

Expediente dieciocho mil cincuenta y dos.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nº_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 3 días del mes de Abril del año dos mil veinte, 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 Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P), para dictar sentencia en la causa IPP nº18.052/I seguida a "**P. y M. s/TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES**" y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nº 12060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Soumoulou y Barbieri**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿ Es justa la sentencia apelada de fs. 327/331?

2da.) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: La señora Defensora particular, Dra. Bárbara Sager, interpone recurso de apelación a fs. 345/351 contra la sentencia dictada a fs. 327/331 por la Sra. Jueza Correccional N° 4, doctora María Laura Pinto de Almeida Castro, que condenó a su asistido –M.-, como coautor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, en los términos del artículo 14, primer párrafo, de la ley 23.737, a la pena de un año de prisión y multa de \$ 225, con más el pago de las costas procesales.

Considero así que 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.

Como único motivo de agravio expone la errónea calificación legal adoptada en el fallo impugnado, pues entiende que el hecho que se le imputa a su asistido debe ser calificado en los términos del artículo 5, antepenúltimo párrafo de la ley 23.737, pues las tres plantas halladas en la vivienda que ocupaba M., es sinónimo de escasa cantidad sembrada, surgiendo inequívocamente que la misma era destinada a consumo personal.

Con citas de los precedentes del máximo Tribunal Federal -"Vega Gímenez" y "Arriola"-, el primero de ellos referido al beneficio de la duda en cuanto a la acreditación de que la droga hallada era para consumo personal y el restante a la inconstitucionalidad del segundo supuesto previsto en el artículo 14 de la ley 23.737, en tanto que la tenencia de estupefacientes lo sea en un ámbito privado, sin trascendencia a terceros ni afectación de la salud pública, solicita la absolución de su ahijado procesal.

Adelanto que el recurso es de recibo.

En primer lugar corresponde señalar que es erróneo lo afirmado por la recurrente en cuanto a que esta Sala al dictar el pronunciamiento de fs. 211/222, hubiese sostenido que la calificación legal pertinente al hecho en juzgamiento fuese la prevista por el artículo 5, antepenúltimo párrafo de la ley 23.737. De una mera lectura se observará que la mentada afirmación fue señalada por la magistrada de grado y en la sentencia de este Cuerpo así fue transcripta con el entrecomillado correspondiente (ver fs. 219/220).

Allí sostuve al momento de sufragar que existió una contradicción en los fundamentos del fallo dictado por la Dra. González La Riva, pues al admitir el acuerdo de juicio abreviado suscripto por las partes, se absolvió al imputado por entender que la calificación legal convenida no se correspondía con lo que surgía del expediente, violentando de esa manera el principio de congruencia.

Allí dije también que la alegada violación del mentado principio no era tal, proponiendo la nulidad de la sentencia, solución que fuera acompañada por el Dr. Barbieri.

Ninguna referencia se efectuó en lo atinente a la calificación legal que en definitiva corresponde asignar al hecho por el que viene condenado M..

Aclarado lo anterior, decía al inicio que el recurso ha de tener acogida favorable.

Coincido con la calificación legal propugnada por la Dra. Sager en esta instancia.

El hecho de tener el imputado en su poder tres plantas de cannabis sativa, es demostrativo de la escasa cantidad sembrada en el inmueble, siendo que las mismas se encontraban en un ámbito exclusivo de propiedad del encartado, sin afectación a terceros ni trascendencia a la salud pública (ver fotografías de fs. 16, parte inferior y fs. 17).

Téngase presente que la pericia química arrojó en lo que respecta a cogollos, apenas un peso de 25 gramos, con un índice de % de THC del 2,89 y en lo concerniente a las hojas, un peso de 195,7 gramos, con un índice de % de THC del 1,17 (ver fs. 109/116).

La escasa cantidad sembrada (tres plantas), también debe analizarse teniendo presente que resulta de imposible determinación ex -ante, la capacidad productiva de las semillas sembradas.

No nos debemos olvidar que la planta que produce cogollos, floración de la cannabis sativa con mayor concentración de THC, es la de género femenino, pero dicha circunstancia resulta desconocida al momento de la siembra, lo que me convence sin lugar a duda que una siembra o cultivo de tres plantas, no puede tener otro destino que no sea el consumo personal.

En el allanamiento realizado en la vivienda del imputado no fue hallado ningún elemento que permita sospechar de una intención de tráfico con el producido de las plantas encontradas.

Es más. A M. no se lo estaba investigando por violación a la ley 23.737, sino que el hallazgo fue casual en el marco de la I.P.P. n° 02-00-004568-17/00, en orden al delito se Hurto.

Despejada la cuestión respecto a la subsunción típica que corresponde asignar al hecho por el que fuera acusado M. y en tanto la siembra de las tres plantas de cannabis sativa fue realizada en un ámbito privado, sin trascendencia hacia terceros ni afectación de la salud pública, resulta de aplicación al caso lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "en la causa n° 9080 "Arriola, Sebastián y Otros".

Allí se dijo en prieta síntesis que, "ante la ausencia de riesgo concreto o daños a terceros, y por ende, al amparo de la manda contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, corresponde al órgano jurisdiccional impedir la ilegítima punición de acciones que no trasciendan de la esfera de intimidad de los individuos, en la medida en que se invade la esfera de libertad personal excluída de la autoridad de los órganos estatales.

Por ello corresponde hacer extensivo al caso de autos la doctrina emanada del precedente citado y declarar en este especial supuesto, la inconstitucionalidad del artículo 5to., penúltimo párrafo de la ley 23-737, revocando la sentencia de fs. 327/331, absolviendo libremente de culpa y cargo a M. del delito previsto en la norma antes citada.

Con este alcance, doy mi voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:
adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Soumoulou, sufragando en idéntico sentido.

Sólo agrego que distinta podría haber sido valorada aquella tenencia (en cuanto a su escasez me refiero) en caso de que hubiera sido detectada transportándola directamente la persona, pues entonces debería tenerse en cuenta para cuántos consumos (por ejemplo) la misma alcanza, etc.

Pero en este caso, la valoración efectuada por el colega que me precede, con respecto al previo desconocimiento -al momento de la siembra- con respecto a la futura cosecha, y el extremo de que la misma fuera prolongada en el tiempo (se siembra para consumir no en una única oportunidad) me convencen de que es la decisión más razonable, y cercana a las reglas de la lógica, el entendimiento y el sentido común.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Atento lo acordado corresponde absolver de culpa y cargo al coprocesado M. por resultar atípica su conducta. Así lo sufrago.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: adhiero al voto del Dr. Soumoulou.

Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores jueces nombrados.

F A L L O

Bahía Blanca, 3 de Abril de 2.020.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justo el fallo impugnado.

Por todo lo expuesto **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** Hacer lugar al remedio interpuesto, y **REVOCAR** la sentencia puesta en crisis, **ABSOLVIENDO**

LIBREMENTE DE CULPA Y CARGO al coprocesado M. por considerar atípica la siembra de estupefacientes que se le enrostrara (arts. 5 de la ley 23.737, 371 y ccdts. del C.P.P.).

Anoticiar electrónicamente el contenido del presente a la Fiscalía Gral. Dptal. y a la recurrente.

Hecho, devolver a la instancia de origen donde deberá anoticiarse al coprocesado.