

Citar Lexis N° 70052422

C. Nac.  
Tribunal: Casación  
Penal, sala  
3ª  
Fecha: 17/09/2008  
Partes: Barreto,  
Sergio O.

ESTUPEFACIENTES – Acciones típicas – Tráfico en general – Siembra, cultivo o guarda – Finalidad de consumo personal – Atipicidad

---

Expediente: 9.347

Buenos Aires, septiembre 17 de 2008.

Reg. n.: 1211/2008

En la Ciudad de Buenos Aires, a 17/9/2008, reunidos los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala 3ª, Dres. Ángela E. Ledesma, Guillermo J. Tragant y Eduardo R. Riggi, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n. 9.347 caratulada "Barreto, Sergio O. s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Raúl O. Pleé y de la defensora pública oficial, Dra. Laura B. Pollastri.–

Efectuado el sorteo para que los Srs. jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: Tragant, Riggi, Ledesma.–

El Dr. Tragant dijo:

Primero:

Que llega el expediente a conocimiento de esta sala en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 154/162 vta. por la defensora pública oficial, Dra. Julieta Elizalde, contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos, obrante a fs. 148/153 que declaró a Sergio O. Barreto autor responsable del delito de cultivo de plantas estupefacientes para consumo personal, (art. 5 , última parte, ley 23737), dejando en suspenso la aplicación de la pena de un mes de prisión e imponiendo la medida de seguridad educativa prevista en el art. 21 , ley 23737, debiendo asistir a una de las instituciones de la jurisdicción del tribunal donde se realizan tratamientos educativos, en el modo y por el tiempo que se determine como necesario para la rehabilitación del nombrado, con costas.–

El a quo concedió la impugnación a fs. 163 y fue mantenida a fs. 171.–

Puestos los autos en secretaría por diez días, a los efectos de los arts. 465 , parte 1ª y 466 , ordenamiento ritual, se presentó a fs. 173/176 la defensora pública oficial solicitando la concesión del recurso de casación.–

Finalmente, habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 468 , código de forma, según constancia actuarial de fs. 181 el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.–

Segundo:

La asistencia técnica insiste en el planteo referido a la atipicidad de la conducta atribuida a Barreto, ya que las plantas de *cannabis sativa* las utilizaba para uso medicinal, como te digestivo o en infusiones, razón por la cual, refiere, en el debate liminarmente se interesó en solicitar su absolución.–

Indica que la fundamentación dada por el tribunal para desestimar el pedido resulta insuficiente, "...toda vez que la suscripta entiende que se reconoce expresamente la falta de prueba de la patología del Sr. Barreto y en tal sentido se deberá advertir que dicha falencia debe considerarse a favor de mi defendido, y no en su contra, es decir que mal puede atribuirse calidad de autor una conducta porque la misma no ha sido probada por el supuesto responsable, ya que es en cabeza del Ministerio Público Fiscal en quien radica la carga probatoria." .–

También reitera el planteo de invalidez constitucional del art. 5, inc. c , ley 23737, argumentando que la planta secuestrada se hallaba bajo la esfera de custodia del imputado, quien al efectuarse el allanamiento se encontraba en su domicilio, de modo que su accionar no perjudicaba a terceros, no habiendo afectación al bien jurídico protegido por la ley, deviniendo inútil la penalización del consumo de sustancias tóxicas, en lo que refiere a la finalidad tuitiva que motiva su castigo.–

Indica que los fundamentos del tribunal resultan contradictorios, pues por un lado expresamente se refiere que los extremos prescriptos por el art. 19 , CN. en cuanto alude a conductas que no ofendan ni perjudiquen a terceros, no se encuentran reunidos en el caso, para luego destacarse que la vegetación incautada se encontraba en el patio del domicilio dentro de la esfera de custodia de Barreto y que toda persona que ingresara podía observar su existencia.–

El recurrente requirió también la desvinculación de su asistido, por aplicación del art. 3 , ordenamiento formal, pues considera que la imputación se encuentra incompleta al faltar la acreditación de un elemento del tipo, es decir, la ultraintención que debió tener al momento de cometer el ilícito y que ese requisito no puede sin más deducirse por el hallazgo aislado de una planta de marihuana o de que el incuso haya hecho uso indebido de estupefacientes en alguna ocasión.–

En definitiva, el defensor señala que la falta de evidencias directas en relación a su ahijado procesal, habiéndose recurrido a indicios carentes de entidad y que no han sido correctamente interpretados, no alcanza para arribar a la conclusión que Barreto cultiva estupefacientes para consumo personal.–

Tercero:

Que, liminarmente es conveniente repasar los hechos tenidos por acreditados en la sentencia.–

En ese sentido, se consideró acreditado que "... de conformidad con el procedimiento efectuado por parte del personal perteneciente a la Policía de la provincia de Entre Ríos, Delegación Local, el d la 3/5/2005, siendo aproximadamente la hora doce y cincuenta minutos, en virtud de la orden de allanamiento librada por parte de la juez de instrucción de esta ciudad...sobre la finca ubicada en calle Teniente Ibáñez n. 418 donde residía el encartado, fue hallado en el patio de la finca, una planta de aproximadamente dos metros de altura con hojas color verde que poseía signos característicos a la especie *cannabis sativa*, hecho éste previsto y reprimido por el arto 5 última parte de la ley 23737.".–

El a quo entendió acreditado el suceso tanto en su faz objetiva como subjetiva, señalando que "... la planta de estupefaciente se encontraba en el ámbito de disposición y custodia del encartado, como así también, que ésta habría sido –cuanto menos– transplantada en una oportunidad...recibiendo las labores necesarias para lograr su subsistencia, ya que se le ha ido proveyendo de una superficie de tierra superior de modo que se abastezca de la mayor cantidad de nutrientes que demanda el proceso de crecimiento". –

También tuvo en cuenta que a lo largo de su defensa medió de parte de Barreto un reconocimiento "...de utilización de la planta al menos en forma medicinal, quedando demostrado de esta manera el conocimiento por parte del Sr. Barreto de que poseía sustancias de origen prohibido, manifestación que se ve reforzada por la pericia psicofísica obrante a fs. 84/85 de autos, en la cual se establece que "2) Sí ha hecho uso indebido de estupefacientes. ". –

Luego, al responder el planteo formulado por la defensa referido a la atipicidad de la conducta, se señaló que debía ser desestimado pues "... no se puede inferir que el uso que se le otorgaba al estupefaciente era medicinal por el simple comentario de vecinos, sin contar con otros elementos que reafirmen y prueben fehacientemente tal circunstancia, como un informe o certificado médico. Maxime contando en autos con una pericia psicofísica que concluye que el encartado ha hecho uso indebido de estupefacientes". –

Añadió que "...con relación al fallo citado por la defensa, de la lectura de sus considerando surge precisamente que en el mismo se ha probado el uso terapéutico de la sustancia a través del testimonio de una médica psiquiatra, y respecto de los síntomas y la patología que refirió, a través de un certificado médico, su ratificación y el informe del Cuerpo Médico Forense. –

Contrariamente, en la presente causa no se ha producido ninguna prueba en tal sentido, por lo que la situación de hecho es diferente y no se puede considerar aquél caso como antecedente válido para el presente." .–

Considero que la solución adoptada en la sentencia para descartar el pedido absolutorio, no se encuentra en sintonía con la doctrina sentada por la Corte Sup., en Fallos "Vega Giménez Claudio E. s/tenencia simple de estupefacientes ", del 27/12/2006, donde sostuvo que "...la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir "inequívocamente" de la "escasa cantidad y demás circunstancias", no puede conducir a que si "el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga" quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, tal como sostuvo el tribunal apelado". "Que semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 , CPPN.)". (causa V. 1283 XL "Vega Giménez, Claudio E. s/tenencia simple de estupefacientes " 27/12/2006).–

En igual sentido argumentó en el consid. 9 "Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado." .–

"De allí que, ante la proposición que afirmara que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, no puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza". –

En el caso, a mi ver, la pericia de fs. 85 es francamente magra para enervar un eventual consumo con fines medicinales, – "té digestivo, infusiones", según surge de fs. 68/vta.– de modo que la orfandad probatoria a la que se refirieron los jueces no puede sino resolverse de acuerdo a aquellas pautas jurisprudenciales, por lo que

corresponde des vincularlo de la imputación formulada por aplicación del principio contenido en el art. 3 del rito, tal como pretende la defensa recurrente, ya que no es posible encuadrar la conducta atribuida a Barreto en alguna de las hipótesis previstas por la ley 23737 .–

En consecuencia, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido, sin costas y absolver a Sergio O. Barreto, del delito por el que fuera acusado, circunstancia que me exime de dar trato a los restantes planteos por haber devenido abstractos (arts. 456, inc. 1 , 470 , 471 , 530 y concs., CPPN.–

Es mi voto.

El Dr. Riggi dijo:

Teniendo en cuenta la doctrina sentada por la Corte Sup. en el expte. n. V.123.XL "Vega Giménez, Claudio E. s/tenencia simple de estupefacientes ", resuelta el 27/12/2006, y descripta en lo pertinente en el voto del Dr. Guillermo J. Tragant, adherimos a su propuesta, en consecuencia, nos pronunciamos en idéntico sentido.

Tal es nuestro voto.

La Dra. Ledesma dijo:

Tal como viene sellada la suerte del recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Sergio O. Barreto, por la opinión concordante de los colegas que me preceden, sólo interesa marcar el siguiente aspecto.

Al emitir mi voto en las causas 6.470 "Sacramento, Facundo N. s/recurso de casación", rta. el 7/3/2006, reg. 127, 6.472 "Guerra, Jorge N. R. s/recurso de casación", rta. el 7/3/2006, reg. 128 y 6.475 "Grimberg, Alejo F. s/ recurso de casación", rta. el 7/3/2006, reg. 129 –todas de esta sala– se marcaron los problemas de índole constitucional que significa la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14 –párr. 2º– ley 23737), en virtud de los fundamentos allí expuestos, a los que me remito para sintetizar.

Pues entonces, dejando a salvo mi opinión sobre tal arista –en relación al fallo del Máximo Tribunal "Vega Giménez " que citan los magistrados preopinantes– coincido por lo demás, con el resto de las consideraciones y soluciones que propone el Dr. Tragant en su ponencia, a las particulares circunstancias del caso en concreto allí puntualizadas.

Así es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en el acuerdo que antecede, el tribunal, resuelve:

Hacer lugar al recurso de casación deducido, sin costas; y absolver a Sergio O. Barreto cuyas demás circunstancias personales obran en autos, del delito por el que fuera acusado (arts. 456, inc. 1 , 470 , 471 , 530 y concs., CPPN.).– Nota: Se deja constancia que el juez, Dr. Eduardo R. Riggi, participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399 in fine, CPPN.).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envió.– Angela E. Ledesma.– Guillermo J. Tragant. (Sec. de Cámara: María de las Mercedes López Alduncin)

ESTUPEFACIENTES AR\_JA004 JJTextoCompleto CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL