

//la ciudad de Buenos Aires, a los días 5 del mes de agosto del año 2011, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N. doctor Gustavo Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 107/110 en la causa n°12.970 del Registro de esta Sala caratulada: "**Taborda, Abel Marcelo s/ recurso de casación**", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General, doctor Raúl Omar Pleé y por la Defensa Pública Oficial el doctor Juan Carlos Sambuceti.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci .

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

- I -

1º) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe, resolvió a fs. 107/110 y con fecha 29 de junio de 2010 hacer lugar al cambio de calificación legal, encuadrando el accionar de Taborda en la figura prevista por el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737; declarar la inconstitucionalidad de la mencionada norma y en consecuencia, sobreseerlo en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

2º) Contra dicha resolución, el Ministerio Público Fiscal dedujo recurso de casación, el que fue concedido a fs. 124/125 y mantenido en esta Sala

a fs. 131.

3º) El recurrente basó su impugnación en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Hizo hincapié en que la resolución que dispuso el sobreseimiento es violatoria a lo dispuesto por los arts. 359, 393, 398, 399 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación, como también los derechos al debido proceso y defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Entendió que ello es así, en cuanto la causa se encontraba próxima a la realización del juicio oral y público y fue reemplazado por una evaluación escritural, pese a la negativa de la fiscalía.

Alegó que el sobreseimiento fue dispuesto conforme las previsiones del art. 336 del C.P.P.N. el cual está destinado a la instrucción y no la norma específica de la etapa de juicio prevista en el art. 361 del citado.

Por otro lado, señaló que el hecho encuadra en la figura prevista en el art. 14, 1º párrafo de la ley 2.737 ya que de las constancias de la causa no se desprende que la droga incautada haya estado destinada al consumo personal de Taborda.

Mencionó que tanto el Juez Federal como la Fiscal Federal consideraron que la cantidad de material secuestrado no puede ser considerado escaso.

En relación a ello, recalcó que el Tribunal Oral en diferentes precedentes similares al aquí debatido falló en contra de lo ahora resuelto citando en su apoyo los distintos precedentes.

Como conclusión, adujo que el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Arriola” no es de aplicación automática sino que resulta aplicable en los casos que la conducta reprochada no produce ninguna afectación a terceros, circunstancia que no se configura en autos ya que el encartado fue detenido en la vía pública.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

4º) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del código de rito, el Defensor Público Oficial señaló que la decisión se ajusta a las prescripciones de los artículos 123 y 404 inciso 2º del Código Procesal Penal.

Adujo que no caben dudas que el material secuestrado era para consumo personal de Taborda, por lo cual fue correcta la declaración de inconstitucionalidad formulada por el Tribunal conforme la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal *in re* "Arriola".

Se agravió al afirmar que el poder punitivo del estado solo puede operar como "*ultima ratio*", por lo que el Estado no puede entrometerse en las acciones privadas de los hombres conforme lo prescribe el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por otro lado alegó que la escasa cantidad que le fue secuestrada a su defendido, 15, 63 gramos de marihuana no pueden afectar la salud pública, la moral, derechos o bienes de terceros.

En virtud de ello y conforme lo señalado en el precedente mencionado, entiende la defensa que corresponde rechazar el recurso deducido por el representante de la *vindicta publica*.

Hizo expresa reserva del caso federal.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del mismo cuerpo legal, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

- II -

A fs. 44/78 se dictó en procesamiento de Taborda, oportunidad en que se encuadro el hecho en la figura prevista por el art. 14, 1º párrafo de la ley 23.737 (tenencia simple).

A fs. 52/55 obra el requerimiento de elevación a juicio efectuado por la Fiscal Federal la cual le atribuyó que: *“...en fecha 3 de octubre de 2008 agentes de la Brigada Operativa Departamental N° 1 dependiente de la Dirección General de Prevención y Control de Acciones de la policía provincial, se encontraban efectuando patrullajes preventivos en el ámbito de esta ciudad abordando un vehículo no identificable. ...observaron a dos jóvenes que estaban sentados en el corion... En ese momento, uno de los jóvenes (luego identificado como Abel Marcelo Taborda, menor de edad) manipulaba un objeto con su mano, lo cual despertó la sospecha de los actuantes, quienes decidieron identificarlos. Al acercarse los preventores, notaron que Taborda mantenía fuertemente cerrada su mano izquierda, como resguardando algún elemento. Después de solicitarle que exhiba lo que tenía, el nombrado expuso un envoltorio negro de polietileno, retorcido y quemado en su extremo a modo de bochita, y un librillo de papeles para armar cigarrillos caseros marca El Ombú. ... el envoltorio negro de polietileno contenía en su interior una sustancia vegetal compatible con la marihuana... El material vegetal incautado, en cantidad total aproximada de 15,63 gramos, fue sometido posteriormente a análisis químico que confirmó su pertenencia a la especie *Cannabis* (marihuana)...-*

Ahora bien, ingresado al análisis de las actuaciones que suscitan la intervención de esta Cámara, es menester señalar que el eje del planteo -determinar si, desde el prisma constitucional, es o no legítimo penalizar la tenencia de drogas para consumo personal- es sustancialmente análogo al debatido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar *in re*: “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080” A. 891. XLIV., del 25 de agosto de 2009.

En tal sentido es del caso hacer referencia al indiscutible deber jurisdiccional de conformar las decisiones que se adopten a las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:22-1; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérpre-

te supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201; y sus citas).

Ahora bien, en el citado caso "Arriola", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sustento en "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), afirmó que *"...el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 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. Por tal motivo 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 de terceros ..."*.

Así, no se colige del fallo del Címero Tribunal que sea constitucionalmente inobjetable la tenencia de drogas para consumo personal en todos los supuestos sino que es necesario aquilatar en cada caso si la acción del acusado se realizó en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento analizado el carácter de acción privada protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional.

A tal efecto, resulta ilustrativo el voto de la Dra. Carmen Argibay, que su considerando 13 manifiesta: *"...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.

“Por otro lado, y aunque este dato es relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que ...ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionado con la existencia de actos de exhibición de consumo. Esto no ocurre cuando la acción ha sido descubierta no por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esa conducta.”

En el *sub lite* el contexto en el que se produjo el hallazgo - por una requisita en la vía pública se identificó que Taborda tenía en su mano una bolsa que contenía marihuana y dentro de su ropa le secuestraron 5 envoltorios similares - no alcanza para considerar su conducta con aptitud para afectar los derechos de terceros. Es decir “...la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes)”

Así lo sostuve al votar *in re*: “*Duarte, Cristina Javier s/ recurso de inconstitucionalidad*” (causa 9862 del 8 de abril de 2010, registro 16.211, Sala II).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia confirmar la resolución obrante a fs. 107/110

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

El recurso interpuesto es formalmente admisible, pues se dirige contra una sentencia prevista en el art. 457 del C.P.P.N., se han invocado los motivos previstos por el art. 456, inc. 1º y 2º, del mismo código y sustentado los agravios expuestos, y la ley habilita expresamente al ministerio público a impugnar tal clase de decisiones por vía del recurso de casación (art. 458, primera frase, C.P.P.N.).

Sentado que la ley habilita expresamente al acusador público a recurrir tal clase de decisiones liberatorias del imputado, se impone abordar la objeción de admisibilidad opuesta por la Defensa Pública Oficial durante el término de oficina, en la presentación obrante a fs. 134/137 vta., donde objeta que el representante del Ministerio Público Fiscal no se encuentra habilitado para impugnar el auto de sobreseimiento.

El planteo del señor Defensor Público Oficial, resulta sustancialmente análogo al considerado y resuelto en la causa n° 8757, "Jugo, Juan José s/recurso de casación" (Reg. 14.653, rta. el 14 de junio de 2009), por lo cual he de remitirme a los argumentos allí dados, los que a continuación se reproducen.

La defensa ha argumentado aquí, como en aquel precedente, que el derecho a recurrir de la sentencia ha sido consagrado en los instrumentos de derechos humanos sólo en favor del imputado. Por cierto "[...] *los instrumentos internacionales no prevén, respecto de los representantes del Estado encargados de la persecución penal, un derecho a recurrir contra una sentencia en materia penal que les ha resultado adversa en sus pretensiones (cfr. CSJN, 'Arce', Fallos: 320:2145). En efecto, el párrafo inicial del art. 8.2 CADH enuncia que 'toda persona' tiene derecho a ciertas garantías mínimas, entre las que se encuentra la 'de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior' (punto h), y 'persona' para los efectos de la Convención es 'todo ser humano' (art. 1.2). En la misma dirección, el art. 14.5 PIDCyP establece que 'toda persona declarada*

*culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la EPNA que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior [...]”.*

Sin embargo, “*ello no impide que tal recurso les sea concedido por la legislación interna a los órganos estatales encargados de la persecución penal y, en tal caso, el objeto y alcance del recurso están fijados por ella. Así lo ha hecho el Código Procesal Penal de la Nación en las normas citadas al comienzo de este acápite”.*

En el precedente que evoco, la defensa había objetado—como aquí en el término de oficina— la admisibilidad del recurso interpuesto afirmando que, de admitirse a trámite el recurso, se incurriría en infracción a la prohibición *ne bis in ídem*, y apoyó su alegación en los arts. 8 de la CADH y 14 del PIDCP.

Dije entonces y reitero ahora que “*los instrumentos internacionales invocados [...] conciben la prohibición ne bis in ídem con un alcance distinto al que la defensa pretende otorgarles. En efecto, el art. 8.4 CADH expresa que «el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos [...]; mientras que el art. 14.7 PIDCyP dispone que «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» [...]. Es decir que la prohibición opera a partir de la firmeza de la sentencia absolutoria u otra liberatoria, tal firmeza no depende de las disposiciones internacionales, sino que se define de acuerdo con la ley y el procedimiento doméstico. Entonces no es pertinente invocar los instrumentos internacionales mencionados para negar un recurso al acusador contra las sentencias adversas a sus pretensiones”.*

Agregué que “*no sólo no es correcta en todos sus términos la formulación de la regla de «double jeopardy» efectuada por la defensa (cfr. The Georgetown Law Journal, Thirty-First Annual Review of Criminal Procedure, Volume 90, Number 5, May 2002, p. 1532), sino que en la presentación en término de oficina no se explica por qué un principio que tiene consagración específica en la Constitución norteamericana debería aplicarse en nuestro país, que no tiene una cláusula idéntica a aquélla y cuyo sistema de persecución penal es*

*diferente al de ese país, pues el diseño de ese sistema define a partir de qué actos el sujeto se encuentra en riesgo de ser condenado".*

La pretensión de la defensa, además, es incompatible con el debido proceso legal y el imperativo de asegurar la intervención del Ministerio Público, pues el sobreseimiento recurrido dictado por el tribunal oral, importa la declaración de inconstitucionalidad de una ley del congreso, y su inaplicación al caso. La vía recursiva debe pues considerarse habilitada, porque no sólo se dirige contra una sentencia definitiva respecto de la cual la ley le concede recurso de casación, sino, además, porque en los términos de la doctrina sentada en el caso de Fallos: 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia"), que ha erigido a esta Cámara como tribunal intermedio y la ha declarado "*facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales*" (consid. 11)- (cfr. *a contrario sensu* mi voto en la causa nro. 8885 de esta Sala II, "Buezas, Néstor Andrés s/rec. de casación", reg. n° 13.064, rta. el 12/8/08).

**-II-**

El caso había sido remitido a juicio contra Abel Marcelo Taborda por la imputación de tenencia de estupefacientes que se consideró subsumida en el art. 14, primer supuesto de la ley 23.737, la causa se encontraba en condiciones para que se fijase fecha de audiencia de debate (confr. fs. 77); sin embargo, a raíz de la incidencia promovida por la defensa (fs. 95/98), el tribunal abordó el examen de circunstancias fácticas valorando lo documentado en la instrucción, declaró que el hecho era calificable como tenencia de estupefacientes para consumo personal y por aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los caso de Fallos: 332:1963 ("Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080"), sostuvo que la conminación penal en las circunstancias del caso eran contrarias al art. 19 de la C.N. y, en consecuencia, sobreseyó al imputado.

El núcleo de la decisión se centra pues, en una apreciación prematura y no prevista por la ley cuyo ámbito de discusión y prueba es la audiencia de debate. Es allí donde en todo caso deben probarse y discutirse las circunstancias de la tenencia de sustancias estupefacientes, su calificación legal y su eventual trascendencia a terceros. Si bien esta cuestión involucra determinaciones de hecho, la directa relación que en la misma sentencia se asigna a ellas en conexión con la inconstitucionalidad por confrontación con el art. 19 C.N., la decisión prematura sin producción de prueba ni oportunidad de contradicción sobre ella en el juicio, ámbito natural señalado por la ley para la decisión de tales materias constituye un flagrante desvío legal.

Se observa que la fiscalía, al oponerse a la instancia de la defensa había señalado que se atribuía al imputado la tenencia de 15,63 grs. de marihuana, fraccionados en seis “bochitas”, que tenía una en sus manos, junto a un librito de papel para el armado de cigarrillos, y otras cinco entre sus prendas, y que el imputado se encontraba en la vía pública junto a otro sujeto al ser interceptado, de lo que infería peligro concreto para terceras personas. Tenía pues derecho a que tales aspectos fuesen ampliamente debatidos en un juicio, en la medida en que el *a quo* no ha declarado que se tratase de alguno de los supuestos de excepción fijados de modo taxativo en el art. 361 del C.P.P.N. (cfr. *mutatis mutandis* la doctrina de esta Sala en las causas n° 10.097, “Lugo Esquivel, Juan Adel s/recurso de casación”, rta. 5/03/2010, reg. n° 16.031; y n° 13.009, “Baretta, Marcelo s/ recurso de casación”, rta. 16/05/2011, reg. n° 18.479).

En esas condiciones, se impone la declaración de nulidad de lo decidido (arts. 363 y 167, inc. 2, C.P.P.N.) y, además, atento a la naturaleza de los juicios de hecho y de derecho sobre el mérito de la acusación adelantados por el tribunal *a quo* en su decisión, juicios que ha emitido antes de la oportunidad legal, lo que implica prejuzgamiento, inhabilita a los jueces que lo integran para continuar conociendo del caso, lo que conduce a su apartamiento (art. 173 C.P.P.N.).

*Poder Judicial de la Nación*

Causa Nro. 12.970 -Sala II-  
"Taborda, Abel Marcelo s/ recurso  
de casación"

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal General y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 119/123 vta., apartar del conocimiento del caso a los jueces que la han dictado y remitir las actuaciones a la Secretaría General correspondiente a fin de que continúe el trámite según su estado (arts. 456, inc. 2°, 471, 173 y concordantes C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Adhiero al voto que antecede.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

**HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General; sin costas, **ANULAR** la resolución de fs. 119/123 vta.; **APARTAR** del conocimiento del caso a los jueces que la han dictado y **REMITIR** las actuaciones a la Secretaría General correspondiente a fin de que continúe el trámite según su estado (arts. 456, inc. 2°, 471, 173 y concordantes C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

