

Expediente I.P.P. trece mil seiscientos veintiocho.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los dos días del mes de Agosto del año dos mil dieciséis, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, para dictar sentencia en la **I.P.P. nro. 13628/I** caratulada "**F.,E.J.L. POR TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou** (Magistrado éste último que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justo el veredicto dictado ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: El veredicto dictado a fs. 126/128 de esta causa, por el señor Juez en lo Correccional nro. 2, doctor Gabriel Luis Rojas, absolvió libremente de culpa y cargo a E.J.L.F., por no haberse acreditado la tipicidad subjetiva del hecho que bajo la calificación de tenencia simple de estupefacientes, se le imputara como cometido con fecha 24 de diciembre de 2014 en la localidad de Pigüé (arts. 1, 209, 210, 371 tercer párrafo inc. 1º y 4to. párrafo, 373 y 375 del C.P.P.).

El remedio fue interpuesto en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento

pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 439, 441 –según ley 13.812- y 442 del CPP).

Sostiene el recurrente, Sr. Agente Fiscal doctor Jorge A. Viego a fs. 135/138vta. de las presentes actuaciones, y en lo esencial, que mediante la resolución impugnada se dispuso absolver al encausado de autos en función de considerarse que si bien se ha acreditado la existencia del "tipo objetivo", no ocurrió lo mismo con la configuración del elemento subjetivo del tipo penal en cuestión aquí, conclusión esta que la parte apelante no comparte.

Concretamente el Ministerio Público Fiscal considera que el delito de tenencia simple de estupefacientes -art. 14 primer párrafo de la Ley 23727-, es un tipo penal de peligro abstracto, cuyo supuesto de hecho típico objetivo se integra con la mera verificación de la tenencia de sustancias estupefacientes en poder del sujeto activo, como en autos, y desde el punto de vista subjetivo, sólo basta con el conocimiento de la calidad de estupefacientes de la sustancia que se detenta, por lo que dicho conocimiento deviene a entender del recurrente, claro e incontestable, desde el momento en que el encausado reconoció que las ramas y hojas habían sido extraídas de plantas de marihuana, acotando que dicha observación era puesta en escena pues la posición de la defensa argumentaba que la sustancia estupefaciente no tenía capacidad psicotóxica, cuando esto a su criterio no es así.

A su vez señala la Fiscalía al recurrir, que es inexacto que no se hubiera practicado pericia alguna que permitiese así dar base a la aludida aptitud psicotóxica que se alegó por parte de dicha agencia fiscal, pues es claro el informe químico pericial existente a fs. 51/52 de los presentes obrados, en cuanto a que en el material secuestrado se reconocen hojas con características de la especie cannabis sativa linneo (n.v. marihuana), en donde se ha evidenciado la presencia de tetrahidrocannabinoides, principios activos responsables de la actividad psicotóxica alucinógena de dicho vegetal, pieza procesal ésta que fuera incorporada por lectura y

a la cual la Defensa Técnica del imputado en el marco del debate de modo expreso manifestó que no cuestionaría, y por lo tanto a entender del recurrente, este yerro en el resolutorio atacado no puede pasar inadvertido (ver fs. 136), y mucho menos puede pasar así, que en la sentencia apelada se ha adscripto sin beneficio de inventario a una posición de los hechos articulada por el prevenido y carente de todo sustento probatorio.

Agrega la Fiscalía que el encausado sabía del origen de lo que tenía, que eran hojas y ramas de cannabis, desde que según su versión, le fueron dadas por un amigo, y quien conoce de ello por resultar consumidor, sabe que no siempre se fuman "flores" o "cogollo" -como comunmente se lo denomina-.

Adiciona el recurrente a lo dicho, que el propio F. en el devenir del debate expresamente expuso que pretendía vender la sustancia a terceros, y ante tales expresiones, considerar que el encausado desconocía la calidad de estupefacientes de la sustancia que se le incautara, tal como él lo expresó y como el señor Juez de grado lo estimó, a criterio de dicha parte apelante, no resulta una conclusión lógica y razonable.

Finaliza la Fiscalía diciendo que a su criterio existió absurdo o arbitrariedad, desde que las conclusiones a las que se llegara en el resolutorio apelado, lo han sido con absoluto desprecio del informe químico pericial obrante en autos y de las circunstancias de hecho aludidas y adicionando que el imputado de autos no podía desconocer la calidad de estupefacientes de la sustancia que detentaba, máxime habiéndose reconocido consumidor de marihuana. A su vez a fs. 138, el recurrente alegó también que devenía claro que no podía haber un inequívoco destino de consumo personal -lo que no fue ni siquiera pretendido por el encartado-, que le limitó a señalar que su objetivo era venderlo, desde que era importante la cantidad de estupefaciente incautada, novecientos cuarenta y tres gramos.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Público Fiscal entendió en su recurso que se encontraban cabalmente configuradas las exigencias tanto objetivas como subjetivas del tipo penal en juego aquí, por lo que peticionaba se hiciera lugar al presente recurso revocando la resolución impugnada.

A su turno el señor Fiscal General Adjunto, doctor Julián Martínez Sebastián a fs. 141/142 evacuó la vista conferida oportunamente sosteniendo en lo medular que mantenía el recurso deducido oportunamente por el señor Agente Fiscal y por compartir los argumentos que lo sustentaban y a los cuales en consecuencia daba por reproducidos, agregando entre otros pormenores que también estimaba que el Sr. Juez a-quo efectuó una absurda y errónea valoración de la prueba reunida en autos haciendo alusión entre otros pasajes también, al informe pericial de fs. 51/52 y que fuera incorporado por lectura al debate.

Por todo ello, dicho funcionario consideró también que el decisorio impugnado debía ceder requiriendo su revocación.

Adelanto desde ahora y por las razones que de inmediato expondré que el recurso tendrá andamiaje favorable.

Tal como ya se ha dicho en otras ocasiones, es lo cierto que el sistema de libres convicciones razonadas instaurado en nuestro derecho adjetivo, a los fines de la valoración de la prueba (arts. 210 y 373 del C.P.P.), le permite al juez de mérito fundar el juicio de certeza sobre la participación del prevenido, no solamente mediante prueba directa, sino también por prueba indirecta -indiciaria-, y también a través de prueba pericial, como la que sí existe en los presentes obrados materia de análisis y que será oportunamente evaluada en el devenir del presente voto.

Y en ese sentido, es mi opinión que, la prueba pericial e indiciaria oportunamente reunida en autos, deviene suficiente para fundamentar la certeza apodíctica que requiere un pronunciamiento condenatorio.

El cuadro probatorio cargoso existente aquí, entiendo que acredita sin hesitación alguna, no sólo el elemento objetivo que también dio por acreditado el señor Juez a-quo en el desarrollo de su fallo de fs. 126/128, sino además el elemento subjetivo que dicho magistrado consideró a través del beneficio de la duda, que no se encontraba debidamente acreditado y que por lo tanto conllevó a su fallo absolutorio en relación al aquí encausado E.J.L.F. en el ilícito calificado como tenencia simple de estupefacientes.

El marco de situación descripto pormenorizadamente tanto por el recurrente a fs. 135/138vta. como por el señor Fiscal General Adjunto a fs. 141/142, permite colegir en el sentido que la prueba existente en autos permite sí acreditar debidamente el punto neurálgico a analizar ahora y ante esta alzada, que es el elemento subjetivo del tipo penal aquí en juego.

Concretamente e ingresando así al punto medular, habré de decir que el fallo recurrido debe ser revocado, pues entiendo que las argumentaciones brindadas en los escritos recursivos, resultan ser de suficiente contundencia a los fines de considerar que en función de la prueba colectada en autos, el elemento subjetivo del tipo penal acuñado en el art. 14 primer párrafo de la Ley 23737, sí se encuentra debidamente acreditado.

Puntualmente, cierto es que la figura legal aquí en análisis, es un tipo penal de peligro abstracto, cuyo supuesto de hecho típico objetivo -como bien lo indica la Fiscalía al momento de apelar-, se integra con la mera verificación de la tenencia de sustancias estupefacientes en poder del prevenido, y tal como ocurrió en el caso de autos, y a su vez desde el punto de vista subjetivo -punto en cuestionamiento aquí-, sólo basta con el conocimiento de la calidad de estupefacientes de la sustancia que se detenta, y dicho conocimiento deviene desde el momento en que el prevenido reconoció que las ramas y hojas habían sido extraídas de plantas de marihuana. Es dable adunar a lo dicho y en relación a que la sustancia estupefaciente

poseía capacidad psicotóxica, el contenido del Informe Químico Pericial existente a fs. 51/52 de los presente obrados, y que fuera incorporado por lectura al debate y sin cuestionamiento de la defensa técnica del prevenido (ver fs. 136 y 141 vta.), en cuanto a que en el mismo expresamente se detalló que "...el material recibido...a)se encuentra incluido en las prescripciones de la Ley 23737. b)...se determinó la presencia de los principios activos del cáñamo (tetrahidrocannabinoles), responsable de la actividad psicotóxica alucinógena de la marihuana...".

Por otra parte, más allá de las argumentaciones del imputado en el marco del debate oral, en cuanto a que un tercero haya sido quien de un modo desinteresado y gratuito le entregó la sustancia en cuestión, hasta el hecho de desconocer el mismo que ello tenía aptitud estupefaciente, entiendo pierde consistencia ante las restantes situaciones probatorias que plantea la fiscalía y que considero tienen un vigor probatorio tal, que permiten desvirtuar tal posición y acreditar como se dijera a priori el elemento subjetivo del tipo penal aquí en juego.

Digo ello, pues a más de ese importante Informe Pericial citado precedentemente, cabe adunar que esa solitaria posición del prevenido, cede ante otras presunciones con valor cargoso, tales como que el imputado sabía del origen de lo que tenía y que eran hojas y ramas de cannabis, desde que según su propia versión se las había dado un amigo, y quien por otra parte, conocía de ello por resultar consumidor tal como lo pone no sólo de resalto la Fiscalía a fs. 136vta. sino también hace referencia a ello el señor Juez a-quo a fs 127 cuando concretamente alude a que -"...si bien es cierto que la circunstancia de ser consumidor podría descartar el desconocimiento que invoca..."-. Considero necesario adicionar a ello, que resulta de importancia también tener en cuenta la circunstancia en que fue secuestrado el estupefaciente, resultando transportado por el imputado de autos, quien además intentó eludir el control policial ante de su interceptación, sumado a que a más de lo dicho, y que resultó el mismo -como se detallara precedentemente- ser consumidor

de marihuana, reconoció éste que las hojas y ramas habían sido extraída de dicha planta (fs. 142), permitiendo de este modo descartar la apreciación brindada por el mismo en su acto de defensa y afirmar así con la certidumbre necesaria, la existencia del elemento subjetivo que la figura penal en tratamiento aquí, requiere, a saber, el conocimiento de la calidad de estupefaciente de la sustancia que se detenta.

Entiendo, es dable también tener en consideración lo relatado por el propio F., tal como se desprende de fs. 137, respecto a que el mismo dijo de modo expreso en el devenir del debate oral, que pretendía vender la sustancia a terceros, todo lo cual y ante manifestaciones de tal entidad permiten concluir en el sentido que el encausado no podía desconocer la calidad de estupefaciente de la sustancia que se le incautara.

En función de lo dicho, es evidente que la pericia química precedentemente analizada y acompañada a la causa, aportó como conclusión todo lo contrario a la argumentación que intentó instalar el encartado de autos, adicionando a ello y en función de lo dicho, que éste último no podía desconocer la calidad de estupefaciente que detentaba, máxime habiéndose reconocido consumidor de marihuana (ver. fs. 138).

De todo lo expuesto, es posible finalizar diciendo que tras merituar el modo en que el estupefaciente llegó a poder del prevenido, quedó demostrado que lo incautado era estupefaciente, que el mismo estaba en poder del imputado F., y que éste sabía lo que tenía, deviniendo nítido en función del plexo probatorio colectado, y siendo que estas tres circunstancias, acontecieron efectivamente en estas actuaciones. Asimismo, es dable tener en consideración y adicionar a lo dicho, la cantidad de estupefaciente incautado, novecientos cuarenta y tres gramos (943 grs.) (ver fs. 138 y fs. 2 de la presente causa), lo cual y tal como lo señala la Fiscalía a fs. 138 conlleva a concluir en el sentido que resulta claro también que el mismo no podría

tener un inequívoco destino de consumo personal, lo que no fue tampoco pretendido por el encausado, que se limitó a indicar que su objetivo era venderlo.

En función de todo lo expuesto, es que considero que el recurso Fiscal debe prosperar, desde que sus argumentaciones resultaron consistentes, además de estimar que la prueba a que se hiciera referencia deviene suficiente a los fines de acreditar el elemento subjetivo del tipo penal en estudio, y estimar así que la resolución recurrida debe ser revocada en función de lo ya expuesto precedentemente, y dado que se encuentran así debidamente configuradas entonces, las exigencias no sólo objetivas del tipo penal en cuestión, sino también las subjetivas, materia de reciente tratamiento ante esta alzada.

Por ello y habiendo resultado materia de cuestionamiento aquí, el elemento subjetivo del tipo penal en juego en estas actuaciones (art. 14 primer párrafo de la Ley 23737), entiendo corresponde hacer lugar al recurso de apelación, revocando el veredicto absolutorio y disponiendo el reenvío de las actuaciones a la instancia de grado para que, mediante la reedición de los actos procesales pertinentes, resuelva las cuestiones pendientes.

Con este alcance, doy mi voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: Analizados los agravios formulados, el contenido de la resolución impugnada y los fundamentos expuestos en el voto que abre este acuerdo, anticipo que voy a disentir con la opinión del colega preopinante, en tanto considero que corresponde declarar la nulidad del veredicto dictado, debiendo reeditarse el debate oral.

Esa nulidad se advierte en la omisión de tratamiento de la acreditación del aspecto objetivo del delito imputado y en la falta de tratamiento de diversos argumentos planteados en el contradictorio, ante la íntima vinculación que ellos poseen con el elemento subjetivo requerido por el ilícito y con las posibilidades de esta Segunda Instancia de asumir competencia positiva para resolver.

Es que de hacerse lugar a los agravios que expone el Ministerio Público Fiscal en su recurso, en relación a la existencia de evidencia suficiente para tener por probado el elemento subjetivo (los que aparecen como razonables y que -prima facie- podrían compartirse), se estarían pasando por alto diversas cuestiones que ha planteado la defensa, particularmente aquellas relativas a la atipicidad de la conducta -en virtud de la falta de capacidad psicotrópica de las sustancias halladas-, a su potencial para lesionar el bien jurídico tutelado, y a su carácter insignificante.

Ingresar al tratamiento del aspecto subjetivo del delito, y más aún si se hace lugar a los agravios expuestos por el recurrente, conllevaría a que muchos de los planteos efectuados por la defensa en primera instancia no tuvieran adecuado tratamiento, no pudiendo expedirse esta Cámara de Apelaciones y Garantías sobre ellos, al no contarse con elementos suficientes para realizar un análisis suficiente de esas cuestiones, a lo que debe sumarse la carencia de inmediación con los medios de prueba, impidiendo -los defectos que posee la justificación brindada por el Juez A Quo- el dictado de una decisión revisora conforme al debido proceso legal.

Tal como he expuesto en diversas oportunidades, entiendo que, advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

En ese sentido, sostuve en la I.P.P. nro. 9698/I, el 26/10/11, que conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de

esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

Lo que advierto es que el Magistrado A Quo no ha resuelto adecuadamente lo atinente a la materialidad ilícita imputada, ya que ha omitido expedirse en forma suficiente respecto de las razones por las que consideró que se encontraba debidamente acreditado el aspecto objetivo de la figura legal que se imputa. Ese déficit en la justificación de la decisión del magistrado conlleva una vulneración del debido proceso legal.

El análisis de esa cuestión previo a ingresar al estudio de lo relativo al elemento subjetivo del tipo penal resultaba imprescindible, más allá de la prolijidad expositiva y conceptual que lo recomiendan, ya que las consecuencias jurídicas e institucionales de las decisiones que se sustentan en aspectos vinculados a la acreditación -o no- de uno u otro elemento del tipo penal, son diferentes y poseen alcance distintos.

Observo que el Sr. Juez A Quo aclaró, previo a emitir su propia opinión, que "...no se practicó pericia alguna para dar base a la aptitud psicotrópica que se alega...", limitándose a referir -tomando como base la cita científica que efectuó el Ministerio Público Fiscal- que "...por consistente que pudiere ser dicho argumento solo abastece al tipo objetivo..." y que "...aunque pueda ser cierto que el producto secuestrado tenga aptitud para vulnerar el bien jurídico protegido, no es posible afirmar que el procesado conociera tal potencialidad..." (fs. 126 vta.).

Como puede percibirse de la transcripción efectuada, el Magistrado no ha justificado en base a qué evidencia concluía que se encontraba acreditado, más allá de toda duda razonable, que el material encontrado en poder del procesado era

subsumible, efectivamente, en uno de los supuestos previstos en el tipo objetivo del art. 14 de la ley 23.737. Incluso, la única apreciación vertida sobre la cuestión ha sido su observación -acompañando los argumentos de la defensa- de que no se realizó ninguna pericia que pudiera dar base a la aptitud psicotrópica que, conforme alegaba la acusación, poseían los elementos secuestrados.

Faltó tratar adecuadamente las razones por las que consideraba que se encontraba probado el aspecto objetivo de la figura penal, esto es principalmente, el carácter de estupefaciente de la sustancia hallada y su aptitud para vulnerar el bien jurídico tutelado.

Y ello posee íntima vinculación con las posibilidades de este Cuerpo de analizar los agravios relativos al aspecto subjetivo del ilícito (y de asumir competencia positiva en caso de compartirlos); constituyendo un defecto en la justificación de la decisión que conlleva su nulidad por no abastecer debidamente las exigencias de los arts. 106, 210 y 371 inc. 1 del C.P.P.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU DICE: Adhiero por los mismos fundamentos al voto del doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones-, declarar la nulidad del veredicto de fs. 126/128, debiendo reenviarse las actuaciones a la instancia de origen, para que, con la intervención de Juez hábil, se celebre un nuevo juicio oral y se dicte un nuevo pronunciamiento, conforme lo resuelto precedentemente.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Soumoulou y sufrago en ese sentido.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, agosto 2 de 2.016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: -por mayoría de opiniones- Que es nulo el veredicto de fs. 126/128.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE:** Declarar la nulidad del veredicto dictado a fs. 126/128, debiendo reenviarse las actuaciones a la instancia de origen, para que con la intervención de Juez hábil, se celebre un nuevo juicio oral y se dicte un nuevo pronunciamiento, conforme lo resuelto precedentemente (arts. 106, 210, 371 inc. 1º, 439, 440, 441 y 442 del CPP.).

Notificar. Hecho, devolver al Juzgado Correccional interviniente.