

## Tenencia Simple De Estupefacientes Ley 23 737

### JURISPRUDENCIA

### Tenencia simple de estupefacientes. Ley 23.737

Se confirma

la resolución que dispuso el procesamiento sin prisión preventiva del imputado, por resultar presunto autor penalmente responsable del ilícito previsto y penado por el art. 14, primer párrafo de la ley 23.737, en cuanto se refiere a la tenencia simple de estupefacientes. San Miguel de Tucumán, 29 de abril de 2016. Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fs.

70; y CONSIDERANDO: Que por resolución de fecha 18 de agosto de 2015 (fs. 65/68 vta.) se dispone el procesamiento sin prisión preventiva de Franco Gaspar Formiga, por resultar presunto autor penalmente responsable del ilícito previsto y penado por el art. 14, primer párrafo de la ley 23.737, en cuanto se refiere a la tenencia simple de estupefacientes y trabar embargo sobre los bienes personales del mismo hasta cubrir la suma de \$2000. Contra tal decisorio, el Defensor Público Oficial deduce recurso de apelación a fs. 70, expresando en ésta instancia el Defensor Público Oficial memorial de agravios por escrito (fs. 80). Sostiene que la conducta endilgada a su asistido resulta atípica y que por lo tanto corresponde se disponga su sobreseimiento. Advierte que si bien se halló sustancia estupefaciente jamás se acreditó que haya estado en poder de su defendido o que éste hubiere sabido de su existencia. Por otra parte, entiende que en el caso se negó la aplicación del principio *in dubio pro reo*?, ya que el A-quo ni siquiera tuvo en cuenta los elementos existentes de convicción suficiente para apoyar la versión de su asistido y ante la supuesta falta de prueba para apoyar tanto la hipótesis defensiva como la acusatoria se inclinó por esta última. Por último, plantea la nulidad de la sentencia apelada por falta de fundamentación suficiente. Previo a resolver cabe efectuar una breve reseña de la causa. La misma se inicia en el Servicio Penitenciario Provincial, en momentos en que los internos efectuaban tareas de desmalezamiento y limpieza en la parte de atrás del pabellón, llamando la atención del agente penitenciario que el interno Formiga Franco Gaspar, quien juntaba pasto en la carretilla, trataba de ocultar algo entre los pastos, por lo que solicita que descargue la misma, visualizando un envoltorio de plástico en forma rectangular. En consecuencia, requiere la presencia de un efectivo, quien hace las veces de testigo de vista. Una vez abierto el envoltorio se observa una sustancia vegetal de color verde amarronada compactada, dividida en dos partes, que por sus características se trataría de marihuana, así también otro envoltorio plástico transparente en forma cilíndrica que en su interior deja ver una sustancia color blanca. Al pesarlos arrojan un total de 368 grs. de marihuana y 10 grs. de cocaína. A fs. 06 se adjunta la declaración indagatoria prestada por el encartado. Sostiene que el día de los hechos a hs. 09 lo trasladaron atrás del anexo a levantar la basura y el pasto, que mientras levantaba el pasto el jefe de la cuadrilla le grita que levante toda la basura que estaba cerca a lo cual accedió y allí el jefe le pide que descargue y observa el envoltorio, el cual nunca había visto antes. Aclara que no sabía que el envoltorio se encontraba entre el medio del pasto que estaba recogiendo y que el Jefe de cuadrilla estuvo en todo momento a su lado. A fs. 09 presta declaración testimonial el agente penitenciario Casimiro Marino Castillo. Manifiesta que observó cuando el imputado recogió un paquete que colocó en la carretilla y ocultó con pasto, por lo que le solicitó que exhiba lo que había ocultado en el interior de la carretilla, volteando la misma y dejando ver los elementos secuestrados. A fs. 11 declara otro de los agentes penitenciarios, quien expone que no presencié en qué circunstancias se efectuó el secuestro de sustancia pero sí la confección del sobre. A fs. 13 se agrega la declaración del agente Hugo Cesar Berón, quien sostiene que ante su presencia se dio apertura al envoltorio, donde pudo divisar los elementos que se le exhiben pero que no observó el secuestro de la sustancia. A fs. 31/41 obra la pericia efectuada al envoltorio plástico transparente en forma cilíndrica, en la que se concluye que la muestra peritada no se trata de clorhidrato de cocaína. A fs. 44 de una nueva pericia surge que en el cilindro plástico se ha comprobado la presencia de cocaína en mezcla con almidón y azúcares reductores, con un peso de 6,91 grs. A fs. 62 se adjunta pericia realizada al resto de la sustancia secuestrada, en la que se concluye que la misma corresponde a las plantas de cannabis sativa, con un peso de 306,45 grs. Ahora bien, expuestos los hechos corresponde expedirnos sobre la situación procesal del imputado. En primer lugar, y respecto a la nulidad de la sentencia apelada por falta de motivación cabe recordar que el art. 123 Procesal establece *Las sentencias y resoluciones deberán ser motivados, bajo pena de nulidad?*. Consideramos que dado el grado de provisoriedad de esta etapa procesal, la sentencia apelada cumple con los requisitos que exige el artículo 123 procesal. Ahora bien, respecto a la figura prevista en el art. 14, primer párrafo de la ley 23.737, puede hablarse de tenencia cuando el sujeto activo detenta materialmente el objeto, o cuando no detenta esa posesión material pero sí tiene disponibilidad real sobre él, pudiendo decidir sobre su destino. El *¿tener?* es definido como la situación en la cual el objeto se encuentra en la esfera de custodia del sujeto activo. Se trata del ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa, que no requiere un contacto físico constante y permanente sobre el objeto, sino que éste se encuentre sujeto a la voluntad del poseedor. En cuanto al elemento subjetivo, el dolo supone que el sujeto activo sabe que hay estupefaciente en un ámbito sometido a su poder de disposición, pero además debe tener voluntad de ejercer sobre ellos esa

capacidad de disponibilidad que caracteriza a la tenencia. Se trata de un delito permanente que se consume en el momento que el sujeto activo entra en poder de disposición sobre el estupefaciente y se ejecuta durante todo el tiempo hasta que cesa esa situación de disponibilidad sobre la sustancia. En autos se encuentra acreditado que dentro de la carretilla que utilizaba el imputado Formiga para levantar el césped se encontraba un envoltorio que resultó ser material estupefaciente, circunstancia de la que no existe discusión en autos. Del acta inicial surge que llamó la atención del agente penitenciario que el interno Formiga Franco Gaspar quien juntaba pasto en la carretilla trataba de ocultar algo entre los pastos, por lo que solicita que descargue la misma, visualizando un envoltorio de plástico en forma rectangular?. Sin embargo, y conforme la versión de los hechos brindada por el imputado, el mismo desconocía que había cargado el envoltorio en su carretilla. Estimamos que habiéndose acreditado la existencia de un envoltorio conteniendo 306,45 grs de marihuana y 6,91 grs. de cocaína en la carretilla que portaba el encartado y resultando poco probable la versión de los hechos brindada por el mismo, en cuanto a que no se había percatado de que el paquete se encontraba en su carretilla, es que entendemos que corresponde, por el momento, tener por cierto lo asentado en el acta inicial y confirmar la resolución apelada, en cuanto encuadra los hechos en la figura del art. 14, primer párrafo de la ley 23.737. Asimismo, consideramos acertada la calificación legal, ya que en virtud de la cantidad de estupefaciente secuestrado no puede sostenerse que el mismo era para consumo personal pero tampoco existen elementos de prueba para considerar que el mismo estuviera destinado a su comercialización. Por lo que, se RESUELVE: I) CONFIRMAR la resolución de fecha 18 de agosto de 2015 (fs. 65/68 vta.) en cuanto dispone el procesamiento sin prisión preventiva de Franco Gaspar Formiga, por resultar presunto autor penalmente responsable del ilícito previsto y penado por el art. 14, primer párrafo de la ley 23.737. II) REGÍSTRESE, notifíquese y oportunamente publíquese. Firmado por: DR.RICARDO MARIO SANJUAN <JUEZ>, Firmado por: DR.ERNESTO CLEMENTE WAYAR, Firmado por: DRA.COSSIO MARINA JOSEFA, Firmado(ante mi) por: LILIAN ELENA ISA, SECRETARIA DE CAMARA 008512E