

POSTULO SOBRESEIMIENTO.-**SEÑOR JUEZ:**

ADRIÁN JORGE GARCÍA LOIS, Fiscal Federal a cargo de **Ministerio Público N°2** de esta Ciudad, en el marco de la presente **causa N°...**, caratulada: “**C., N. A. S/ INF. LEY 23.737**”, del registro de la **Secretaría N°5** del Tribunal a vuestro digno cargo, a V.Sa. respetuosamente digo:

I.- OBJETO.-

Que vengo por intermedio del presente a propiciar el **SOBRESEIMIENTO** del encartado **N. A. C.**, en base a las consideraciones de hecho y derecho que a continuación paso a exponer.-

II.- ANTECEDENTES DEL CASO Y FUNDAMENTOS DEL TEMPERAMENTO PROPICIADO EN EL PRESENTE.-

Que las presentes actuaciones reconocen su génesis en virtud de que con fecha 1° de Febrero del año en curso, en circunstancias de realizarse un procedimiento de requisa en el Pabellón “B” de la Unidad Residencial IV del Complejo Penitenciario Federal N°1 del Servicio Penitenciario Federal, sito en la localidad de J. M. Ezeiza, circunstancia en la cual al examinar el interior de la celda N°9 la cual se encontraba ocupada por el interno **N. A. C.**, se halló dentro de un pote de crema para afeitar que se encontraba sobre el lavatorio, un envoltorio color negro el cual contenía en su interior una sustancia herbácea la cual por su textura, color y olor sería picadura de marihuana.-

Que se realizó el pesaje pertinente de la mencionada sustancia, arrojando un total de 22,2 gramos, asimismo, se realizó el test de orientación por intermedio del cual se determinó la presencia de dicha sustancia en el material incautado.-

III.-CALIFICACIÓN LEGAL:

El encuadre típico entiendo que consiste en tenencia ilegítima de estupefacientes para uso personal, en calidad de autor (art. 45 del Código Penal y 14, segundo párrafo de la Ley 23737), en virtud de su escasa cantidad y al no existir el más mínimo elemento de sospecha que permita inferir que otro podría ser el destino de esa marihuana.

IV.-MOTIVACION:

La tenencia por parte del encausado del material descripto en el capítulo III en un ámbito propio de su custodia – como se desprende del hecho de estar dentro de su celda, escondido en un tarro sobre el cual solamente él tenía acceso directo y continuo- está probada en el acta de fs. 3 y las declaraciones testimoniales de fs. 8/11.

En lo atinente a la categoría prohibida del material incautado, resultan suficientes las conclusiones del resultado del test de orientación plasmado a fs. 4, que indica tanto la cantidad, como el tipo de sustancia hallada, sustancia que se encuentra comprendida entre aquellas contempladas por la Ley 23.737 (cfr. art. 77 CP y DECRETO 299/2010 PODER EJECUTIVO NACIONAL B.O. 04/03/2010).

En base a lo expuesto, si bien *prima facie* el hecho antes narrado se encontraría subsumido en la figura penal prevista por el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, lo cierto es que de la prueba colectada en el expediente surge que la conducta enrostrada al imputado no encuadraría en una figura legal, por lo que debe dictarse el sobreseimiento del imputado.

En primer lugar, no puedo dejar de valorar que estamos en presencia de delito de peligro para la sociedad –por cierto grave y de consecuencias flagelantes-, pero también con un grado de lesividad mayor para su autor que el genérico y abstracto que puede generar en la sociedad. Por ello, en el caso como el que nos ocupa, cuando la tenencia de estupefacientes es en pequeñas cantidades y para el consumo personal inmediato, debe tenerse en

cuenta la grosera desproporción que implica acudir al derecho penal cuando el conflicto puede resolverse con medidas de política social, que permiten proteger, incluso con mayor eficacia, un determinado bien jurídico, sobre todo teniendo en cuenta que el consumidor debe –muchas veces– ser considerado como un enfermo, por el carácter adictivo de las sustancias estupefacientes (cfr. art. 4 de la Ley 26.657 - Derecho a la Protección de la Salud Mental).

A ello se suma que la sanción prevista para este tipo de conductas es una pena corporal como la de prisión, por lo que, de concretarse esa privación de la libertad o, en el caso en que nos ocupa, cuando la persona ya está detenida, prolongar su encierro –y hasta poder ser declarado reincidente por consumir estupefacientes–, muchas veces puede traer aparejado que esa adicción o experimentación –cuando es reiterada–, produzca una consecuencia aún peor, derivada de lo que representa una situación de encierro en un establecimiento carcelario, por la propia característica de seguridad que necesariamente debe regir en el mismo, y por la convivencia con otras personas que se encuentran en el lugar por hechos vinculados no a situaciones de adicción, sino de relativa violencia, en condiciones de precariedad material, entre otros padecimientos o riesgo de contagio de enfermedades, sobre los que no hace falta ahondar –y que hoy en día son plenamente asumidos por la generalidad de los operadores del sistema judicial–.

Los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico, por lo que no parece razonable que la respuesta punitiva del Estado al consumidor, con las consecuencias que implica tal como se dijo en el párrafo que antecede, se traduzca en una revictimización¹.

¹ Cfr. Documentos Oficiales del Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja sobre “La Reforma Integral a la Ley de Estupefacientes y la Identificación de Políticas Sociales”, del 25 de junio de 2008 y la “Fiscalización de Precursores Químicos y Sustancias Químicas para fabricar estupefacientes”, del 21 de abril de 2009; la “Declaración de Magistrados de la República Argentina ante la reforma de la ley de estupefacientes” de fecha 2 de marzo de 2009 y el “Documento de magistrados sobre políticas públicas en materia de Drogas y Derechos Humanos. Declaración de Oporto de julio del 2009, citados en los fundamentos del proyecto de ley que pretende modificar el texto de la Ley N° 23.737 (Expediente ante el Senado de la Nación n°750/12).

Con ello no pretendo sostener la desincriminación de este tipo de conductas, sino antes bien, simplemente justificar razonablemente el motivo por el cual considero que debo aplicar un criterio sumamente cauteloso y restrictivo a la hora de proceder a realizar un acto procesal de tanta trascendencia como la prosecución de la acción penal, que se traduciría en poner en funcionamiento la maquinaria punitiva del Estado respecto de determinadas problemáticas sociales que deberían y podrían ser abordadas desde otras instituciones del estado, tal como lo ha exhortado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Arriola”².

Por lo tanto, en concordancia con la doctrina y jurisprudencia vigente a la que adhiero, entiendo que la conducta enrostrada carece de las condiciones para ser penalmente perseguible, toda vez que, al encontrarse la cuestionada sustancia en un ámbito de intimidad -resguardada y escondida en el interior de un tarro que se hallaba en la celda que ocupaba -, no se advierte la posible existencia de lesión al bien jurídico protegido por la norma (ley 23.737), y, en tales condiciones, se encuentra amparada por el principio de reserva instaurado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

El caso que nos ocupa exhibe las particulares aristas tenidas en vista en los precedentes “*Azari Meza, Oscar Antonio y otros s/ ley estupefaciente*” Sent. Int. 021/07 de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, y “*ARRIOLA Sebastián y otros s/causa nro. 9080*” del 25 de agosto de 2009, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se ha propiciado una interpretación del art. 14, 2º párrafo de la ley 23.737 que, a criterio del suscripto, satisface adecuadamente los límites impuestos a la actividad punitiva estatal por el principio de lesividad penal (art. citado de la carta magna).

² ...Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. (Del voto del Ministro Dr. Enrique Santiago Petracchi).

En efecto, la tenencia no resultó ostentosa o propiciadora de una incitación al consumo de terceros, como tampoco causó una objetiva alteración del orden, ni fue portadora de una exhibición propagandística de una determinada elección moral, por lo cual, de conformidad con la doctrina que emerge de los antecedentes citados, se encuentra exenta del poder sancionatorio estatal.

En ese contexto, existen serias dudas sobre la existencia de una lesión a la salud pública que justifique continuar con una investigación penal, duda que deberá recibir la consideración emanada por la directiva contenida en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación, y que luego de su sanción fuera reforzado por otras normas similares establecidas en tratados internacionales de jerarquía constitucional, incorporados a la Carta Magna por imperio de su art. 75, inciso 22.

No dejo de advertir que nos encontramos con una conducta realizada en el interior de un edificio con características particulares, en atención a la ausencia de una plena intimidad por parte de los internos que se hallan allí detenidos, por la mera circunstancia de que ingresan al sitio los guardias habitualmente para realizar la requisa, e incluso que son cambiados de su celda muchas veces sin necesidad de consentimiento ni aviso previo.

Pero ello no obsta a que se erija tal espacio como un lugar específico en donde solo el detenido es quien accede exclusivamente a él, y en especial en el lugar en donde se hallaba escondida la sustancia, lo cual no era un lugar ostentoso ni de exteriorización a terceros, que solo pudo ser advertido merced a una intervención de requisa por especialistas que tienen como función específica hallar elementos no permitidos.

Pero insisto, existen serias dudas sobre la posibilidad de que esa tenencia pudiera haber afectado el bien jurídico protegido por la norma, con lo cual tal hesitación deberá ser valorada a favor del encausado, ya que la alteración del orden que pueda producir dicho accionar, resulta una cuestión disciplinaria, pasible de la sanción penitenciaria adecuada, pero de

ninguna manera por esa sola cuestión puede derivarse la consecuencia de un delito, o la dispensa de un trato desigual respecto de quién se halla en libertad.

Se debe adunar a lo expuesto, en cuanto a la particularidad de los casos de tenencia para consumo personal por parte de personas detenidas, que el ámbito carcelario debe ser un lugar preparado para lograr la resocialización de quienes transgreden normas penales, finalidad que no siempre puede cumplirse, resultando de público conocimiento que en estos lugares muchas veces reina algún grado de violencia y hacinamiento, y en donde muchos internos intentan acudir al consumo de alguna sustancia como para sobrellevar una vida en un ámbito ciertamente hostil.

De tal forma que tampoco resulta relevante para resolver la situación procesal en un proceso penal, acudir a determinar si el tenedor de una sustancia estupefaciente para su consumo personal, resulta dependiente o es un experimentador, lo que sí debería tener relevancia a los fines de adecuar el tratamiento penitenciario correspondiente, circunstancia sobre la cual deberá centrar su atención en especial las autoridades del Servicio Penitenciario Federal encargadas ello, así como el juez a disposición del cual el interno se halla detenido.

Ello, reitero, sin perjuicio de que esta conducta pueda comprender una falta administrativa o transgresión a las normas carcelarias correspondientes, existiendo en ese caso los procedimientos y sanciones adecuadas, pero tal tópico resulta resorte exclusivo de las autoridades penitenciarias.

En síntesis, la intervención del sistema penal en estos casos, solo lograría profundizar un conflicto sumamente grave y complejo, como es el señalado respecto al encierro de personas imputadas o condenadas por la comisión de delitos, tratándose de conductas que en definitiva afectan fundamentalmente a quien las realiza, erigiéndose fundadas dudas sobre la posible trascendencia a terceros, resultando irracional y opuesto al sistema republicano de gobierno, establecido por la Constitución Nacional, el profundizar

esos conflictos sociales mediante la intervención punitiva del estado, y sobre todo respecto de conductas que no trascienden a terceros como lo es la tenencia de estupefacientes para el consumo personal –en medio de una situación de encierro y aflicción personal de los internos como la narrada-, en un ámbito propio de la intimidad –aún limitada- de un detenido, en el interior de una unidad carcelaria.

No se pasa por alto que resulta sumamente trascendente determinar la forma en que el detenido pudo ingresar u obtener esa sustancia a la Unidad Carcelaria, lo que constituiría una conducta grave de tráfico de estupefacientes en alguna de sus modalidades, lo que sí merece ser investigado (y por cierto ser el eje en el cual se concentre la actividad jurisdiccional), pero no aprecio la existencia de medida alguna que sea verdaderamente efectiva, como para poder direccional una investigación seria hacia ese objetivo, con lo cual no resta otra medida que proceder al archivo de estas actuaciones.

Por todo lo expuesto, este Ministerio Público manifiesta que carece de interés en continuar la persecución penal en los presentes actuados, por considerar que no constituye delito el hecho objeto de los mismos, por lo que solicito se dicte el sobreseimiento del imputado por aplicación del supuesto contemplado en el art. 336 inc. 3 CPPN, de conformidad con el principio “favor rei”.

V.-PETITORIO:

Por lo expuesto, a V.S. solicito:

I. Se haga lugar al planteo realizado por el suscripto y tenga por formulado el pedido de **sobreseimiento** de **N. A. C.**, de conformidad con lo establecido por los artículos 3 y 336 inciso 3º, del Código Procesal Penal de la Nación.

II. Oportunamente, se proceda la destrucción del material estupefaciente incautado (artículo 30 de la Ley 23.737).-

III. Se disponga el **ARCHIVO** de las presentes actuaciones, ante la ausencia de medidas eficaces para realizar.

**FISCALIA FEDERAL N° 2 de Lomas de Zamora,
13 de febrero de 2013.-**