



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1313/07

UNREGISTERED

Dolores, 26 de febrero de 2007.-

Created by Unregistered Version

REF: “ Consumo de DROGA en la vía pública es ilegal ”.-

La Cámara confirmo fallo de un Juez de Garantía, y rechazo el planteo de inconstitucionalidad de artículo de la ley de drogas.-

//////la ciudad de Dolores, a los catorce días del mes de febrero del año dos mil siete, reunida la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de este Departamento, en Acuerdo Ordinario, a objeto de dictar sentencia en el juicio caratulado: **"INCIDENTE DE APELACION EN C. 102.775 BERTINO- TOTH. INFRACCION LEY 23.737. CAUSA N° 5800"**, se procedió a practicar el sorteo que determinan los artículos 41 Ley 5.827 Orgánica del Poder Judicial y 266 del Código Procesal (Ley 7.425), resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Doctores Jorge Luis Dupuy, Susana Miriam Darling Yaltone.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.: ¿Se ajusta a Derecho y a las circunstancias de autos la resolución apelada?

2da.: ¿Qué pronunciamiento debe dictarse?

A la primera cuestión, el señor Juez doctor Dupuy dice:

Contra la resolución que, en fotocopia suscripta por el recurrente, se glosa a fs. 10/14, por la cual el señor Juez doctor Luis Esteban Nitti no hace lugar, para el caso particular, a la inconstitucionalidad planteada por la Defensa ni al pedido de que se deje sin efecto toda posible actuación en perjuicio de Vladimir Iván Toth, Jorge Daniel Bertino y Verónica Edith Cornes, apela, en escrito agregado a fs. 15/19, el señor Defensora Oficial, doctor Fernando Dorcasberro respecto de los dos primeros, temporariamente y fundando los agravios, recurso concedido en legal forma a fs. 20/vta.

Elevadas las actuaciones recursivas y notificada su radicación, se encuentran en condiciones de ser resueltas.

I.-La parte recurrente se agravia porque se ha resuelto la inconstitucionalidad del arto 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 en varios casos y no en otros, siendo que si una norma es inconstitucional, lo es siempre y para todos los casos.

Requiere, por ende, la inconstitucionalidad de tal norma por entrometerse en el ámbito privado sin' trascender al resto de la sociedad, protegido por el arto 19 de la Constitución nacional. Se funda para ello en la sentencia de la Corte Suprema en la causa Bazterrica (Fallos 308:392, de 1986).

La agravia que se haya considerado que estar desarrollando esa conducta privada en la vía pública exima del amparo a la privacidad, impuesto por el arto 19 de la Constitución nacional.

II.-No se agravia la Defensa respecto de la descripción del hecho efectuada en el auto apelado que, en la medida que interesa al recurso, es la siguiente: "en una calle de la localidad de Santa Teresita, personal policial advirtió un fuerte olor a marihuana, constatando que tres sujetos, luego identificados como Vladimir Iván Toth, Jorge Daniel Bertino y... , se encontraban fumando un cigarrillo que contenía dicha sustancia. Se advierte claramente en este caso que la tenencia del estupefaciente por parte de los encartados, sin perjuicio de su escasa cantidad y de encontrarse, en razón de ello, dirigido al consumo personal, devino en una acción exteriorizadora de sus intenciones que puede considerarse lesiva del bien jurídico cuya protección pretende el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737. Ello debe ser así considerado, en razón de encontrarse los coimputados mostrándose en un lugar público, consumiendo la sustancia que le fuera incautada. Tal conducta resulta trascendente de la esfera privada, no resultando por lo tanto amparada por el Principio de Reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional" (fs. 13/vta.).

III.-Opino que, siendo posible una interpretación constitucional del arto 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no corresponde acudir al remedio extremo de la inconstitucionalidad. Y tal interpretación es posible por lo que infra expondré, de modo que no puedo acoger el agravio acerca de que, si una norma es inconstitucional para un caso, lo es para todos.

La punición de la tenencia proviene, con jerarquía superior a la ley, del arto 4 de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 (ley 20.449) "Las partes adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias: a) Para dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Convención en sus respectivos territorios; b) Para cooperar con los demás Estados en la ejecución de las disposiciones de la presente Convención en el territorio de cada uno de ellos; c) Para impedir el tráfico de las sustancias que son objeto de las disposiciones de la presente Convención, para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos"

En el mismo sentido, el art. 33 de la referida Convención: "Las partes sólo permitirán la posesión de estupefacientes con autorización". Pero todo ello, en el marco del arto 36, inc. 4: " Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte".

También la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobada en Viena el 19/12/88 (ley 24.072), en su art. 3, inc. 2: "A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971".

El bien jurídico tutelado emerge claramente del Preámbulo de la citada Convención de Viena: "Las Partes en la presente Convención, Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar

de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad..." (cfr. Boldova Pasmay, Miguel Ángel, "Tenencia y consumo de drogas..." en Revista de Derecho Penal, 2001-1, ed. RubinzalCulzoni, pág. 323).

En tal contexto, la ley 23.737, en su arto 14 estatuye: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa... el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal".

El delito del segundo párrafo es de peligro abstracto, por el riesgo que representa para la salud de los seres humanos (Convención de Viena, cit.), es decir, la salud pública, el hecho de que estupefacientes se encuentren fuera del resguardo de la tenencia autorizada. En tal sentido es clara la Convención de 1961, en su arto 33, citado, y en cuanto estatuye " existencias especiales" bajo control del Estado (art. 1, inc. 1, letra w).

No obstante, toda esta estructura normativa resulta inferior (arts. 31 y 75, inc. 22, primer párrafo, C.n.) a la parte dogmática de la Constitución de la Nación Argentina y así expresamente se encuentra prevista la conducta referida en la Convención de Viena, según lo ya transcripto.

El primer párrafo del art. 19 de la Constitución de la Nación, en cuanto garantiza: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", no resulta, por ende, ajeno a este plexo interpretativo.

De tal modo, no se puede aceptar una interpretación que, por vía de esta norma tutelar de la salud pública, tipifique el ingreso en el área de la intimidad o privacidad tutelada constitucionalmente.

Es en este sentido que la tenencia para consumo de modo tal que se enmarque en la intimidad y privacidad constitucional no debe ser alcanzada por el tipo del arto 14, segundo párrafo, citado, por cuanto a quien solo puede afectar es al tenedor y no a terceros o "público".

Dice Frías Caballero: "la ofensa (como lesión o peligro) pertenece a la tipiciad... En consecuencia el juez 'debe verificar la existencia in concreto' de la ofensa juntamente con los otros elementos constitutivos de la figura. Si la ofensa no existe la conducta deja de ser típica" (Frías Caballero, Codino y Codino, Teoría del delito, pág. 57). Y más adelante, de acuerdo a lo que antes opiné: "el principio del bien jurídico viene a asumir jerarquía constitucional a partir de la primera parte del art. 19 de la Constitución vigente... La moderna versión de esta exigencia liberal es, precisamente, el principio del bien jurídico o de la tipicidad substancial o material" (pág. 59).

En conclusión, opino que el arto 14; segundo párrafo, ley 23.737, pune una de las facetas del peligro abstracto que para la salud pública representa el hecho de que las sustancias allí contempladas salgan del marco de seguridad dado por el control estatal, a que se comprometió el Estado argentino ante la Comunidad Internacional, pero que debe hacerla en el marco de la Constitución de la Nación Argentina y, por ende, no puede avanzar -y en ese sentido es atípica- al espacio de privacidad previsto por su arto 19, esto es, el marco íntimo en el que tales sustancias no puedan de ningún modo afectar la salud de terceros o salud pública.

Así, determinar la tipicidad o atipicidad de una acción de tenencia de estupefacientes en escasa cantidad para consumo exige, por ende, el análisis de la conducta en relación al peligro a la salud pública.

IV.-En el caso que se da por justificado en autos, con la provisionalidad de este tipo de pronunciamientos y sin agravio al respecto por la parte recurrente, la tenencia de marihuana en la vía pública con propagación del ruido hasta el hecho de haber sido advertido el olor por terceros. Ello importa, a prima facie, el riesgo a la salud pública, por los fundamentos correctamente expuestos por el a-quá, excediendo el marco de la salud personal y, con ello, de la privacidad del que la posee, por lo que debe calificarse como tenencia ilegal de estupefaciente para consumo (art. 14, segundo párrafo, ley 23.737).

En el mismo sentido, en un caso análogo, se pronunció esta Excma. Cámara en forma unánime, en la causa 6585 (cfr. S 26/12/06 LS 2006 0917, :F 3264)

Por estos fundamentos debe desestimarse el recurso de la Defensa y confirmarse el auto apelado.

Voto por la negativa.

La señora Juez doctora Yaltone, adhirió al voto precedente por sus fundamentos.

A la segunda cuestión, el señor Juez Dr. Dupuv, dijo:

De acuerdo al resultado a que se arribó en el tratamiento de la cuestión precedente, el pronunciamiento que debe dictarse es el de desestimar el recurso de apelación traído por la Defensa y confirmar el auto apelado que no hace lugar a la inconstitucionalidad planteada por la Defensa ni al pedido, en la medida del agravio, de que se deje sin efecto toda posible actuación en perjuicio de Vladimir Iván Toth y Jorge Daniel Bertino.

Así voto.

La señora Juez doctora Yaltone, adhirió al voto precedente por sus fundamentos

Con lo que terminó el presente acuerdo.

Jorge Luis Dupuy

Susana Miriam Darling Yaltone

Fernando Adrian Herrero

Dolores, 14 de febrero de 2007.

Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que precede, se desestima el recurso de apelación traído por la Defensa y se confirma el auto apelado que no hace lugar a la inconstitucionalidad planteada por la Defensa ni al pedido, en la medida del agravio, de que se deje sin efecto toda posible, actuación en perjuicio de VladiInir Iván Toth y Jorge Daniel Bertino.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-