

///la Ciudad de San Isidro, a los 19 días del mes de agosto del año dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces integrantes de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, Juan Eduardo Stepaniuc, Leonardo G. Pitlevnik y Luis C. Cayuela, para dictar resolución en la causa seguida a Nicolás Frates por el delito de tenencia simple de sustancia estupefaciente previsto en el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737, y practicándose el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Cayuela, Pitlevnik y, para el caso de disidencia, Stepaniuc.

A N T E C E D E N T E S

El Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías n° 6 dptal., Dr. Nicolás Ceballos, resolvió hacer lugar al sobreseimiento solicitado por la Defensa Oficial y, por ende, sobreseer parcialmente a Nicolás Frates en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14 primer párrafo de la ley 23.737).

Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación el Fiscal, Dr. Rodríguez, a fs. 15/21 del presente incidente.

Encontrándose esta causa en estado de dictar resolución, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

PRIMERA: ¿Es admisible el recurso de apelación interpuesto contra el punto I de la resolución que obra en copia a fs. 4/13?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ CAYUELA DIJO:

1) Antecedentes.- El Sr. Juez de Garantías resolvió hacer lugar al sobreseimiento solicitado por la Defensa Oficial y, por ende, sobreseer parcialmente a Nicolás Frates en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14 primer párrafo de la ley 23.737).

En ese sentido el Magistrado consideró que la conducta desplegada por el imputado no adquirió una idoneidad tal como para

afectar el bien jurídico protegido por la norma en cuestión y, en consecuencia, a su criterio, la conducta deviene atípica. El Juez de Garantías arribó al sobreseimiento parcial del imputado Frates en los términos del art. 323 inc. 3° del C.P.P.

Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación el Sr. Fiscal de intervención, Dr. Rodríguez. Dicho recurso fue mantenido por el Fiscal Departamental Adjunto, Dr. Rodrigo Fernando Caro, a fs. 26 del incidente de apelación.

El Fiscal manifestó que discrepa con los argumentos expuestos por el Juez de Garantías ya que entendió que la cantidad de marihuana incautada al imputado estaba dividida en tres trozos compactos y no se cuenta con elementos o utensilios que permitan pensar que su destino era para uso personal. Respecto de la falta de exteriorización de la conducta, dijo que ningún sujeto que traslada marihuana lo hace a simple vista sino que opta por esconderla en bolsos o en el interior de un rodado, al igual que si se tratara de un arma de fuego, en cuyo caso nadie podría alegar falta de concreción del tipo penal.

2) El recurso es tempestivo y quien lo interpuso -fiscal- posee derecho a hacerlo, cumpliendo, en lo demás, con las exigencias previstas por los arts. 433, 439, 442 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y sus modificatorias- (arts. 337 último párrafo; 421; 424; 433; 434; 439; 441; 442; 443 y cts. del C.P.P.).-

Por lo expuesto, voto por la afirmativa.-

ASI LO VOTO.-

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ PITLEVNIK DIJO:

Adhiero mi voto al de mi colega preopinante, Dr. Cayuela, por los mismos motivos y fundamentos.-

ASI LO VOTO.-

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ CAYUELA DIJO:

1) Considero al igual que el Juez de Garantías que en la presente causa debe dictarse el sobreseimiento. No obstante he de llegar a esa conclusión por distinta vía.

En efecto, conforme lo he sostenido en anteriores pronunciamientos, el art. 23 inc. 5to. del C.P.P. establece que los cambios de calificación legal planteados en ésta etapa procesal, sólo deben tratarse cuando estuviere en juego la libertad del imputado.-

Esta norma tiende a evitar una discusión durante el sumario que vaya a producirse luego en el debate y que no implique una modificación en la situación procesal del encausado.

En el presente caso, en cambio, la modificación del encuadre legal lleva consigo el sobreseimiento sobre la base de la inconstitucionalidad de la figura penal que se propone. Así entonces el art. 23 inc. 5to. del C.P.P. no limita el ingreso en este punto.

2.- Conforme surge de la requisitoria fiscal de elevación a juicio se le imputa a Frates: "el haber tenido ilegalmente en su poder tres envoltorios con 94,2 gramos de marihuana, la cual poseía con fines de comercialización, dada su distribución y cantidad, circunstancia constatada el día 17 de octubre de 2013, siendo aproximadamente las 20.00, en la vía publica en la inmediaciones de la intersección de la arteria Saravi y Ruta Nacional Nro. 8, de la localidad de La Lonja, partido de Pilar, al ser interceptado por personal policial del Dc. La Lonja."

Se cuenta en la presente con el acta de procedimiento de fs. 1/2, informe médico agregado a fs. 4, test orientativo que a "*prima facie*" arrojó resultado positivo en cuanto a la presencia de marihuana en el material incautado al encausado (5/7), declaraciones testimoniales de los numerarios policiales que participaron en el procedimiento documentado a fs. ½, Subteniente Carlos Gómez (fs. 10) y Oficial de Policía Leandro Garate (fs. 11), la declaración del encartado Frates reconociendo haber

estado en posesión de los tóxicos pero manifestando que era para su consumo personal (fs. 19/20), e informe químico de fs. 63/68vta.

La conducta reprochada por el Ministerio público Fiscal (conforme requisitoria de elevación a juicio) resultó constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14 1er. párrafo de la ley 23.737).

3.- Sentado lo anterior, considero que en el presente caso es de aplicación el criterio sostenido por la C.S.J.N. in re Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes (Buenos Aires 27 de diciembre de 2006).

La Corte señaló que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba 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 excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine alcanzada por la figura de tenencia simple. Pues esa conclusión supone vaciar de contenido al principio *in dubio pro reo* en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza en cuanto a que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto menos, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél. También señaló que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal.

4.- Sentado ello, respecto de la carga de la prueba no se discute de manera alguna que es obligación del Fiscal investigar la hipótesis delictual que se plantea con un criterio objetivo en una búsqueda de la verdad real del hecho, tanto a favor como en contra del imputado (art. 18 C.N., 54 ley 12.061).

Los autos de mérito producidos en la I.P.P. no requieren la certeza de una sentencia definitiva y sólo reclaman la probabilidad positiva acerca de la imputación; pues el sobreseimiento en palabras de Maier "parece partir, en principio, de la certeza negativa y admitir, incluso, la probabilidad negativa o la duda una vez agotada la investigación; por esta razón, en cambio, la probabilidad positiva funda el progreso de la persecución penal y, por ello, basta para la acusación y la remisión a juicio" (idem., p. 496) Lo que resulta coincidente con lo normado por el art. 322 del C.P.P., pues el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso.-

Ahora bien, en la presente causa nos encontramos ante una disyuntiva entre dos figuras penales, una de base y otra atenuada, con la particularidad que la última se funda en un elemento especial de la subjetividad del agente en el despliegue de la conducta.

Más específicamente, la atenuación de la figura base se encuentra reglada para cuando "por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para consumo personal" (art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737). Ahora bien, a criterio del suscripto la obligación del fiscal en la recolección de la prueba no implica necesariamente la obligación de descartar la figura atenuada para poder fundar la aplicación de la de base, sino bien, justamente por el principio objetivo con que debe dirigir su investigación, coleccionar la prueba suficiente para poder conocer esos elementos que hacen al atenuante, respecto de los cuales las partes podrán alegar. Esto es, para el presente caso, conocer la cantidad de sustancia que el agente tenía y las circunstancias de esa tenencia.

Resumiendo, no se debe exigir que el Fiscal descarte la atenuante sino meramente que funde su pretensión, sea ésta la figura de base o una agravada, pues ello no implica hacer reposar sobre el imputado y su defensa la necesidad de probar su solicitud, dado que los elementos que

han de valorarse para ello han sido colectados en el curso de la investigación por parte del titular de la acción.-

5.- En el acta de procedimiento cabeza de actuación (ver fs. 1/3 de este incidente, que se corresponde con fs. 1/2 del original), da cuenta de que los oficiales Gómez y Garate recibieron una comunicación vía Nextel proveniente del destacamento de policía local, por la cual se daba cuenta que en la puerta de la Librería sita en la calle Saravi, a escasos metros de ruta Nacional nro. Ocho, de la localidad de La Lonja, un masculino vestido con remera oscura, pantalón de jeans y una gorra con visera de color blanca se encontraba forcejeando con una mujer con fines de ingresar al comercio antes aludido. Al arribar al lugar, en momentos en que los funcionarios policiales descendían del rodado, el sujeto denunciado se abalanzó sobre ellos con intención de agredirlos. Así las cosas, los policías debieron emplear la fuerza mínima para aprehenderlo. En el acta también se dejó constancia que la testigo Daniela Ramírez dijo que el sujeto aprehendido tomó de los cabellos a un joven e intentó golpearlo, y además le señaló a los funcionarios policiales los dos bolsos que llevaba el agresor, uno de ellos de color blanco con vivos azules e inscripciones que rezaban "*Viajes Matras S.A. Buenos Aires – Argentina*" y el restante de color negro de tela de nylon con inscripción de color verde que rezaba "*Fujifilm –Club Banco Nación Judo*". Una vez que fue trasladado a la comisaría, en razón del grado de alteración que presentaba, allí se procedió a requisar ambos bolsos. En el interior de ambos se encontraron tres envoltorios con 94,5 gramos de marihuana.

La hipótesis fiscal no ha podido acreditar, con el grado de probabilidad requerido en esta instancia, que dicha tenencia sea ajena a la de consumo. No se ha colectado prueba al respecto ni se ha argumentado tampoco y no surge de los actuados la posibilidad de que se pueda probar otra cosa que aquello que se ha agregado en el sumario.

La cantidad de sustancia estupefaciente incautada, teniendo en cuenta, asimismo, que se trataba de marihuana y el contexto en el que fuera incautado, sumado al cuadro de adicción que padecería el imputado según sus propios dichos, permiten sostener razonablemente el fin de consumo de la tenencia.

La ausencia de datos expresos que indiquen el fin de consumo no resulta una circunstancia que pueda alegarse en contra del imputado, pues como ya lo referí precedentemente, la carga de la prueba está en cabeza del Fiscal y es el encargado de acreditar aún en esta instancia, una sospecha razonable que abarque todos los elementos típicos, incluido el subjetivo.

Es por lo expuesto que postulo recalificar la conducta como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737).

6) Con la calificación postulada, entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la figura endilgada.

a) Conforme lo sostuvo esta Sala en reiterados pronunciamientos (causa n° 69.066 "Vallejos, Gustavo Horacio", entre otras) con voto del Dr. Pitlevnik al que el suscripto adhirió plenamente "...Dicha declaración constituye, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un acto de suma gravedad (Fallos 300:241, 1057; 302:457, 484 y 1149, entre muchos otros). Estimo que ello encuentra especial fundamento en el sistema de división de poderes y equilibrio de las funciones de dichos poderes constituidos del Estado. El Congreso es el órgano que representa con mayor claridad la expresión legítima y auténtica de la voluntad popular, la que se manifiesta en las leyes dictadas de conformidad con el procedimiento previsto en nuestra Constitución. Es por ello que la declaración de inconstitucionalidad es una medida de carácter excepcional que sólo cabe efectuar cuando un examen de la norma objetada conduzca a la convicción cierta de que su

aplicación menoscaba el derecho o garantía constitucional invocado por la parte (CSJN 315:923).-

Lo expuesto importa afirmar la conveniencia de realizar una lectura de las disposiciones legales desde una "lente constitucional" y solo declarar su oposición a la carta fundamental cuando ninguna interpretación razonable permita mantenerla en pie.-

Corresponde entonces que analice si la conducta que se castiga en el art. 14 párrafo 2do. de la ley 23.737 afecta a la normativa constitucional y si existe alguna interpretación que pueda salvaguardar la regulación dictada por el Congreso de la Nación sin requerir de una declaración de inconstitucionalidad.-

b) Tomaré especialmente en cuenta y responderé los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Montalvo" del 11/12/90. En dicha oportunidad la mayoría varió el criterio sentado en "Bazterrica" del 29/8/86, oportunidad en la que el máximo tribunal había decidido declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión (formulada en esa oportunidad en el art. 6to de la ley 20.771). Cabe destacar que entre los fundamentos del voto mayoritario se sostuvo atinadamente, a mi criterio, que las razones de política criminal competen al legislador y que los jueces, en principio, no están habilitados a cuestionar la utilidad de la norma legal que el Congreso dicta para combatir la droga. Es por ello que en el análisis que desarrollo a continuación no intentará cuestionar dichos extremos sino, simplemente, de examinar si con independencia de las razones del legislador, las conductas que ha decidido prohibir se encuentran protegidas por el art. 19 de la C.N.-

c) Coincido con lo que sostuviera el Juez Petracchi en el mencionado precedente "Bazterrica, Gustavo M.", del 29/8/86 en cuanto a que la decisión sobre la juridicidad o antijuridicidad de la tenencia y consumo de estupefacientes depende de la extensión y

protección que corresponda dar a la salud pública y a la salud individual. Esta última forma parte también de la privacidad protegida por el art. 19 CN.-

El derecho a la privacidad, decía el ministro de la Corte en su voto, significa asegurar la determinación autónoma de la conciencia del individuo cuando toma "las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aun si es coactiva." Refería que "el orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado." Agregaba luego que "la disposición del art. 19 de la Carta Magna, traduce el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos, como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio, el incesto, etc. Aquella norma excluye, así, la posibilidad de fundar incursiones de los órganos estatales y en especial a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas".-

En ese sentido, decía a su vez Carlos S. Nino, que detrás de la idea de penar la tenencia para consumo personal puede apreciarse, entre otros, un argumento perfeccionista conforme el cual sería válido inducir a los hombres a adoptar ideales de vida decentes y a condenar los actos inmorales o los vicios que llevan a la autodegradación del sujeto. Respondía Nino a ello que el derecho impone reglas de moral referidas a terceros, pero no las que hacen a la propia idea de la excelencia humana, y ello es lo que marca el art. 19 de la C.N. Citaba al efecto las palabras de Carrara: "Sed viciosos si os place, tanto peor para vosotros, yo no tengo

derecho a infligir penas por ello" (Ética y Derechos Humanos, Paidós, Bs. As., pags. 257 y sigs.).-

Explica Zaffaroni que no se trata de pretender fundar un derecho esencial a consumir estupefacientes. Decía que "el derecho fundamental, innegable, que la Constitución tutela, es el derecho a elegir no consumirlos; es decir, el derecho a ejercer mi autonomía moral". Señala que "el derecho fundamentalísimo, base de todos los otros, parangonable al derecho a la vida, por ser inescindible del concepto de hombre como persona, es el derecho a decidir conforme a la conciencia moral" (en "Tenencia de tóxicos prohibidos", JA, 1986-IV-236 y sigs.).-

Definía Nino como acción privada a aquella que "está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre estos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar" (Ob. Cit, pag. 269). En consonancia con ello, entiendo que causar un perjuicio requiere de una relación directa entre el acto prohibido y el perjuicio que se desea evitar. No basta con que dicho acto sea un mero antecedente o una referencia que podría ser imitada por otros. Es decir un acto deja de ser causa directa de un perjuicio si interviene otra acción voluntaria de un tercero, de la víctima o del propio agente.-

Tampoco configura un interés legítimo de terceros las preferencias con relación al plan de vida del agente, pues esto es resorte exclusivo del titular y se encuentra al amparo de la garantía contenida en la primera parte del art. 19 de la CN. (conf. Nino, Ob. Cit. pag. 269).-

Volviendo al mencionado voto del Juez Petracchi, "no podría el derecho positivo prohibir toda acción de la que pudiere predicarse que resulta moralmente ofensiva ya que no es función del Estado establecer el

contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales "desviaciones" morales a los demás".-

Aún cuando el consumo de drogas importe una grave afectación a la dignidad de la persona, en la medida que se trate de un acto consciente decidido por un sujeto adulto, ello no habilita al Estado a su penalización. Aunque parezca una verdad de perogrullo, no prohibir no significa promover, de la misma manera que la no prohibición no importa una valoración positiva de aquello que queda fuera de la persecución penal. Con ello se responde a otro de los postulados del voto mayoritario en "Montalvo", en cuanto a que no se trata de eliminar todo esfuerzo social para terminar con un mal tan extremo como la adicción a las drogas, sino de delimitar cuáles son los límites constitucionales del poder punitivo del Estado, que está facultado a llevar todas las medidas educativas y de cualquier otro tipo para evitar que la población se vea sometida a tamaño flagelo. Incluso tiene la facultad de poner en funcionamiento el monopolio de la fuerza como lo hace a lo largo de todo el articulado de la actual ley 23.737, lo que le está vedado es perseguir esos objetivos invadiendo la privacidad de los habitantes de la nación.-

Como sostenía Nino con razón, la falta de castigo no implica la aprobación del acto como moralmente bueno, sino la aceptación de que no es materia de castigo estatal. "Un buen test de la firmeza de nuestra adhesión al principio de autonomía consiste en verificar si estamos dispuesto a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por aberrantes o estúpidas." (Ob. Cit. pag. 273).-

La afectación de la moral pública que conforme el art. 19 de la CN. validaría la intervención estatal, no debe ser entendida como la sola

afectación de la moral a secas, pues ello implicaría darle a la norma un contenido mayor al que en realidad tiene. La moral pública no es otra cosa que la moral intersubjetiva y excluye, por ende la denominada moral autorreferente. Los actos inmorales no son por ese solo hecho objetos de castigo. En un estado de derecho, derecho y moral no conforman un único conjunto, pues si bien "un hecho no debe ser prohibido si no es, en algún sentido, reprobable; pero no basta con que sea considerado reprobable para que tenga que ser prohibido" (L. Ferrajoli, Derecho y Razón, pag. 460, Ed. Trotta, Madrid, 1995).-

La afectación de la moral intersubjetiva no depende exclusivamente del criterio del legislador. Como bien señalaba el Juez Petracchi en el antecedente mencionado, la segunda parte del artículo 19 de la CN establece que el Estado sólo puede limitar los derechos individuales en virtud de normas de carácter legal; mientras que su primera parte determina que la ley no puede mandar ni puede prohibir nada en relación a las acciones privadas de los hombres. Las acciones privadas no se transforman en públicas porque el Estado decida prohibirlas, pues si así fuera, el art. 19 CN se vería reducido a una mera tautología. La autolesión, en la medida en que no se proyecte en un acto que ofenda la moral o el orden público se encuentra amparada por el art. 19 de la CN.-

d) Conforme surge de lo precedentemente expuesto, el único margen que permite validar constitucionalmente la imposición de un castigo para quien tiene drogas destinadas al consumo personal, es la circunstancia de que dicha tenencia o consumo importen un peligro para terceros. El bien jurídico protegido por la ley 23.737 es la salud pública. Ahora bien, ¿importa la tenencia para consumo personal algún riesgo para la salud pública?

Una primera respuesta afirmativa podría basarse en el hecho de que quien tenga droga para su consumo, supere los límites de su privacidad y de alguna manera pueda incitar a terceros. Lo cierto es que

dicha conducta se encuentra ya atrapada por otra figura penal de la misma ley 23.737 que en su art. 12 impone una pena a quien preconizar o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos y a quien usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público. De manera que la única hipótesis que permitiría mantener la prohibición del segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737, ya se encuentra penada en el art. 12.

Se aprecia así que la salud pública se encuentra protegida penando las conductas que importan difusión que no son otras que aquellas previstas en el art. 12 de la ley y que fuera de ello no se aprecia de qué manera "tener" una cantidad de estupefacientes destinada al consumo personal puede importar peligro de contagio a terceros.-

e) Con relación al argumento que pretende justificar la pena del tenedor para consumo para llegar al traficante o impedir su actividad y la reducción de la demanda como consecuencia del castigo al consumidor, sostiene Jaime Malamud Goti que partiendo de una visión apocalíptica de la consecuencia del consumo de drogas se confunde el objeto de protección con la acción conminada con pena; se confunde lo prohibido y lo tutelado (en "La tenencia de estupefacientes para propio consumo", publicado en DP, 1979, pag. 864 y sigs.). El Juez Petracchi refería en "Bazterrica" que la persecución del traficante de estupefacientes a partir del consumidor, no solamente llevaría al absurdo de fomentar desde el Estado el consumo para una mayor eficacia en la represión del traficante, sino que, además, importaría combatir toda conducta no deseada mediante el castigo de quien es su víctima. Para tener una idea acabada de ello basta con imaginar qué ocurriría con los fumadores de tabaco en el caso de que se decidiera castigar su consumo como ocurre hoy con la ley de estupefacientes. En lugar de reprimir la conducta de quien efectivamente daña la salud pública distribuyendo la mercancía, se perseguiría a cada tenedor constituyéndolo en delincuente por el solo

hecho de tener un cigarrillo en un bolsillo, en la guantera de su automóvil, o en un cajón del escritorio.-

f) Otro argumento a favor de penar la tenencia, tiende a relacionar el consumo de estupefacientes con la comisión de otros delitos. Afirmaba el Juez Petracchi en el fallo mencionado que no sólo "no existen estudios suficientes que prueben la necesaria vinculación entre el consumo de ciertos estupefacientes en determinadas cantidades y la perpetración de otros delitos", sino que "si estar bajo la influencia de ciertos estupefacientes puede facilitar la producción de infracciones penales, el castigo siempre deber estar asociado a la concreta realización de éstas y no a la mera situación en que el delito podría cometerse." Señalaba Nino en ese mismo sentido la imposibilidad de afirmar razonablemente que "la mayoría de los actos individuales de consumir estupefacientes constituyen una condición suficiente, en circunstancias normales, para que al agente cometa un delito distinto" (ob. Cit. pag. 271). Es que si nos permitiéramos una punición en estas condiciones, ampliaríamos el castigo a una multitud de sujetos que no hacen del consumo de drogas un presupuesto para la comisión de delitos; se violaría el art. 19 de la CN pues incluiríamos el castigo de un universo de acciones privadas que ninguna vinculación tienen con conductas delictivas.-

g) Decía Petracchi en su voto que la prohibición aquí cuestionada obedece a la afirmación dogmática e imprecisa conforme la cual la punición es un remedio efectivo a la grave cuestión social de las drogas. Basta para coincidir la calificación de dogmática e imprecisa con solo observar que un último argumento de la mayoría en "Montalvo" era la necesidad de proteger a la juventud, la familia, la subsistencia de la nación y hasta de la humanidad toda y la comparación del fenómeno de la droga con las plagas, lo que parece remitir a los argumentos que la misma Corte había mencionado en el antecedente "Colavini" del

28/3/1978 cuando comparó a la difusión de la toxicomanía con las guerras y las pestes que asolaron a la humanidad.-

Nuevamente debe destacarse que las profundas heridas que produce la drogadicción en la sociedad no deben ser sanadas mediante la violación de una garantía constitucional. Para ello se encuentran todos los otros tipos penales de la misma ley 23.737 que habilitan una persecución constitucionalmente válida. Sospechar que la tenencia de droga para consumo personal afecta el destino de la humanidad toda, convierte automáticamente al consumidor en el enemigo público número uno a partir de un discurso de inusitada fuerza emotiva que incluye dentro de un complejo paquete punitivo al castigo de quien no afecta la moral intersubjetiva, el orden público ni afecta derechos de terceros (como no lo haría cualquiera de los adultos que decidieran un plan de vida que importe algún tipo de autolesión o signifique para otros una degradación que no aceptarían en su propia existencia). De más está decir que comparar a la toxicomanía con las pestes que "en tiempos pretéritos" diezmaban a la humanidad, como lo hacía la Corte de 1978, sin evaluar siquiera que por, ejemplo, la llamada peste negra provocó la mortandad de la tercera parte de la población europea entre 1346 y 1350 (conf. William Mc Neil, *Plagues and Peoples*, Monticello Ed., New York, 1976), resulta una afirmación desprovista de fundamentación y que en nada permite legitimar la persecución de quien tiene estupefacientes para el propio consumo.-

h) Por último, entiendo pertinente señalar que, como bien afirmaba Carlos S. Nino, el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 persigue el consumo, mediante el recurso de apuntar a la tenencia. Afirmar lo contrario es igual a que un estado proclamara que no persigue a determinadas creencias religiosas pero castigue con prisión a todos aquellos que tengan los libros de oraciones necesarios para su práctica (ob. Cit. pag. 272).-

i) Nótese que recientemente la CSJN in re "Arriola" ha señalado, en principio, la inconstitucionalidad de la punición de aquella tenencia que tiene como objeto el consumo personal.-

j) Por las razones expuestas, considero que el art. 14 párrafo segundo de la ley 23.737, debe ser invalidado, pues conculca el art. 19 CN, art. 29.2 de la DUDH y art. 11 de la CADH, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, debe declararse a la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la simple tenencia de estupefacientes para su consumo personal.-

7) En virtud de lo expuesto, corresponde analizar las causales que dispone el art. 323 del C.P.P., en el orden establecido por el ritual.-

a) En primer término, en tanto el hecho que se imputa al encausado Frates habría acaecido el 17 de octubre de 2013, entonces, la acción penal no se ha extinguido de acuerdo a las previsiones del art. 59 y ccdtes. del C. Penal (art. 323 inc. 1 "a contrario" del C.P.P.).

b) De acuerdo a las constancias colectadas en autos y que fueran enunciadas en los acápites precedentes, existe sospecha de que el hecho investigado existió (art. 323 inc. 2 "a contrario" del C.P.P.).-

c) Atento a la inconstitucionalidad concluida del art. 14 párrafo segundo de la ley 23.737, la conducta endilgada al encausado no encuadra en una figura legal (art. 323 inc. 3ro. del C.P.P.).

8) Por lo expuesto, postulo se confirme el punto I de la resolución recurrida, en cuanto sobresee de manera parcial a Nicolás Frates, empero por los fundamentos expuestos supra, es decir recalificando la conducta endilgada como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal y declarando la inconstitucionalidad de esta figura (arts. 18, 19, 33 CN, 323 inc. 3ro., 327, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y sus modificatorias).-

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ PITLEVNIK DIJO:

Adhiero al voto de mi colega preopinante. Ello así porque entiendo que las razones expuestas en cuanto a que la tenencia debe ser considerada para consumo personal son adecuadas, lo mismo que el desarrollo de lo atinente a la inconstitucionalidad de la figura prevista en el art 14 último párrafo de la ley 23737, correspondiente a la cita del voto preopinante de la causa N° 69.066/II "Vallejos, Gustavo Horacio" al que adhirieran mis distinguidos colegas.

ASI LO VOTO.-

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces por ante mí, doy fe.-

FDO: LUIS C. CAYUELA- LEONARDO G. PITLEVNIK

Ante mí: ADRIANA R. ERNAGA

R E S O L U C I O N

///Isidro, 19 de agosto de 2014.-

AUTOS Y VISTOS:

Y CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que antecede ha quedado resuelto, que el recurso de apelación deducido es admisible y corresponde recalificar la conducta imputada como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, declarar su inconstitucionalidad, sobreseer parcialmente a Nicolás Frates, de las demás circunstancias personales obrantes en autos.

POR ELLO:

I) SE DECLARA ADMISIBLE el recurso de apelación que fuera interpuesto contra el punto I del auto que obra en copia a fs. 6/13 del presente incidente, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 439 y 447 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y sus modificatorias-).

II) SE CONFIRMA el punto I de la resolución que obra en copia a fs. 6/13 del presente incidente, en cuanto resolvió **SOBRESEER PARCIALMENTE** a Nicolás Frates, empero por los fundamentos expuestos en el considerando, es decir **recalificando** la conducta endilgada como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal y **declarando la inconstitucionalidad** de esa figura (arts. 18, 19, 33 CN, 323 inc. 3ro., 327, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y sus modificatorias-).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Sirva el presente de atenta nota de remisión.-

FDO: LUIS C. CAYUELA- LEONARDO G. PITLEVNIK

Ante mí: ADRIANA R. ERNAGA