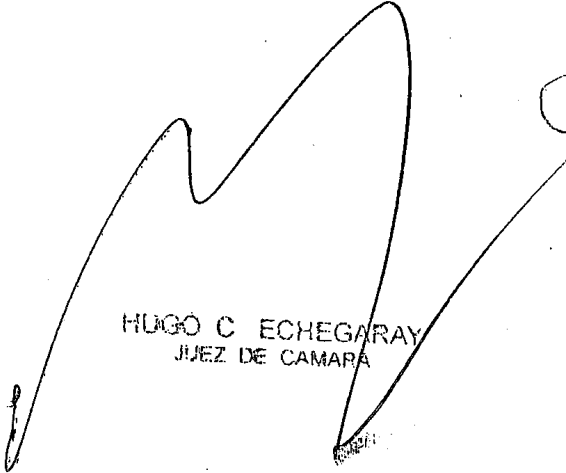
es adicta por policonsumo, ante lo que se recomienda tratamiento de rehabilitación."

En definitiva, habiéndose constatado la escasa cantidad de la sustancia estupefaciente y las demás circunstancias que avalan su tenencia para consumo personal y que su hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto que excediese una tenencia reservada, esto es, sin haber aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, corresponde excluir a la conducta bajo análisis de la persecución estatal al encontrarse amparada como acción privada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

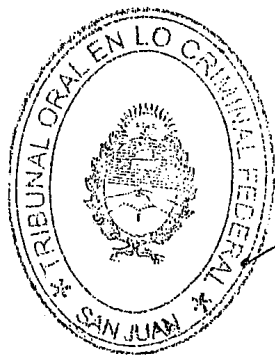
Por todo ello, estima este Cuerpo que corresponde hacer lugar al cambio de calificación solicitado por el Señor Defensor Oficial, debiendo encuadrarse la conducta de _____ en la figura típica prevista en el art. 14º, segundo párrafo, de la ley 23.737, y en consecuencia decretar la inconstitucionalidad de dicha normativa, de acuerdo a las consideraciones efectuadas supra, y el sobreseimiento de la nombrada.

Por las razones dadas en los párrafos que anteceden, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar al pedido de cambio de calificación efectuado por la defensa a fs. 205/210, encuadrando la conducta que se le imputa a _____ D.N.I. Nº _____, hija de _____ y de _____, argentina, nacida el _____, casada, empleada doméstica, con domicilio en _____, calle _____, Provincia de _____; en el delito previsto y penado por el art. 14º, segundo párrafo, de la ley 23.737; declarando en consecuencia la

inconstitucionalidad del mismo para el presente caso, y su sobreseimiento (art. 336 inc. 3) del C.P.P.N.), con la mención de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado la imputada. 2º) Cópiese, protocolícese y notifíquese a quienes corresponda.


HUGO C ECHEGARAY
JUEZ DE CAMARA


CARLOS ALFREDO PARRA
JUEZ DE CAMARA




DANIELA ALEJANDRO DOFFO
SECRETARIO