

Poder Judicial de la Nación
Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. FCR 4808/2016/1/CA2
"Legajo N° 1 - IMPUTADO:
[REDACTED]
s/LEGAJO DE APELACION"-
VEREDICTO / FUNDAMENTOS-
J.F. Río Grande.-

//modoro Rivadavia, 18 septiembre de 2017.-

VISTOS:

La constitución del tribunal con el fin de dar a conocer en la causa n° FCR 4808/2016/1/CA2, caratulada "[REDACTED]" por infracción ley 23.737", en trámite ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Grande, el veredicto y fundamentos de la audiencia celebrada el día 29/08/17.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 70/78 el *a quo* dictó el procesamiento sin prisión preventiva de [REDACTED] en orden al delito previsto y penado por el art. 5 inc. e) –entrega o suministro de estupefacientes a título gratuito- con el agravante previsto en el art. 11 inc. e) de la ley 23.737, en grado de tentativa (art. 42 del Código Penal) y mandó embargar sus bienes por la suma de \$ 5000, decisión que el defensor del nombrado apeló a fs. 89/96, concediéndose el recurso a fs. 69.

II.- Que en esta instancia, a fs. 102, se celebró la audiencia establecida por el art. 454 del C.P.P.N., compareciendo el defensor oficial del imputado [REDACTED] [REDACTED] ocasión en la que asumió la posición reflejada en la grabación del audio registrado ese día.

Considera la defensa que en la sentencia impugnada se ha realizado una incorrecta y parcial apreciación y valoración de la prueba, no coincidiendo con la calificación impuesta, y sostiene que la calificación de tenencia para consumo personal resulta compatible con la cantidad y modalidad de estupefaciente secuestrado, peticionando de este modo la aplicación del fallo de CSJN "Arriola".

III.- Que se inicia la presente causa en virtud de la nota n° 1135 remitida por la Unidad de Detención n° 1 de la ciudad de Ushuaia, de la cual surge que el día 17 de abril del corriente año siendo aproximadamente las 17.45 horas en circunstancias que personal de esa alcaldía se encontraba realizando un control rutinario, previo al ingreso del sector visitas, se produjo el hallazgo de sustancia estupefaciente, oculto dentro de la ropa interior de la Sra. [REDACTED] más precisamente en el corpiño, en el cual de un lado ocultaba la sustancia mientras que del otro ocultaba el papel para el armado de cigarrillos caseros.

Que a fs. 22/29 obra pericia química del materia que fuera secuestrado donde surge que se trataba de cannabis sativa con un peso neto 09,75 gramos de la que es posible extraer 125, 37 dosis.

IV. a) Que el *a quo* resolvió de la manera señalada en el considerando I, argumentando que, el hecho de disponerse a ingresar a la zona de visitas de una unidad penitenciaria, con material estupefaciente oculto, es suficientemente revelador de la intención de ser entregado al interno a quien se concurría a visitar, y que además si la



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. FCR 4808/2016/1/CA2
"Legajo N° 1 - IMPUTADO:
[REDACTED]
s/LEGAJO DE APELACION"-
VEREDICTO / FUNDAMENTOS-
J.F. Rio Grande.-

frustración de tal intento sucedió en la requisita previa, se ha superado la etapa meramente preparatoria, dándose inicio a la ejecución del supuesto típico descrito en el art. 5º, inc. "e", en la forma agravada prevista en el art. 11 inc. "e", ambos de la ley 23.737.

b) Que, por su parte, la defensa plantea el cambio de calificación en favor de su defendida, ello teniendo en cuenta la escasa cantidad de marihuana secuestrada lo que es demostrativo que la misma lo poseía para su propio consumo, conducta comprendida en la norma del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.

A fs. 36/37vta. presta declaración indagatoria la imputada quien manifiesta que no tenía intención de hacer pasar la sustancia a dicha unidad de detención, sino que en realidad la tenía allí por un olvido, ya que es consumidora habitual de marihuana en escasa cantidad.

V.- Situación procesal de [REDACTED]

Los Dres. Javier M. Leal de Ibarra y Hebe L. Corchuelo de

Huberman dijeron:

Nos inclinaremos por el cambio de calificación solicitado por la Defensa Oficial, en el entendimiento de haberse demostrado que la imputada detentaba el tóxico (9,75 grs. de marihuana) y lo tenía para consumo personal en su ropa interior, descubierta su posesión al ingresar a la unidad a visitar a uno de los internos allí alojado.

Que estimamos procedente el encuadre legal más beneficioso para la imputada, por considerar que la marihuana habida en poder de la nombrada, se suma la particularidad de haberse arribado a la detección de dicha posesión en forma totalmente casual, tal como surge de la reseña efectuada en el Considerando respectivo.

Que, por lo demás, la conclusión a la que el juzgador arribó para resolver de la manera indicada en el Considerando I, que no descarta la duda sobre el destino final de la sustancia prohibida, supone, en términos de la C.S.J.N. (Fallos, 329:6019 y L.L. 2007-B-256) vaciar de contenido al ppio. *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 la inexistencia de la finalidad invocada, ya que 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, C.P.P.N.).

Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzados por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado. De allí que ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal,



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. FCR 4808/2016/1/CA2
"Legajo N° 1 - IMPUTADO:
[REDACTED]
s/LEGAJO DE APELACION"-
VEREDICTO / FUNDAMENTOS-
J.F. Río Grande.-

puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera, y esta conclusión *favor rei* impide un juicio adverso en el sentido decidido en la anterior instancia.

Que, por otro lado, cierto es que nada hizo el juzgado para establecer con qué finalidad se detentaban los aproximadamente 9, 75 gr. de sustancia estupefaciente secuestrados, frente a la premisa de la declaración indagatoria de la imputada en la que manifestó ser consumidora habitual de marihuana.

Que ante la inacción del juzgado (déficit de la instrucción que no puede hacerse pesar en contra de la imputada) y en vista a los postulados antedichos, la situación procesal de la encartada debe ser dirimida a través de la fórmula que prevé el art. 14, párrafo 2°, de la ley 23.737.

Por lo expuesto consideramos que es menester, atento la calificación que correspondería endilgarle a la conducta de [REDACTED]-tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, párrafo 2°, ley 23.737)- declarar la inconstitucionalidad de dicha norma con aplicación del fallo "Arriola" precedente de la Corte Suprema de la Nación en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por ser violatorio de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional.

El Dr. Aldo E. Suárez dijo:

Que he de confirmar el auto venido en apelación en cuanto resuelve el procesamiento de Paula Andrea Ludueña modificando la calificación legal.

Debo estar al cambio de calificación mas no a la solicitada por la Defensa Oficial, en el entendimiento de haberse demostrado que la imputada detentaba el tóxico: *cannabis sativa* 9, 75, el que intentó introducir oculto no a la vista, debajo de su prenda interior -corpiño-, cuando fue descubierta accidentalmente, su posesión en la Unidad de Detención n° 1 de la ciudad de Ushuaia en oportunidad de una requisita de rutina previo a ingresar al sector de visitas.

Que aun cuando pudiéramos convenir con la defensa en calificar de escasa a la cantidad de sustancia habida en su poder, el análisis de la prueba existente en la causa no resulta inequívocamente encaminado a concluir que el causante tenía las drogas para consumo personal (art. 14, párrafo 2°, ley 23.737).

Que escasa cantidad no genera de por sí una presunción de tenencia para propio uso, ya que debe estar complementada por las demás circunstancias.

Que, así, se encontró en poder de [REDACTED] sustancia estupefaciente en un envoltorio,- debe tenerse en cuenta la particularidad de habérselo hallado detentando alcaloides, al ingreso a una unidad penitenciaria, lo que torna incierta cualquier versión de que la sustancia era para su propio consumo.



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. FCR 4808/2016/1/CA2
"Legajo N° 1 - IMPUTADO:
[REDACTED]
s/LEGAJO DE APELACION"-
VEREDICTO / FUNDAMENTOS-
J.F. Rio Grande.-

Que se trata de una construcción que remite a las probanzas recopiladas en el expediente y se asienta en la sana crítica racional, que implica libertad de convencimiento, sometida a las reglas de la lógica, la experiencia común y la psicología, así [REDACTED] portaba al momento de ingresar a la Unidad, sustancia prohibida – marihuana- debajo de su ropa interior.

Que, además, el total de la sustancia secuestrada supera en mucho la cantidad necesaria para ser consumida en forma inmediata por la imputada.

Que, al respecto, si bien es cierto que no fue ostensible y elocuente el proceder de la aquí imputada y no fue sorprendida cometiendo el acto mismo, debido a que para llegar a advertir su comisión hubo de disponerse la requisita señalada; estimamos procedente el cambio de calificación a la de tenencia simple de estupefaciente, debiendo descartar la postura de la defensa referida al encuadre legal más beneficioso para el imputado –tenencia para consumo personal-, por considerar que la cantidad de sustancia 9, 75 grs. de marihuana es una cantidad que excede la propicia para un consumo inmediato.

Sostener como lo hace el magistrado que se dan las circunstancias orden al delito de facilitación de estupefacientes a título gratuito en grado de tentativa agravado por el lugar de comisión del delito (art. 5 inc. e) de ley 23.737 y art. 42 del CP) resulta una vez analizada el plexo probatorio una afirmación dogmática. Ello así, atento que toda vez que suministra o facilita, quien provee a otro la sustancia estupefaciente sabiendo que la necesita y -como una conducta dentro del tráfico genérico del art. 5-, aún al título aludido por la comprobada intención subjetiva del agente de promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito de esas sustancias y la prueba que en su conjunto fue evaluada por el tribunal de mérito resulta insuficiente para sostener dicha intención.

Como ya lo ha dicho este Tribunal en otros precedentes una lógica hermenéutica indica que debemos considerar a la figura de tenencia simple (art. 14, primer párrafo) como el tipo básico y a las dos restantes como figuras calificadas, agravada la del art. 5 y atenuada la del 2do. párrafo, del art. 14. En tal sentido, una tenencia de estupefacientes que no puede acreditarse que sea para comercialización ni tampoco pruebe que estaba destinada al consumo deberá ser encuadrada en la figura tenencia simple.

Que descartada la posesión de drogas para la propia ingestión o con destino de comercialización, tal como lo fundamenta la *a quo* en el auto en crisis, a cuya lectura nos remitimos *brevitatis causae*, dada la naturaleza de la figura residual en trato, no mucho más que el acta de secuestro y la correspondiente pericia química conforman los elementos esenciales para la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad que al autor le cabe en el mismo.



Poder Judicial de la Nación
Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. FCR 4808/2016/1/CA2
"Legajo N° 1 - IMPUTADO:
I [REDACTED]
s/LEGAJO DE APELACION"-
VEREDICTO / FUNDAMENTOS-
J.F. Río Grande.-

Que se encuentran reunidos aquí los extremos de dicha figura, requirente entre todas las tenencias de los mínimos requisitos para su configuración.

En conclusión, habiendo analizado en el caso concreto la tenencia de estupefaciente, la misma no puede reputarse para consumo personal como peticiona el defensor ni como sostiene el Juez Federal Subrogante facilitación de estupefaciente.

Que por lo expuesto, el Tribunal por mayoría RESUELVE:

I) REVOCAR el auto de fs. 73/78 venido en apelación, en cuanto dicta el procesamiento sin prisión preventiva de [REDACTED] y manda embargar sus bienes por la suma de \$ 5000, MODIFICANDO la calificación legal por la de tenencia de estupefacientes para consumo personal (Art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) DECLARANDO la inconstitucionalidad de dicha norma y en consecuencia dictar el SOBRESEIMIENTO de [REDACTED]

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

SENTENCIA INTERLOCUTORIA PENAL N° 537 Tomo VI AÑO 2017.-

