

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

REGISTRO NRO. 15.889 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, los doctores Mariano H. Borinsky y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 61/67vta. de la presente causa Nro. 14.062 del Registro de esta Sala, caratulada: “**VALLEJO, Miguel Arcangel s/ recurso de casación**”; de la que **RESULTA:**

I. Que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, en la causa nro. 53.416/10 de su registro, con fecha 20 de septiembre de 2010, resolvió, en lo que aquí interesa, no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y pedidos de sobreseimiento solicitados por la Defensa Pública, y confirmar el procesamiento sin prisión preventiva de Miguel Arcángel Vallejo, como presunto autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes destinados al consumo personal, previsto y penado por el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 (fs. 54/60).

II. Que contra dicha resolución, interpuso recurso de casación la señora Defensora Pública Oficial, doctora Amalina Silvia Elena Assaf, asistiendo a Miguel Arcángel Vallejo (fs. 61/67 vta.), el que fue concedido a fs. 69/70, y mantenido en esta instancia por la señora Defensora Oficial ante esta Cámara, doctora Laura Beatriz Pollastri (fs. 76).

III. Que la recurrente encarriló sus agravios en orden al primero

de los incisos del art. 456 del C.P.P.N.

De esta manera, cuestionó la constitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y se agravió de los fundamentos vertidos en la sentencia impugnada.

Refirió que la mencionada norma se contradice con el principio constitucional contemplado en la primera parte del artículo 19 de la Carta Magna, toda vez que se invade la esfera de la libertad individual, vulnerando así el principio de autonomía.

En ese sentido, resaltó que la restricción del artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737, se contradice con lo establecido en el art. 19 de la C.N., cuando no se produce la afectación del bien jurídico protegido por la norma (la salud pública) y en caso de estimarse lo contrario, se haría una interpretación restrictiva de justificación de la intromisión del Estado en los derechos individuales.

De esta manera, afirmó que de las constancias de autos, surge inequívocamente que la conducta del justiciable, se encuentra resguardada por el art. 19 de la C.N., ya que la salud pública no fue lesionada, ni existía la posibilidad de que lo fuera potencialmente, y tampoco se advierte que se haya puesto en peligro, o causado daño a un bien o derechos de terceros.

Pues, no surge del acta policial que dio inicio a las actuaciones que Vallejo, al momento de ser interceptado por personal del servicio penitenciario, ni en los momentos previos a la requisita y el hallazgo de la sustancia estupefaciente, se haya encontrado consumiendo o haciendo ostentación del consumo.

Por otra parte, sostuvo el impugnante que en el presente caso no existe tipicidad penal, es decir, no existe compatibilidad entre la conducta que describe la norma en discusión y la desplegada en autos por el encausado, ya que de modo alguno se afectó la salud pública.

Cámara Nacional de Casación Penal

A su vez, para otorgar mayor basamento al presente remedio procesal, citó profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -entre ellos el Fallo “Arriola”-.

Por último, hizo reserva del caso federal.

III. Que, durante el plazo previsto por los arts. 465 y 466 del C.P.P.N., se presentó la señora Defensora Pública Oficial subrogante de la Defensoría Pública Oficial Nro. 4, doctora Mariana Grasso, quien hizo suyos los argumentos vertidos por la señora Defensora Oficial de la anterior instancia, y afirmó que atento a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados, se permite inferir la ausencia de lesión a bien jurídico alguno, por lo que corresponde hacer lugar al planteo defensista (fs. 99/102).

IV. Que superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Gustavo M. Hornos y Mariano H. Borinsky.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Toda vez que el recurso impetrado, a la luz de lo previsto por los arts. 438, 457 y 474 del C.P.P.N., es formalmente admisible, he de adentrarme a dar respuesta a las críticas en él esgrimida.

II. Ahora bien, en el caso de marras entiendo que no puedo apartarme de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal, en el mencionado fallo “Arriola, Sebastián y otro s/causa N°9080”, A.891 XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009, en el cual se consagro “...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 (o no)...” (Voto de la Juez Carmen M. Argibay).

III. En esa línea, entiendo que al haber sido calificada la conducta del encartado como constitutiva del delito de tenencia para consumo personal, previsto en el art. 14 segundo párrafo, de la Ley 23.737 (ver resolución de fs. 28/30vta. y 54/60) sumado a que el hecho de que el comportamiento del imputado Vallejo, en modo alguno colocó en peligro concreto o causó daños a bienes jurídicos o derechos de tercero, línea demarcadora que sólo de ser sobrepasada consentiría la intromisión judicial, impone aquella solución. En efecto, véase que la marihuana incautada a Vallejo, constituía una escasa cantidad -0,32 grs. y 0,60 grs-, la detentaba en el interior de un caño que sostiene un estante en la celda y sólo fue advertida en momentos en que fuera requisada la celda que ocupa en la unidad carcelaria donde se encuentra alojado.

Por lo tanto, el caso en estudio se encolumna detrás de otros en los que el Máximo Tribunal decidió la desincriminación de la conducta pesquisada, a saber: Fallos: 310:294 y 312:2475; ocasiones en las que se precisó que “... una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra... un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible...”, no importa relevancia jurídico-penal, ya que “... toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente.... No hay lugar para plantear (una cuestión penal) cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra..” (confr. voto del Ministro Carlos S. Fayt, del precedente “Arriola” arriba citado); “... en

Cámara Nacional de Casación Penal

tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, está amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional... La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional.... Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionada con la existencia de actos de exhibición en el consumo.... Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder de la/el imputada/o... ” (vid. sufragio de la Juez Carmen M. Argibay, siempre del antecedente de cita).

Por otra parte, del análisis del recurso traído a estudio, advierto que el “a quo” intenta tener por acreditada la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública a partir de argumentos meramente especulativos, cuando lo cierto es que no existe elemento probatorio alguno que permita sostener tal tesis.

A su vez, no debe pasarse por alto que en el *sub lite* no se ha demostrado que: “... el consumidor (hubiese) ejecutado actos de ‘tráfico hormiga’ (que sí serían) punibles...” (confr. precedente “Bazterrica” - Fallos: 308:1392-); ergo, la acción desplegada por Vallejo sigue al resguardo del art. 19 de la Constitución Nacional.

En definitiva, observado que el imputado tenía en su poder

material estupefaciente en escasa cantidad, en una cuantía factible de ser considerada detentada para el propio consumo y que aquella sustancia prohibida no fue ostentada a terceros, me inclino por otorgar favorable acogida al planteo defensista, por los motivos precedentemente expuestos.

Ello sin perjuicio de mi derecho a analizar, interpretar y emitir alguna opinión sobre la decisión del más Alto Tribunal, sin que aparezca un alzamiento o rechazo sino aunque más no sea, delimitar sus alcances y también adecuar mi parecer a esos límites nuevos que han de ser seguidos para buscar unificar la jurisprudencia pero lejos del concepto de obediencia debida, impropio de la naturaleza de nuestra labor y de nuestra investidura que me autoriza a plantear disidencia razonable sin desconocer una axiología funcional administrativa que recomienda su observancia y ponderando el nivel de los votos y el concepto que me merecen sus autores.

Además, en la cuestión planteada, esto es, la tipificación de conductas producidas en el contexto de la ley que nace del narcotráfico y la drogadependencia, todavía estamos en el estado de debate que es consecuencia de un fenómeno que nos excede por su magnitud, su crecimiento, su globalización y sus lamentables efectos que hace tanto a la decisión judicial como a la política criminal de un Estado inerme y debilitado ante un sujeto activo, múltiple y descomunal.

El fallo recaído en la causa “*Arriola*” que declara ajena a la órbita del derecho penal la tenencia de drogas para uso personal, mal puede interpretarse como una legitimación de toda tenencia, sino una mensuración de la norma y por ello una cuantificación de la marginalidad criminosa, en mira de redefinir en nuestro tiempo la caracterización de los autores de este ilícito.

El derecho penal está en movimiento y es cambiante, haciendo aparecer como aventurada las manifestaciones de Carrara en su

Cámara Nacional de Casación Penal

“*Prolusione*”, recomendando a los alumnos estudiar derecho Procesal Penal, pues en el derecho penal sustantivo ya casi todo se había hecho.

IV. Por ello, propongo al acuerdo **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a Miguel Arcangel Vallejo, sin costas, y, en consecuencia **CASAR** la resolución de fs.54/60, **REVOCÁNDOLA; DECLARAR** la inconstitucionalidad de la aplicación del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 al caso de autos y sobreseer por atipicidad al nombrado en orden al hecho objeto del presente proceso (arts. 361, 474, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez doctor Gustavo M. Hornos** dijo:

Por coincidir en lo sustancial y con especial remisión a las consideraciones que tuve oportunidad de efectuar en un caso análogo en la causa nro. 9451, caratulada “GARCÍA BÁEZ, Aurelio David s/recurso de casación” (Reg. Nro. 13853.4, rta. el 6/9/10), cuyas expresiones doy aquí por reproducidas por razones de brevedad, adhiero a la solución propiciada en el voto que antecede.

El **señor juez Mariano H. Borinsky** dijo:

I. Liminarmente, corresponde señalar que la defensa de Miguel Arcángel Vallejo interpuso recurso de casación y si bien el recurso de inconstitucionalidad sería la vía más idónea para discutir cuestiones como la planteada en la presente, lo cierto es que el medular agravio del recurrente se circunscribe a la petición de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 -segundo párrafo- de la Ley 23.737 y, en consecuencia, el sobreseimiento de su defendido, es por ello que se habrá de tratar el mismo en ocasión de examinar el recurso de casación interpuesto.

II. Si bien las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de

sentencia definitiva ni equiparable a tal por sus efectos (Fallos:249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 295:405; 298:408; 307:1030; 310:195, entre otros), de tal doctrina corresponde hacer excepción en los casos en los que dicho sometimiento podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (cfr. Fallos: 304:1817; 308:1107).

El particular supuesto de autos debe ser incluido entre dichas excepciones, toda vez que, con anterioridad al dictado del pronunciamiento impugnado por la defensa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó su doctrina en torno a la cuestión controvertida por la recurrente, con la consecuencia de que, de resultar aplicable al caso bajo estudio, comportaría un supuesto de excepción por falta de acción por no haber sido legalmente promovida -atipicidad- (C.P.P.N., art. 339, inc. 2º) que conllevaría el sobreseimiento del imputado, por aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 361, *ibidem*. En tales circunstancias, la postergación de su tratamiento irrogaría a la quejosa un perjuicio de imposible reparación ulterior.

En efecto, la defensa postula que la aplicación de la disposición que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal a su asistido (Ley 23.737, art. 14, segundo párrafo) conculca del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Y, tal como lo anticipara en este voto, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha retomado el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en su precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), al declarar la inconstitucionalidad de la norma de mención *in re* “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, 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 de terceros (Causa A.891.XLIV, Recurso de hecho, rta. el 25/08/09). Cabe tener en

Cámara Nacional de Casación Penal

cuenta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda vez que, los precedentes del Máximo Tribunal tienen autoridad institucional (Fallos: 1:340; 33:162; 311:2478, entre otros) y sólo cabría el apartamiento con sólidos argumentos que refuten dicha doctrina y que, en este caso, no se advierten (Fallos 245:429, 252:186, 255:119, 313:1409, 316:180).

III. Aclarado cuanto precede, debo señalar en línea con la vigente doctrina del Máximo Tribunal en la materia, que una aplicación del tipo penal previsto por el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, compatible con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, exige corroborar, en cada caso sometido a juzgamiento, la acreditación de un peligro cierto para los bienes jurídicos, cuya protección se busca con la norma legal aludida (cfr. fallo de esta Sala IV-con distinta integración-, en Causas nro. 7827, "Rodríguez, José Ariel s/recurso de casación", reg. nro. 10.908.4, rta. el 1/10/08 y nro. 7580, "García, Alfredo y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 10.909, rta. el 01/10/08, entre otras).

Allí, se puso de resalto que el legítimo alcance del ejercicio de la jurisdicción no puede ser restringido, ya sea invocando que se trata de un tipo de peligro abstracto o que la exigencia de la prueba del peligro corrido agrega un elemento no previsto en el tipo penal, toda vez que aceptarlos trae implícito, en mi opinión, una alteración de las bases ideológicas e institucionales de nuestra Carta Magna.

Nuestra Constitución Nacional consagra la dignidad de la persona humana como fundamento y fin de todo el orden jurídico, así como de la actuación de los poderes del Estado; consecuencia insoslayable del principio de soberanía popular, reconocido en su artículo 33 y concordantes. Por ello se considera la división de poderes como la principal garantía individual y que, en su virtud, la acreditación y valoración jurídica de los

hechos sometidos a juzgamiento corresponde exclusiva y excluyentemente, a los Tribunales de justicia (artículos 1,18 y concordantes de la Constitución Nacional).

De lo expuesto se sigue, sin esfuerzo, que los dos Poderes del Estado involucrados en el procedimiento de formación de las leyes (Legislativo y Ejecutivo) no pueden establecer, a futuro, *ministerio legis*, acudiendo a una presunción *iure et de iure*, la existencia de la afectación de los bienes jurídicos, por el recurso de crear tipos penales llamados de peligro abstracto, pues ello implica sustituir al Poder Judicial en el conocimiento de las causas. Sustitución que está expresamente prohibida por los artículos 18, 29, 109 y concordantes de la Constitución Nacional. Es que sustraer de la materia de juicio la prueba de la afectación del bien jurídico protegido, además de comprometer el derecho a la jurisdicción, lesiona gravemente otros dos de los elementos que integran la garantía de defensa en juicio del procesado, a saber: a) el derecho a probar que su conducta no traspasó el ámbito de reserva protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional y b) la exigencia de que las sentencias estén fundadas en los hechos probados de la causa.

La referencia a la salud pública, o seguridad nacional, o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad, como bienes jurídicos a proteger, sólo podría resultar razonable si se vincula a la agresión que pueden recibir de las organizaciones ilícitas dedicadas al narcotráfico (desde ya, en función de las circunstancias particulares del caso sometido a consideración), pero resulta claramente desproporcionada si se entiende que la tenencia de una pequeña cantidad de estupefacientes, destinada al consumo personal, puede –por sí misma- poner en riesgo tan importantes como difundidos intereses sociales. De allí que se haya argumentado que la sola adquisición para el consumo contribuye a la propagación del tráfico

Cámara Nacional de Casación Penal

ilícito de estupefacientes, lo cual es lógica e históricamente válido, pero tal contribución debe ser considerada en su significación real, en cada caso concreto. De otro modo, resultaría la grave inmoralidad de hacer responsable al simple tenedor para consumo por toda la organización criminal, a la que no pertenece y que, incluso, lo tiene por víctima.

Pero si, además, consideramos que de lo que se trata no es de la afectación de bienes individuales sino de la puesta en peligro a un número indeterminado de personas, podemos advertir dos consecuencias; la primera, que sólo en situaciones muy especiales podrá darse esa proximidad física con personas indeterminadas que dé sustento real a una “inminente posibilidad de causar un mal” conforme la definición de peligro adoptada. La segunda, que tal posibilidad de daño a personas indeterminadas debe alcanzar tal magnitud que resulte equivalente, cuando menos, a la privación de derechos que significa la aplicación de la pena, toda vez que la ley penal no escapa al control de razonabilidad que impone la Constitución Nacional en su artículo 28 y a la necesaria proporcionalidad entre el antecedente y la consecuencia. En otras palabras, la posibilidad de uso de la droga por terceros debe ser efectivamente demostrada y no supuesta y que no bastaría con que ello alcance a unas pocas personas determinadas.

IV. A tenor de las consideraciones precedentemente expuestas, advierto que la conducta aquí imputada no comportó un peligro concreto de afectación a terceros. Veamos porqué.

El imputado Miguel Arcángel Vallejo se encuentra alojado en la celda Nro. 198, de la Sección “D”, de la Unidad Nro. 1, Penal de Villa Urquiza, provincia de Tucumán.

Conforme surge del acta obrante a fs. 1, el 18 de octubre de 2009 se practicó una requisita selectiva preventiva en la mencionada celda

que arrojó como resultado el hallazgo -en el interior de un estante sujeto a la pared de la mentada celda- de dos envoltorios de nylon, conteniendo una sustancia vegetal, disecada, color marrón y picada; la que por sus características aromáticas y morfológicas, podría tratarse de picadura de marihuana.

Iniciadas las presentes actuaciones ante sede judicial, se recibió declaración indagatoria al nombrado (fs. 7/9), tras lo cual se requirió practicar al Gabinete Científico Tucumán de la Policía Federal Argentina la pericia del material secuestrado, cuyo informe concluyó en que las muestras secuestradas corresponden a plantas de “Cannabis Sativa” -n.v. Marihuana- con un pesaje de 0,32 y 0,60 grs. respectivamente para cada uno de los envoltorios secuestrados (*vid.* 15/15 vta.).

Posteriormente, el Juzgado Federal Nro. 2 de Tucumán resolvió procesar sin prisión preventiva a Miguel Arcángel Vallejo como presunto autor del delito de tenencia de estupefacientes destinados a consumo personal -art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737- e imponer el tratamiento curativo previsto por el art. 18 de la citada ley, suspendiendo el trámite del sumario.

Impugnado dicho pronunciamiento por vía de recurso de apelación (fs. 33/33 vta.), la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, por mayoría, resolvió no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 14 -segundo párrafo- de la ley de estupefacientes y al pedido de sobreseimiento formulado por la Defensa Oficial del encausado, confirmando la resolución recurrida (cfr. fs. 54/60).

Definida así la hipótesis imputativa, a la cual quedaría circunscripta la prueba a rendirse en el eventual debate, considero que la tenencia de aproximadamente 0.92 gramos de marihuana, escondida en el interior de un estante sujeto a la pared de una celda no comportó, en el caso

Cámara Nacional de Casación Penal

de autos, la existencia de un peligro real, siquiera lejano, para la salud y seguridad pública o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad toda.

En síntesis, las particulares circunstancias relevantes características de la concreta tenencia de estupefacientes para consumo personal imputada a Miguel Arcángel Vallejo en estas actuaciones, evidencian que no trae aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Por tanto, la confirmación de su procesamiento resuelta por el "a quo", en orden al delito previsto por el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, resulta violatoria del principio de autonomía consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, de acuerdo con el alcance que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le asignó en el caso "Arriola".

V. Por lo que llevo dicho, propicio al acuerdo: HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Miguel Arcángel Vallejos, CASAR los puntos dispositivos I y II de la resolución de fs. 54/60, DECLARAR la inconstitucionalidad de la aplicación del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 al caso de autos, REVOCAR la resolución de fs. 54/60, y por no resultar necesaria otra sustanciación, SOBRESER por atipicidad a Miguel Arcángel Vallejo en orden al hecho objeto del presente proceso, sin costas en esta instancia (C.P.P.N., arts. 336, inciso 3°, 361, 470, 530 y 531).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a Miguel Arcangel Vallejo, sin costas, y,

en consecuencia **CASAR** la resolución de fs.54/60, **REVOCÁNDOLA;**
DECLARAR la inconstitucionalidad de la aplicación del art. 14, segundo
párrafo, de la ley 23.737 al caso de autos y sobreseer por atipicidad al
nombrado en orden al hecho objeto del presente proceso (arts. 361, 474,
530 y 531 del C.P.P.N.).

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

MARIANO H. BORISNKY

Ante mi:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara