

Bahía Blanca, **11** de marzo de 2021.

VISTO: El presente expediente n^o. **FBB 11017/2020/1/CA1**, caratulado: “*Legajo de apelación... en autos: ‘DÍAZ, Mario Víctor p/ Infracción a la ley 23.737 (art. 5 inc. a)’*”, proveniente del Juzgado Federal de Santa Rosa, La Pampa, para resolver la apelación deducida a fs. 78/89 vta. contra el auto de procesamiento dictado a fs. 61/65 (foliatura Sistema LEX 100).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1. El señor Juez de grado decretó el procesamiento, con prisión preventiva de Mario Víctor DÍAZ, por considerarlo *prima facie* autor material penalmente responsable (art. 45 CP) del delito de cultivo de plantas para producir estupefacientes (art. 5 inc. ‘a’ de la ley 23.737), y fijó en concepto de responsabilidad civil la suma de \$100.000, disponiendo la inhibición general de sus bienes para el caso de no cumplir con el pago (art. 518 del CPPN).

2. Contra la referida decisión apeló el Defensor Oficial del imputado, y a fs. 117/122 presentó el correspondiente informe sustitutivo de la audiencia prevista en el art. 454 CPPN (ley 26.374 y Acs. CFABB n^{os}. 72/08, 47/09 y 8/16), oportunidad en la que complementó sus fundamentos.

En síntesis, la defensa objetó la calificación legal discernida, pues, sostuvo que no obran elementos que permitan inferir la especial finalidad de comercialización que exige el tipo penal que se le imputa, y en consecuencia propició la subsunción del caso a la figura menos gravosa de consumo personal, tipificada en el art. 5, penúltimo párrafo.

Así, sostuvo que más allá de la cantidad de plantas contabilizadas, su asistido es un portero de edificio y changarían, consumidor de marihuana, que no cuenta con investigaciones que lo involucren con actividades de comercio de drogas, resultando ser un autocultivador experimental que consume su propia producción para tratar convulsiones por un problema de salud que tuvo hace unos años.

Asimismo, señaló que el cuadro probatorio resulta indicativo de un inequívoco destino de consumo personal, y cuyos elementos de convicción demostrativos del mismo resultan: su acreditado cuadro de salud; la imposible cuantificación del material incautado; el lugar del hallazgo del estupefaciente; las

USO OFICIAL



condiciones personales del imputado (“[s]e trata de un portero y changarín, de escasos recursos –es decir, sin utilidades derivadas del comercio de drogas-”); la pauta –positiva– consistente en no haber negado la existencia del material estupefaciente; y el contexto legal que se presenta a partir del dictado de la ley 27.350, en la que se reconocen expresamente las propiedades medicinales paliativas de los derivados de la planta.

Criticó que se sostenga una afectación a la salud por el hecho de convivir DÍAZ con su concubina y seis hijos menores de edad, por considerar que tal circunstancia no constituye una ostentación pública al consumo ni la puesta en peligro del bien jurídico.

Se agravió también de la interpretación hecha de los mensajes vinculados a una supuesta manipulación de estupefacientes, una conversación de WhatsApp relativa a un supuesto de compra no concretado, sólo indicativo de consumo personal.

Por último, se agravió por la prisión preventiva dispuesta. Sostuvo que el imputado ha dado muestras concretas de su arraigo como para descartar la mínima sospecha de elusión del trámite de las actuaciones, y que no se dan ninguno de los supuestos del art. 222 del CPPF que indiquen la posibilidad de que DÍAZ pueda entorpecer la investigación. Tampoco se evaluó la aplicación de medidas menos gravosas.

3. A fs. 123/129, el representante del Ministerio Público Fiscal presentó el informe sustitutivo de la audiencia prevista en el art. 454 CPPN (conf. Acs. citadas), donde propició el rechazo del recurso.

4. Las presentes actuaciones tuvieron inicio a raíz del allanamiento ordenado por la Jueza de Control provincial (actuación n^o. 2435104, relacionada con el legajo n^o. 108764/0), y llevado a cabo por la policía de la provincia de La Pampa en el domicilio situado en calle Errecalde n^o. 1155, con fecha 14/12/2020.

En la búsqueda de elementos de interés para la justicia provincial, los agentes policiales hallaron en el patio de la vivienda, dos cercos fabricados artesanalmente que contenían plantas con características coincidentes con los de la especie cannabis sativa. Se procedió así a la identificación del propietario, el

USO OFICIAL



aquí imputado Víctor Mario DÍAZ, y a la extracción y medición de la totalidad de 191 plantas de la especie aludida, con una longitud de entre 15 y 267 centímetros, las que fueron secuestradas, junto con dos teléfonos celulares. Asimismo, se detuvo al encartado (cfr. expediente A.C.O.N. n^o. 527/20).

Así, elevadas que fueron las actuaciones a la sede del Juzgado Federal de Santa Rosa, el *a quo* ordenó se llame a indagatoria al recurrente, y una serie de medidas probatorias sobre los efectos secuestrados (f. 26/vta.).

En oportunidad de declarar (fs. 27/28), el encartado reconoció el hecho endilgado, argumentando que las plantas eran cultivadas para su consumo, debido a que en el año 2014 tuvo una muerte cerebral y un médico le indicó consumir el aceite proveniente de ellas. En su descargo sostuvo que utilizaba las plantas para tomar té y aceite, que eso lo calmaba, ya que tiene un hematoma en la cabeza y que consume mucho.

Asimismo, conforme la pericia química realizada por Departamento de Criminalística y Estudios Forenses de la Gendarmería Nacional (Región V), se confirmó que el material vegetal secuestrado se trataba de sustancia estupefaciente cannabis sativa (f. 63/vta.).

En punto a la compulsión de los teléfonos celulares, del informe policial realizado al efecto, surge que la línea correspondiente al n^o. 2954338218 presenta conversaciones de la aplicación móvil WhatsApp que demostrarían la relación del imputado con la manipulación y el comercio de estupefacientes. En particular, contiene una conversación con el usuario de la línea n^o. 2954320551, a quien compraría droga; con el usuario de la línea n^o. 2954820131, quien sería intermediario de una persona que le ofrece “medio kilo” de estupefacientes a cambio de dólares; y con la línea n^o. 2954529127, a quien envió el siguiente mensaje: “*Avisame negra tengo tres gramos para vender en mil peso por si sabes alguna movida*” (cfr. compulsión telefónica, fs. 56/62 vta., y su análisis, fs. 38/54 vta.).

Con el cuadro reseñado, el Juez de grado dictó el procesamiento del encartado en orden al delito previsto en el art. 5 inc. ‘a’ de la ley 23.737, cuyo análisis viene ahora en grado de apelación para conocimiento de este Tribunal.

5.1. En primer término, cabe señalar que no existen dudas respecto de la materialidad del hecho endilgado, el cual se encuentra debidamente

USO OFICIAL



acreditado con las constancias obrantes en el legajo, e incluso fue reconocido por el propio encartado en su declaración indagatoria.

Por lo que la controversia se circunscribe a la faz subjetiva del delito enrostrado al imputado. Su defensa técnica planteó que corresponde hacer una valoración distinta de las pruebas –en tanto “*no obran elementos que permitan inferir la especial finalidad de comercialización que exige el tipo penal que se le imputa*”–, cuya inexorable consecuencia traería aparejado el encuadre de los hechos en la figura –menos gravosa– tipificada en el art. 5 de la ley 23.737 (tenencia simple de estupefaciente), “*quedando -por ende- alcanzado por la exclusión de punición -por inconstitucionalidad de la interpretación contraria- consagrada por la Corte Suprema Nacional en el precedente ‘Arriola’*”.

5.2. Ahora bien, tal como he sostenido reiteradamente, conforme la redacción del art. 5, inc. ‘a’ de la ley 23.737, entiendo que incurre en dicho delito aquel que siembra o cultiva plantas con la finalidad de producir con ellas estupefacientes –única ultraintencionalidad exigida por la norma–, sin que dicha figura exija –como elemento configurativo del tipo– un dolo de tráfico, es decir, la finalidad de promover, favorecer o facilitar el tráfico de estupefacientes. Aquel elemento tendencial de tráfico no resulta requerido por la letra de la norma, y por tanto entiendo que corresponde aplicarla conforme su literalidad, que –en definitiva– constituye su primera fuente de interpretación (*Fallos*: 341:1443).

Sobre el punto, se ha expresado que “*la punición de la siembra y el cultivo procura castigar el tráfico en su etapa embrionaria, ya que, como adelantamos, implica una compleja trama de acciones que van desde la siembra y el cultivo o la preparación, hasta su última entrega al consumidor el legislador tuvo la intención de reprimir todas las acciones que comprende el tráfico, dentro de las cuales no puede dejar de identificarse a aquellas vinculadas con la creación de lo que terminará siendo una sustancia prohibida*” (BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ed. Hammurabi, tomo 14 A, p. 342).

En atención a lo expuesto, y dado que, en la oportunidad de realizar su descargo, DÍAZ reconoció la propiedad de las plantas de cannabis secuestradas del predio de su vivienda, y haber sido él quien las sembró, dicha

USO OFICIAL



declaración, sumada a las restantes piezas probatorias que seguidamente desarrollaré, resulta suficiente para atribuir, *prima facie*, el delito del art. 5, inc. ‘a’, de la ley 23.737.

5.3. En tal sentido, entiendo que las constancias de la causa no permiten concluir -como pretende la defensa- que los hechos endilgados sean susceptibles de subsumirse en la figura atenuada prevista en el penúltimo párr. del art. 5 de la mencionada ley. Pues, para ello se requiere –además del componente objetivo (siembra o cultivo de estupefaciente)– un componente subjetivo o tendencial que se verifica a través de dos extremos: uno cuantitativo (escasa cantidad) y otro cualitativo (demás circunstancias del caso), de los cuales debe surgir “*inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal*”.

Sobre tales premisas, considero en primer término que el material estupefaciente hallado, 191 plantas de cannabis, dista mucho de ser considerado escaso, resultando –a mi entender– una cuantía considerable para sostener la materialidad del hecho.

Sumado a ello, tampoco se sigue de las demás circunstancias del caso que el material vegetal se detentaba *inequívocamente* con ánimo de consumo personal. Ello, no solo porque la cantidad de plantas secuestradas excede *prima facie* una cantidad razonable para su consumo, sino porque de las restantes piezas probatorias no surge tal finalidad.

Por un lado, la defensa no ha acercado certificado médico alguno que dé cuenta de la dolencia sufrida por el encartado por la cual alega la necesidad del consumo de cannabis. Por el otro, las conversaciones que surgen de la compulsión telefónica, me permiten inferir que las plantas podrían ser utilizadas con una finalidad distinta a la del consumo personal exigido por la norma, por lo que descarto que aquellas detentaba *inequívocamente* tal ánimo.

Así entonces, entiendo que de los elementos de cargo señalados en la presente surgen indicios suficientes –en el marco de cognición propio de esta instancia– para formar la convicción necesaria para sostener la comisión de los hechos atribuidos a DÍAZ y su autoría en ellos, como constitutivos de del delito previsto en el art. 5 inc. ‘a’ de la ley 23.737.

USO OFICIAL



6. No escapa al suscripto que la defensa plantea como uno de los elementos de convicción que denotan el inequívoco fin de consumo de las plantas el hecho de que el material secuestrado no pudo ser cuantificado “*en cuanto a dosis umbrales, peso y concentración*”.

Así, si bien la pericia toxicológica resultó eficaz para identificar que el material secuestrado se trataba de cannabis sativa, surge de dicha acta que, “*al momento de la recepción de los elementos de juicio, los mismos se encontraron en avanzado estado de putrefacción; debido a ello no es posible obtener un resultado cuantitativo*”.

Ahora bien, en tanto los elementos de cargo resulten suficientes para sustentar los extremos de la imputación, lo alegado no conmueve lo decidido, en tanto, se demostró que las plantas secuestradas se trataban de la especie cannabis, sustancia prohibida en virtud Anexo I del Decreto 560/2019 (conf. art. 77, CP).

Por lo demás, tal como lo señalé en la causa FBB 9012/2018/1/CA1 “WOYCHEJOSKI”, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica racional que gobiernan nuestro sistema legal de apreciación de la prueba, y que permite la más plena libertad de convencimiento de los jueces –con la única limitación que las conclusiones a que se llegue sobre los hechos de la causa sea la derivación razonada de las pruebas obrantes–, la tesis argumental de la defensa implicaría que el Juez llamado a evaluar el caso, se desentienda de elementales principios de la ciencia y la experiencia común, que indican la potencialidad de rendimiento de una planta de cannabis –que podría alcanzar una productividad aproximada de 400 gr. y pudiéndose obtener hasta incluso más de un kilo–, dependiendo de diversos factores, tales como la climatología, luminosidad, la fertilización, el riego, la calidad y cantidad del sustrato, su tamaño, etc.

Sentado ello, descartada la pretensión defensiva, y advirtiendo una vez más lo sucedido con las plantas incautadas en la diligencia de allanamiento llevada a cabo en las presentes actuaciones, en cuanto al deterioro de las mismas y la imposibilidad de determinar su poder toxicológico, entiendo prudente instar al Juzgado de origen, a que en lo sucesivo disponga las medidas necesarias para la debida preservación y resguardo de los efectos secuestrados, o bien se realicen los

USO OFICIAL



peritajes en plazos acordes a garantizar la eficacia probatoria y la correcta valoración de los elementos objeto de la pesquisa.

7. Misma suerte deberá correr el agravio relativo a la prisión preventiva, en tanto la defensa no ha logrado acreditar que, de revocarse la medida aquí dispuesta, el imputado no se sustraerá a las consecuencias del proceso en caso de que sea condenado, cobrando total relevancia, a la hora de evaluar la medida de coerción a aplicar, el pronóstico de una pena de cumplimiento efectivo.

Tal como lo he señalado en reiteradas oportunidades, siguiendo el criterio jurisprudencial predominante en la materia, la severidad de la expectativa de pena o el eventual modo de ejecución no puede erigirse sin más como un obstáculo para que el imputado transite el proceso en libertad (CSJN, D.352.XLV, “Díaz Bessone”, 10/12/2010).

Sin embargo, y siempre en un análisis concreto de las circunstancias del caso, la gravedad de la amenaza de un encarcelamiento en ciernes puede razonablemente sostener el consecuente peligro de fuga, puesto que es lógico inferir que dicho panorama difícilmente lo mantendrán a derecho a la pasiva espera de una pena de prisión efectiva.

Sobre tales premisas, resulta determinante –y así fue valorado por el *a quo*– el informe enviado por el Registro Nacional de Reincidencia en punto a las diversas condenas que recaen sobre el encartado y la posibilidad de una nueva declaración de reincidencia (cfr. DEO n^o. 1410467, del 17/12/2020, expte. principal).

Esto me lleva a concluir que en el caso de autos la expectativa de pena que deberá –en efecto– verificarse en prisión, configura un peligro de elusión que impone justamente la restrictividad en el otorgamiento de la libertad ambulatoria del imputado, en aras del debido proceso. Sumado a ello, la reiteración delictiva pone de resalto un notorio desapego a la ley y los compromisos asumidos por parte del imputado –en particular, el más substancial de no cometer nuevos delitos–.

Por otra parte, cabe señalar que desde la fecha de detención dispuesta (14/12/2020), han pasado poco más de dos meses, plazo que, a luz de la pena en expectativa prevista para el delito atribuido (entre 4 a 15 años de prisión) no luce como un lapso desproporcionado.

USO OFICIAL



Por último, en lo que respecta al arraigo invocado, la defensa no acompañó ningún elemento que así lo acredite, no brindando garantía alguna que permita conjurar el riesgo procesal sobre el cual se basa la medida de coerción personal aquí dispuesta.

En consecuencia, considero que debe mantenerse el encierro preventivo de Víctor Mario DÍAZ y, por lo tanto, confirmarse la resolución en crisis.

Por ello, **propongo al acuerdo: 1ro.)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 78/89 vta. y, en consecuencia, confirmar el procesamiento – con prisión preventiva– **Víctor Mario DÍAZ**, por considerarlo *prima facie* autor del delito de cultivo de plantas para producir estupefacientes (art. 5, inc. ‘a’, ley 23.737, y art. 45 CP). **2do.)** Se inste al Juzgado de origen a que proceda conforme el consid. 6to *in fine*.

El señor Juez de Cámara, Roberto Daniel Amabile, dijo:

1. Llegan los autos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Mario Víctor Díaz contra la resolución dictada por el Juez de la instancia de grado que, en lo que aquí interesa, dispuso el procesamiento con prisión preventiva del nombrado, por considerarlo autor *prima facie* responsable del delito de cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5 inc. “a”, Ley 23.737).

2. Los agravios invocados por la recurrente han sido debidamente descriptos en el punto 2 del voto que encabeza el Acuerdo, al que me remito a los fines de evitar reiteraciones innecesarias, adelantando desde ya mi adhesión a la propuesta de confirmar el auto de mérito imputando.

Sin perjuicio de ello, y toda vez que, en la expresión de agravios se ha hecho mención al estado de descomposición del material incautado y su consecuente imposibilidad de establecer si el mismo alcanza a constituir una dosis umbral mínima, entiendo prudente efectuar algunas aclaraciones relacionadas con lo sostenido por el suscripto en los autos FBB 9012/2018/1/CA1, en los cuales formulé disidencia, instando el sobreseimiento por falta de lesión al bien jurídico tutelado.

Cabe señalar que en aquella oportunidad, valoré que al no encontrarse acreditada la aptitud toxicomanígena de las plantas de marihuana secuestradas, por la falta de cuantificación del THC –principios activos responsables

USO OFICIAL



de la actividad psicotóxica alucinógena de dicha planta–, el cuerpo del delito no revestía entidad suficiente para ser considerado “estupefaciente” en los términos del art. 77 del Cód. Penal, y por lo tanto no había afectación al bien jurídico protegido por la norma.

Y si bien en la presente causa, respecto del material incautado, se da el mismo supuesto, esto es, la imposibilidad de cuantificar las dosis umbrales que podrían constituir las plantas secuestradas, por su estado de descomposición, lo cierto y concreto es que las circunstancias fácticas objeto de la presente causa difieren sustancialmente de los hechos constitutivos del objeto procesal del precedente señalado.

En este último, se procedió al secuestro de doce plantas, halladas en el interior de la caja de un camión, propiedad del imputado, prestas a ser trasladadas.

Tras el análisis de los elementos que rodearon dicha incautación, entendiendo que no se configuraba ninguna de las figuras constitutivas de la cadena de tráfico, como tampoco la inequívoca finalidad de consumo personal del material detentado, y frente a la posibilidad de que los hechos quedaran subsumidos en alguna de las figuras residuales de tenencia, resultaba imprescindible establecer si la sustancia incautada podía ser considerada estupefaciente en los términos del art. 77 del Cód. Penal y de este modo poder acreditar en forma objetiva la afectación al bien jurídico tutelado.

En este orden de ideas, a partir de la destrucción del material incautado y la imposibilidad de cumplir con la pericia cuantitativa, he formulado mi voto propiciando el sobreseimiento del imputado, argumentos que fueron posteriormente recogidos por el Fiscal ante el Tribunal Oral de Santa Rosa, requiriendo la absolución del inculcado, decisión posteriormente adoptada por el tribunal interviniente.

Aclarado el precedente de mención, cabe concluir que en el caso *sub examine*, si bien los elementos incautados han sufrido similar deterioro que imposibilita su cuantificación, ello no obsta a la posibilidad de encuadrar la conducta atribuida al encausado en el supuesto previsto en art. 5, inc. “a” de la Ley 23.737.

USO OFICIAL



En el caso, la gran cantidad de plantas cultivadas (191), el tamaño que las mismas presentaban, plantadas bajo la esfera de custodia, cuidado y conservación del imputado, permiten concluir con la precariedad lógica de este estadio procesal, que las mismas estaban destinadas a formar parte de la cadena de tráfico, presupuesto al que se arriba, además, por el resultado de la pericia llevada a cabo sobre el teléfono celular incautado en el domicilio allanado, del cual se verificaron conversaciones que dan cuenta de que las mismas estaban destinadas a su comercialización, acreditándose de ese modo la finalidad de tráfico requerida por la figura endilgada.

En efecto, no siendo necesario en el supuesto *sub examine* probar la existencia principios activos en las plantas incautadas, y habiéndose comprobado que las mismas se tratan de una de las especies prohibidas por el Dec. 560/2019 (conf. Anexo I), corresponde confirmar el procesamiento dispuesto en la instancia de grado contra Mario Víctor Díaz, compartiendo en lo sustancial las valoraciones realizadas por mi colega preopinante en torno a la materialidad del hecho y el grado de responsabilidad que cabe atribuirle al nombrado, como así también en lo que respecta a las medidas cautelares de carácter personal y real fijadas en el auto de mérito.

ES MI VOTO.

Por ello, **SE RESUELVE: 1ro.)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 78/89 vta. y, en consecuencia, confirmar el procesamiento – con prisión preventiva– **Víctor Mario DÍAZ**, por considerarlo *prima facie* autor del delito de cultivo de plantas para producir estupefacientes (art. 5, inc. ‘a’, ley 23.737, y art. 45 CP). **2do.)** Instar al Juzgado de origen a que proceda conforme el consid. 6to *in fine*. del primer voto.

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N^{ros}. 15/13 y 24/13) y devuélvase. No suscribe la señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña (art. 3º, ley 23.482).

Roberto Daniel Amabile



USO OFICIAL

Poder Judicial de la Nación

Expte. n^o. FBB 11017/2020/1/CA1 – Sala I – Sec. 2

Pablo A. Candisano Mera

Ante mí:

Nicolás Alfredo Yulita
Secretario de Cámara

cl

USO OFICIAL

Fecha de firma: 11/03/2021

Firmado por: PABLO ALEJ CANDISANO MERA, Juez de Cámara

Firmado por: NICOLAS ALFREDO YULITA, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO DANIEL AMABILE, JUEZ DE CÁMARA



#35246655#282740631#20210311125407423