

**Causa n° 41.025 “Bernasconi” – Inconstitucionalidad art. 5 inc. “a”
anteúltimo párrafo ley 23737 plantación de marihuana para consumo
personal**

Camara Criminal y Correccional Federal, Sala I, Causa N° 41.025, “Bernasconi R., R.”
Juzgado de origen: N° 12 Secretaría N° 23

Buenos Aires, 03 de junio de 2008.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- En función del recurso de apelación interpuesto a fs. 4 por el Dr. Juan Martín Hermida, corresponde revisar la resolución de fs. 1/3 por medio de la cual el Dr. Torres dispuso el procesamiento de R.B.R. por haberlo considerado “prima facie” autor penalmente responsable del delito contemplado en el art. 5, inc. a), anteúltimo párrafo de la ley 23.737; suspender el trámite de la causa (art. 18 de la ley 23.737), ordenar la realización de un tratamiento según lo establecido por el art. 21 de dicha normativa; y, por último, mandar a trabar embargo sobre los bienes del nombrado.

II.- a) Se atribuye a R.B.R. haber tenido en su poder seis plantas de la especie Cannabis Sativa (marihuana); dos de ellas, el 6 de febrero de 2007 en la calle, frente a la altura 445 de Yapeyú de esta ciudad, mientras que las restantes, el 22 de marzo de 2007 en el balcón de su domicilio –específicamente en el interior de una estructura de madera confeccionada en uno de sus extremos-, sito en Venezuela ... de esta ciudad. El “a quo” subsumió el hecho en la norma del art. 5, inc. a, atenuada en virtud del anteúltimo párrafo de dicho artículo, ley 23.737, pues consideró que el imputado cultivaba dichas plantas de marihuana para luego producir estupefacientes y destinarlos al consumo personal.

b) El Sr. Defensor Oficial no cuestionó la hipótesis provisoriamente afirmada por el juzgador sino el juicio normativo realizado, por entender que traspone el ámbito de privacidad ajeno a la autoridad de los magistrados, protegido por el art. 19 C.N. Ello es así, pues la conducta de su defendido, en principio alcanzada por el art. 5, inc. a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737, no pone en riesgo, siquiera de un modo potencial, la salud pública y por ello no se inmiscuye en el ámbito público, es decir, el relativo a las reglas de moral intersubjetiva. Por ello, subrayó que con independencia de que se considere inconstitucional la norma o de que estime una posibilidad interpretativa plausible en función del imperativo negativo del art. 19 C.N., corresponde, según la exposición, descartar la aplicación al sub-lite de la disposición en cuestión. Agregó que a la luz de la reforma constitucional del año 1994 correspondía efectuar una relectura de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y de las razones que dio la Corte Suprema in re: “Montalvo” –LL-1991-II, ps.870/92- para apoyar su legitimidad, problemática de aristas similares al tema que nos ocupa. En especial, subrayó que la afectación a la moral pública se refiere a la lesión de las reglas atinentes a la moralidad intersubjetiva perteneciente al ámbito público. Desde esta perspectiva, estimó que la siembra o cultivo para consumo personal carece de entidad suficiente para lesionar en el sentido indicado. Requirió, en consecuencia, que se disponga el sobreseimiento de R.B.R. por cuanto su conducta no encuadra en figura legal alguna.

III.- De acuerdo con lo expuesto, la parte pretende la relectura de “Montalvo” atendiendo a las tendencias internacionales vinculadas con el derecho a la privacidad –aplicable tanto a los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal como a

aquellos abarcados por la norma en principio aplicada a la conducta de su defendido- y a que la falacia actual de sus argumentos se revela, aun con mayor nitidez, en la aplicación de la norma al sub-lite, en cuyo marco no es posible afirmarse siquiera, según la propia lógica de aquel fallo, que la actividad de R.B.R. –consistente en tener plantas de marihuana en el balcón de su casa destinadas a consumir luego el producido- hubiese trascendido a terceros.

El planteo sintetizado nos remite al asunto atinente a si es posible ensayar una interpretación del art. 5, inc. a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737 compatible con la Constitución Nacional o si, en cambio, corresponde realizar el examen de adjudicación correspondiente.

La norma en cuestión prevé la conducta de quien siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal. Como en el caso del art. 14, apartado segundo de la ley 23.737, la figura en cuestión prevé una sensible diferencia respecto del tipo básico en lo que atañe a la escala penal y al régimen de la acción, pues mientras el art. 5, inc. a) establece una pena que oscila entre los cuatro y quince años de prisión y otra de multa, la figura atenuada que nos ocupa fija un marco penal de un mes a dos años de prisión, así como la posibilidad de aplicar el sistema de los arts. 17, 18 y 21 de la ley (es decir, la posibilidad de suspender el trámite del proceso o la aplicación de la pena, la disposición de un tratamiento y, en su caso, el dictado del sobreseimiento). Cabe señalar que la atenuante se incorporó al cuerpo de la ley 23.737 en orden a la ley de reformas N° 24.424 -sancionada el 7 de diciembre de 1994-. En el informe del Proyecto elevado a la Cámara de Diputados por las Comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción se dijo respecto de esta modificación que: "...Además de todo ello, se aclara el artículo 5 de la ley 23.737 para equiparar casos menores de siembra y cultivo de estupefacientes con la simple tenencia de ellos..." ("Antecedentes Parlamentarios", LL-1996-A, p. 1082), mientras que en el ámbito de la Cámara revisora la atenuante propuesta dio lugar a resabios de la discusión acerca de si corresponde prohibir penalmente el consumo de estupefacientes (ibid., p. 1117/1118). De acuerdo con lo expuesto, la norma analizada presenta, en principio –dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida- problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades (a partir de la causa N° 36.989, "Cipolatti, Hugo s/ Procesamiento", rta. el 7 de junio de 2005, reg. N° 571-del voto en disidencia del Dr. Freiler-y por mayoría, desde de la causa N° 41.228, "Velardi, Damián J. y otro s/ sobreseimiento", 30 de abril de 2008, reg N° 400). En dichos precedentes se ha efectuado la relectura del caso "Montalvo" en función de la revisión del parámetro de la razonabilidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, tras partir de una concepción según la cual las acciones privadas de los hombres previstas por el art. 19 C.N. se refieren a aquellas que no ingresan en el campo de la moral autorreferente, se estimó que en virtud de las consecuencias negativas de la aplicación de la ley en orden a los fines perseguidos, se ha verificado la inadecuación de los medios en relación con aquellos objetivos y, en consecuencia, una tensión irrazonable de la libertad personal comprometida por la incriminación. En consecuencia, a la luz de los arts. 14 y 28 C.N. se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, apartado segundo de la ley 23.737 en razón de los supuestos de "inconstitucionalidad sobrevivientes" aludidos en los fallos citados.

Dichas razones son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas, de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades, por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal. En todo el abanico de casos abarcados por la norma ni siquiera es posible aplicar algunos de los argumentos legitimantes sostenidos por la Corte Suprema de Justicia in re: “Montalvo” –por ejemplo, el problema relativo al llamado “traficante hormiga”, la generación de comportamientos imitativos, o, en su caso, la lesión por la publicidad de la conducta entendida en términos de intimidad, según la lógica de los precedentes “Colavini” o “Montalvo”-. Sin perjuicio de ello y en lo que atañe a los posibles discursos legitimantes de la figura en cuestión, de estructura similar, según lo expuesto, a la de tenencia de estupefacientes para consumo personal, resultan de aplicación, para la adjudicación constitucional de la norma, los argumentos que en votos concurrentes hemos desarrollado al declarar la inconstitucionalidad del art. 14, inc. 2 de la ley 23.737 en los precedentes citados, a los cuales nos remitimos en lo pertinente. En virtud de lo que se resolverá en cuanto a la validez constitucional del art. 5, inc. a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737, corresponde desplazar su aplicación al caso y, en consecuencia, la conducta de R.B.R. deviene atípica, por lo cual corresponde disponer su sobreseimiento.

Por lo expuesto, el Tribunal
RESUELVE:

I.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 5, inc. a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737, según ley 24.424 (arts. 14, 19 y 28 C.N.).
II.- REVOCAR el resolutorio cuestionado en cuanto fuere materia de apelación y, en virtud de lo decidido en el punto anterior, disponer el SOBRESEIMIENTO de R.B.R., de las demás condiciones personales obrantes en autos, por no encuadrar su comportamiento en una figura legal, dejando constancia de que la formación del presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado (art. 336, inc. 3 C.P.P.N.).
Regístrese, hágase saber, devuélvase el principal con copia de la resolución y, oportunamente remítase el incidente. Sirva de atenta nota de envío.

Fdo: Dres. Eduardo Farah y Eduardo Freiler, Camaristas.