

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

///Plata, marzo de 2010.

VISTO: Este expediente nro. 5470/III, "S., N. E. s/ inf. Ley 23.737", proveniente del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 2 de Lomas de Zamora, y

CONSIDERANDO QUE:

El Doctor Pacilio dijo:

I. Llegan estas actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso deducido por el Agente Fiscal, doctor Alberto A. M. Gentili, contra la resolución de grado de fs. 128/30 que declaró la inconstitucionalidad del art. 14, 2do. párr., de la ley 23.737 y dispuso el sobreseimiento de N. E. S. con relación al hecho que le fuera atribuido con fundamento en que la conducta del imputado no ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma citada -salud pública-, ni ha trascendido del ámbito de reserva resguardado por el art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional.

En tal sentido, con remisión al fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 25/08/09, el *a quo* entendió que -en el caso- la tenencia de estupefacientes para uso personal se realizó en condiciones tales que no trajo aparejado un peligro concreto de un daño a derechos o bienes de terceros.

II. El recurrente señaló que debe revocarse el sobreseimiento dictado a favor del encausado, en el entendimiento de que el argumento expuesto no responde a las características del hecho que motivó la iniciación del sumario. Con dicha pretensión coincidió el Fiscal General, doctor Julio A. Piaggio, en la oportunidad del 454 del CPP.

III. Las presentes actuaciones tuvieron su origen con fecha 20 de abril de 2007 en virtud de que el Ayudante

de 5ta., Javier Aleman, en circunstancias de encontrarse cumpliendo funciones en el Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, concretamente, en el Módulo de Residencia VI, Pabellón "F", de dicho establecimiento, al momento de efectuar una requisita de rutina en la celda nro. 9 -lugar de alojamiento del interno N. E. S.- observó sobre la mesa un envoltorio de nylon de color blanco, en cuyo interior se encontraba una sustancia herbácea que por su color, olor y textura hizo suponer que se trataría de picadura de marihuana. Efectuado el test de orientación arrojó resultado positivo, siendo el peso del mencionado material de 2,9 gramos (ver fs. 1/5)

A fs. 63/64 obra el resultado de la pericia realizada por el Departamento Químico de Gendarmería Nacional (Dirección de Policía Científica) de la que se desprende que la sustancia incautada efectivamente es marihuana (*cannabis sativa linneo*), siendo su peso neto de 1,44 gramos con una concentración de THC de 0,27 y de los cuales pueden obtenerse 1,11 dosis umbrales con efecto estupefaciente.

Mediante auto dictado a fs. 103/104vta. el *a quo* resolvió el procesamiento sin prisión preventiva del imputado en orden al delito de tenencia de estupefaciente para consumo personal -art. 14, 2do. párr., ley 23.737-. De igual modo, a fs. 123 y vta., suspendió la tramitación de la presente a fin de que el encartado lleve a cabo el tratamiento previsto en el art. 18 del cuerpo legal mencionado.

Posteriormente, a fs. 127, a raíz del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en "Arriola", el juzgador dejó sin efecto el resolutorio de fs. 123 y vta. y reanudó las actuaciones para culminar en el decisorio ahora recurrido.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

IV. Tal como lo sostuviera al pronunciarme *in re* "CARULLO, Marcelo Adrián s/ inf. Ley 23.737 (ART. 14, 2do. PÁRRAFO) (causa nro. 5392, rta. el 27/10/09), tengo para mí que el Alto Tribunal en el mencionado precedente "estableció una inconstitucionalidad acotada al determinar que la conducta no punible es aquélla que se da en concretas circunstancias que no causan daño a terceros; consecuentemente, se reputa que la tenencia para consumo personal no es castigable en la medida que no se rebase ese límite. (...) A mi juicio, el fallo referido no impone un criterio determinado de interpretación dejando librado al entender de los jueces cuando deviene aplicable su doctrina, esto es, cuándo la tenencia de material estupefaciente no causa daño o peligro a derechos o bienes de terceros."

Desde tal perspectiva, paralelamente, puede considerarse que existe un riesgo potencial que justifica esa incriminación penal cuando la tenencia de la sustancia no se adecua a una actividad de consumo privado e individual, y se enmarca en una situación de consumo potencialmente dañosa o de posible difusión indeterminada de estupefacientes (cfr. CNCCF, Sala II, causa nro. 23.552 *in re* "Thomas Santiago s/ sobreseimiento", reg. 9/05/06; igual sala causa nro. 28.229 *in re* "Roberto R. Arturo s/ sobreseimiento", reg. 30.643, del 16/11/09; causa nro. 28.227 *in re* " Arce M. y otro s/ susp. del trámite", reg. 30.644, del 16/11/09; causa nro. 27.893 *in re* "Acosta S. A. s/ procesamiento", reg. 30.642, del 16/11/09).

En esa línea y, a diferencia de lo que sostiene el juez instructor, se advierte que la tenencia de droga que se imputa a N. E. S. lo es dentro de una unidad carcelaria, lo que supone cuanto de delictivo emana de la previa introducción de sustancia estupefaciente en un establecimiento de esa naturaleza, configurándose una

situación de riesgo potencial, tal como la descripta en el párrafo anterior, a la vez que resulta apta para alterar el orden y la moral pública que dentro de un instituto carcelario debe existir con el objeto de que pueda cumplir con el fin con que fue creado.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) Revocar la resolución recurrida en todo cuanto decide y ha sido materia de apelación; b) Ordenar al juez de grado que, con la debida intervención del Ministerio Público en los términos del art. 180 del CPPN, se forme causa por separado para investigar las eventuales responsabilidades penales derivadas de la introducción del estupefaciente secuestrado en el establecimiento carcelario (art. 177, inc. 1º, CPPN); c) Oficiar al Secretario de Asuntos Penitenciarios poniéndolo en conocimiento de los hechos de la causa. Así lo voto.

El doctor Nogueira dijo:

I. Hago propio el relato de los hechos y antecedentes de la causa obrantes en los *Considerandos* I a III, del voto precedente de mi colega.

II. No obstante ello, disientiré en la solución a adoptar, con remisión a la posición que he sostenido en casos análogos al presente.

1. En efecto, la causa traída a conocimiento y decisión –habida cuenta de los hechos relatados– resulta sustancialmente análoga a un pronunciamiento anterior de esta Sala III (expediente nro. 3904, “Tolosa, Leandro Leonel s/ Inf. ley 23.737” resuelto el 16 de febrero de 2007).

En él –por mayoría– se declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, 2da. parte, de la ley 23.737, por entenderlo violatorio del artículo 19, 1era. parte, de la Constitución Nacional; que protege a las

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

acciones personales que –como ejercicio de la autonomía individual– no causen un riesgo o daño concreto a la salud pública o a un tercero.

Así, por razones de brevedad, estimo que corresponde remitir a lo allí resuelto, debiendo extraerse fotocopias certificadas de dicha resolución, que será parte integrante de la decisión en la presente.

2. Por otra parte, atento a que la sustancia estupefaciente fue hallada en el interior de un establecimiento penitenciario, deviene oportuno investigar el modo en que la misma ingresó a éste, dando la intervención que legalmente corresponda al señor agente fiscal y oficiar al Secretario de Asuntos Penitenciarios, poniéndolo en conocimiento de los hechos de la presente (Conf. causa n° 4403/III, "Mansilla, Jonás Daniel s/inf. Ley 23.737, resuelta el 29/06/07 y n° 4437/III, "Amarillo, Antonio Martín s/pta. inf. Ley 23.737", decidida el 17/07/07, entre otras), en igual sentido que el propiciado por el doctor Antonio Pacilio en los puntos b) y c) de la parte dispositiva de su voto.

Por ello propongo al acuerdo: confirmar la decisión apelada de fs. 128/130 y disponer que se realicen las comunicaciones referidas en el párrafo precedente.-

Así lo voto.

El doctor Vallefín dijo:

Que adhiere al voto del doctor Nogueira.

Por tanto y en mérito a lo que resulta del Acuerdo que antecede el **TRIBUNAL**, por mayoría, **RESUELVE:** confirmar la resolución apelada de fs. 128/130 y disponer que se realicen las comunicaciones referidas en el anteúltimo párrafo del voto del doctor Pacilio.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.