

Estupefacientes Tenencia Simple Ausencia De Transporte Cambio De Calificacion

JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Tenencia simple. Ausencia de transporte. Cambio de

calificación No corresponde la condena del encartado por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, pues quien lleva entre sus ropas cantidades no significativas dentro de su vehículo que solo tiene para sí ¿deambula? con la droga, pero no la transporta en el sentido del art. 5, inc. c, de la ley 23.737. LA RIOJA, 12 DE SEPTIEMBRE DE 2017.- VISTOS: En el juicio oral y público, Nº FCB 71008013/2012, Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: TORRES BATISTUTA GUSTAVO RICARDO S/INFRACCION LEY 23.737 (ART. 5 INC. C)?, que se tramitan por ante este Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja, integrado de manera Unipersonal, en virtud de los art. 9 y 11 de la ley 27.307, por el Sr. Juez de Cámara Subrogante, Dr. JUAN CARLOS REYNAGA, y con la asistencia de la señora Secretaria de Cámara, Dra. Ana María Busleimán, para dictar sentencia en la causa que se le sigue al señor Torres Batistuta Gustavo Ricardo, DNI Nº ..., de 45 años de edad, nacido el 08 de Octubre de 1971, en la ciudad de Mendoza, hijo de Ricardo Juan Carlos Torres y Eva Zulema Batistuta, con domicilio actual en casa ..., Bº Los Peregrinos, localidad de Godoy Cruz, provincia de Mendoza, quien tiene 5 hijos menores de edad, trabajaba realizando tareas metalúrgicas y en un emprendimiento familiar, con nivel de educación secundario incompleto, que según informe del Registro Nacional de Reincidencia registra el procesamiento en las presentes actuaciones y se le dicto la falta de merito en una causa iniciada como presunto infractor del Art. 5 inc. C Ley 23.737 (tenencia con fines de comercialización) por el Juzgado Federal de Mendoza, con fecha 03/03/15, no registrando antecedentes de condena. La defensa técnica es ejercida por el Defensor Particular Dr. Rodolfo Francisco Asís y como titular de la acción penal, en representación del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Michel Horacio Salman, Fiscal General. Que el auto de elevación de la causa a juicio, obrante a fs. 126/128, le atribuye al imputado la comisión del siguiente hecho: ¿Que en el día 11 de mayo del 2012, personal de la base de patrullas "CHEPES" emplazados en Ruta Nac. Nº 141 Km 3 del Departamento Rosario Vera Peñaloza provincia de La Rioja, proceden a detener la marcha y realizar el control documentológico de la empresa "Andesmar" interno ... marca Volvo, dominio "...-modelo BIZR 6X2/PANORAMICO AA7 2006, tipo transporte de pasajeros Chasis Nº... Motor Nº..., titular de autotransporte Andesmar SA.- En dicha circunstancia, que se solicitó a la totalidad de los pasajeros que exhibieran la documentación que acreditara su identidad, que al llegar a controlar al pasajero ubicado en el asiento ... (ventanilla) el que iba solo identificado por CI Nº... expedida por policía de la Provincia de La Rioja identificado como TORRES BATISTUTA GUSTAVO RICARDO DNI Nº ..., argentino instruido de 40 años de edad, casado metalúrgico nacido el 8/10/1971 domiciliado en Humahuaca Nº ... Rodeo De La Cruz Guaymayen (Mendoza), en dicho momento se percató el cabo Ibarra de un fuerte olor penetrante en la documentación del mismo, por lo que procedió a solicitar la presencia de testigos hábiles a los fines de constatar que no transportara ningún ilícito, fue apartado del resto de los pasajeros y se le solicito que exhiba lo que llevaba en sus bolsillos exhibiendo como elementos de prueba un envoltorio de papel aluminio, conteniendo en su interior un cigarrillo armado artesanalmente compuesto de una sustancia verde amarrada de olor penetrante con similares característico al de la cannabis sativa (marihuana) el cual se encontraba con cenizas en su extremo lo que provoco mayor olor, y un envoltorio de papel blanco con inscripciones similares a las de un ticket o factura en el cual contenía en su interior una sustancia blanca polvorienta de olor penetrante y similares características a las del clorhidrato de cocaína, los que fueron hallados en el interior del bolsillo derecho de una campera marrón con inscripción "Colection Fashion" .- Que de la requisita efectuada en el interior de un pequeño bolsillo ubicado en el sector derecho del jeans, un envoltorio de nylon color amarillo con un nudo en la parte superior conteniendo en su interior una sustancia color blanca polvorienta de olor penetrante y similares características a las del clorhidrato de cocaína, en la requisita también se halló un paquete rectangular de papel de aluminio ubicado en el bolsillo derecho del pantalón de jeans que llevaba puesto asimismo se halló en los genitales otro paquete rectangular de idénticas características de las antes mencionadas, ante la presencia de testigos hábiles procedieron a la apertura de dos paquetes de aluminio, hallando en su interior otro envoltorio compuesto de cinta aisladora negra y entre medio de ambos envoltorios una pasta de olor penetrante de similares características a las de crema dental continuando con la apertura del paquete, se halló otro envoltorio de papel se similares características a las de pañuelos descartables, conteniendo otro envoltorio compuesto de profilácticos, asimismo se procedió a la rupturas del mismo hallando 5 cinco envoltorios de nylon transparentes de formas cilíndricas alargados de forma de "tizas" conteniendo en su interior una sustancia blanca compactada, los que estaban sujetos con cinta de tela blanca reforzadas con una banda de bolsa de nylon color azul con inscripciones color rojo los que fueron enumerados del 1 al 5. Posteriormente procedieron a la apertura de otro paquete de los mencionados, cubierto con las mismas características y elementos mencionados y en su interior 5 envoltorios de nylon transparente de forma cilíndrica alargados en forma de "TIZAS"

conteniendo una sustancia blanca compactada. Los que fueron enumeradas del 1 al 6. Procedieron al pesaje de la sustancia vegetal verde amarrada arrojando un peso total de cuatro (4) gramos haciéndolo en balanza de precisión marca Atma modelo "BC7200" sin número de serie visible. Luego se procedió a solicitar al testigo ciudadano Ibañez Cesar Alejandro que seleccione al azar uno de los diez envoltorios eligiendo el identificado con el N° 8 procediéndose a realizar la prueba de orientación de campo, el cual respondió al grupo de clorhidrato de cocaína debiéndose realizar prueba de certificación cualitativa cuantitativa, con posterioridad se solicitó al testigo Ogas Francisco Benito que seleccione al azar uno de los diez envoltorios de nylon transparente conteniendo la sustancia de color blanca polvoriento de olor penetrante y de similares características al clorhidrato de cocaína eligiendo un envoltorio identificado con el N° 1 realizase la prueba de orientación de campo(ensayo de orientación para clorhidrato de cocaína y derivados "Narcotes") el responde cromáticamente al grupo de clorhidrato de cocaína, al producirse el pesaje de la totalidad de envoltorios de nylon desde el N°1 al 10 el envoltorio de nylon color amarillo y envoltorio de papel todos ellos conteniendo en su interior la misma sustancia blanca polvoriento de olor penetrante arrojó un peso total de ciento cuatro (104 gramos) haciéndolo en balanza de precisión marca Atma modelo BC 7200, sin número de serie visible, confeccionando acta de rigor correspondiente.- Que a Fs 114/118, se resuelve la situación procesal de los imputados en autos al disponer el procesamiento sin prisión preventiva de Gustavo Ricardo Torres Batistuta DNI N°-? El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿se encuentra acreditada la existencia de los hechos investigados y es su autor responsable el encartado? SEGUNDA: en su caso, ¿qué calificación legal corresponde a los hechos?, ¿cuál es la sanción a aplicar y ¿procede la imposición de costas?. Y CONSIDERANDO: A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA: A- Considera el suscripto que los hechos descriptos en el requerimiento de elevación de la causa a juicio, han quedado acreditados en autos, en virtud de toda la prueba obrante en los mismos, prueba documental, informativa y la pericial, entre la que se destaca la conclusión de la pericia Química N° 360 efectuada por Gendarmería Nacional, como así también la prueba testimonial que fueron incorporadas por su lectura, en virtud de que durante la audiencia de debate y ante la declaración indagatoria brindada por el imputado en ejercicio de su derecho de defensa, el mismo reconoció los hechos que se le imputan; ante lo cual el Ministerio Público Fiscal, considerando que el debate se había convertido en una cuestión de puro derecho, renunció a los testigos oportunamente citados, a los fines de propender a la economía procesal, situación que fue consentida por el Defensor Particular del imputado. Efectivamente en oportunidad de ejercer su derecho de defensa a través de su declaración indagatoria, el imputado de autos, Torres Batistuta reconoció que la droga que le fue secuestrada en fecha 11-05-12 por personal de la Gendarmería Nacional, era de su propiedad y que él la estaba transportando hacia la ciudad de La Rioja; esta confesión sumada a los demás elementos de prueba que obran en autos, como ser el acta de requisa de fs. 04, el acta circunstanciada de procedimiento de fs. 05, el acta de continuación de procedimiento de fs. 06/08 las actas de ensayo y orientación de campo y de pesaje obrantes a fs. 09/16, el Cd con fotografías del procedimiento obrante a fs. 32, en las cuales consta el accionar de Gendarmería Nacional del día 11-05-12 procedimiento a través del cual secuestran la sustancia estupefaciente encontrada entre la ropa del encartado, obrando conforme lo prescribe el art. 230 bis del C.P.P.N., quedando en consecuencia detenido el mismo por orden del Juez Federal, y toda la otra prueba documental, instrumental, pericial y testimonial obrantes en autos, permiten asegurar al suscripto la existencia del hecho y su autoría responsable por parte de Torres Batistuta Gustavo Ricardo. B- Que al momento de producir su alegato el Ministerio Público Fiscal, luego de un pormenorizado análisis de los hechos manifestó que: ?el transporte no es una figura fácil, tiene que haber un remitente y un destinatario final, el art. 5 abarca muchos delitos, por lo que a la vez confunde, en el transporte, quien lo ejecuta es un mero intermediario, en la ley se habla en forma cuantitativa, en las otras figuras del art. 5, vienen proseguidas por etapas de investigación, en este caso no se dieron por que no estaban dadas las condiciones, este caso fue una detención fortuita, porque se realizó en el medio de la ruta N° 141, por lo que al ir en colectivo se le imputa transporte, y no es así, el muchacho simplemente venía a una fiesta en La Rioja y a la cual no pudo llegar, ante tales consideraciones, el hecho imputado no encuadra en la figura de transporte, por lo que voy a modificar la calificación legal a tenencia simple, ya que la cantidad no llega para consumo personal, pero si entra en tenencia, por lo que modifiqué la calificación legal a tenencia simple y solicito se aplique al encartado la pena 2 años de prisión de ejecución condicional y dos mil pesos de multa.? Cédida la palabra al Defensor Particular, Dr. Rodolfo Francisco Asís, manifestó: ?luego de analizar el alegato del Sr. Fiscal General y las pruebas presentes en autos, consideramos que mi defendido debe ser absuelto, ya que él manifestó en su declaración indagatoria, que el traía la droga para su consumo personal, no surge del expediente que mi defendido haya transportado la droga con fines de comercializar ya que no conoce La Rioja, y que como manifestó el Sr. Fiscal se trató de una detención fortuita, no comparto la recalificación a la figura prevista en el art. 14, 1° parte, sino que en caso de recalificar debería ser por la figura del art. 14 segundo párrafo, hay que tener en cuenta que los elementos de prueba de la causa en ningún caso permiten presumir que mi cliente haya tenido esa droga para comercialización, además nunca se realizó ningún tipo de medida para conocer la forma de vida de mi defendido en la ciudad de Mendoza, que el mismo no presenta antecedentes, por lo que considero que se debe absolver a mi defendido ya que la droga que

traía era para consumo propio o en su defecto recalificar por la conducta tipificada en el art. 14, 2º párrafo, solicitando un tratamiento de rehabilitación y que se verifique que mi defendido no ha vuelto a consumir.?. C- En la oportunidad de escuchar las últimas palabras del imputado Torres Batistuta, el mismo manifestó: ¿quisiera volver a mi ciudad con mi familia.? D- Descriptos los hechos y acreditados los mismos, a través de todo lo supra expuesto, y sintetizada la posición incriminatoria, relacionada la prueba colectada y las conclusiones de las partes, corresponde determinar la participación penal del enjuiciado. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MAGISTRADO DIJO: Corresponde ahora calificar los hechos conforme la normativa legal vigente. El requerimiento de elevación de la causa a juicio de fs. 126/128, califica la conducta desplegada por el imputado Torres Batistuta Gustavo Ricardo, como autor penalmente responsable del delito previsto por el artículo 5, inc. "C", de la ley 23.737, Transporte de estupefacientes, sin embargo hay que destacar que durante la audiencia de debate el Fiscal General, Dr. Michel Horacio Salman, no obstante haber sido él mismo, en su rol de Fiscal Federal Subrogante en la instancia, quien efectuó el correspondiente requerimiento de elevación de la causa a juicio, pieza acusatoria motivada y fundada por la cual el encartado de autos debe responder ante éste Tribunal Oral por el delito que en el mentado requerimiento se le imputa, y en lo que ya se ha convertido una práctica habitual por parte del Ministerio Público Fiscal ante éste Tribunal, manifestó no compartir la calificación legal impuesta en el requerimiento supra referido, alegando que la figura prevista y penada por el art. 5 inc. C, no es una figura fácil, tiene que haber un remitente y un destinatario final, que la detención del encartado de autos fue fortuita, que el muchacho simplemente estaba viniendo a una fiesta en La Rioja, a la que nunca llegó, que solo se le imputó la figura de transporte por haberse encontrado viajando en un colectivo, que el mismo no tiene antecedentes y que con los elementos de prueba obrantes en la causa no se puede probar que haya tenido intenciones de introducirlo dentro de la cadena de tráfico, considerando por lo tanto que corresponde aplicar la figura penal prevista en el art. 14 primera parte de la Ley 23.737 (Tenencia Simple); es decir que el mismo Fiscal que realiza el requerimiento de elevación de la causa a juicio es quien posteriormente en la audiencia de debate, sin haber mediado la incorporación de ningún elemento de prueba nuevo que pudiera justificar el cambio de calificación, únicamente la declaración indagatoria de Torres Batistuta durante el debate, a la cual le otorga un valor probatorio demasiado importante teniendo en cuenta, que el imputado no tiene obligación de decir la verdad, como así también ignorando la declaración indagatoria realizada por el imputado en la instrucción, en la cual contrariamente a lo manifestado durante el debate, declara que su destino final era la ciudad de Córdoba, sin hacer referencia en ningún momento a una fiesta en La Rioja, es quien solicita el cambio de calificación a la figura prevista y penada por el art. 14, 1º parte de la ley 23.737. Vale decir, independientemente del peculiar cambio de parecer por parte del Fiscal General respecto de la calificación legal imputable al encartado, que si bien la figura prevista y penada en el art. 5 inc. ?C? de la ley 23.737, se configura con el mero desplazamiento del tóxico prohibido de un lugar hacia otro, pudiendo ser este indeterminado, pues lo único que se requiere es que se trate de un sitio antológicamente distinguible de otro, por tratarse de un delito de peligro abstracto en donde el bien jurídico puede verse afectado por el sólo hecho de llevarla, trasladarla o moverla exponiéndola potencialmente a terceros; es a criterio del suscripto, necesario también que quien realiza esta maniobra lo haga sabiendo la posibilidad concreta de facilitar y contribuir al tráfico ilícito de una manera elemental o compleja, no podemos subsumirnos en una ciega y literal interpretación de la norma, porque en ese caso podríamos llegar a considerar que la mera acción de fumar un cigarrillo con tóxicos, intrínsecamente importa dar movilidad al ?corpus delicti? considerando por lo tanto a tal acción dentro de las hipótesis de un transporte punible, lo que claramente denota un evidente exceso hermenéutico judicial. Al respecto la Cámara Federal de Casación penal ha manifestado que ?quien lleva entre sus ropas cantidades no significativas dentro de su vehículo, solo tiene para sí, ?deambula? con la droga, no la transporta en el sentido del art. 5 inc. C de la ley 23.737, (CNCP, S II, ?Leszczynsky, S.H. S/recurso de casación? del 25/02/08?. No puedo dejar de referirme a la absolució solicitada por la defensa técnica del imputado o en su caso el cambio de calificación a la figura prevista en el Art. 14, 2º parte de la ley 23.737; si bien el suscripto conforme surge de lo supra expuesto, considera que la cantidad de estupefaciente que le fue secuestrada a Torres Batistuta y las circunstancias en que ello ocurrió, no son suficientes para imputarle la figura de transporte de estupefacientes, no es menos cierto que más de 100grs de cocaína tampoco pueden ser considerados como una cantidad escasa que haga presumir que era para consumo personal. De lo actuado y recogido en la audiencia surge que Torres Batistuta tuvo la decisión de llevar consigo droga que le pertenecía, en reducida cantidad y concentración, además de que la circunstancia de haber llevado la droga dentro de los bolsillos de su campera sin un elaborado sistema de ocultamiento, debe configurarse a su favor, en aplicación del art. 3 del C.P.P.N. y del fallo ?Vega Gimenez? de la C.S.J.N.. Por todo lo supra expuesto, teniendo en cuenta la confesión por parte del encartado de su condición de adicto al momento de los hechos, sumado a la reducida cantidad de estupefaciente, aunque no escasa como pretende su defensa, su baja concentración según conclusión de pericia N° 360 efectuada por la Gendarmería Nacional, la prácticamente inexistente estrategia de ocultamiento de la sustancia por parte del mismo, sin involucrar a terceros en su traslado para no resignar la posesión del tóxico que necesita en razón de su adicción, no multiplicando en consecuencia la vulneración del bien jurídico protegido, son indicios

suficientes a criterio del suscripto para proceder al cambio de calificación por la figura de tenencia simple de estupefacientes, ya que para el transporte criminal no es determinante únicamente la movilidad del ente ilegal, sino las propias características y circunstancias en que ello acontece. Efectivamente la tenencia simple de estupefacientes, previstas en el art. 14, 1º parte de la ley 23.737, exige para su configuración la existencia de un elemento subjetivo y otro objetivo, esto es la posesión del material, dentro del ámbito de custodia, es decir la intención de detentar bajo su poder la cosa y someterla a su señorío (elemento objetivo); y el hecho de que el tenedor conozca que bajo su poder se encuentra la cosa y que la misma se trata de estupefaciente (elemento subjetivo), elementos que se encuentran acreditados en los presentes autos. Determinada la calificación legal corresponde referirnos a la graduación de la pena a propiciar, para lo cual el suscripto tiene en cuenta las condiciones en que se llevó a cabo la acción punible, la exposición prolongada en la vía pública, cantidad y valor del estupefaciente transportado, circunstancias estas que ya han sido supra descriptas, así también se tiene en cuenta la personalidad, edad, y antecedentes del encartado conforme lo prescribe el art. 40 C.P.; efectivamente el encartado de autos, de 45 años de edad, tiene a su cargo 5 hijos menores de edad, es el principal sustento económico de los mismos, se encuentra actualmente trabajando de manera particular en tareas metalúrgicas como así también en un emprendimiento familiar, goza de un nivel instrucción de secundaria incompleta, según lo manifestado por el mismo en la audiencia de debate, así también no registra antecedentes computables según el Registro de Reincidencia Nacional, debiendo resaltar especialmente, el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho hasta hoy, sin que el causante hubiera reiterado la ilicitud, por todo lo cual considero ajustado a derecho imponer la pena de dos años (2) de prisión de ejecución condicional y multa de dos mil (\$2.000) pesos, imponiéndole las siguientes reglas de conducta: obligación de comparecer del 1 al 10 de cada mes, por el plazo de 2 años por ante la Secretaría del Tribunal oral de Mendoza que por turno corresponda, fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato, abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia, debiendo exhortar a tal efecto al Tribunal oral Federal de Mendoza que por turno corresponda y no cometer nuevos delitos, conforme lo prescrito por el art. 27 bis inc. 1, 3 y 6 del C.P.. Por último corresponde ordenar el decomiso y destrucción del material estupefaciente secuestrado, y de los demás elementos utilizados para la comisión de los delitos que aquí se juzgan, todo ello conforme lo normado en los artículos 23 del Código Penal; 523 del C.P.P.N. y 39 de la ley 23.737 - hoy art. 28 según ley 26.939 DJA -, quedando diferida para su oportunidad la quema de los mismo y/o destrucción, ordenando la restitución en lo que fuera procedente conforme planilla de efectos de fs. 136. Por todo lo expuesto, señalado y analizado, el Tribunal Oral Federal de La Rioja integrado unipersonalmente; RESUELVE: PRIMERO: condenar a TORRES BATISTUTA GUSTAVO RICARDO DNI N° ..., demás condiciones personales obrantes en autos, por resultar autor penalmente responsable del delito prescripto y penado por el art. 14, 1º parte de la Ley 23.737, tenencia simple, e imponer la pena de dos años (2) de prisión de ejecución condicional, y la pena de pesos dos mil de multa la que deberá ser depositada en la cuenta N° ... PJN-500/335 CSJN Fondos Ley 23.737, dentro de los diez días de quedar firme la presente resolución, sin perjuicio de la comisión por transacción bancaria, accesorias legales y costas, disponiendo la obligación de comparecer del 1 al 10 de cada mes, por el plazo de 2 años, por ante la Secretaria del Tribunal Oral de Mendoza que por turno corresponda, y las reglas prescriptas por el art. 27 bis inc. 1, 3 y 6 C.P., y no cometer nuevos delitos.- SEGUNDO: Ordenar la realización de un estudio médico integral por ante las instituciones públicas que correspondieren, a efectos de determinar si el condenado ha superado su problema de adicción, disponiendo en caso de ser necesario, la realización de un tratamiento curativo; a tal efecto líbrese exhorto al Tribunal Oral Federal de Mendoza que por turno corresponda. TERCERO: PROCEDER al DECOMISO de los elementos secuestrados detallados en el Certificado de Efectos de fs. 136 y DESTRUCCIÓN del material estupefaciente secuestrado, como de los demás elementos utilizados para la comisión del delito que aquí se juzga, todo ello conforme lo normado en los artículos 23 del Código Penal; 523 del C.P.P.N. y 30 de la ley 23.737, quedando diferida para su oportunidad la quema de los mismo y/o destrucción, y la devolución de los elementos en cuanto fuere pertinente.- CUARTO: Diferir la regulación de honorarios del letrado interviniente para su oportunidad.- QUINTO: REGISTRESE, HAGASE SABER Y OPORTUNAMENTE ARCHIVESE.- JUAN CARLOS REYNAGA
JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE Ante mi: ANA MARIA BUSLEIMAN SECRETARIA DE CAMARA
024474E