

## Tenencia De Estupefacientes Simple Prueba Indiciaria Sentencia Condenatoria Declaracion Del Imputado

### JURISPRUDENCIA

Tenencia de estupefacientes simple. Prueba indiciaria. Sentencia

condenatoria. Declaración del imputado Se confirma la sentencia que condenó al imputado como autor material y penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes simple (previsto y reprimido por el artículo 14 -primer párrafo- de la ley 23.737). Luego de valorarse las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desarrolló la investigación, la cantidad de sustancias secuestradas y la propia declaración del incoado, se condujo a negar que la mencionada tenencia tuviera un indubitable fin de consumo personal.

Salta, 01 de octubre de 2018. Y VISTO Estos Autos caratulados: ?C., R. A. POR TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES EN PERJUICIO DE SALUD PÚBLICA - RECURSO DE CASACIÓN CON PRESO?, Causa N° 22308/17 del Juzgado de Garantías de 1era Nominación del Distrito Judicial del Sur -Circunscripción Metán-, causa N° JUI 22308/17 de la Sala II del Tribunal de Impugnación y, CONSIDERANDO El Dr. Edgardo F. Albarracín dijo: 1) Que a fs. 155/156 vta. el Dr. Juan Manuel Salinas, Defensor Oficial de Joaquín V. González, a cargo de la defensa de R. A. C., interpone recurso de casación contra la sentencia del Juzgado de Garantías de 1era Nominación del Distrito Judicial del Sur -Circunscripción Metán-, glosada a fs. 120, cuyos fundamentos rolan a fs. 131/136, mediante la cual se condena al nombrado como autor material y penalmente responsable del delito de ?Tenencia de estupefacientes simple?, previsto y reprimido por el art. 14 primer párrafo de la ley 23737, se lo declara reincidente y se decide aplicarle la pena de dos años de prisión efectiva. Que el impugnante considera que la sentencia atacada adolece de vicios esenciales vinculados a la reconstrucción de los hechos y a la selección y valoración de la prueba, solicitando se dicte en su reemplazo la absolución por el art. 539 y cctes del C.P.P. En primer lugar se agravia que R. A. C. fue acusado por el delito de ?Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización? y finalmente condenado por el tipo de ?Tenencia simple de estupefacientes?. Estima que si el juez concluyó en sus fundamentos que no se avizoraban elementos para condenarlo por la primera figura, debió absolverlo. En su reemplazo dictó condena por ?Tenencia simple?, al entender que no se evidenciaba de manera contundente que lo fuera para consumo personal, lo que el recurrente estima erróneo. Trae a colación que hizo reserva del recurso de casación por su planteo en el debate ante la ausencia en el juicio del Oficial Ferreira, quien fuera el que realizó el procedimiento policial en el que se basa la condena, lo que le impidió a esa defensa hacer las preguntas necesarias a los fines de corroborar los extremos de la imputación, siendo que su informe por sí solo no es suficiente para dictar un auto condenatorio, sobre todo porque la investigación presenta varias fallas. A ello, agrega, tampoco lo salva la sola comparencia del Oficial Subayudante Luis Carlos Sarapura al debate, ya que su participación no guarda relación con el secuestro positivo de estupefacientes desde la ?supuesta? casa de su defendido. Por todo ello, concluye que la resolución en crisis se fundamenta en meras presunciones presentadas por el órgano acusador y, habiéndose negado terminantemente el imputado de los hechos que se le reprochan, solicita que se le imponga sentencia absolutoria. 2) A fs. 191/193 contesta el traslado el Sr. Fiscal de Impugnación, Dr. Guillermo Akemeier, pronunciándose, al igual que el Fiscal de Joaquín V. González, por el rechazo del recurso de casación interpuesto. Apunta que no se observa que el Juez Sentenciante hubiere efectuado una apreciación desatinada e irracional de las probanzas del juicio, como tampoco llegado a conclusiones contradictorias. Estima que los argumentos defensivos sólo corresponden a una discrepancia personal que no habilita el reexamen del cuadro probatorio y de su análisis jurisdiccional. Destaca que la tenencia de estupefacientes tiene tres tipos: el básico, el agravado por revestir fines de comercialización y uno atenuante, cuando es para consumo personal. Acreditada alguna de las dos finalidades la figura básica queda desplazada y a partir de allí puede responderse al reclamo de la defensa del cambio de calificación por parte del Fiscal en el acto acusatorio, explicando que en realidad el Juzgador simplemente pasó de la figura más grave a la residual. En este sentido concluye que se encuentra probado que el acusado poseía la sustancia estupefacientes en su poder, acreditándose las circunstancias aptas para tener configurado el riesgo potencial que cruza la esfera de intimidad y habilita la punición de la tenencia conforme el art. 14 primer párrafo de la ley 23737. 3) Por su parte, la Dra. María Inés Diez, Defensora General de la Provincia, emite informe a fa. 195/199 vta. en el cual manifiesta su total coincidencia con los argumentos del Defensor Oficial de Joaquín V. González, del Distrito Judicial del Sur. Ratifica que, efectivamente en autos no pudo probarse la finalidad de la comercialización de estupefacientes por parte de C. y, al contrario, se demostró que las cantidades secuestradas en su poder son propias de un consumo personal. Reseña que en este tipo de casos, en donde quedan dudas sobre la finalidad, debe estarse a la figura más beneficiosa para el reo y no la residual, conforme el criterio que sentara la Corte de Justicia de la Nación en el fallo ?Vega Jiménez?. Por lo tanto y, ante la falta de certeza, corresponde se considere que la tenencia lo fue para consumo personal, debiendo aplicarse correctamente el principio del ?in dubio pro reo? y la doctrina del

fallo "Arriola" del citado Alto Tribunal Federal, ya que el consumo, al hallarse la sustancia dentro del dormitorio de C. en el domicilio donde reside con sus padres, conforme el principio de lesividad, no excedió la esfera privada, y carecía de un peligro concreto a derechos o bienes de terceros.

4) Otorgada la correspondiente intervención a todas las partes y habiendo sido concedido el recurso por el Tribunal A-quo (v. fs. 171 y vta.), en tanto se encuentran cumplidos los recaudos formales a los que la ley supedita su admisibilidad, la vía recursiva se encuentra legalmente instada, por lo tanto, habilita a esta Sala a pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones planteadas.

5) Que en autos, la plataforma fáctica fijada en la sentencia circunscribe el hecho, según el cual y merced a una denuncia anónima de la madre de un joven que es adicto, que viven en la localidad antañona de Apolinario Saravia, la División Drogas Peligrosas de la Provincia de Salta comenzó a investigar a un tal "Cortito", quien resultó llamarse R. A. C.. Luego de una serie de diligencias realizadas y tras un allanamiento, desde la vivienda en la que el investigado reside junto a sus padres, y en parte gracias a una entrega voluntaria, se secuestró picadura de marihuana (4,6 gramos) y cuatro envoltorios plásticos conteniendo una sustancia blanca que resultó ser clorhidrato de cocaína (0,9 gramos). Conforme puede observarse de las constancias de la causa el Juez de Garantías de 1ª Nominación de la ciudad de San José de Metán tuvo por acreditado el hecho por el que fue juzgado R. A. C., encontrándolo autor penalmente responsable del delito de "Tenencia simple de estupefacientes" en perjuicio de la Salud Pública, previsto en el art. 14 primer párrafo de la ley nacional 23.737, lo declaró reincidente y lo condenó a la pena de dos (2) años de prisión de ejecución efectiva.

Para llegar a esa conclusión, el Juez destacó que ambas sustancias estupefacientes fueron encontradas dentro del domicilio del imputado, lo que permite inferir que era de su propiedad, pero que no se evidencia de manera contundente que lo fuera para consumo personal, tal como lo aseverara el fiscal en sus alegatos, y lo manifestara el imputado durante el juicio al relatar que compraba la sustancia para fumar con sus amigos cuando les arreglaba las motos. Esa calidad de consumidor consuetudinario sin límite a pesar de las condenas anteriores que registra por el mismo delito, y una serie de circunstancias lo llevan a sostener que C., a pesar de lo escaso de las cantidades halladas en su poder, no se constrictó a un uso privado de las sustancias sino que lo hizo en la vía pública y en presencia de terceros. Ello, concluye, se desprende de una serie de indicios como el momento de la detención, el secuestro, el lugar, sus condiciones personales y conforme a lo manifestado en su propia declaración mencionada "ut supra".

6) Que conforme a la reseña realizada líneas arriba, los agravios formulados y ampliados sus fundamentos y la contestación realizada por el Ministerio Público Fiscal, esta instancia revisora debe determinar si la sentencia atacada es una derivación razonada del derecho vigente con fundamento en las pruebas de la causa. A este extremo se opone la defensa técnica oficial del acusado invocando en un primer momento una errada reconstrucción histórica de los hechos juzgados y una deficiente valoración probatoria, por lo que solicita se revoque la condena y se disponga su absolución. Luego se afirma que, arribándose a un estado de duda, debió encuadrarse la conducta en la figura de la "Tenencia de estupefacientes para consumo personal" (art.14 primer párrafo de la ley 23.737), correspondiendo se lo absuelva pero por aplicación de la doctrina "Arriola" de la Corte de Justicia de la Nación.

7) Como primer agravio invalida el defensor las conclusiones del juez al estar basadas en actuaciones policiales que no han sido ratificadas en el debate por el oficial Ferreira a cargo del procedimiento, quien no pudo ser citado a declarar. Sin embargo, ello no priva de valor alguno a la principal prueba, cual es el acta misma de secuestro de las sustancias que fue cumplimentada con todos los recaudos formales legales.

El art. 189 del C.P.P. (texto según ley 7690 y modificatorias) dispone, como regla general, que cuando el funcionario público que intervenga en un procedimiento deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia deberá hacerse asistir por dos testigos que en ningún caso podrán pertenecer a la repartición cuando se traten de actas que acrediten actos irreproducibles y definitivos. Conforme a ello, la norma regula específicamente que en la registración del acto cumplido por un funcionario público policial, para que estos denoten validez probatoria de autenticidad e inalterabilidad sobre las cuales puedan fundarse luego una sentencia condenatoria (art. 255 del C.P.P.), deben materializarse con la asistencia de dos testigos, complementándose esta disposición con la regulación del art. 192 de rito cuando reza que "el acta será nula si falta la firma de testigos de actuación" (plural).

Determinada la regularidad del acta que obra a fs. 13/15, el dato del hallazgo de los estupefacientes en poder y a disposición del imputado resulta determinante a los fines de comprobar el hecho de la "Tenencia" en los términos de la ley 23737, y en nada afecta su validez y valor convictivo la falta de ratificación aducida y menos aún cuando nunca la misma fue cuestionada. A todo evento, cabe resaltar que el señorío sobre la posesión de la sustancia prohibida es reconocida de forma parcial por R. A. C. en el debate respecto de la picadura de marihuana, aduciendo ser consumidor consuetudinario, lo que lleva a la defensa a modificar su estrategia al momento de ampliar los fundamentos de los agravios.

8) Asimismo en nada afecta el principio de congruencia, por ende la validez de la sentencia y el cambio de calificación de los hechos, dado que el mismo operó a partir del Requerimiento Fiscal de Juicio en proceso Sumarísimo (ver fs. 80/84), por lo que bajo ningún aspecto el imputado y su representante se encontraron en situación alguna de indefensión frente una acusación inalterada a lo largo del debate y que resultó presupuesto formal de la sentencia condenatoria. Por lo demás la identidad "ontológica" del hecho atribuido: la tenencia de estupefacientes, se mantuvo intacta durante todo el proceso sin que experimentara ninguna alteración significativa en su esencia, al

no existir una modificación radical en el encuadre adoptado, más allá de la necesidad de determinar el fin que revestía tal señorío sobre las sustancias. 9) Acreditado y reconocido por el imputado que estaba en posesión de estupefacientes, la condena por el delito previsto en el art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737 debe confirmarse, pues, si bien la defensa pretende que la conducta sea encuadrada en el párrafo segundo de aquella norma y eventualmente se aplique el fallo ?Arriola? de la CSJN, se han reunido una serie de indicios que impiden sostener que aquélla estuviera destinada inequívocamente al consumo personal, como requiere el propio texto legal. Se ha sostenido que: ?...En nuestro sistema procesal rigen el principio de libertad probatoria y el método de la sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimasen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directivas o tasación alguna. En consecuencia le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de aquellos elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad...? (CJS, Tomo 119:269, entre otros). Enfatizando el valor de ciertos indicadores nuestra Corte de Justicia ha dejado sentado que: ?...es plenamente válido reconstruir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, pues, en el método de la libre convicción, no puede negarse que los jueces se basen únicamente en prueba indiciaria para obtener una decisión que exija certeza, siendo extremo el rigor empírico al que tal decisión se somete...? (CJS, Tomo 122:669; 136:179, 189:553, entre otros). Asimismo, recalcando la necesidad de una valoración integradora de todo el material probatorio adquirido, este mismo órgano jurisdiccional señaló que: ?...se encuentra fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de prueba indirecta en tanto esta sea unívoca. Dicho de otro modo, tal estado conviccional podrá sostenerse incluso, mediando solamente prueba indiciaria, en la medida en que las conclusiones deriven necesariamente de ella y su valoración en conjunto; lo que ocurrirá cuando los elementos indirectos de convicción permitan realizar únicamente tales inferencias y no otras...? (CJS, 115:507; 163:257; 187:97, entre otros). En efecto, tal como lo sostuvo el Juez Sentenciante, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desarrolló la investigación, la cantidad de sustancias secuestradas y la propia declaración del incoado, quien en un marco de pleno respeto de sus garantías constitucionales reconoció que suele mandar a comprar la marihuana a los amigos que llevan las motos a arreglar a su improvisado taller (fs. 114 vta.), conducen a negar que la mencionada tenencia tuviera un indubitable fin de Prueb personal, habiéndose configurado situaciones representativas de riesgo a la salud pública, por lo que resulta correcta la adecuación típica en un delito de peligro abstracto, como el que contempla el primer párrafo del art. 14 de la ley 27.737 (Tenencia simple). 10) Como corolario de la revisión desarrollada, se confirma que la estructura racional del fallo se sostiene en una correcta valoración de las probanzas ingresadas al plenario, actividad que le permitió al sentenciante acceder al estado de certeza positivo necesario para condenar, no pudiendo ser la solución otra distinta, atento al principio lógico de ?razón suficiente?, por lo que cabe desestimar el remedio recursivo intentado en lo que a la condena se refiere. 11) Sin embargo, corresponde introducir un asunto concerniente a la reformatio in peius (art. 529 C.P.P.), ausente en los agravios, habida cuenta que permite mejorar la situación procesal del condenado. Ello atañe a la declaración de reincidencia ya que la misma fue dispuesta en el sub júdece en vulneración del principio que actualmente gobierna el instituto, cual es la reincidencia real (art. 50 del C.P.). Ésta, a diferencia de la reincidencia ficta que atiende sólo a la condena impuesta, presupone el encierro efectivo cumpliendo una porción de la condena y que el condenado haya experimentado la pérdida de la libertad que supone el cumplimiento de una pena de prisión efectiva. Tal cosa no tuvo lugar, dado que ambas condenas que registra R. A. C. fueron de ejecución condicional, conforme se desprende del informe de reincidencia de fs. 75 y el informe de Secretaría del Tribunal de fs. 98, en conjunción con la planilla prontuarial de fs. 52. Ello constituye un impedimento para declarar al condenado reincidente, por lo que debe revocarse el punto II de la sentencia de fs. 120. Finalmente, cabe recordar que la ley 22117 dispone que antes de dictar resoluciones en las cuales deban tenerse en cuenta los antecedentes del causante, es obligación solicitar el informe respectivo al Registro creado por ley 11752, por lo que llama la atención que al momento del debate y de la sentencia no se hubieran actualizado los informes del Registro Nacional de Reincidencia, sobre todo en virtud de la irregularidad puesta en conocimiento a fs. 98. Así voto. El Dr. Guillermo Adriano Polliotto dijo: Que se adhiere al voto del Vocal preopinante por sus fundamentos y conclusiones. En mérito a ello y el acuerdo que antecede, LA SALA II DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN, RESUELVE: I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 155/156 vta. por la Defensa Técnica y, en su mérito: a) CONFIRMAR la sentencia condenatoria dictada a fs. 120, cuyos fundamentos fueron expuestos a fs. 131/136, y b) REVOCAR la declaración de Reincidencia de R. A. C., dispuesta en el punto II en dicha resolución (art. 50 del C.P. y 529 del C.P.P.). II) REGÍSTRESE, PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE y bajen, oportunamente, los autos al Tribunal de origen. f.v. Ante mí: Correlaciones: Ley 23737 - BO: 11/10/1989 032673E >