

Rosario, fecha de la firma electrónica.

VISTO: el caso identificado como “**Da Silva, Gustavo Alberto s/Infracción Ley 23.737 (art.14)**”, expediente **FRO 35349/2019/TO1**, del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Rosario, que se le inició por la presunta comisión del delito de tenencia simple de estupefacientes por parte de Gustavo Alberto Silva, en calidad de autor (cf. requerimiento elevación a juicio); con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Oscar Fernando Arrigo, y la Dra. Graciela Yocca, en su calidad de Defensora Pública Oficial Coadyuvante.

CONSIDERANDO:

1. La Defensora Pública Coadyuvante, Dra. Graciela Yocca, en ejercicio de la defensa técnica del imputado Gustavo Da Silva, solicitó el cambio de calificación de la conducta atribuida en la presenta causa a su asistido (tenencia simple de estupefacientes) por la figura prevista en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y, en consecuencia, se dicte su sobreseimiento, previa declaración de inconstitucionalidad de la norma citada.

Para fundar su petición, hizo una breve descripción del hecho endilgado a su asistido y enfatizó que se incautaron 15 envoltorios con marihuana y 5 envoltorios con cocaína, de los cuales, conforme surge del informe pericial realizado por el Laboratorio Analítico Pericial de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, arrojó un peso total de 27,57 gramos de marihuana y 0,87 gramos de cocaína. Respecto de esto, manifestó que no se determinó la cantidad de cocaína presente en el material secuestrado ni la cantidad de dosis umbrales.

En esa línea, adujo que, en oportunidad de prestar declaración indagatoria, su defendido manifestó: *“me sacaron las cosas en el piso del bolsillo del pantalón, era para consumo personal”*.

Asimismo, citó el precedente “Vega Giménez” de la CSJN en tanto sostuvo: *“... la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba 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, tal como sostuvo el tribunal apelado.” (Fallo 329:6019).

Adicionalmente, expresó que una conclusión adversa supondría *“...vaciar de contenido al 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 a la 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 aquel principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación)”*.

En definitiva, sostuvo que *“al no haber ninguna duda en cuanto al designio de consumo personal, y a fin de no provocar un dispendio jurisdiccional innecesario con la realización de un juicio oral”* solicitó *“se modifique la calificación legal de la conducta atribuida al Sr. Sosa por la prevista en el art. 14, 2º párrafo, de la ley 23.737”*.

Conforme lo antes expuesto, la defensa entendió que correspondía declarar la atipicidad de la conducta atribuida a su asistido, previa declaración de inconstitucionalidad de la figura penal prevista en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

A mayor abundamiento, en apoyo a su tesis, se remitió al precedente *“Arriola”* de nuestro más alto Tribunal, sobre la cual sostuvo la letrada *“Dicha doctrina se basa en la idea de que el artículo 19 de la Constitución Nacional abarca no sólo aquello relacionado al fuero íntimo de las personas -esto es, ideas, sentimientos, creencias, etc.-, sino también aquellos actos de los individuos que, por más que se manifiesten exteriormente, no llegan a trascender de forma tal que puedan ofender concretamente intereses o derechos de terceros. De tal modo, a la luz del principio de lesividad, dichas conductas resultan penalmente inocuas”*.

En tal sentido, con cita a Zaffaroni, dijo: *“El primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional consagra el principio del derecho personalista cuya más importante expresión la tiene en el derecho penal, con el llamado principio de lesividad: mientras no hay lesión no hay conflicto; mientras no hay conflicto no hay delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse. El*



principio de lesividad se introdujo en la construcción del sistema penal, con el concepto de bien jurídico (mientras no hay lesión a un bien jurídico – sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto, no hay delito). (CSJN, Fallos 332:1963)”.

Por último, reiteró su pedido de declaración de atipicidad de la conducta de tenencia de estupefacientes atribuida a su asistido, se declare la inconstitucionalidad de aquella norma cita y se disponga, en consecuencia, su sobreseimiento.

Hizo reserva de derechos recursivos.

2. Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Oscar Fernando Arrigo dictaminó favorablemente a la pretensión de la defensa.

En primer término hizo una descripción del hecho atribuido en el requerimiento de elevación a juicio, y en función de ello, dijo que: *“...teniendo en cuenta la poca cantidad de sustancia estupefaciente secuestrada; las circunstancias en las cuales se detuvo a Gustavo Alberto Da Silva en particular, en la que personal de Gendarmería Nacional solicito que exhiba sus pertenencias, extrayendo la droga que se encontraba en su bolsillo; que en oportunidad de ser indagado el nombrado refirió que el material estupefaciente era para consumo persona...”* consideró, en este caso particular, y por la ausencia de todo otro extremo, que surgía inequívocamente que la conducta realizada por Gustavo Alberto Da Silva debía ser encuadrada en lo previsto en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes para consumo personal).

Consideró, además, que la conducta investigada no se tradujo en una afectación a terceros, teniendo el imputado la sustancia estupefaciente dentro de sus pertenencias -en el ámbito de su intimidad-.

En virtud de lo valorado precedentemente y también conforme "Bazterrica" (Fallo: 308:1392), estimó en el presente caso aplicable el fallo "Arriola".

En definitiva, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9080" (S981, XLIV) -postura que destacó el MPF comparte en supuestos como el aquí bajo estudio-, el representante del órgano acusador



sostuvo que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 14, 2° párrafo de la Ley 23.737 para el presente caso.

En consecuencia, solicitó que se dicte el sobreseimiento por atipicidad de Gustavo Alberto Da Silva en los términos del art. 336 inc. 3° del CPPN.

3. Puesto a resolver la cuestión planteada por las partes, adelanto que corresponde hacer lugar al pedido de sobreseimiento de Gustavo Alberto Da Silva.

4. En esa línea, en primer término, cabe señalar que, conforme surge del requerimiento de elevación a juicio, a Gustavo Alberto Da Silva se le atribuyó la presunta comisión del delito de simple tenencia de estupefacientes, en relación a un hecho acaecido el 23/08/2019.

Ahora bien, las partes, en esta instancia, acordaron encuadrar la conducta imputada al nombrado en las previsiones del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.73 y, en base a ello, consideraron que correspondía peticionar su sobreseimiento, en los términos del precedente "Arriola" -antes citado-.

5. En el marco descripto, se torna aplicable la doctrina emanada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Tarifeño" y "Mostaccio" -entre muchos otros-, en cuanto señala que la ausencia de una pretensión punitiva invalida cualquier pronunciamiento jurisdiccional que tenga en miras avanzar en el caso penal; y tal es lo que acontece en la especie cuando la propia parte acusadora estima que resulta razonable sobreseer a Gustavo Alberto Da Silva; y, en consecuencia, la imposibilidad de desvirtuar a esta altura del avance del procedimiento, el estado de inocencia del que goza el imputado (cfr. art. 18 de la Constitución Nacional).

En ese sentido, en el entendimiento del proceso como un método en el cual sólo existen dos intereses contrapuestos -el que acusa y el que se defiende-, que ubica al tribunal juzgador como un tercero que soluciona el conflicto, no se aprecia la razón por la cual otro poder del Estado (el órgano jurisdiccional) deba resolver con independencia de las alegaciones de las partes



-particularmente contrario a la pretensión del órgano acusador público, que representa los intereses de la sociedad en el ejercicio de la acción penal pública-.

En esa línea, cabe destacar lo expuesto por la Dra. Ángela E. Ledesma en cuanto que “...la función jurisdiccional que compete a cada tribunal interviniente se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma del sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP) cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación.

En la lógica del proceso acusatorio las partes tienen autonomía para analizar la fortaleza y debilidad de sus casos y así tomar la decisión de arribar a diversos acuerdos. Ello en razón de que pueden disponer del proceso, por ser los protagonistas del litigio, dejando de existir, en este sentido, controversia entre las partes.

Se debe destacar que es el Ministerio Público Fiscal el órgano que tiene como función instar, investigar, acusar y probar la existencia de un hecho ilícito. Así, los fiscales deben analizar los casos que manejan y decidir cuáles perseguir y qué camino procesal resulta más adecuado, de conformidad con las características concretas de cada proceso.

En efecto, el encargado de diseñar la estrategia del caso y, en consecuencia, el que tiene a su cargo llevar al debate elementos suficientes para comprobar sus proposiciones fácticas, y así satisfacer los elementos de la teoría fáctica, jurídica y probatoria, necesarios para concretar su pretensión punitiva, es el acusador público” (del voto de la Dra. Ángela E. Ledesma en la resolución registro N° 1803/22 en la causa N° FBB 750/2014/TO1/5/CFC1, caratulada “Urbano, Javier y otros s/recurso de casación”).

De forma tal, que no habiendo pretensiones contradictorias y resultando atendible lo planteado por escrito por las partes en el marco del presente caso, corresponde dictar el sobreseimiento de Gustavo Alberto Da Silva en relación al hecho por el que fue requerido a juicio.



De ese modo, lo aquí dispuesto se impone como basamento en el derecho de quien se encuentra sometido a proceso de obtener una resolución definitiva, en un plazo razonable, en respeto a principios superiores de seguridad jurídica, dignidad del hombre, celeridad y preclusión.

Por los argumentos expuestos y de conformidad a lo peticionado por las partes, **RESUELVO:**

I.- Sobreseer a Gustavo Alberto Da Silva, DNI 41.860.465, cuyos demás datos personales obran en los presentes, en orden al hecho por el que fue requerido a juicio, calificado por las partes como tenencia simple de estupefacientes para consumo personal (artículos 336, 361 del Código Procesal Penal de la Nación y art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737).

II.- Disponer, una vez firme la presente, la destrucción por incineración del material estupefaciente secuestrado para la presente causa.

III.- Disponer la devolución de los elementos secuestrados: una billetera marrón, un celular Samsung color blanco y el dinero incautado, debiendo aportar un CBU a tal fin. Todo ello, bajo apercibimiento de disponer de los mismos en caso de inacción.

IV.- Insertar, hacer saber, publicar en el Centro de Información Judicial (CIJ) y, oportunamente, archivar la presente causa. -

(Nº 82/23-FD)

