

Registro: 19 Folio: 89/95

En la ciudad de Pergamino, a los días del mes de agosto del año 2018, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación y de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Pergamino, María Gabriela Jure, Mónica Guridi y Martín Miguel Morales, para dictar sentencia en los autos 4784/18, caratulados: "PAIVA MARCELO CLAUDIO S/ TENENCIA SIMPLE DE ESTUFACIENTES", Expte. 525/2017 del Juzgado en lo Correccional Nº 2 del Departamento Judicial de Pergamino, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. Martín Miguel MORALES, Mónica GURIDI y María Gabriela JURE; y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

- I.- ¿Es admisible el recurso impetrado?
- II.-¿Se ajusta a derecho el veredicto y sentencia apelada?.-
- III.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

A N T E C E D E N T E S:

El Sr. Juez a cargo del Juzgado en lo Correccional Nº 1 de Pergamino, condenó a Paiva Marcelo Claudio, como autor penalmente responsable del delito de Tenencia simple de estupefacientes, en los términos del art. 14 primer párrafo de la ley 23.737, a la pena de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo y multa de pesos doscientos y costas (arts. 5, 26 a contrario sensu, 29 inc. 3ro., 27, 40 y 41 del C.P. y art. 14 primer párrafo de la ley 23.737)

Dicho pronunciamiento, fue apelado por el Defensor Oficial Dr. Jose A. Raimundo, fundando su recurso a fs. 132/136 vta. de la presente causa.-

Se agravia el recurrente por cuanto considera que el sentenciante ha incurrido en una valoración errónea y arbitraria de la prueba producida en el debate y la incorporada por lectura, que por lo desacertada resulta insostenible, configurando una clara violación al sistema de la sana crítica racional.-

Sostiene que la arbitrariedad se patentiza desde que el a quo descalificó la posibilidad de que la tenencia de la sustancia estupefaciente por parte de su pupilo tuviese como destino el consumo personal, de acuerdo a lo establecido en el art. 14 2º párrafo del art. 14 de la ley 23.737, tomando solo en cuenta la cantidad de droga incautada; cuando de la correcta valoración de las pruebas se imponía esa solución y no la mas gravosa.-

Postula que el magistrado de grado realizó un sesgado análisis y dogmática valoración del acervo probatorio al descartar de plano los argumentos brindados por la defensa en el debate y por lo manifestado por el propio imputado al finalizar el mismo quién reconoció ser consumidor de estupefacientes desde temprana edad.-

Que el sentenciante fundó exclusivamente su decisorio, a partir de la cantidad y forma en que se encontraba la droga secuestrada , pasando por alto que ese único indicio ambivalente no se encuentra sustentado por ningún otro indicador que confluya en la misma dirección.- Que

descartó de plano el informe ambiental de fs. 49/50 del cual surge la problemática que padece su asistido.-

Afirma que el Juez a sobre valorado ciertos elementos de prueba (acta de procedimiento y declaración de quienes intervinieron en la misma) en detrimento de otros (como ausencia de otros elementos que tengan relación directa con las sustancias estupefacientes) o directamente ha omitido valorar elementos de prueba que acreditan claramente que la sustancia era detentada por su pupilo con fines de consumo personal.-

Que allí radica la arbitrariedad de la sentencia.-

Sostiene luego que, no habiéndose producido en el debate, ni incorporado por lectura elementos de convicción que permitieran sostener en forma indubitable si la conducta atribuida a su pupilo encuadra en el tipo penal de la tenencia simple de estupefacientes, entiende y así lo planteó en los alegatos que no ha logrado acreditarse la materialidad ilícita del hecho, con el grado de convicción requerido para condenar a su pupilo.-

Que con las pruebas producidas ha quedado acreditado que la conducta reprochada no representó ningún riesgo para la salud pública, ni siquiera en forma potencial ya que el uso era para consumo personal, conducta que ha desarrollado su pupilo dentro del ámbito de su intimidad, hallándose dentro de la esfera de protección del art. 19 de la C.N., exenta de la autoridad de los jueces.-

Cita jurisprudencia de la CSJN y del Tribunal de Casación Pcial. que entiende de aplicación al presente caso.-

En dicha dirección reitera que no surgieron durante el juicio elementos de prueba que permitiesen tener por acreditado que la tenencia atribuida a su asistido tuviese capacidad para trascender a terceros indeterminados, de modo que el bien jurídico salud pública no ha sido afectado ni siquiera de manera remota, circunstancia que el juez a quo omitió valorar al momento de analizar la materialidad ilícita del hecho, radicando allí también la arbitrariedad de su decisión.-

Destaca que debe sumarse a ello el hecho de que su defendido no posee antecedentes penales por hechos relacionados con la tenencia de estupefacientes, todo lo cual habilitaba a estar a la calificación legal mas favorable.-

Solicita se admita el recurso deducido, se revoque la sentencia impugnada y se absuelva a su asistido, en subsidio se disponga el cambio de calificación legal encuadrando el hecho como tenencia de estupefacientes para consumo personal, se declare la inconstitucionalidad del art. 14, 2° párrafo de la ley 23.737 y se absuelva libremente a Paiva.-

Finaliza haciendo reserva del caso federal art. 14 de la ley 48.-

A la PRIMERA CUESTION el Sr. Juez, Dr. Martín Miguel MORALES, dijo:

El remedio impugnativo del Sr. defensor Oficial, ha sido deducido en tiempo, se interpuso contra uno de los presupuestos contemplados por la norma a los cuales le habilita la vía recursiva y finalmente se han cumplimentado las formas prescriptas para su articulación.-

En función a ello considero que debe declararse admisible. (421, 439, 441, 442 y ccdds. del C.P.P.).-

A la misma cuestión planteada, las Sras. Juezas, Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE adhieren por sus fundamentos al voto de la colega preopinante, en el mismo sentido.-

A la SEGUNDA CUESTION el Sr. Juez, Dr. Martín Miguel MORALES, dijo:

Analizados los agravios del recurrente y las constancias que la causa exhibe, he de adelantar al Acuerdo que considero debe homologarse el veredicto puesto en crisis.-

En tarea y tras realizar el máximo esfuerzo de revisión posible en el control del fallo condenatorio, siguiendo el criterio sentado por el precedente Casal de Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, atendiendo al establecimiento de una segunda instancia de control material y no de legalidad formal, la apreciación de los elementos cargosos expuestos, patentizan que estos son sobrados para conformar la imprescindible convicción razonada que reclama el sistema de prueba en el actual proceso penal.-

En modo alguno encuentro defectos invalidantes y coincido plenamente con la meritación probatoria que realizara el Juez a quo y las conclusiones a las que arribó de aquella, limitándose el recurrente a exponer su punto de vista sobre la prueba sin demostrar vicio lógico alguno en el razonamiento del sentenciante, luciendo por lo tanto como una mera discrepancia subjetiva con la valoración probatoria ensayada.-

Es preciso recordar en este extremo que el ordenamiento procesal según ley 11.922, asigna al magistrado en cuanto a la valoración de la prueba el sistema de libre convicción o sana crítica racional. "... la libre apreciación de la prueba producida, el juez opta en cuanto a la elección y análisis crítico de los elementos probatorios y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestran, arribando a un grado de convencimiento determinado, sin que le corresponda justificar por qué da mayor crédito a prueba que a otra." (Confr. Trib. Casación Penal, Sala I, causa 185, 9-99).-

Conforme emerge de la primer cuestión del veredicto, el magistrado de primera instancia tuvo por acreditado que: "... el día 8 de septiembre de 2016, siendo aproximadamente las 17:10 horas, personal del Comando de Prevención Rural de Pergamino, en cumplimiento de órdenes impartidas por la superioridad, se encontraba realizando un procedimiento de interceptación e identificación de personas en el camino rural que une la Ruta Provincial Nº 32 y con la Estación Ferrocarril Tambo Nuevo, circunstancia en la que se interceptó una motocicleta marca Guerrero, modelo Trip, color azul, de 110 cilindradas, dominio colocado 619-CVK, conducida por Marcelo Claudio Paiva, quien era acompañado por Angela Paola Diaz.- Se probó también, que habiéndoselos identificado ambos tenían un pedido de averiguación de paradero activo, circunstancia por la cual se procedió a su detención y a realizar una requisa personal sobre los mismos a fin de poder conducirlos en el móvil policial hasta la dependencia, momento en que se secuestró de dentro del bolsillo delantero izquierdo del pantalón del imputado, un envoltorio de nylon color celeste con 48,40 gramos de marihuana y también se constató que dentro de su bolso transportaba dos envoltorios de nylon de color celeste con 7,69 y 5,51 gramos de marihuana" -

Adoptando como base dicha reconstrucción fáctica, que el magistrado de grado sustentó en las siguientes constancias probatorias: acta de fs. fs.01/02vta, declaración testimonial de Brian Jaime, Abel Russo sargento de policía, Matías Gerardo Ponce Oficial de policía, Antonela Silvia Pajón oficial de policía, acta de pesaje y test de orientación de fs. 3, de la cual surge que la muestra identificada como número 1 arrojó un peso de 4,6 gramos, la muestra identificada como número 2 arrojó un peso de 9,0 gramos, la muestra identificada como número 3 arrojó un peso de 7,3 gramos y la muestra identificada como número 4 arrojó un peso de 61,7 gramos, de lo que también da cuenta la fotografía de fs. 5, y la hoja testigo conteniendo el test orientativo de fs. 4 que da cuenta de la primera aproximación que tuvo personal policial de que la sustancia incautada era Cannabis Sativa, lo cual fue posteriormente certificado y completado con el informe pericial N° 9808 de fs. 62/65vta., que arroja precisión sobre el tipo de sustancia, su peso neto, pureza y la cantidad de dosis umbrales, el acta de fs. 45; el examen médico de fs. 6/7; y los informes de antecedentes penales de fs. 34/37, de los cuales surge a fs. 34vta, el pedido de averiguación de paradero activo ordenado por el Juzgado de Familia Departamental con fecha de alta del 17 de diciembre de 2015, surge con meridiana claridad del veredicto que contrariamente a lo postulado por el recurrente, se realizó un pormenorizado análisis de la prueba producida, no advirtiéndose fisura o quiebre alguno en su razonamiento que permita la revisión de la sentencia.-

En punto a la crítica recursiva ensayada, por la cual se denuncia arbitrariedad en el decisorio al descalificar la posibilidad de que la tenencia de la sustancia estupefaciente por parte de su pupilo tuviese como destino el consumo personal, no replica las sólidas razones que brindó el sentenciante, luciendo por completo insuficiente para conmover la condena impuesta.

El magistrado en el veredicto dio tratamiento puntual al planteo pretendido y en este extremo el quejoso no expresa ni fundamenta los motivos que dan sustento a dicha afirmación, de allí que el cuestionamiento en orden a la calificación legal, solo se traduzca en una particular visión sin hacerse cargo de las razones vertidas en la sentencia .-

Entonces claro está que no logra trascender la subjetiva e insuficiente disconformidad a los planos objetivos de la crítica concreta y razonada que requiere la expresión de agravios.-

Vale la pena recordar que la función de esta Alzada es revisora, pues no se trata de un nuevo juicio, y que la competencia encuentra su marco en la existencia y extensión de los agravios, que deben constituir la crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo puesto en crisis, demostrando por cierto cuales son los errores en él incurridos.-

Coincido plenamente con el Sr. Juez a quo, respecto de que la prueba producida en el debate y aquella incorporada por lectura, no permiten recibir el encuadre típico que reclamó la defensa.-

Así considero esclarecedor al respecto lo dicho por la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Pcial. en causa N° 75.739 : "... Y es que la selección de los medios probatorios, no convierten un fallo en arbitrario, por la sola circunstancia que la recurrente, en este caso, prefiera otros elementos de prueba en lugar de los excogitados por el sentenciante, que lo llevó a tener por acreditada la materialidad ilícita reseñada en párrafos que anteceden, y la responsabilidad penal del imputado en los hechos que se le adjudican, con la debida fundamentación que el ordenamiento jurídico establece.

De esta manera la ley estructura en su artículo 14 primera parte un tipo base – tenencia simple de estupefacientes -, un tipo atenuado en la segunda parte del mismo artículo -tenencia para uso personal-, y figuras de tenencia agravadas. Todas ellas exigen la acreditación de elementos distintos en la estructura del aspecto objetivo y subjetivo de los diversos tipos penales y otros aún más específicos en lo atinente a la figura de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo. Es decir, la tenencia simple de estupefacientes puede resultar ser un tipo penal residual o básico respecto del resto de las figuras que contempla el tráfico de estupefacientes; mientras que no ocurre lo mismo con la de tenencia con fines de consumo. Es necesario explicar aún más al respecto: La tenencia simple de estupefacientes se estructura como una figura residual, que se configura cuando el o los sujetos activo/s posee/n directamente las sustancias estupefacientes, o al menos tienen su disponibilidad de hecho a través de la atracción de ellas al ámbito de su esfera de custodia (acreditación de la relación sujeto y 'estupefaciente' prohibido), con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto que preside dicha conducta (ejemplo: ultrafinalidad de comercialización, entre otros); lo cual de verificarse podría significar el encuadre en los tipos del artículo 5. Si bien nuestra legislación no determina cuáles son las cantidades máximas que deben referenciarse para considerar que una tenencia de sustancia estupefaciente (según el tipo) es para consumo personal, tanto en la legislación y derecho comparados como en organismos nacionales e internacionales especializados en la lucha contra el tráfico de drogas ilícitas han elaborado un marco de cantidades máximas estimadas para considerar cuándo puede juzgarse que la tenencia es para consumo personal. En este sentido, a pesar de no existir uniformidad de criterio, la Unidad de Coordinación en materia de Estupefacientes de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires nos indica, a partir de un análisis del trabajo de expertos del SEDRONAR, que en el caso de hojas, semillas y flores de marihuana, ya sea en estupefaciente puro o en combinación con otro tipo de sustancias, la cantidad estimada debe ser de hasta 50 gramos como máximo. Esta directriz da una mera indicación para aquellos casos que presentan fronteras entre la tenencia simple y la con fines de consumo. Por supuesto, que ella es sólo una indicación y dependerá, además, de otros elementos y circunstancias que rodeen al hecho investigado para calificar en uno u otro sentido. También resulta pertinente traer a colación el voto de la Sra. Juez Berraz de Vidal, Cámara Nacional de Casación Penal, en Causa 2095, registro 2995,4...) en cuanto señala: "...Aquí no sólo se trata de una cuestión de hecho y prueba sino que el análisis de la tipología de la norma en cuestión (art. 14 de la Ley 23.737) parte de la categoría conceptual de 'tenencia', y su incriminación se basa en reglas constantes de experiencias alejadas, en principio, de juicios cuantitativos. Es que el peligro para la salud pública aún cuando exigua la cantidad de sustancia poseída, conserva sus cualidades y efectos para ser consumida por cualquier persona a cuyo poder de disposición llegue. Esa trascendencia a terceros torna relevante la tenencia en cuanto pone en riesgo la salud pública pese a que, como aquí sucede, la cannabis sativa poseída no excede de dos dosis umbrales en su cuantificación. La dubiedad que la defensa señala no es, entonces, definitoria, puesto que dos dosis umbrales vienen a descartar cualquier probable error que pudiera extraerse de resultar menor el compuesto activo THC fijado por los expertos con andamiaje en informes técnicos de la Organización Mundial de la Salud.".-

Contrariamente a lo esgrimido por el recurrente resulta un punto central, los estupefacientes secuestrado al imputado, como los datos que arrojan la pericia química obrante a fs. 62/65 -no cuestionada por defensa- y el fraccionamiento y distintos lugares en el que se halló la misma.-

Así puede afirmarse que las muestras identificadas como "M1 a M4" se trata de cannabis sativa, cuyos pesos netos en gramos, concentraciones de THC y sus capacidades toxicomanígenas se expresan en el gráfico N° 5 de dicho informe.-

Surge que la muestra número uno, alcanza los 48,40 gramos, con un porcentaje de THC del 1,03 y 142,43 dosis umbrales; la muestra número dos, 7,69 gramos, con un porcentaje de THC del 1,06 y 23,29 dosis umbrales; la muestra número tres, 5,51 gramos, con un porcentaje de THC del 1,02 y 16,06 dosis umbrales; y la muestra número cuatro, 3,95 gramos, con un porcentaje de THC del 1,07 y 12,08 dosis umbrales. Es decir un total de 193,86 dosis umbrales.

También informa el experto que teniendo en cuenta los perfiles cannabinoideos y las concentraciones de THC de las muestras analizadas, se puede inferir que las mismas se corresponden entre sí.-

Máxime si se analizan armónicamente con las pruebas que tuvo por acreditada la materialidad ilícita y en particular el secuestro de estupefacientes que se le practicara a la acompañante Sra. Angela Paola Diaz, al ser requisada, de su bolsillo delantero izquierdo de su pantalón en un envoltorio de nylon color celeste, del mismo material e igual color a las que presentaban los envoltorios secuestrados a Paiva, tal como surge del acta de procedimiento obrante a fs. 1/2vta.-

Asimismo tal como postula el Juez a quo, debe meritarse que conforme surge del informe socio ambiental de fs. 49/50, el sindicado cubría mínimamente sus necesidades principales, no obstante ello, del acta de procedimiento citada y del acta de fs. 45 surge que se le secuestró y luego restituyó la suma de quinientos cuarenta y dos pesos en efectivo, elementos que si bien no permiten subsumir la conducta en la figura de tenencia de estupefacientes agravada, impiden arribar a la certeza de que su tenencia lo fuera solo con la finalidad de consumo personal y por ende adecuación a la figura básica del art. 14 primera parte de la ley 23.737.-

Todos estos datos objetivos valorados armónicamente permiten arribar con el grado convictivo requerido, esto es certeza, en cuanto a la calificación legal que corresponde al presente, esto es tenencia simple de estupefacientes, sin que la sola referencia al carácter de consumidor que destaca el Sr. defensor permita receptor la pretensión recursiva.-

Ello así, en virtud que la calificación en subsidio no fue acompañada por elemento alguno en la instancia de debate, de modo que posibilitara la valoración de ese extremo por parte del sentenciante.-

Se debe concluir, por ello, que el razonamiento del magistrado de primera instancia resulta coherente y adecuado a las circunstancias fácticas que se tuvieron por acreditadas en el veredicto.-

A mérito de las consideraciones vertidas precedentemente voto por lo expuesto, por la afirmativa.-

A la misma cuestión planteada, las Sras. Juezas, Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE adhieren por sus fundamentos al voto de la colega preopinante, en el mismo sentido.-

A la TERCERA CUESTION el Sr. Juez, Dr. Martín Miguel MORALES dijo:

De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

- I. Declarar admisible el remedio impugnativo intentado;
- II. Rechazar el recurso interpuesto por el Defensor y en consecuencia, confirmar el veredicto y sentencia puesta en crisis.-

Así lo voto.-

A la misma cuestión planteada, las Sras. Juezas, Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE adhieren por sus fundamentos al voto de la colega preopinante, en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

- I. Declarar admisible el remedio impugnativo interpuesto.-
- II.-Rechazar el recurso impetrado por el Defensor Oficial y en consecuencia, confirmar el veredicto y sentencia del Sr. Juez Correccional Dr. Carlos Ariel Picco, por la que condenó a MARCELO CLAUDIO PAIVA, como autor penalmente responsable del delito de TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES -en los términos del artículo 14 primer párrafo de la ley 23.737 del Código Penal-, imponiéndole la pena de UN (1) AÑO Y DOS (2) MESES DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO y MULTA DE PESOS DOSCIENTOS (\$200,00) con más las costas del proceso, (art. 5, 26 a contrario sensu, 29 inc. 3°, 27, 40, 41 del C.P. y art. 14 primer párrafo de la ley 23.737 y arts. 106, 209, 210, 439 y 530 y concordantes del C.P.P.)-.

Regístrese. Notifíquese. Y vuelvan los autos al Juzgado de origen