

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa Nº 13.004
"Toñanez, Benjamín
s/rec. de casación"
Sala III. C.N.C.P.

Registro nº:250/11

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de marzo dos mil once, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres., Liliana E. Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela E. Ledesma, bajo la presidencia de la primera de las nombradas, asistidos por el Prosecretario de Cámara, Dr. Walter Daniel Magnone, con el objeto de dictar sentencia en la causa nº 13.004 caratulada "*Toñanez, Benjamín s/ recurso de casación*", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo Gustavo Wechsler y el doctor Juan Carlos Sambuceti (h), por la defensa.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Mitchell y Catucci.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora juez *Angela Ester Ledesma* dijo:

PRIMERO:

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 82/92 por el Ministerio Público Fiscal, contra la decisión de fecha 13 de julio de 2010 (ver fs. 76/77) dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, que dispuso "*I-CONFIRMAR el decisorio recurrido en cuanto dispone el sobreseimiento de Benjamín Toñanez...*".

El recurso de casación interpuesto fue declarado admisible a fs. 97 y mantenido a fs. 103.

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó el Sr. Fiscal a fs. 105/106 y el Sr. Defensor Oficial, doctor Sambucetti, a fs. 108/111.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual con fecha 23 de febrero de 2011, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO:

a. La recurrente sostuvo que la decisión resultaba arbitraria, pues se encontraba acreditado que el imputado fumaba marihuana en horas de la tarde en un lugar público y, además, tenía en su bolsillo izquierdo de la campera un envoltorio de nylon con la misma sustancia prohibida, con la que se podía preparar 22 cigarrillos.

En ese sentido, alegó que el funcionario policial declaró que Toñanez estaba fumando en la vía pública, motivo por el cual la decisión de los jueces de que sólo se pudo constatar que poseía marihuana en la campera resultó ser una valoración parcial de la prueba.

Por otro lado afirmó que en atención a la cantidad de droga que poseía el imputado, aquella no podía estar destinada para uso personal. De esta manera, no resultaba aplicable la doctrina sentada en el precedente “Arriola” de la CSJN.

Al mismo tiempo, entendió que la Cámara interpretó en forma errónea el art. 14 segunda parte de la ley 23.737, pues se inobservó la hipótesis genérica o residual prevista en la primera parte del citado artículo, al igual que el artículo 12 inc b) de la ley federal. Sostuvo que no puede aplicarse el precedente “Arriola” en

forma automática dado que en cada caso en particular debe analizarse si la cantidad de droga secuestrada es para uso personal y si afecta o no derechos de terceros. Así, recordó que el imputado fue detenido en el Parque Centenario cuando se encontraba sobre la llamada estructura de los “*skyters*” fumando un cigarrillo del que emanaba olor similar al de la marihuana y al ver al preventor acercarse hacia él, ingirió el cigarrillo en cuestión luego de apagarlo, además de la sustancia secuestrada en el interior de su campera (el equivalente a 22 cigarrillos).

Con cita de fallos de la Sala I de ésta Cámara y de doctrina nacional, estableció lo que a su criterio constituía “escasa cantidad para consumo personal”, siendo que el material secuestrado en estos actuados escapaba a esa finalidad.

En ese sentido, alegó que no se daba ni el aspecto cuantitativo ni cualitativo para encuadrar la conducta en el consumo personal. De las circunstancias que rodearon el caso, se desprende que aquella tenencia no estaba destinada para el uso privado e intrascendente sino, por el contrario, para una exhibición ostentosa de fumar marihuana en pleno día y en una plaza pública, tal como quedó demostrado al momento de la detención. Por ello, afirmó que la conducta imputada debía ser la de tenencia simple de estupefacientes.

También expresó que al encontrarse Toñanez fumando en la plaza, correspondía endilgarle el inc. b) del art. 12 de la ley 23.737, dado que la acción desplegada fue una conducta ostentosa y con trascendencia.

Hizo reserva del caso federal.

II. A fs. 105/106, se presentó el Sr. Fiscal General, doctor Wechsler quien reiteró los argumentos de la recurrente, concluyendo que la conducta imputada representaba la existencia de

daño o peligro concreto al que se ha referido el precedente “Arriola”, sin que pueda quedar amparada por el art. 19 de la CN.

III. Por su parte, el doctor Sambucetti, alegó que el fiscal no tenía derecho al recurso dado que éste constituye una herramienta para el imputado. Dicha conclusión se advierte de la simple lectura de los tratados internacionales en donde el sujeto de ese derecho es sólo el imputado. También explicó los motivos por los que consideraba que, de hacerse lugar al recurso, se vulnerarían el indubio pro reo y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En segundo término, sostuvo que de las constancias del caso se desprendía que la tenencia de marihuana era para consumo personal, circunstancia que encuadraba en el precedente “Arriola” de la CSJN. Explicó los motivos por los cuales debía aplicarse el derecho penal de *ultima ratio*, sin que el Estado pueda intervenir en aquellas conductas que encuentran amparo en el art. 19 de la CN. Por ello, entendió que penar al consumidor resultaba contrario a la Constitución, y brindó las razones por las que consideró que la conducta desplegada no puso en peligro concreto a derechos y bienes de terceros.

Hizo reserva del caso federal.

TERCERO:

I.- Previo a todo corresponde mencionar que los agravios introducidos por el recurrente no logran rebatir adecuadamente los argumentos vertidos por los magistrados.

Muy por el contrario, sólo ha manifestado su disconformidad con los fundamentos dados en la resolución recurrida. Sobre el particular, interesa recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el recurrente estime tales según su criterio divergente, sino que atiende sólo a supuestos en los que se verifica un apartamiento

palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 293:344, 274:462; 308:914; 313:62; 315:575), todo lo cual no se advierte en el caso.

En efecto, interpreto que la solución ha sido sustentada razonablemente y los agravios introducidos por el representante de la vindicta pública sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (C.S.J.N. Fallos 302:284; 304:415; entre otros), resolutorio que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros).

II.- Llegado el momento de resolver y en virtud de los fundamentos expuestos en las causas nro. 5250 "*Catuve, Osvaldo Manuel s/ rec. de casación*", rta. el 4/11/04, reg. 654/04 y 5452 "*Burgos, Miguel Andrés s/ rec. de casación*", rta. el 11/10/05, reg. 837/05; entre otras -a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad- y a los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "*Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080 A. 891.XLIV*" del 25 de agosto de 2009, entiendo que corresponde rechazar la vía intentada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En punto a la cuestión de fondo vinculada a la pretendida tipicidad de la conducta reprochada, he de resaltar que, la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por la norma (salud pública) impone determinar si la sustancia secuestrada fue ostentada públicamente por Toñanez y si se generó un daño o peligro con trascendencia a terceros.-

Así, conforme lo indicó el personal actuante, el material secuestrado en poder del nombrado fue hallado en el bolsillo de su campera (Ver fs. 1), circunstancia que -en razón de su

falta de exteriorización- permite a todas luces concluir la ausencia de afectación a terceros y, por ende, al bien jurídico protegido por la norma, esto es, la salud pública.-

Al respecto, se sostiene que *“(l)a concreción del bien jurídico protegido en el concepto jurídico penal de salud pública torna viable y operativa su función dogmática en tanto impedirá incluir en el tipo, aquellas conductas que no obstante su adecuación formal en él, no sean creadoras de un riesgo típicamente relevante”* (cfr. Falcone y otro; *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*; Editorial Ad-hoc, 2002, pág. 58).

De este modo, puede afirmarse que la pretensión punitiva ha fenecido, en atención a que no existe interés en la persecución penal, toda vez que no se puso en peligro el bien jurídico protegido por la norma -salud pública- y, en consecuencia, la conducta es atípica. Ello así, en atención a que el principio de lesividad proscribiera el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto. Por tal razón es inadmisibles la punición de acciones u omisiones que no tienen ninguna posibilidad de generar un riesgo, por más que el autor así lo crea (*Binder, Alberto; Introducción al derecho penal; ed. Ad-Hoc; 2004; págs. 166/167*), este criterio es compartido con Ferrajoli cuando señala que *“...el principio de lesividad impone a la ciencia y a la practica judicial precisamente la carga de tal demostración. La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos ...”*(*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal; ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 467*).

Conviene recordar, que *“el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características*

*propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad” (Binder, Alberto M.; op. cit., p. 39); toda vez que no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático para la sociedad y los particulares. Por esta razón, se requieren garantías jurídicas especiales que determinen que sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y como recurso extremo (Prittwitz, Cornelius: *El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal, traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en “La insostenible situación del derecho penal”, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 433/434 con cita de Lüderssen).**

Por último, debo señalar que carecen de respaldo probatorio los dichos del preventor en cuanto a que el imputado se encontraba fumando presumiblemente marihuana al momento de la detención, dado que al ingerir el cigarrillo impidió efectuar las pericias necesarias a los efectos de verificar la sustancia que estaba consumiendo, como así también la cuantificación de la misma. Por lo demás, la cantidad secuestrada no permite concluir que aquella no tendría otra finalidad que la del consumo personal, dado que no se han presentado otros elementos probatorios que permitan arribar una afirmación diferente a la de la resolución recurrida.

En virtud de lo expuesto, propicio al Acuerdo rechazar el recurso de casación deducido, sin costas (art. 456 inc. 1º y 532 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

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

Adhiero al voto de la doctora Ledesma y emito el mio en igual sentido.

La señora juez doctora *Liliana E. Catucci* dijo:

En las presentes actuaciones se investiga el hecho que habría tenido lugar el 26 de junio de 2009 a las 16.00 horas aproximadamente, oportunidad en que Benjamín Toñanez habría sido sorprendido por personal policial en el interior del “Parque Centenario” de esta ciudad, fumando un cigarrillo de marihuana, y con otros 10,92 gramos de la misma sustancia en el bolsillo delantero izquierdo de su campera (cfr. fs. 1/vta. y 28/29).

De lo sintéticamente expuesto se advierte que el encausado estaba en poder de la droga en un espacio público, a plena luz del día, con suficiente marihuana como para armar 22 cigarrillos (cfr. pericia de fs. 28/29), cantidad que no puede ser considerada como “escasa”.

En efecto, por escasa cantidad debe reputarse según la doctrina a la "módica, mínima, poco abundante" (Manigot "Régimen legal de los estupefacientes en la ley 23.737", JPBA, tomo 72, pág. 270); cantidad que según Laje Anaya "... no debe dar lugar a discusiones e interpretaciones interminables. Escasa cantidad, será aquélla que sirve o vale para un consumo personal; no será escasa cantidad aquélla que importe la posibilidad de ser consumida en más de una oportunidad" ("Narcotráfico y Derecho penal argentino", Lerner, Córdoba, 1996, pág. 209)" (cfr. c/nº 1059 “Vila, Juan C. s/recurso de casación”, reg. nº 515/97, rta. el 28/11/97; y c/nº 6667 “Bell, Héctor Marcelino; Bell, Félix Marcelo s/recurso de casación”, reg. nº 511.06.3, rta. el 26/05/06, Sala III C.N.C.P.).

De las constancias causídicas se aprecia que las circunstancias señaladas se desacomodan a los presupuestos contenidos en el fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como para llegar a la conclusión traída en ese

precedente.

Es decir que atento a que las circunstancias de este proceso no son las contempladas en ese precedente, opino que debió habersele dado trámite al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, sin costas (arts. 456 incs.1 y 532 del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y oportunamente, remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota de envío.

Fdo: Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela E Ledesma. Ante mi: Walter Daniel Magnone, Prosecretario de Cámara