



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

REGISTRO N° 315/19.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani como vocales, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 463/467 vta. de la presente causa Nro. FCR 7324/2016/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: **"BEJAR, [REDACTED] [REDACTED] s/recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

I. Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia resolvió en lo que aquí concierne, con fecha 28 de junio de 2018 en el legajo n° FCR 7324/2016/CFC1 de su registro interno: *"CONFIRMAR, por sus fundamentos, el auto de fs. 443/448, venido en apelación, en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 5 inc a) anteúltimo párrafo de la ley 23.737 y dispone el sobreseimiento de [REDACTED] Bejar (...)"* (cfr. fs. 462).

II. Que contra dicha resolución, el Fiscal General Interino, doctor Norberto José Bellver, interpuso recurso de casación (fs. 463/467 vta.), que fue concedido (fs. 468/vta.) y mantenido ante esta instancia (fs. 473).

III. Que el recurrente motivó su presentación casatoria en la hipótesis prevista en el art. 456 incs. 1 y 2 del C.P.P.N., alegando que el Tribunal *a quo* aplicó erróneamente, en el caso, el art. 5°, inc. "a", anteúltimo párrafo, de la ley 23.737.

Comenzó señalando que la resolución impugnada, por su contenido, resulta equiparable a sentencia definitiva, ya que causa un perjuicio de imposible reparación ulterior.



En primer lugar, el recurrente se agravió por considerar que, a pesar de entender que la cantidad de sustancia secuestrada podría llegar a resultar exigua, en autos no se encontraban reunidos los elementos probatorios suficientes que sirvan de fundamento legal para el dictado de un sobreseimiento.

Entendió que la calificación legal escogida por el *a quo*, en su concepción atenuada, no se corresponde con los hechos que se investigan en el caso, no respeta la letra del art. 5, inciso "a", último párrafo, de la ley 23.737, ni la interpretación efectuada por la Corte Suprema en el precedente "Arriola". Al respecto, refirió que no se hallan reunidas las circunstancias de las cuales surja inequívocamente que la tenencia imputada era para uso personal, debiéndose aplicar al caso la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y/o la figura básica del art. 5, inc. "a", de la ley 23.737.

Indicó que en autos no se secuestraron elementos que caractericen a una persona consumidora, y que, por el contrario, de los elementos habidos en el inmueble allanado, no se desprende de manera inequívoca que el acopio de material estupefaciente haya sido con la única finalidad del consumo personal, y que en la sentencia de primera instancia, el magistrado otorgó credibilidad y validez a los dichos del imputado a lo largo del presente proceso, por sobre otras probanzas reunidas en autos. En tal sentido indicó que resultan contundentes los mensajes de texto enviados por el imputado y detallados en la pieza recursiva fiscal, los que junto a las tareas investigativa realizada por los preventores, darían cuenta de que Bejar se dedicaría al comercio de estupefacientes.

Manifestó que la tenencia de las plantas de cannabis sativa y el tenor de los mensajes de texto enviados por el encausado dan cuenta del conocimiento e intención de producción del material estupefaciente





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

a escalas superiores a las de su propio consumo.

Alegó que aún en el caso de que Bejar haya dicho la verdad con respecto a su carácter de consumidor diario de marihuana en virtud de padecimientos físicos, el análisis objetivo de la prueba recabada en autos, demuestran la aplicación en autos de la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y/o en su defecto, la figura base de siembra y/o cultivo de estupefaciente.

Finalizó su presentación solicitando que se case la sentencia puesta en crisis, y que consecuentemente se revoque el sobreseimiento dispuesto.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 475/476, el señor Defensor Público Oficial ante esta instancia, doctor Enrique María Comellas, quien introdujo aspectos nuevos a considerarse en el examen que se reclama.

Comenzó señalando que el recurso de casación deducido por el señor fiscal no es más que un repetido intento de reiterar el tratamiento de cuestiones que ya fueron discutidas ante las dos instancias anteriores en las que se expidieron en idéntico sentido, y que el recurrente no logra demostrar la existencia de un agravio federal que habilite la jurisdicción de esta Cámara Federal de Casación Penal.

Sostuvo que la sustancia blanquecina secuestrada en el allanamiento no era cocaína, conforme se desprende del test orientativo con resultado negativo realizado en el procedimiento, y del peritaje químico efectuado por la Gendarmería Nacional.

Indicó que se secuestraron 2,87 gramos de marihuana, con los que pueden confeccionarse 5,66 dosis umbrales, y que dicha escasa cantidad sumada a las circunstancias en las que fueron halladas en un ámbito de privacidad (en macetas plásticas ubicadas en



el jardín) revelan el indudable destino de consumo personal del cultivo secuestrado.

Manifestó que en el fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se declaró la inconstitucionalidad de la previsión que incrimina la tenencia de drogas para consumo personal, y que un deber de coherencia analítica conlleva a la necesidad de adoptar un idéntico criterio con relación al delito previsto en el art. 5, inc. "a", anteúltimo párrafo, de la ley 23.737.

V. Que la superada la etapa prevista en el art. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (cfr. fs. 479). Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. El recurso de casación interpuesto resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia de las enumeradas en el art. 457 del C.P.P.N., ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 458 del C.P.P.N.), con invocación fundada de los motivos previstos por el art 456 del citado código.

La objeción de admisibilidad formal planteada por la defensa durante el término de oficina no puede recibir favorable respuesta, toda vez que el art. 337, segundo párrafo, del C.P.P.N., concede la facultad al Ministerio Público Fiscal de recurrir el sobreseimiento, al igual que lo hacen los artículos 457 y 458 en cuanto conceden al fiscal la facultad de interponer el recurso de casación contra una sentencia definitiva -y el sobreseimiento lo es en cuanto pone fin al proceso-; sin que la defensa hubiera planteado la inconstitucionalidad de los mismos.

Cabe señalar además que resulta de toda obviedad que la limitación objetiva contenida en el inciso 1) del artículo 458 se refiere al supuesto en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

que una persona resulte absuelta luego de la realización del juicio, situación que, en modo alguno puede asimilarse a la del sobreseimiento dispuesto durante la instrucción del proceso. Por lo que no pueden equipararse a los fines pretendidos, dos normas que, por lo demás, se refieren a situaciones procesales totalmente diversas.

II. Las presentes actuaciones se iniciaron el día 27 de mayo de 2016 cuando personal de la Policía Federal Argentina recibió un llamado telefónico anónimo en el que una voz masculina refirió "...quiero hacer una denuncia, pero no quiero decir mi nombre, en la rotisería Cuasimodo por la Alvear, cerca de Tribunales, hay un loco, hace el reparto de la comida, ese vende droga, vende faso, anda en un Voyage gris o un Honda rojo, le dicen el Gordo, tiene pelo largo así con barba ahora, y mide 1,75 (...)" (cfr. fs. 443).

Se encomendó la investigación al personal de la P.F.A., quienes mediante discretas tareas de vigilancia establecieron que la persona sospechada se trataba de [REDACTED] que trabajaba en el local "[REDACTED] [REDACTED]" propiedad de su padre y se movilizaba para hacer el reparto en los vehículos mencionados en la denuncia anónima.

Como la actividad laboral legal que llevaba adelante el investigado no permitía corroborar la hipótesis delictiva denunciada, se dispuso la intervención de su línea telefónica. De dicha intervención se constató que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] sería consumidor de estupefacientes y que le proveerían la sustancia dos personas que fueron identificadas con el nombre de "Diego", y "Robert".

Por esa razón fueron intervenidas las líneas telefónicas [REDACTED] y [REDACTED], utilizadas por "Diego" y "Robert" respectivamente, ampliándose la investigación respecto de los mismos para corroborar la sospecha e identificarlos.

Así, se estableció que la persona que utilizaba el abonado [REDACTED] de nombre



"Robert", se trataba de [REDACTED] [REDACTED] Bejar, con domicilio en la calle [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] la ciudad de Esquel, quien tendría una cooperativa de trabajo y realizaría trabajos de manutención, construcción y limpieza para el Municipio.

De la investigación se desprendió también que Bejar no sólo le ofrecería la sustancia a [REDACTED] sino a otros sujetos, mediante mensajes de texto, y que el material estupefaciente le sería provisto en su mayoría por el usuario del abonado [REDACTED] que posteriormente fue identificado como [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].

Finalmente en fecha 09 de noviembre de 2016 el Jefe de ña Subdelegación local de la Policía Federal Argentina solicitó el libramiento de la orden de allanamiento del domicilio del encausado Bejar, y de otros investigados. Como resultado del procedimiento, se secuestró del domicilio de Bejar, un celular marca Samsung, modelo GT-E2530, un trozo de bolsa de nylon color blanco conteniendo sustancia polvorienta de color blanco, y siete plantas presuntamente de cannabis sativa, en macetas plásticas.

Del peritaje químico efectuado por el personal de la Gendarmería Nacional se determinó que la sustancia de color blanco no se trataba de cocaína, y que las plantas secuestradas efectivamente eran de cannabis sativa con un peso neto de 2,87 gramos en total, con las cuales eran posible confeccionar 5,66 dosis umbrales.

En la oportunidad de llevarse a cabo la declaración indagatoria del encausado Bejar, el imputado manifestó que las plantas de marihuana eran de su propiedad y que estaban destinadas a su consumo personal. Al respecto refirió que *"antes consumía cocaína pero luego dejó y que actualmente consume de dos a tres porros de marihuana diarios, con el objeto de sobrellevar los ataques de epilepsia y nerviosismo"*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

que padece desde que era niño, y por los cuales fue tratado por un periodo prolongado por el médico Psiquiatra del Hospital Zonal Esquel Dr. Pekiewicz” y que “antes lo medicaban con clonazepan y diazepan, debido a que no podía dormir en las noches, pero las pastillas que le recetaban lo hacían sentirse adormecido, por lo que las dejó y comenzó a consumir solo marihuana” (cfr. fs. 445 vta.).

En la decisión de fecha 23 de marzo de 2018 - a cuyos fundamentos remitieron los jueces de a quo en la resolución de fecha 28 de junio de 2018 recurrida-, el señor juez a cargo de la instrucción descartó en primer término la imputación en orden a la figura de comercialización de estupefacientes prevista en el art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737. Es que, entendió que llegado el momento de resolver y luego de efectuar un análisis del plexo probatorio incorporado al expediente, y no restando otras medidas de prueba por producir, no fue posible acreditar la hipótesis inicial de una presunta comercialización de estupefacientes por parte de [REDACTED] Bejar.

Por otro lado, sostuvo que el análisis de la prueba reunida en autos no existían indicios que permitieran desacreditar la versión esbozada por el imputado, de que las plantas eran de su propiedad y que estaban destinadas a su consumo personal para apalea los síntomas de epilepsia, nerviosismo y trastornos de sueño que padece. En tal sentido refirió que se requirió el historial clínico del encausado al Hospital Zonal de Esquel, que confirmó que efectivamente el imputado posee reiteradas consultas al Área de Salud Mental del nosocomio local, por trastornos de sueño, ansiedad, irritabilidad y tensión, y que en muchas oportunidades fue medicado.

Sostuvo que conforme al material estupefaciente secuestrado -siete plantas de marihuana que arrojaron un peso total de 2,87 gramos suficiente para producir 5,66 dosis umbrales-, sumado a las circunstancias de su hallazgo -en maceteros ubicados



en el patio de su vivienda-, la conducta reprochada podía ser subsumida en la figura descripta en el art. 5, inc. "a", último párrafo de la ley 23.737.

Entendió que la figura imputada cuenta con similitudes sustanciales con el artículo 14 segundo párrafo de la citada ley en tanto *"ambas figuras tienen como denominador común el bien jurídico tutelado -salud pública- y que requieren para su configuración que se verifique una demostración de la trascendencia a terceros que implicaría la conducta imputada, para de ahí en más pasar a analizar si resulta factible la subsunción jurídica en tales tipos penales"* (cfr. fs. 446 vta.).

Así, concluyó que no se advertía en el presente caso, en las circunstancias tiempo, lugar y modo en que se produjera la tenencia imputada en autos, una situación de daño -ni siquiera de peligro concreto- a derechos o bienes de terceros (con cita del fallo "Arriola" de la C.S.J.N.); y propició declarar la inconstitucionalidad del artículo 5º, inciso "a", último párrafo, de la ley 23.737, y en consecuencia sobreseer a [REDACTED] [REDACTED] Bejar en el supuesto en examen. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal *a quo*.

El señor Fiscal General recurre esta decisión alegando que debido a material estupefaciente secuestrado en autos, los mensajes de texto enviados por el encausado y las tareas investigativas efectuadas por los preventores elementos, no se desprende de manera inequívoca que el acopio del material estupefaciente haya sido con la única finalidad del consumo personal, por lo que refirió que correspondería la aplicación en autos de la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y/o en su defecto, la figura base de siembra y/o cultivo de estupefacientes prevista en el art. 5, inc. "a" de la ley 23.737. A su vez, sostuvo que no resulta aplicable al caso la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

caso "Arriola", en tanto indicó que las circunstancias necesarias para su aplicación no se verificarían en autos.

III. En virtud de lo expuesto corresponde analizar los agravios expuestos por el señor representante del Ministerio Público Fiscal.

En tal sentido sostuvo que no corresponde la aplicación en autos de la figura atenuada de siembra, cultivo y/o guarda de semillas para producción de estupefacientes, contenida en el último párrafo del art. 5º, inc. "a", de la ley 23.737 -calificación legal dispuesta por el *a quo* por la que finalmente resulto sobreseído el imputado Bejar, por aplicación de la doctrina sentada en el fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, sino el encuadre del hecho en el art. 5, inc. "c", de la citada ley; calificación jurídica que -a su juicio- resulta ser la que mejor contiene los hechos ilícitos que habrían sido cometidos por el imputado.

Ahora bien, adviértase que la figura legal cuya aplicación pretende el señor fiscal presupone la existencia de una tenencia de los estupefacientes por parte del sujeto activo. Lo característico de la situación típica que se estudia, radica en un particular elemento subjetivo, íntimamente vinculado con el destino específico.

También puede decirse que en el comercio de estupefacientes, lo relevante no es la habitualidad o la reiteración de actos materiales sino la actitud subjetiva de ejercer la actividad en el futuro.

El fin de lucro es esencial para ejercer el comercio y es imprescindible para la configuración del tipo penal: cualquiera sea el estado, la cantidad o la modalidad elegida para su comercialización. En lo que hace a su faz subjetiva, el delito es doloso y exige el conocimiento del autor acerca de la naturaleza de las cosas que tiene y de la voluntad ulterior de enajenarlos.

Cabe recordar que la intención de comerciar



debe deducirse y probarse a partir de elementos objetivos -indicios y circunstancias- incorporados regularmente al proceso e invocados en la acusación, que demuestren el propósito del sujeto (cfr. causa nro. 31: "CANTONE, Aldo H. y ROJT, Julio M. s/rec. de casación", Reg. Nro. 91, del 29/11/93; con cita de Francisco Soto Nieto: "El delito de tráfico ilegal de drogas", p.p. 77 y ss., Ed. Trivium, Madrid, España, primera edición, 1989).

Así también, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal ha dicho que "el legislador no ha descuidado que se infiera la ultraintención en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente" (cfr.: C.S.J.N.: "Bosano, Ernesto L.", rta. el 9/11/00, citado en la causa nro. 2892: "ALVEZ, Gerardo Gabriel s/recurso de casación", Reg. Nro. 3832.4, rta. el 26 de diciembre de 2001).

A la luz de estos principios el Tribunal "a quo" proporcionó adecuadamente motivos suficientes para fundar su rechazo a la calificación dispuesta por el señor juez del Juzgado Federal de Esquel, esto es refutó la presencia en autos de circunstancias que permitieran concluir aún con el grado de sospecha que exige la etapa actual del proceso, que la conducta desplegada por el imputado Bejar se ajustase a aquella prevista por el art. 5º, inc. "c" de la ley 23.737 -tenencia de estupefacientes con fines de comercialización-.

Al respecto corresponde recordar que el a quo sostuvo que *"llegado el momento de resolver, luego de efectuar un análisis de la totalidad del plexo probatorio incorporado al expediente y no restando otra medida de prueba por producir, no ha sido posible acreditar la hipótesis inicial de una presunta comercialización de estupefacientes por parte de [REDACTED] Bejar (...)"* (cfr. fs. 446).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

Es que, se advierte, por lo demás, que no se aportaron datos objetivos suficientes para acreditar en este estadio procesal, la configuración de una finalidad de comercialización del agente, tales como la observación de clientes que hayan concurrido al domicilio allanado permaneciendo en el lugar poco tiempo para llevar a cabo un "pase de manos", al producirse las ventas, los que constituyen "movimientos típicos de transa"; secuestro de listados de proveedores y/o compradores; análisis de textos de celular donde se verifiquen transacciones ilegales de psicotrópicos; escuchas o cruces de llamadas telefónicas; que toda la droga secuestrada se halle fraccionada en iguales "bagullos" para su rápida venta y comercialización; dinero de baja denominación; sustancias de corte o estiramiento; entre otras pruebas o circunstancias.

Si bien el señor Fiscal General describe una serie de mensajes de texto citados en fs. 125, los mismos no reúnen las condiciones para sortear la certeza necesaria requerida para sostener la imputación pretendida. Se tratan de meros indicios que junto a todo el resto del material probatorio reunido en autos no permiten acreditar la hipótesis pretendida. Es más, en el estado actual de las actuaciones no restan medidas probatorias pendientes de ejecución, y el acusador público no ha ofrecido o solicitado nuevas medidas para sustentar su acusación.

En este sentido, corresponde recordar la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Vega Giménez, Claudio Esteban" (Fallos 329:6019, rta. el 27/12/06).

En dicho precedente el Máximo Tribunal sostuvo que *"la exigencia típica de que la tenencia para uso personal debe 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*



siendo alcanzada por la figura de tenencia simple". Agregó que "semejante conclusión supone vaciar de contenido el 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 sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio de duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del C.P.P.N.)".

Y a partir de ello, señaló que "ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza".

Para luego concluir que "...el estado de duda en el ánimo del juzgador (...) no pudo nunca razonablemente proyectarse (...) en certeza acerca de que se trató de una tenencia simple o desprovista de finalidad".

Se observa que, a pesar de las tareas de investigación realizadas sobre la persona y los efectos personales del encausado, no se encontraron pautas que permitieran elaborar una hipótesis distinta a la argumentada por el a quo y que el encausado tuviera en su poder el estupefaciente con una finalidad distinta a la de su propio consumo.

En definitiva, observado que Bejar tenía en su poder material estupefaciente -siete plantas de marihuana con un peso total de 2,87 gramos suficiente para confeccionarse 5,66 dosis umbrales-, en una cuantía factible de ser considerada detentada para el propio consumo, que el imputado refirió que consume estupefacientes para apalea los síntomas de epilepsia, nerviosismo y trastornos de sueño que padece -padecimientos que fueron acreditados por el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

historial clínico del encausado efectuado por el Hospital Zonal Esquel, y que el *a quo* encontró verosímil- que no surge que hubiere habido ostentación de aquella sustancia prohibida frente a terceros, de modo que pudiera considerarse configurado un daño o peligro concreto y que de las demás circunstancias que rodearon su hallazgo no puede afirmarse de manera inequívoca que esa droga no tenía como destino el de su consumo personal, no puedo sino concluir en que corresponde el rechazo del recurso deducido en tanto la imputación que se cierne sobre el aquí imputado transgrede el art. 19 de la Constitución Nacional.

En este escenario, resulta razonable concluir que la cantidad del material ilícito hallado, y los mensajes de texto recabados, por sí solos no autorizan su evaluación como indicios irrefutables relativa a la pretendida comercialización de estupefacientes; ya que estas únicas evidencias, tal cual lo consignó correctamente el *a quo*, resultan insuficientes, por el momento, ante la falta de ocurrencia de otras circunstancias como las ya apuntadas, para tener por acreditada la figura de comercio de estupefacientes.

Ahora bien, lo expuesto hasta este punto permite descartar, que estamos ante un caso de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Sentado cuanto precede corresponde analizar si resulta adecuado el sobreseimiento en orden a la imputación de la figura prevista en el art. 5, inc. "a", anteúltimo párrafo, de la ley 23.737.

En la decisión recurrida, los jueces fundaron su resolución, remitiéndose a lo referido por el señor juez instructor que citó el fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y sostuvo que *"de acuerdo a las características de tiempo, lugar y modo en que el hecho traído a estudio se produjo, el mismo no ha afectado a terceros, todo lo cual impide formular una imputación criminal a la conducta endilgada a [REDACTED] Bejar por cuanto no existe -más allá de la adecuación formal a la letra de la ley*



-una afectación del bien jurídico que la norma tutela -salud pública- ni tampoco -reitero- se ha perjudicado a un tercero, razón por la cual la conducta queda amparada bajo la órbita del art. 19 de la Constitución Nacional" (cfr. fs. 447).

Cabe tener presente que el fallo "Arriola", de la Corte, no ha constituido una declaración general y "erga omnes" de inconstitucionalidad, con directo efecto derogatorio del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737, sino que requiere el examen de las circunstancias del caso de que se trate a fin de determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal que constituye el objeto del proceso se realizó en circunstancias o condiciones tales que no aparejaban peligro concreto o daño a derecho o bienes de terceros.

En efecto, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, puede reconstruirse una opinión común en el sentido de que no se ha declarado de modo general, y para todos los casos, la existencia de incompatibilidad entre el art. 19 C.N. y el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, sino sólo en casos en los que la tenencia del material estupefaciente, en las circunstancias del caso, no haya aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros (confr. voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36; voto del juez Lorenzetti, consid. 18; voto del juez Fayt, consid. 16; voto del juez Petracchi, consid. 27; voto de la jueza Argibay, consid. 11).

En consecuencia, aplicando ese criterio rector actual y último, con leal acatamiento, corresponde analizar las circunstancias fácticas acaecidas en las presentes actuaciones con respecto al encausado, de conformidad con los lineamientos allí expuestos.

Como se adelantó, en el caso no existen elementos suficientes para sostener que la acción atribuida a Bejar haya trascendido el ámbito de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

autonomía personal protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional, ni ha generado una situación de daño o peligro a derechos o bienes de terceros. Es que, corresponde recordar, el material estupefaciente se encontraba en poder del encausado sin que se evidencie su ostentación ni actos de exhibición al consumo.

En virtud de lo expuesto, entiendo que la sola afirmación del señor Fiscal en el sentido de que el encausado tenía en su poder el material estupefaciente con la intención de producir el mismo a escalas superiores de su propio consumo personal, no logra demostrar que el comportamiento que se le imputa hubiese colocado en peligro concreto o causado daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, línea demarcadora que protege constitucionalmente el hecho investigado (art. 19 de la C.N.), así como tampoco permite suponer que el destino del estupefaciente secuestrado no tenía otro que su consumo.

IV. Sin embargo, y más allá de la solución arribada, es preciso señalar que existen medidas de seguridad para la desintoxicación y rehabilitación del condenado por cualquier delito que depende física o psíquicamente de estupefacientes; del condenado toxicómano por la tenencia de estupefacientes; del toxicómano procesado por el mismo delito con su consentimiento -cuyo resultado favorable produciría el sobreseimiento-; y también en forma compulsiva en caso de que la conducta del drogadependiente genere peligro para sí o para terceros.

Con similar objetivo, prevé para el tenedor de estupefacientes cuando se trata de un principiante o experimentador, por una vez, la posibilidad de que se le sustituya la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que se determine judicialmente, a fin de que se asuma un comportamiento responsable frente al uso y tenencia de estupefacientes (cfr. en similar sentido la causa Nro. 2095: "Portillo, Diego Sebastián s/ recurso de



casación", registro Nro. 2995, rta. el 16 de noviembre de 2000, de esta Sala).

El Juez Federal a cargo de la instrucción deberá adoptar las medidas concretas y particularizadas con el objeto de agotar el máximo esfuerzo estatal a fin de alcanzar los fines tutelares y sociales que la ley manda en la medida de lo posible.

V. Por lo dicho, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 463/467 vta., sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

Por compartir, sustancialmente, los argumentos expuestos por el distinguido colega que lidera el orden de votación, doctor Gustavo M. Hornos, adhiero a la solución que propone en su voto de rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Que por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas en el voto del colega que abre el acuerdo y que cuenta a su vez con la adhesión del Dr. Mariano Borinsky, comparto la solución que viene propiciada, sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El Dr. Juan Carlos Gemignani participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399 "in fine" del C.P.P.N.). Por ello, y en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCR 7324/2016/CFC1

interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 463/467 vta., sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordadas N° 15/13 y 33/18, C.S.J.N.) y remítase la causa al Tribunal de origen, para que practique las notificaciones que correspondan, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Ante mí:

