



Bahía Blanca, de marzo de 2023.

Y VISTO: la oposición a la requisitoria de elevación a juicio, y el sobreseimiento formulado por la Secretaria de la Unidad de Defensa Penal Nro.6 Dptal, Dra. Luciana Alejandra Juricich, en favor de su defendido, _____Acosta que debe resolverse.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en la presente causa la acción penal no se encuentra prescripta.

SEGUNDO: Que conforme los elementos obrantes en el expediente - acta de procedimiento de fs. 1/3, fotografías de fs. 4/8, tests de orientación de fs. 9/11, declaraciones testimoniales de fs. 13/14; 15/vta.; 16/vta.; 28/vta.; 46/vta.; 119; 120; 121/vta.; 143/vta.; 149/150; informes periciales de fs. 131/139; acta de 308 de fs. 162/163, , antecedentes de 166, Efectos de Fiscalía General 138553- el Sr. Agente Fiscal, considera que se encuentra acreditado en autos el siguiente hecho: "*_____Acosta tuvo en su poder 8 (ocho) plantas de marihuana con un peso total de 15.860 gramos. La sustancia prealudida fue secuestrada por personal de la Dirección Departamental de Investigaciones de la ciudad de Bahía Blanca en el marco de una orden de allanamiento dictada por la Jueza de Garantías nro. 1 -Dra. Gilda Stempholet en la IPP 1120-18 de trámite por ante la UFIJ nro 7 y efectivizada el día diecinueve de enero del año 2018, siendo las 19:00 horas aproximadamente en el domicilio ubicado en _____(vista de frente) de la ciudad de Bahía Blanca y se encontraba distribuida de la siguiente manera: 5.483 gramos correspondiente a ramas, 2.893 gramos correspondientes a tallos y raíces y 7.484 gramos correspondientes a hojas*"

Califica el hecho descripto como constitutivo del delito de **TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES** en los términos del art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737, señalando como autor responsable del mismo a _____Acosta (art. 45 del C.P.).

Imputado/s: _____Acosta

Proceso: PP-02-00-001131-18/00 Pag. 1 de 12

TERCERO: Corrida vista a la defensa en los términos del art. 336 del CPP la Dra. JURICICH postula que la conducta desplegada por su asistido no encuadra en la figura legal imputada, y que corresponde un cambio de calificación legal por el de tenencia de estupefacientes para consumo personal y la declaración de inconstitucionalidad para el caso concreto.

Indica que el hecho que se imputa en esta causa ha sido calificado como tenencia simple de estupefacientes en los términos del art. 14 1er. párr. de la ley 23.737. Sin embargo, refiere que, de una correcta lectura de los presentes obrados puede apreciarse que la calificación legal otorgada es errónea y que, en realidad, la conducta imputada no encuadra en el tipo penal.

En la investigación se secuestraron 8 plantas de marihuana, y según la imputación *"se encontraba distribuida de la siguiente manera: 5.483 gramos correspondiente a ramas, 2.893 gramos correspondientes a tallos y raíces y 7.484 gramos correspondientes a hojas THC 9,72g que equivalen a 2776 dosis umbrales."*

Así, si bien dicho pesaje observando solo números pareciera mucho, en realidad se trata de plantas que no han florecido y cuyo potencial se desconoce.

Argumenta que quien desea consumir marihuana sin inmiscuirse en la compra de la misma, muchas veces opta por cultivarla para su propio consumo, tal como mi asistido explicó en su declaración. Allí su defendido expresamente relató desconocer sobre la capacidad de las plantas para florecer y manifestó que las sembró para probar y poder proveerse para su propio consumo, pero desconociendo sobre botánica.

Sin dudas, explica, dadas las circunstancias del secuestro, lo expuesto por su asistido y el hecho concreto de que no se halló ni un solo cogollo, queda claro que su asistido realizó el cultivo desconociendo del tema y que la finalidad inequívoca es para consumo personal. Es que si la tenencia hubiese tenido otra finalidad se habrían hallado otros elementos y si hubieran hallado



por ejemplo cogollos en frascos, ya que bien sabido es que dicho elemento es el único que puede consumirse con fines recreativos y que por ende es lo buscado para la venta.

En este marco, la conducta atribuida resulta una conducta autorreferente incapaz de lesionar a terceros, ni a bien jurídico -salud pública- alguno por cuanto solo afecta a quien la consume, y por lo tanto no configura figura jurídica alguna, resultando no solo insignificante sino que incluso se encuentra amparada por el ámbito resguardado por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

Así, la tenencia que aquí se discute resulta en realidad una conducta privada que en modo alguno puede ser juzgada, por cuanto carece de lesividad y se encuentra protegida por la referida norma.

Aclara que estas ideas no resultan un planteo novedoso, sino que ya han sido elaboradas ampliamente tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, y han sido receptadas en la práctica judicial, en tanto casi la totalidad de las investigaciones iniciadas por este delito son directamente archivadas por las Fiscalías aplicando el criterio de oportunidad regulado por el art. 56 bis inc. 1 del C.P.P. en razón del nulo o insignificante riesgo potencial para la salud pública que se detecta. Asimismo, dicha práctica resulta incluso aconsejada o sugerida por el documento "Estrategia de Implementación de la Ley 26.052" de la Unidad de Coordinación en Materia de Estupefacientes de la Procuración General".-

En este orden de ideas es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha resuelto que "El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea".
..."las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta

Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta." (CSJN, "Arriola", fallo A.891.XLIV, voto del Dr. Lorenzetti, el destacado me pertenece).-

Por ello, continúa, en tanto la sustancia no ha sido detentada públicamente y solo ha sido hallada casualmente dentro de un domicilio, la conducta no ha lesionado bien jurídico alguno ni ha creado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, debiendo ser una conducta atípica y a su vez protegida por el Estado en cuanto corresponde al ámbito de privacidad del individuo, quien puede elegir qué hacer con su vida y con su cuerpo.

A su vez refiere que no se ha secuestrado ningún otro elemento que haga presuponer otro destino de la planta, destacando que la presente causa se inicia por un allanamiento vinculado con un delito que nada tiene que ver con la tenencia de estupefacientes.

Por otra parte, hace mención que si bien la cantidad no resulta sumamente escasa, al momento de sembrarse una planta se desconoce la potencialidad de la misma, no se sabe si será hembra o macho o si va a florecer, y cuantos cogollos podrán extraerse. Explica que quien consume marihuana solo lo emplea los cogollos, luego de que la planta florece. Ni las hojas ni el tallo ni la raíces sirven. Si bien contienen THC no tiene efecto suficiente para ser fumadas y ni siquiera deberían valorarse.

Así descripta la situación y el marco en el cual se presentó la tenencia, es claro que la misma no ha sido ostensible, ni siquiera mínimamente ostensible, sino que fue realizada en el interior del domicilio y para consumo personal, sin que tenga otro destino diferente ni que haya afectado al resto de la sociedad, no lesionando bien jurídico alguno.

Es que en el caso de esta causa no quedó demostrado que el bien jurídico protegido por el delito, esto es la "salud pública" se haya visto afectada ni siquiera mínimamente. De este modo, el accionar imputado no ha afectado

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta



bien jurídico alguno como para caer dentro del ámbito de punibilidad impuesto por la norma.

Por todo ello, solicita el sobreseimiento de su defendido.

CUARTO: Ahora bien, sentado lo expuesto, y más allá de no encontrarse detenido el imputado, resulta necesario tratar el planteo de la defensa, por cuestiones de suma importancia que pasaré a exponer y desarrollar.

Que **la presente se inicia mediante el acta de procedimiento** en donde se deja constancia que en fecha 19/01/2018, siendo las 18.45 horas aproximadamente la Dirección Departamental de Investigaciones local irrumpió en el domicilio de ubicado en _____ a raíz de una orden de allanamiento dictada por la Sra. Jueza de Garantías a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 en el marco de la IPP 1120-18.

Que, al arribar al domicilio en cuestión son atendidos por Oscar Sergio Jara quien los deja acceder al domicilio, hallando en el patio delantero del inmueble plantas de marihuana. Que luego arriba al lugar Emanuel Acosta quien refiere ser dueño de las ocho plantas de Cannabis.

Que, en **hojas 4/8, se adjuntan fotografías de las plantas secuestradas y a hojas 9/11 los tests de orientación positivos.**

Que, luego se acompañan las declaraciones testimoniales de Agustín Andrés Gebaldo (hojas 13/14), el testigo de procedimiento Emanuel Kevin Giuliano (hoja 15/vta), la vecina del lugar Claudia Bettina Manabella (hoja 16/vta) y Ana Zambrano (hoja 119), Sandra Heiland (hoja 120).

Que, a **hojas 131/139, se agrega la pericia química de la sustancia incautada de la que se concluye que:** la sustancia incautada resulta ser cannabis sativa; que el peso y dosis umbrales son: MUESTRA 1: 1455g que equivale a 415 dosis umbrales; MUESTRA 2: 1100g equivalente a 314 dosis umbrales; MUESTRA 3: 1495 g, %0,65 de THC, peso total de THC 9,72g que equivalen a 2776 dosis umbrales.

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta

Que al momento de prestar declaración indagatoria el imputado Acosta, _____refirió que "*Que había conseguido unas semillas que me habían dado, ya ni me acuerdo quien, como soy consumidor las planté sin darme cuenta como crecían de grandes de ni nada de eso. Yo lo hice por fumar nada más como soy consumidor. Las plantas eran mias, Segio Jara y Cristian Acosta no tienen nada que ver en esto. Pregunta la Fiscalía si Jara estaba en el domicilio circunstancialmente: Si es verdad, como él estaba en la calle mi hermano le daba lugar en la casa de atrás que es la de mi hermano. La Defensa pregunta si había logrado consumir algo: no, no pudimos consumir porque no había florecido la planta, era todo hojas nomas*".

Como se ha observado, el Dr. Del Cero atribuyó al imputado la "*tenencia simple*" de 5.483 gramos correspondiente a ramas, 2.893 gramos correspondientes a tallos y raíces y 7.484 gramos correspondientes a hojas gramos de una sustancia que arrojó resultado positivo para marihuana.

Que la composición del material secuestrado denota un error en la calificación legal pretendida por el Ministerio Público Fiscal, esto es, tenencia simple de estupefacientes en los términos del art. 14 primer párrafo de la ley 23767.

Así, el tipo penal empleado por el Fiscal resultar ser una figura penal residual que considera penalmente reprochable al sujeto que fuera habido con estupefacientes, pero que existe dudas en punto a si efectivamente la intención era comercializar con ellos. Así, la duda, que en cualquier situación beneficiaría al imputado, en el caso en particular queda abarcada por un tipo penal diferente, y, como dije, residual.

Contrariamente, si la duda recae sobre el destino de consumo, por imperio categórico del principio "*in dubio pro reo*" debe necesariamente calificarse legalmente el hecho dentro de la figura más leve.

Sin perjuicio de lo expuesto -que se desarrollará seguidamente- el tipo objetivo de la figura penal en cuestión comprende como objeto de la acción

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta



(tener) sólo a los estupefacientes, quedando excluidas de éste delito las materias primas para producción o fabricación, y las plantas o semillas utilizables para producir estupefacientes, que integran el objeto de la figura del art. 5 inc. c y d de la misma ley.

No puedo negar que parte de la doctrina entiende que cuando las plantas sea considerada en sí estupefacientes -como podría ser el caso de la cannabis-, su peso integrará la figura penal; no obstante considero que ello no resulta correcto por cuanto la planta de cannabis no resulta en su totalidad utilizable como estupefaciente, y esa parece ser también la postura asumida por la Fiscalía, que para conformar el hecho ha imputando como tenencia de estupefacientes a las hojas, ramas y tallos.

En este sentido, el hecho descripto debería haberse calificado como **TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES (art. 14 primer párrafo de la ley 23737)** y **CULTIVO ILEGAL DE PLANTAS PARA PRODUCIR ESTUPEFACIENTES (art. 5 inc. a de la ley 23737)**; ello sin perjuicio del análisis que realizaré seguidamente en punto al destino, que entiendo acreditado, que el imputado le daba -o pretendía darle- a los estupefacientes secuestrados.

La calificación legal referida resulta relevante por cuanto no resulta igual -en punto al impacto en el juzgador- sostener que un sujeto tenía en su poder más de 15 kilogramos de marihuana al afirmar que en realidad tenía ocho paltas de marihuana las cuales pesaban 15.860 gramos (5.483 gramos correspondiente a ramas, 2.893 gramos correspondientes a tallos y raíces y 7.484 gramos correspondientes a hojas)

Asimismo, existe un serio contrapunto en la imputación en punto a los cantidades de estupefacientes cuya tenencia se les atribuye por cuanto en el hecho, y en consonancia con el acta de allanamiento y secuestro, se especifica una cantidad total de 5.483 gramos correspondiente a ramas, 2.893 gramos correspondientes a tallos y raíces y 7.484 gramos correspondientes a hojas.

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta

Así, y conforme surge del informe pericial de la Policía Federal, Gabinete Científico, en las muestras 1 y 2, correspondientes a ramas y tallos refiere que las mismas NO SERIAN UTILIZABLES PARA CONSUMO (hojas 133 Conclusión 2 párrafo 4to.)

Respecto **de la muestra 3**, donde se encontraban los 7.484 gramos de hojas de sustancia secuestrados, las mismas arrojaron resultado positivo para la presencia de THC, pero al realizarse la pericia específica se estableció que el peso del material en el que se obtuvo resultado positivo para marihuana es de 1468 gramos, y no de 7.484 gramos como imputa la Fiscalía.

Si bien la diferencia de peso ha podido tener lugar por efecto de deshidratación y la humedad, ello debe necesariamente explicarse y determinar por qué se le atribuye la tenencia de una cantidad determinada de estupefacientes al imputado y no otra.

Entonces, **del informe surge que los 5.483 gramos correspondiente a ramas, 2.893 gramos correspondientes a tallos y raíces no reaccionaron positivamente al reactivo FAST BLUE**, por lo que no puede el Sr. Agente Fiscal imputarle la tenencia de estupefacientes de dichos elementos.

Respecto de las hojas surge un análisis similar ya que más allá de que el peso no es de 7.484 gramos, como imputa la Fiscalía, sino de 1468 gramos, es una elemento de la planta que no utilizarían como estupefaciente, ya que es la flor o cogollo la que contiene el mayor contenido de THC.

Sentado ello, la composición del material secuestrado y los indicios que pasará a analizar, demuestran claramente que el imputado resulta ser consumidor, y que se auto-provee de los estupefacientes a través del cultivo.

Así, debe tenerse presente que fueron halladas ocho plantas de cannabis sativa en el domicilio del imputado. Sin duda, tratándose de cultivo hogareño no puede calificarse si pareciera excesiva esa cantidad sembrada, debe analizarse teniendo en cuenta que no resulta posible determinar ex-ante la capacidad productiva de una semilla.

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta



Así, una persona sin conocimientos técnicos específicos en botánica no puede determinar la capacidad germinativa de las semillas que posee, resultando por lo tanto la viabilidad de las mismas un resultado de prueba-ensayo-consecuencia.

Asimismo, sabido es que la planta que produce cogollos -floración de la cannabis sativa con mayor concentración de THC- es la de género femenino, resultando descartadas las plantas machos, resultando la característica indicada desconocida hasta tanto la planta adquiera un desarrollo suficiente.

Si bien se podría sostener que estadísticamente que ante una siembra el 50% de las semillas darán plantas hembras y las restantes machos, estaríamos en el presente caso con un núcleo de siembra mínimo atento dicha circunstancia, aún considerando hipotéticamente que la capacidad germinativa de las semillas sembradas es de un 100%.

Incluso en el caso presente no se ha informado sobre la presencia de cogollos en las plantas secuestradas, pudiéndose presumir que se tratan todos especímenes de plantas macho y por ende no cumplirían el destino de producir estupefacientes -sea cual sea el destino que se le pretenda dar-.

A ello debe sumarse que aún tratándose de plantas hembras, no se puede determinar su capacidad productiva. Así los gramos de cogollos que producirá variarán en función del clima, las características de la tierra, el riego, el cuidado, la modificación genética de la semilla, pudiendo dar como resultado una cantidad que no alcanzará a abastecer el propio consumo del cultivador, o en determinadas circunstancias exceder ostensiblemente su régimen de consumo. Obviamente, en este último caso, la decisión que tome el cultivador con el excedente es lo que podría generar su responsabilidad penal; pero ello no puede establecerse en el presente caso.

Por lo expuesto, resulta irrazonable hablar en circunstancias como la presente de potencialidades productivas de una o varias plantas, cuando no son factores que puedan determinarse desde el inicio, y mucho menos con personas

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta

que carecen de conocimientos científicos.

En este marco interpretativo no puede dejar de mencionarse que el imputado, al ser indagado, refirió ser consumidor.

Lo cierto es que los dichos del imputado no quedan desvirtuados por elementos probatorios, sino todo lo contrario, sus dichos se encuentran amparados con los indicios y circunstancias analizadas previamente.

No puede perderse de vista que en el domicilio no fue hallado ningún elemento necesario para el fraccionamiento de estupefacientes, o elementos de comunicación útiles para acordar operaciones de menudeo con potenciales clientes.

Asimismo las plantas que fueron secuestradas se encontraban en el patio interno del domicilio del causante, sector íntimo del imputado, que no puede ser observado por terceros.

Que todas esas circunstancias me llevan a considerar que el hecho que se le imputa a Emanuel Nicolás Acosta debe calificarse como constitutivo del delito de **CULTIVO DE PLANTAS DESTINADAS A OBTENER ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL Y TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA USO PERSONAL**, en los términos del art. 5, penúltimo párrafo y 14 último párrafo de la ley 23737.

Sentado lo expuesto en punto a la subsunción legal que considero adecuada al hecho investigado, tratándose de un caso de tenencia y cultivo para uso personal exclusivo, y siendo que no se ha comprobado -y tampoco se advierte- que la conducta atribuida al imputado haya trascendido los márgenes de la intimidad, alcanzados a terceras personas con efectos de peligro, o generado un daño o riesgo a la salud pública, es que concluyo que el hecho en cuestión no ha excedido del ámbito de privacidad de las acciones que protege el art. 19 de la Constitución Nacional.

Así, resulta plenamente aplicable la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "ARRIOLA", haciendo extensivo

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta



sus conclusiones a la figura penal de cultivo de plantas para producir estupefacientes para consumo personal, por cuanto el fundamento resulta ser exactamente el mismo que cuando el máximo tribunal ha analizado los límites del tipo penal de tenencia de estupefaciente para consumo, siendo que el cultivo se trata de una actividad desarrollada por el consumidor, anterior al ejercicio de la tenencia de los estupefacientes que la planta produce, tratándose éstos del producto de aquella.

En este sentido, extensivo del precedente analizado más arriba, ha resuelto el Tribunal Oral Federal de Santa Rosa el precedente FBB 6660/2013/TO1 en el fallo dictado el día 01/12/2017.

Retomando, el máximo Tribunal de éste país ha resuelto en precedente "ARRIOLA", que ante la ausencia de riesgo concreto o daños a terceros, y por ende, al amparo de la manda contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, corresponde al órgano jurisdiccional impedir la ilegítima punición de acciones que no trascienden de la esfera de intimidad de los individuos, en la medida en que se invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

Por tales motivos, la CSJN determina que debe declararse la inconstitucionalidad de la disposición legal en cuestión cuando incrimina la tenencia -o cultivo, en este caso- de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en el presente caso.

POR ELLO, atento los fundamentos expuestos precedentemente,
RESUELVO: I) HACER LUGAR AL CAMBIO DE CALIFICACIÓN LEGAL peticionado, debiendo subsumirse el hecho investigado en las figuras de **CULTIVO DE PLANTAS DESTINADAS A OBTENER ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL Y TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA USO PERSONAL**, en los términos del art. 5, penúltimo párrafo y 14 último párrafo de la ley 23737; **II) DECLARAR**

Imputado/s: Emanuel Nicolas Acosta

para el caso en estudio la **INCONSTITUCIONALIDAD** de los arts. 5, penúltimo párrafo y 14 último párrafo de la ley 23737, ello de conformidad con lo establecido por el art. 19 del CN y la doctrina emanada de la CSJN en el precedente "Arriola" dictado el día 25/08/09, haciendo extensivos sus fundamentos a la figura penal de cultivo de plantas para producir estupefaciente para consumo personal, conforme los fundamentos expuestos; y **III**) en consecuencia **SOBRESEER TOTALMENTE** a **Emanuel Nicolás Acosta** en orden al delito de **CULTIVO DE PLANTAS DESTINADAS A OBTENER ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL Y TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA USO PERSONAL**, en los términos del art. 5, penúltimo párrafo y 14 último párrafo de la ley 23737, verificado el día 19/01/2018 en esta ciudad, conforme lo dispone los art. 19 de la CN, y arts. 210, 323 inc 3, 324 y 327 del C.P.P. NOTIFÍQUESE.

Proveo por disposición superior.