

Poder Judicial de la Nación

Mar del Plata, 23 de Mayo de 2013.

VISTO:

Para resolver el expediente caratulado "INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS 421", registrado bajo el N° 7089 de la Secretaría Penal de esta Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata;

Y CONSIDERANDO:

l) Que arriban los autos a consideración de este tribunal en virtud del recurso incoado a fs. 178/184 y vta. por la Dra. Natalia Eloísa Castro, Defensora Pública Oficial, contra la resolución de fs. 163/170, mediante la cual se dispuso el procesamiento de Leandro Ariel Palas y Yanina Paola Lugo, por hallárselos *prima facie* coautores del delito previsto en el artículo 5 inciso A y 14 primera parte de la ley 23.737, en concurso real.

Como motivo de agravio la Defensa Oficial expuso que los elementos de convicción obrantes en autos no alcanzan para demostrar la materialidad, la participación y la calificación legal imputada.

Las escasas pruebas que se han producido se han valorado en contra de los imputados, pues si bien se habría hallado material estupefaciente, los elementos resultan insuficientes para endilgar los presupuestos objetivos y subjetivos que requiere la figura legal reprochada sin poder comprobar su autoría y responsabilidad.

Señala por otro lado que las tareas de inteligencia (filmaciones y fotografías, entre otras) no logran sustentar la finalidad que prohíbe el artículo 5 inciso a. El personal policial hizo mención a meras sospechas genéricas, simples conjeturas sin respaldo en datos objetivos.

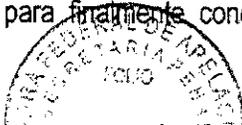
En este sentido cuestiona los dichos policiales en orden a su credibilidad, dado que se mencionan en el auto apelado las testimoniales de aquellos funcionarios que habían intervenido en las tareas de inteligencia. El rol que aquellos cumplen implica necesariamente una toma de posición, por lo cual, su aptitud debería tomarse con suma prevención.

Respecto de este punto concluye (describiendo varios ejemplos) que la producción de las tareas de inteligencia previas fueron ineficaces e improductivas para justificar la comercialización de estupefacientes.

Como un punto de agravio distinto objeta las premisas utilizadas en la pericia obrante a fs. 126/128. Por un lado, refiere que las siete plantas secuestradas no presentan el mismo grado de desarrollo y por otro, que a los fines de evaluar la cantidad de estupefaciente no puede tenerse en cuenta la totalidad de las plantas sino aquel material que sea apto para consumir (v.gr. cogollos).

Por ello, debería evaluarse cuántas de esas siete plantas resultaban femeninas y con posterioridad, descartar aquellas que no posean el grado de madurez necesaria para producir cañamones o cogollos. Como etapa final, los expertos debería extraer los frutos en cuestión y someterlos a la prueba de secado, para finalmente concluir cuál es el peso de la sustancia estupefaciente.

USO OFICIAL



Concluye que el dictamen cuestionado contiene una grave e inusitada cantidad de errores de tipo lógico que lo invalida como acto procesal, por lo que solicita se desestime como una prueba válida para acreditar los hechos imputados.

Por otra parte señala que la valoración que se ha realizado de la "confesión" de sus asistidos, en relación a ser autores del ilícito y dueños del material secuestrado en su domicilio, es violatoria de los artículos 18 de la CN, 8 inciso 2. G de la CADH y 14 inciso 3.G del PIDCyP.

Manifiesta a su vez que no se encuentran configurados los elementos propios de la figura establecida en el artículo 5 inciso a de la ley 23.737, en tanto no existen constancias para aseverar que la tenencia que se investiga estuviera destinada al tráfico ilícito.

La cantidad de droga secuestrada y las demás circunstancias de autos (la declaración de los imputados por ejemplo) resultan elementos suficientes para generar, al menos, una presunción en cuanto a que su destino era para consumo personal.

Dicha finalidad ha sido descartada por el Juez de Grado mediante una valoración negativa de las constancias del expediente, vulnerando así el principio de inocencia.

Por los argumentos antes referidos la defensa considera que no se ha verificado que la conducta desplegada afecte el bien jurídico que la norma tutela (salud pública), correspondiendo que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5 inciso a anteúltimo párrafo de la ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes y en consecuencia, se sobresea a Yanina Lugo y Leandro Palas. Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su postura (v. gr. CSJN, "Arriola", 25/8/2009; CNACCF, Sala I, "B. R. R.", 3/6/2008).

Para finalizar, se agravia respecto del dictado de la prisión preventiva y en relación al embargo por considerarlo injustificado y desproporcionado.

Arribados los autos a este Tribunal, se presenta el Ministerio Público Fiscal (ver fs. 197/198) y adhiere en forma parcial al recurso de la defensa.

Cumplido con el trámite previsto en los arts. 454 y 455 del CPPN, quedan estos autos en condiciones de ser resueltos.

II) Teniendo presente los hechos que motivaron la intervención de esta Alzada, el marco situacional planteado y las bases en que el juez de grado ha fundado su temperamento, este tribunal se encuentra en condiciones de adelantar que la resolución de mérito debe ser revocada.

En primer lugar, conviene resaltar que no se encuentran discutidos ciertos elementos del caso, es decir, se ha comprobado con el grado de probabilidad que requiere esta etapa procesal que Leandro Palas y Yanina Lugo tenían en su domicilio siete plantas de *cannabis sativa* (con un peso total de 11.460 gramos), junto con restos y picadura de marihuana y seis semillas de la misma sustancia.

La cuestión central planteada en el recurso de apelación radica en analizar si la conducta imputada a los nombrados puede subsumirse en el tipo penal establecido en el artículo 5 inciso a de la ley 23.737. En otras palabras, se plantea aquí si el cultivo de plantas para producir estupefacientes constituyó el primer paso de una cadena de comercialización o si por el contrario, esa producción estaba destinada al consumo personal.

REGISTRO N° 10465 T L U F 107

Poder Judicial de la Nación

Como lo ha señalado la defensa, para que resulte aplicable la calificación legal que el Juez de Grado asignó al hecho, debe acreditarse un elemento subjetivo específico. El elemento de intención trascendente requerido por la norma analizada se concreta cuando el cultivo estuviere destinado al comercio, aun cuando no se compruebe su efectiva comercialización.

En este orden, para que se configure el tipo penal, *"debe suponerse una finalidad de comercio en el cultivo, siembra o guarda, o que estos comportamientos sean parte de un tramo de la cadena de comercialización de estupefacientes..."* (in re *"Dirección de Investigaciones de Alta Complejidad y Narcotráfico s/ solicita allanamiento"*, REGISTRO 2305, 02/03/1999; en el mismo sentido CFAMDP, *"Perez, Diego s/ inf. ley 23.737"*; REGISTRO 1539, 22/04/1999).

Si bien este criterio ha sido adoptado por numerosos tribunales del país (CFALP, *"Martínez, Enrique E. y Otro"*, 25/06/93; CFASM, *Medina, Luciano Sebastián*, del 03/07/2008, REGISTRO 7540, SECCIÓN PENAL I y *"Ressia Claudio Daniel s/ inf. ley 23.737"*, REGISTRO 2604, del 04/05/200), no ha sido unánime el criterio seguido por la Cámara Nacional de Casación Penal. Adherimos en este tópico a la postura desarrollada por la Dra. Ángela Ledesma quien sostiene que *"la siembra, cultivo o guarda tipificadas en la citada norma deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que tales conductas contribuyan a la cadena de tráfico de estupefacientes"* (CNCP, Sala III, *"Mansilla, Soledad del Milagro"*, 17/06/2008; en igual sentido, ver voto en disidencia parcial de la Dra. Ledesma, CNCP, *"Rosito, Leonardo Daniel s/recurso de casación"*, 08/02/2007).

A su vez, existen dos argumentos centrales para defender esta característica subjetiva: primero, la escala penal que se ha establecido para el delito en estudio (que de no entenderse preordenado al comercio vulneraría el principio de proporcionalidad de la pena) y, segundo, la distinción que ha introducido la ley 24.424 para aquellos casos en que la conducta (siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes) fuere para consumo personal.

Coincidimos entonces con los argumentos desarrollados por la Defensa Oficial en cuanto a los requisitos típicos de la norma analizada. Veamos ahora cuáles han sido los agravios que ha sostenido sobre la valoración de los elementos que configuran la plataforma fáctica del caso.

Los argumentos que ha desarrollado la Defensa Oficial para sostener su postura son: la insuficiencia de las actuaciones prevencionales en orden a determinar el elemento subjetivo del tipo, los errores de la pericia química (indicador de la cantidad de estupefaciente secuestrado y de su potencialidad para el armado de cigarrillos de marihuana), la ausencia de evaluaciones médicas que permitan descartar el consumo personal y la errónea valoración que el *a quo* habría realizado de las declaraciones de Palas y Lugo, manifestaciones que confirmarían que el destino del estupefaciente secuestrado habría sido el consumo.

En primer lugar, de la lectura del expediente surge que los resultados de las actividades prevencionales permitieron elaborar una hipótesis incipiente que motivó el libramiento de una orden de allanamiento. Sin embargo, por su carácter precario no pueden sin más constituir los elementos suficientes que establece el artículo 306 del CPPN para el dictado del auto de procesamiento. A tales efectos, resultan insuficientes sino pueden complementarse con otros indicios que confirmen la hipótesis acusatoria.

USO OFICIAL



En este orden, realizada la diligencia que produjo el secuestro de las plantas y el material estupefacientes no se menciona en el acta ninguna circunstancia que permita inferir que el cultivo estuviera destinado al comercio. No se han encontrada balanzas, ni movimientos compatibles con la actividad comercial, ni tampoco herramientas de embalado o prensado, ni dinero de baja denominación.

Por otra parte, los testigos del allanamiento realizado solo han declarado en sede policial, circunstancia que no puede ser obviada pues se trata de un modelo mecanografiado al que el testigo adhiere firmando al pie del documento (lo que otorga validez a su actuación pero un escaso valor probatorio). Tal como lo ha expresado el Ministerio Público Fiscal, sería conveniente a los fines de la investigación su realización en sede judicial.

En relación a la pericia química glosada a fs. 129/131, coincidimos con la crítica realizada por la Defensa Oficial. De su lectura se desprende que se ha tomado como material para computar las dosis umbrales y la cantidad de cigarrillos que potencialmente podrían haberse producido, la totalidad del material secuestrado, es decir, se ha considerado para el pesaje final las plantas como un todo (según acta de fs. 103 y 104) y no aquellos elementos que producen la actividad psicotóxica (alucinógena) de dicho vegetal.

Este proceder resulta desacertado. Si se tiene en consideración que no toda la planta de cannabis es apta para producir efectos alucinógenos y distorsiones sensoriales sino solo alguna de sus partes (Ejemplo: cogollos) la conclusión a la que se arriba en la pericia resulta por lo menos equívoca y genera dudas al momento de resolver.

Tomando como base el dictamen pericial, el Juez de Grado sostuvo que *"si 100 grs de Marihuana contienen como mínimo 1 gr de THC, los 11.456,63 grs recibidos contendrán 40,6283 grs de THC, o sea, 40.628.300 microgramos, resultando 11.604 dosis umbrales para una persona de 70 kilos, pudiéndose preparar 8.130 cigarrillos, resultando ello, harto elocuente"*.

La premisa referida es consecuencia de un error argumentativo material, pues si bien el razonamiento no posee defectos lógicos (se trata de una operación matemática), se parte de una premisa que resulta falsa, esto es, que el peso del estupefaciente era de 11.456,63 gramos (peso total de las plantas). Una resolución judicial que se motiva en premisas falsas, aun cuando el argumento no posea defectos lógicos (siempre recordando que la lógica como disciplina se encarga de la corrección formal -validez- de los razonamientos) resulta inaceptable.

Deberá disponerse en consecuencia la rectificación de la pericia en el ítem que refiere a la cantidad de cigarrillos que podrían haberse elaborado con el material secuestrado, debiendo tomar como punto de partida el peso de aquellas partes de la planta de *cannabis* que sean aptas para producir un efecto alucinógeno y no su totalidad.

En la misma línea argumental, la ausencia aun de los informes médicos solicitados por la Defensa Oficial (análisis psicofísico a cargo del Centro Preventivo de Adicciones de esta ciudad), impide la valoración de un elemento más (negativo o positivo) en miras a determinar si la producción del estupefaciente se dirigía al consumo personal.

Las diligencias producidas desde el inicio de este proceso penal no han permitido corroborar ni siquiera en forma precaria que el cultivo realizado por Palas y Lugo estuviera destinado

Poder Judicial de la Nación

al tráfico. Hasta el momento no existen datos que sean indicadores del comercio de estupefacientes, por ello la investigación deberá continuar en este sentido.

El estado de duda que se ha establecido sobre los elementos referidos (conforme artículo 309 CPPN) justifica la revocación del procesamiento en orden al delito cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes.

En conclusión, consideramos que la resolución apelada debe revocarse, declarando la falta de mérito tanto para procesar como para sobreseer a Lugo y Palas por el hecho que les fuera imputado.

Sin perjuicio de lo expuesto, la pretensión de la Defensa Oficial en cuanto al sobreseimiento por aplicación del penúltimo párrafo del artículo 5 de la ley 23.737 (siembra y cultivo para consumo personal) resulta prematura en tanto coincidimos con el Juez de Grado en la ausencia de elementos que permitan confirmar en forma inequívoca que el material secuestrado estuviera destinado a obtener estupefacientes para consumo personal (*cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente esa finalidad*). A estos fines serán determinantes los resultados de los exámenes psicofísicos que la Defensa ha solicitado.

No se ha podido comprobar aun cuál ha sido la finalidad del cultivo. Por ello, argumentar que se dirigía al consumo personal a través de la hermenéutica de algunos principios constitucionales (*favor rei, indubio pro reo*) sin tener en cuenta que la investigación no ha concluido y que todavía existen diligencias probatorias que no se han efectivizado sería errado.

Los argumentos desarrollados hasta aquí producen un efecto directo sobre la medida cautelar dictada por el Juez de Grado. A ello debe agregarse que el Ministerio Público Fiscal adhirió en forma parcial al recurso de la Defensa Oficial señalando la inexistencia de peligros procesales que ameriten la continuidad de la prisión preventiva.

En este orden, el Fiscal de Cámara señaló que *"cabe prestar atención al estado de las actuaciones, donde no se advierte que los imputados puedan obstaculizar ya el avance de la investigación, como así tampoco que vayan a eludir el accionar de la justicia, sumado a la ausencia de antecedentes penales. El a quo no brinda fundamentos para sostener lo contrario"*.

Por las razones desarrolladas a lo largo del resolutorio, conforme lo peticionado por la Defensa Oficial y el Ministerio Público Fiscal, deberá disponerse la inmediata libertad de Leandro Ariel Palas y Yanina Paola Lugo (conforme arts. 309 CPPN).

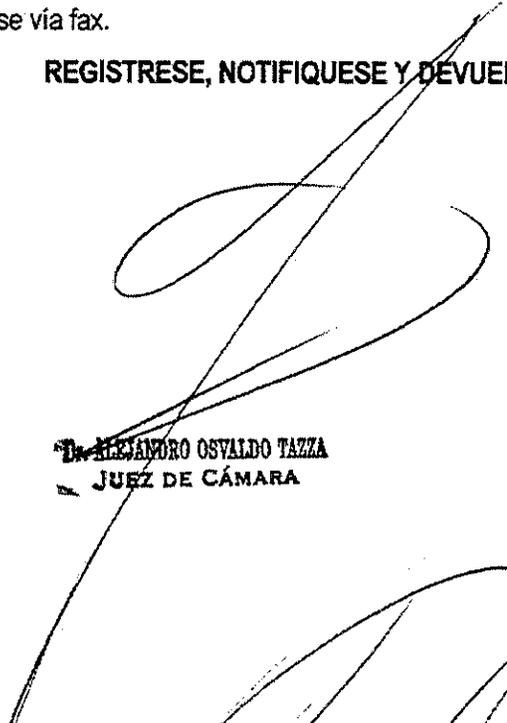
Por los fundamentos expuestos, este TRIBUNAL RESUELVE:

I) **REVOCAR** el auto de fs. 249/53 que ordena el procesamiento con prisión preventiva de Leandro Ariel Palas y Yanina Paola Lugo por considerarlos *prima facie* autores penalmente responsable del delito de siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes en concurso real con el delito de tenencia de sustancia estupefaciente (arts. 5 inciso "a", 14 primera parte de la Ley 23.737 y 55 del CP).

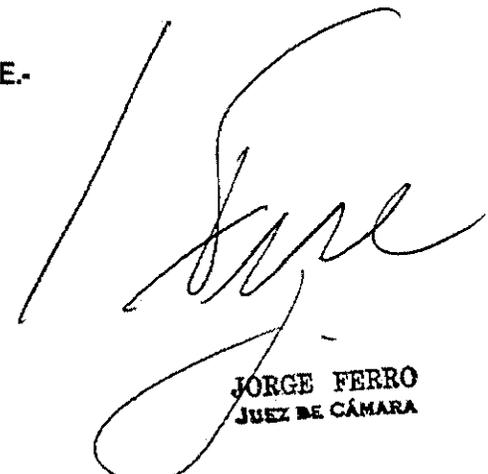
II) **DECLARAR LA FALTA DE MÉRITO** para procesar o sobreseer a los nombrados respecto del delito por el cual fueran indagados, y en consecuencia, ordenar su **INMEDIATA LIBERTAD**, la que hará efectiva el Juez de Grado, previa constitución de domicilio, siempre que no

medie orden restrictiva de libertad emanada de autoridad competente y/o comparendos pendientes, impedimento, citación u orden emanada de autoridad competente en contrario, sin perjuicio, conforme lo sostenido en la presente, de la continuidad de la investigación y la calificación que en definitiva pudiera corresponder. Librese oficio por Secretaría con copia certificada de la presente y adelántese vía fax.

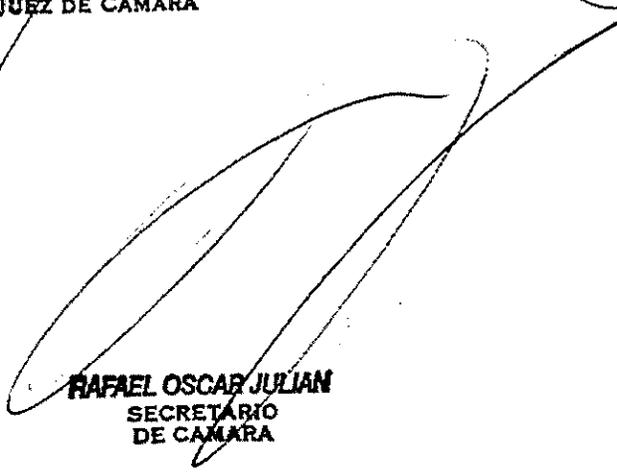
REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.-



ALEJANDRO OSVALDO TAZZA
JUEZ DE CÁMARA

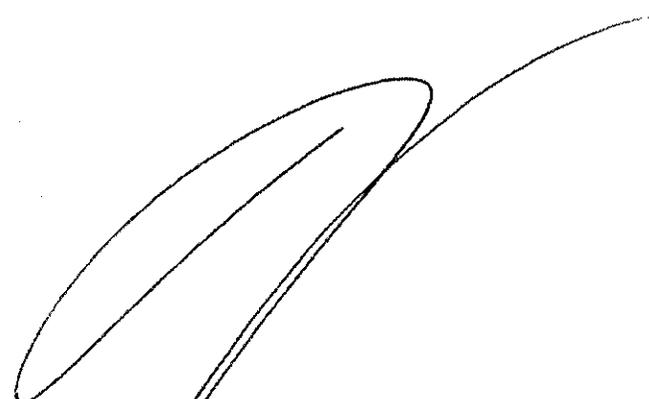


JORGE FERRO
JUEZ DE CÁMARA



RAFAEL OSCAR JULIAN
SECRETARIO
DE CÁMARA

Se deja constancia que la vocalía del Tribunal se encuentra vacante. (Art. 109 R.J.N.)



RAFAEL OSCAR JULIAN
SECRETARIO
DE CÁMARA