



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

C. 76.210

En la ciudad de La Plata, a los 14 días del mes de junio de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el objeto de resolver en la presente **causa nº 76.210**, caratulada **“Aguirre Sotelo, Mauricio Rubén; Caldas, Germán Ariel y Lozano, Ezequiel Martín s/ Recurso de casación interpuesto por Fiscal Gral.”**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI- CELESIA**.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal Nº 4 del Departamento Judicial Mar del Plata, en fecha 21 de septiembre de 2015, dictó veredicto absolutorio respecto de los imputados Mauricio Rubén Aguirre Sotelo, Germán Ariel Caldas y Ezequiel Martín Lozano en relación al hecho del día 3 de marzo de 2013 y que fuera calificado como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5to. inciso “c” de la ley 23.737).

Contra dicho resolutorio, el señor Fiscal General de la Cámara de Apelación y Garantías, Dr. Fabián U. Fernández Garello, y la señora Agente Fiscal, Dra. Daniela Ledesma, interpusieron el recurso de casación obrante a fojas 104/111vta. del presente legajo.

Cumplidos los trámites de rigor, y encontrándose la presente en condiciones de ser resuelta, el Tribunal decidió tratar y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Resulta admisible el recurso de casación?

Segunda: ¿Resulta procedente el recurso de casación?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Juez **Ordoqui** dijo:

Se hallan reunidos los requisitos de tiempo y forma exigidos normativamente a los fines de otorgar legitimidad al acto de interposición del remedio casatorio, como así también los elementos que hacen a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, en tanto se trata de una resolución pasible de ser recurrida en los términos de los artículos 448 y 451 del Código Procesal Penal.

Los recurrentes se encuentran legitimados para hacer uso del recurso interpuesto a tenor de lo establecido en el artículo 452, inciso primero, del Código de forma.

Siendo una misión primordial del Ministerio Público Fiscal velar por la correcta aplicación del derecho y la expectativa de que la sentencia acoja la pretensión de esa parte, entiendo que el recurso de casación interpuesto resulta admisible.

Por lo tanto por lo tanto, debe así declarárselo y proceder el Tribunal a decidir sobre los fundamentos de los motivos que lo sustentan.

Artículos 452, inciso primero, 465 y ccdtes. del Código Procesal Penal.

Así lo voto.

A la misma primera cuestión planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el Juez **Ordoqui** dijo:

l). Que contra el veredicto absolutorio los representantes del Ministerio Público Fiscal formulan una serie de apreciaciones, centrando su recurso en los siguientes ejes, a saber:

En primer término, cuestiona el decisorio dictado, por entender que se ha inobservado el art. 77 del CP, por cuanto la mentada norma de fondo no contempla otro requisito, para considerar que una sustancia sea catalogada como estupefaciente, que el de su inclusión en los respectivos listados

elaborador por las autoridades sanitarias. Cita y transcribe doctrina judicial que estima en sustento de su tesis (fs. 107/108).

Seguidamente, aduce la inobservancia del art. 5to. inciso "c" de la ley 23.737 y expresa que la interpretación dada por el a quo ha desnaturalizado el tipo previsto por dicha cláusula legal. Nuevamente, trae en su apoyo un extracto jurisprudencial (fs. 108vta./109).

Denuncia, en tercer término, un apartamiento de las reglas que rigen la valoración probatoria, indicando que el análisis del juzgador fue parcial, configurándose un vicio descalificante del acto jurisdiccional (fs. 110).

Señala la presencia de una causal de gravedad institucional y pone de resalto el notorio interés público comprometido. Requiere se case la sentencia y se orden el reenvío para su nueva decisión por un tribunal hábil. Formula la reserva del caso federal.

II.- La señora Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal, Dra. Daniel Bersi, se presentó solicitando el acogimiento del remedio impetrado por sus colegas de la instancia (cfr. fs. 138 del presente legajo).

III. Por su parte, el señor Defensor Adjunto de Casación, Dr. Daniel Aníbal Sureda, a fs. 139/146, adjunta memorial requiriendo el rechazo por improcedente del recurso de su contradictor procesal. Efectúa la reserva del caso previsto en el art. 14 de la ley 48.

IV).- El recurso debe ser receptado. Ello, en orden a los argumentos que serán vertidos al tratar esta cuestión.

1.- En efecto, considero que, más allá que las normas que rigen la materia no imponen la determinación de la cantidad de sustancia psicoactiva prohibida (CU o dosis umbral), a mi criterio basta que en las pastillas secuestradas se detecte la existencia del componente químico prohibido (metilendioximetanfetamina [MDMA], conocido vulgarmente como "éxtasis").

El fundamento que va a tributar como núcleo de mi postulación, es que la ley 23.737 fue concebida para tutelar la salud pública. En esta línea, el legislador criminalizó una serie de conductas relacionadas a los estupefacientes.

Definir el concepto salud es ciertamente una tarea compleja, pues su delimitación no es asible desde las ciencias duras, sino más bien producto de un arbitrio cultural. Demás está decir que no serán los mismos parámetros los que indiquen que significa gozar de buena salud en Finlandia que en alguna comunidad originaria de Latinoamérica.

A efectos de evitar apreciaciones subjetivas considero apropiado valerme del concepto de salud que dimana de estándares internacionales: *"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*. La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

Propuesto entonces el límite y los alcances de la finalidad de la ley, habrá de recordarse ahora que la misma OMS, postula formalmente que:

"La Toxicomanía o drogadicción es un estado de intoxicación periódica o crónica originada por el consumo repetido de una droga, con las siguientes características:

1Deseo o compulsión a seguir consumiendo la droga (dependencia psíquica)

- *Tendencia a aumentar la dosis (fenómeno de tolerancia)*
- *Dependencia por lo general física: existe un estado fisiológico modificado, dado que el estado de pura dependencia psíquica ha sido sobrepasado realizándose una modificación fisiopatológica a nivel de la misma célula nerviosa, ocasionada por la repetida*

administración de un producto a lo largo de un lapso más o menos extenso. Este estado hace necesario el uso prologando de la sustancia si se desea evitar el característico síndrome de abstinencia, distinto desde el punto de vista clínico según el tipo de droga.

Efectos perjudiciales para el organismo del individuo y la sociedad.”

Dicho Organismo abunda afirmando que “...es una enfermedad física y psicoemocional que crea una dependencia o necesidad hacia una sustancia, actividad o relación.

Se caracteriza por un conjunto de signos y síntomas, en los que se involucran factores biológicos, genéticos, psicológicos y sociales. Es una enfermedad progresiva y fatal, caracterizada por episodios continuos de descontrol, distorsiones del pensamiento y negación ante la enfermedad.”

2.- Así las cosas, según parámetros internacionales las actividades previstas y penadas por la ley 23.737, son indudablemente caracterizadas como enfermedades. Para mayor precisión, se ha dicho renglones arriba que la “enfermedad” es una afección física, síquica o social del individuo. En otras palabras la enfermedad es lo contrario al bienestar.

Profundizando en mi razonamiento, entiendo que en autos la actividad de los imputados ha infringido la ley en cuestión. Cualquiera haya sido la dosis umbral individual de cada pastilla de metilendioximetanfetamina (MDMA), lo cierto es que la actividad desplegada por los aquí enjuiciados ha sido violatoria de la norma.-

Me explico y profundizo.

La sustancia en cuestión –cualquiera sea su dosis- es una sustancia psicoactiva prohibida por la ley. De suyo que la cantidad secuestrada (134 comprimidos), de estructura química pericialmente

comprobada –ver fs. 49/51- relativizan y hacen intrascendente el contenido umbral de cada comprimido.-

Tampoco podría sostenerse con seriedad lo inocuo de los comprimidos, pues quien posee 134 unidades puede entregar una o varias pastillas a quien las adquiera, y este último ingerir una o varias dosis en un solo acto. No parece entonces que pueda afirmarse ligeramente que en este tipo de drogas –por su arquitectura- la falta de acreditación de la dosis umbral nos lleve a un estado de atipicidad. Menos aún cuando a quien se imputa el delito cuenta con la posesión física de semejantes stocks.

3.- A mayor abundamiento, entiendo apropiado abordar la cuestión desde la puesta en peligro de la salud desde una perspectiva psicológica según la definición anteriormente citada (bienestar físico, psíquico y social. OMS).-

No hay dudas que los padecimientos psicológicos integran el trípode con que la OMS categoriza el concepto enfermedad. Tampoco en que, según el mismo Organismo, la toxicomanía y la adicción tienen un fuerte componente insalubre psicológico.

Habrà de verse entonces, desde el punto de vista de la salud mental, cuanto incidiría y si efectivamente lo haría, la cantidad de la dosis umbral en cada pastilla. Creo que, al menos en lo que concierne a la salud psíquica, en nada. En este esquema argumental recurriré al concepto de “efecto placebo”.-

Vale recordar que la ciencia habla de efecto placebo cuando a un individuo se le suministra una sustancia inerte afirmando que es activa (remedio que no es remedio) y el paciente adquiere una mejoría científicamente comprobable. Si partimos de la base que el toxicómano o adicto ingiere estupefacientes para “sentirse mejor”, creo perfectamente aplicable los avances de la ciencia psicológica para resolver la cuestión que traigo a consideración.

“...Hasta el momento se ha tratado de explicar el efecto placebo mediante hipótesis muy diferentes, que van desde la psicoanalítica de Forrer hasta la que defienden aquellos autores que consideran que los términos placebo y sugestión son sinónimos sin proporcionar una definición inequívoca de los mismos...”

“...Se ha sostenido que un aspecto fundamental del problema radica en el hecho de que el efecto placebo es una reacción aprendida según las teorías de los psicólogos del aprendizaje.

Se espera, científicamente que quien ha aprendido la reacción que le produjo en el pasado cierta sustancia crea –psíquica y físicamente- que la que ahora está ingiriendo le producirá la misma reacción y así lo vive...”-

“...El primero en observar un efecto placebo, implantado a través del paradigma de condicionamiento respondiente, fue el propio PAVLOV: al administrar por primera vez inyecciones de morfina a un grupo de perros, éstos presentaron incrementos de salivación y vómitos; después de repetidas inyecciones, el solo hecho de preparar a estos animales para una nueva inyección era ya suficiente para que reaccionaran como si ya se les hubiera administrado la droga”...

“...Dos autores de reconocido prestigio científico, ULLMAN y NKRASNER, nos ponen sobre otra sugestiva pista al señalar que los placebos pueden funcionar como estímulos discriminativos debido a sus asociaciones previas con estímulos curadores, y, en 1980, otro investigador, WICKRAMASEKERA, nos proporciona una nueva pieza del rompecabezas al sugerir que una sustancia inerte, el ritual de su administración, el lugar donde se administra y el propio administrador, se convierten en estímulos condicionados o discriminativos para el alivio del malestar o del dolor debido a su asociación, directa o vicaria, con ingredientes curativos activos. Este hecho permitiría explicar por qué dentro de la misma cultura o grupo social algunas personas experimentan, desde el principio, efectos placebo ante

estímulos considerados como curativos o asociados a curación, sin necesidad de que los implicados hayan sido sometidos, individualmente, a un prolongado proceso de condicionamiento con la participación inicial de estímulos incondicionados curativos.

El descubrimiento, realizado en 1975, de que el organismo era capaz de producir opiáceos endógenos capaces de mimetizar la acción de la morfina, ha puesto a algunos investigadores sobre una pista que parece prometedora...”

*“...En 1978, aparece el entonces polémico trabajo de **LEVINE** y colaboradores sobre la posible intervención de los opiáceos endógenos en los efectos placebo.*

En una pequeña introducción estos autores señalan que, aunque poco se conocía entonces con certeza sobre los mecanismos neurofisiológicos y bioquímicos del efecto placebo, la analgesia producida por los placebos posee muchos puntos de similitud con la que se obtiene al administrar narcóticos.

En efecto:

- a) Si un placebo se utiliza repetidamente a lo largo de períodos de tiempo prolongados, sus efectos analgésicos se debilitan en un típico fenómeno de tolerancia.*
- b) Se observa una inclinación compulsiva a la autoadministración de los placebos -parecido a la adicción- con una tendencia a incrementar la dosis a medida que pasa el tiempo, apareciendo el denominado síndrome de abstinencia si, súbitamente, se impide su consumo.*
- c) Las personas que experimentan efectos analgésicos al administrárseles una sustancia inerte, también informan de mayor alivio del dolor postoperatorio agudo cuando se les administra un narcótico.*

d) El síndrome de abstinencia que sobreviene en los adictos tras la retirada de un narcótico, puede neutralizarse, por lo menos parcialmente, con un placebo.

A partir de estas premisas, Levine y colaboradores postulan la existencia de un mecanismo neurofisiológico común susceptible de explicar ambos fenómenos y suponen que este mecanismo debe encontrarse estrechamente relacionado con los opiáceos endógenos; si éste fuera el caso, la administración de naloxona -droga antagonista de los opiáceos- debería ser capaz de bloquear la acción de las endorfinas e impedir la aparición o debilitar el efecto analgésico placebo...” (Ver Terapia Psicológica se encuentra incluida en las siguientes bases de datos: Latin-Index; LILAS de BIREME; PSICODOC, PsycINFO (American Psychological Association, APA) Placebo y Psicología Clínica: Aspectos Conceptuales, Teóricos e Implicancias 73 OCTAVIO ABARCA A., ALEXANDER CHACÓN S., FABIOLA ESPINOSA S. & PABLO VERA-VILLARROEL. Santiago de Chile 2004).

Para concluir, entiendo que cualquier “pastilla” compuesta de metilendioximetanfetamina (MDMA), con prescindencia de su cantidad posee la virtualidad suficiente para generar en el consumidor, mas allá de la reacción psicotrópica, el efecto placebo al que he aludido.

Esta circunstancia la encuentro caracterizada por la morfología del estupefaciente; se trata de un comprimido insípido, sin olor característico, identificable en su calidad solo por su aspecto exterior. También advierto que por estas razones el comprador –en su lamentable padecimiento- adquiere la droga en un marco de confianza hacia el vendedor y en un entorno apropiado para iniciar el camino de la sugestión y consecuente lesión psicológica y social.-

4.- Tal como ha quedado acreditado en autos, los comprimidos secuestrados poseían metilendioximetanfetamina (MDMA) en una conformación química eficiente y en una cantidad total de comprimidos

que permite cerrar el tipo abierto del artículo 5 inciso “c” de la ley 23.737 que se completan con la pertinente lista elaborada por la autoridad sanitaria, considerando el hecho investigado como típico por resultar alcanzado por la norma citada.

5.- Por último, no puedo pasar por alto que –sin poner en duda los conocimientos técnicos de la profesional que suscribe la pieza pericial cuya copia obra a fs. 49/51 de este legajo– la mención de bibliografía científica se ve deslucida por la inserción de una cita tomada de un foro de discusiones legas en Internet (“Taringa”), que incluye una supuesta “experiencia” vivenciada por un sujeto apenas identificado como “@Juniorhoffman” (punto VIII del informe), lo que no se ajusta a los estándares que cabe observar en orden a la confección de una experticia de esa naturaleza (arts. 244 y 250 inciso 3ro. del CPP).

En consecuencia propongo al Acuerdo HACER LUGAR al recurso deducido por los representantes del Ministerio Público Fiscal, CASAR el decisorio dictado y remitir las actuaciones a la Excma. Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata a efectos de que, por el órgano que corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos aquí establecidos.

La decisión que propicio torna innecesario el tratamiento de los restantes puntos de agravio propuestos por los recurrentes.

Asimismo, habida cuenta la situación advertida en orden a los faltantes recursos materiales del laboratorio de la Delegación Mar del Plata de la Policía Federal Argentina, corresponde hacer saber dicha circunstancia a la S.C.J.B.A a los fines que estime correspondan.

Voto por la **afirmativa**.

A la misma segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel **Ordoqui** en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la tercera cuestión planteada, el Juez **Ordoqui** dijo:

Atento al resultado arrojado por la cuestión precedente, corresponde **HACER LUGAR** al recurso de casación impetrado por los representantes del Ministerio Público Fiscal a fs. 104/111vta. del presente legajo, **CASAR** el decisorio dictado en fecha 9 de septiembre de 2015 por el señor Juez del Tribunal en lo Criminal N° 4, Dr. Alfredo José Deleonardis, y **REMITIR** -con carácter de urgente- las actuaciones a la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata a efectos de que, por el órgano que corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos aquí establecidos.

Asimismo, habida cuenta la situación advertida en orden a los faltantes recursos materiales del laboratorio de la Delegación Mar del Plata de la Policía Federal Argentina, corresponde hacer saber dicha circunstancia a la S.C.J.B.A a los fines que estime correspondan.

Así lo voto.

Arts. 5to. inciso "c" de la ley 23.737; 77 del Código Penal; 106, 210, 450, 452, 459, 460, 530 y 531 del C.P.P.

A la misma tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel Ordoqui en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Vista la forma como han quedado resueltas las cuestiones planteadas en el Acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

RESUELVE:

I.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el recurso interpuesto a fojas 104/111vta. del presente legajo por el señor Fiscal General de la Cámara de Apelación y Garantías –Departamento Judicial Mar del Plata-, Dr. Fabián U. Fernández Garello, y la señora Agente Fiscal, Dra. Daniela Ledesma.

II.- HACER LUGAR al remedio impetrado y, consecuentemente, **CASAR** el decisorio dictado en fecha 9 de septiembre de 2015 por el señor Juez del Tribunal en lo Criminal N° 4, Dr. Alfredo José Deleonardis, y **REMITIR -con carácter de urgente-** las actuaciones a la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata a efectos de que, por el órgano que corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos aquí establecidos; sin costas.

III.- HACER SABER a la S.C.J.B.A, a los fines que estime correspondan, la situación habida advertida en orden a los faltantes recursos materiales del laboratorio de la Delegación Mar del Plata de la Policía Federal Argentina.

IV.- TENER PRESENTE la reserva del caso federal formulada a fs. 146.

Arts. 5to. inciso “c” de la ley 23.737; 77 del Código Penal; 106, 210, 450, 452, 459, 460, 530 y 532 del C.P.P.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

FDO.: MARTIN MANUEL ORODQUI – JORGE HUGO CELESIA

Ante mi: Maria A. Espada