

En la ciudad de Necochea a los 03 de abril de 2019, se reúnen en Acuerdo Extraordinario los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, para dictar sentencia en **c.P. n° 3608-19** caratulada "**CEDREZ SILVANA ESTER S/ESTUPEFACIENTES-TENENCIA SIMPLE**", efectuado el sorteo de ley el orden de votación es el siguiente: Señores Jueces Doctores Alfredo Pablo Noel, Marcela Fabiana Almeida y Hugo Alejandro Locio.-El Tribunal procedió a plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S I) ¿Es justa la resolución de fs. 109/111?.-II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR NOEL DIJO:

A fs. 109/111 el Sr. Juez de Garantías, Dr. José Guillermo LLugar, resolvió en el apartado I) No hacer lugar al cambio de calificación formulado por la Defensa Oficial en favor de Silvina Ester Cedrez como así tampoco al sobreseimiento peticionado y en el apartado II) Tener por presentada la requisitoria de citación a juicio de Silvina Ester Cedrez por el delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, elevando la causa a juicio.-A fs. 112/119vta. interpone recurso de apelación la Defensa Oficial siendo concedido a fs. 122 por ante esta Cámara Penal Departamental.-

Expresa el apelante que le agravia a su asistido la denegatoria de cambio de calificación legal formulada por la defensa al igual que la denegatoria del pedido de sobreseimiento.-Argumenta el recurrente que no comparte el razonamiento del a quo quien considera que no existen elementos que demuestren en esta instancia que el

estupefaciente hallado en el domicilio de su defendida era exclusivamente para su consumo personal.-

Sostiene que debe ser analizado la forma en que fue encontrado el estupefaciente (planta sin procesamiento y sin flores), el lugar donde fue hallado (galpón) y las manifestaciones vertidas por su defendida en oportunidad del artículo 308 del C.P.P.-

Expresa que de lo declarado por su asistida se encuentra corroborado con los testimonios de su núcleo familiar de fs. 59/vta., 60/vta. y 61/vta., con la pericia obrante a fs. 81/82 y resulta coincidente con la historia clínica de fs. 70/71.-

Asimismo refiere que el a quo presume infundadamente que su asistida consume cigarrillos de marihuana.-Por lo expuesto solicita se haga lugar al cambio de calificación por el contenido en el párrafo segundo del artículo 14 de la ley 23.737, se declare la inconstitucionalidad y en consecuencia se decrete el sobreseimiento de su asistida.-Hace reserva del recurso federal.-Ingresando al análisis del recurso interpuesto he de adelantar opinión en el sentido que el mismo debe prosperar, por los fundamentos que seguidamente expondre y teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la causa al entender que, en este caso concreto, no se encuentra afectado el bien jurídico tutelado por la norma.-En los presentes autos se le atribuye a la imputada Silvina Ester Cedrez la comisión del siguiente hecho punible: *"El día 18 de febrero de 2018, siendo aproximadamente las 20:55 horas, en ocasión que personal policial de Comisaría Segunda de Quequén, se constituyó en el domicilio de calle 521 nro. 3.145 de la ciudad de Quequén a los fines de diligenciar una orden de allanamiento y secuestro extendida en el marco de la Instrucción Penal Preparatoria registrada bajo el nro. 11-00-001046-18/00 caracterizada "NN s/ Hurto", de trámite por*

ante la Unidad Funcional de Instrucción, Juicio y Ejecución nro. 03 de este Departamento Judicial, se constató que su moradora, Silvina Ester Cedrez, tenía en su poder, bajo su exclusiva esfera de disposición y custodia, tres plantas de cannabis sativa con un peso total de 1.955,00 gramos (peso seco 1.530,77 gramos), equivalentes a 4.373 dosis umbrales, con lo cual podrían prepararse 3.062 cigarrillos de marihuana." Dicho obrar ha sido calificado como Tenencia Simple de Estupefacientes, previsto y sancionado por el art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737 (ver requisitoria de elevación a juicio de fs. 100/104 de la I.P.P. 1057-18).-Dicho ello, se advierte del acta de procedimiento de fs. 2/3vta. que el día 18/2/19 se procedió al allanamiento de la vivienda sita en 521 N° 3145 de la localidad de Quequén, hallando tres plantas de marihuana que presentaron la extensión de 1,5 y 1,30 metros, arrojando un peso de 1955 gramos, con las que conforme la pericia química realizada y obrante a fs. 27/32 se podrían preparar 3062 cigarrillos (4373 dosis umbrales).-No obstante el dato objetivo que surge de la pericia de referencia, la imputada presto declaración a tenor de lo normado por el art. 308 del ritual, manifestando que las plantas secuestradas en su casa las usa personalmente para tratar problemas de salud, dando un detalle de cuales son los padecimientos que sufre y relatando la forma en que la misma es usada como paliativo al dolor que tiene. Aclara asimismo ante preguntas efectuadas que no se encuentra inscripta en ninguna entidad dedicada a la fabricación de derivados del cannabis con fines medicinales, ni tampoco que el uso del cannabis le haya sido prescripto por algún profesional, sino simplemente refiere que se lo aconsejó una señora conocida que también lo utiliza (ver fs. 44/45vta).-

Es decir, la imputada declaró ante la instrucción dando un relato claro y coherente del uso que le daba las plantas halladas en su domicilio, extremo este que no fue desacreditado en la causa sino que por el contrario se condice con el resto de las actuaciones adunadas. No encuentro motivos, entonces, para descreer de su versión.-

Ello es así, por cuanto su relato no solo es corroborado por los testimonios de su esposo e hijas, obrantes a fs. 59/vta., 60/vta. y 61/62, que refieren la dolencia que la imputada padece, y la forma en que prepara el aceite con las hojas y lo utiliza en la zona afectada de su cuerpo, calmándole así las molestias, sino que esta dolencia se encuentra debidamente acreditada por la Historia Clínica de fs. 88/93 y la pericia efectuada por el Dr. Carlos Rodríguez, Perito médico forense del Departamento Judicial Necochea.-

Es así que surge del informe de actuario de fs. 74, que conforme diagnóstico efectuado por el Dr. Ernesto Mariano Elías, médico especialista en ortopedia y traumatología del Hospital Municipal, la causante presenta "Omalgia izquierda, lesión del supraespiroso..." prescribiéndoles analgésicos.-En el mismo sentido, la pericia obrante a fs. 81/82 practicada por el Dr. Carlos Rodríguez, la Sra. Silvia Ester Cedrez impresiona tener una lesión en el manguito rotador del hombro izquierdo (en coincidencia con la opinión del Dr. Elías), y presenta dolor e impotencia funcional del hombro izquierdo que se medica con analgésicos y antiinflamatorios no esteroides, como el ibuprofeno que consume.-Ahora bien, corresponde analizar si la conducta atribuida a Cedrez encuadra en la figura penal endilgada (art. 14 primer párrafo de la ley 23.737).-

La figura penal imputada tiene como Bien Jurídico Protegido la Salud Pública, y requiere para su configuración la necesaria demostración de su vulneración, que se da

cuando la conducta atribuida excede la esfera de privacidad que ampara el art. 19 de la Constitución Nacional y trasciende a terceros (fallo "Arriola" C.S.J.N.).-El derecho a la salud, como bien constitucionalmente tutelado, fue convalidado expresamente a partir de la reforma constitucional de 1994, y su consagración plena ha tenido lugar indirectamente a través de la jerarquización constitucional de una serie de declaraciones y tratados de derechos humanos, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12.1 y 12.2 d); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29.c) y la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11).-Debe recordarse que el criterio jurisprudencial que fijó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arriola" (causa A.891 T° XLIV del 25/8/09) requiere que los jueces examinen las circunstancias del caso que se trata a fin de determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal que constituye el objeto del proceso se realizó en circunstancias o condiciones tales que no aparejaban peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros.-Esto nos lleva a dejar fuera del ámbito de punición aquellas conductas que no afecten el bien jurídico tutelado.-Yendo al caso concreto, corresponde en primer lugar poner de resalto que la presente investigación se inició con motivo de un allanamiento en la morada de la imputada por razones ajenas a la búsqueda de material estupefaciente, con esto quiero decir, que el secuestro de las plantas de marihuana obedecieron a un evento fortuito que no tenía que ver con la sospecha de la existencia de droga en ese domicilio, ni mucho menos se estaba ante la investigación de un caso de venta de la misma.-

Resulta relevante lo estipulado por la Ley 27.350 que regula lo atinente a la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, para garantizar y promover el cuidado integral de la salud, permitiendo el acceso gratuito del aceite de cannabis y sus derivados en la terapéutica humana, a la que adhirió la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 14.924 del 18/5/17, como también la mayoría de las Provincias (Catamarca, Entre Ríos, Santa Fe, Neuquén, Chubut, Chaco, Santa Cruz, Tucumán, Río Negro, Jujuy, Mendoza, La Pampa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires), reconociendo la A.N.M.A.T. (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) su eficacia en dolores crónicos, permitiendo evitar el sufrimiento.- Entonces, las pericias médicas de referencia le otorgan en principio credibilidad a las manifestaciones vertidas por la imputada, no arrojando dudas al respecto, en tanto no existan otros elementos que desvirtúen dicho cuadro probatorio, donde Cedrez pretende el cuidado de su salud, que es el bien jurídico que protege la norma (art. 210 del C.P.P.).-

La finalidad de la norma (ley 23.737) es combatir el narcotráfico y los eslabones de la cadena ilícita, siendo que la conducta de Cedrez tiene una finalidad muy distinta, cual es resultar un paliativo a los dolores que presenta y en todo caso su obrar amparado por un estado de necesidad justificante contemplado en el art. 34 inc. 3 del Código Penal (art. 75.22 de la Constitución Provincial).-En este sentido, como bien sostiene Edgardo Alberto Donna, la salud pública como valor comunitario perteneciente a la sociedad, debe ser una preocupación del Estado, al tratarse de un interés supraindividual, de titularidad colectiva y de naturaleza difusa, pero también de manera complementaria

de la salud personal de cada individuo, debido a que es susceptible de fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que la integran, que posibilita el bienestar de las personas (Derecho Penal, Parte Especial Tomo II-C Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 202-205).-

Y en este punto debo decir que, si bien nos encontramos ante una etapa procesal en la que sólo basta la mera probabilidad para elevar la causa a juicio, lo cierto es que si se puede sostener a esta altura que no existen en la causa elementos o indicios que den lugar a la sospecha que el material incautado se halle vinculado al tráfico de estupefacientes, como tampoco se acredita que el material incautado estuviera destinado a otra finalidad que no fuera la informada por la imputada, es decir, su consumo personal por razones medicinales (arts. 6, 56 y 367 del C.P.P.).-

En consecuencia, no evidenciándose la concreta afectación al bien jurídico tutelado, ni daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, corresponde sobreseer a la imputada Silvina Ester CEDREZ en los términos del inc. 3 del art. 323 C.P.P., tomando abstracto el resto de los planteos formulados por la Defensa.-En sentido similar al que me pronuncio se ha expedido la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora en I.P.P. nro. 1098-17 el 13 de noviembre de 2018 seguida a Adriana Funaro (Registro 1473/18).- Voto por la NEGATIVA.

-A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA

ALMEIDA DIJO:

Voto en igual sentido por análogos fundamentos.-

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOCIO

DIJO: Voto en igual sentido por análogos fundamentos.

-A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR

NOEL DIJO:

Atento lo resuelto en la cuestión precedente corresponde revocar la resolución de fs. 109/111 que en el apartado I) no hace lugar al cambio de calificación formulado por la Defensa Oficial en favor de Silvina Ester Cedrez como así tampoco al sobreseimiento petitionado y en el apartado II) tiene por presentada la requisitoria de citación a juicio de Silvina Ester Cedrez por el delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, elevando la causa a juicio, y hacer lugar al sobreseimiento de la nombrada por el hecho atribuido en la presente causa, tornando abstracto el resto de los planteos formulados por la Defensa (arts. 6, 56, 210, 323 inc. 3, 367 y 447 del C.P.P.; 19 y 75.22 de la Constitución Nacional; 12.1 y 12.2 d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 29 c la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 de la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).-Así lo voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA

ALMEIDA DIJO:

Voto en igual sentido por los mismos fundamentos.-

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOCIO

DIJO:

Voto en igual sentido por los mismos fundamentos.-Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Necochea, 03 de abril de 2019.-

Que en precedente acuerdo ha quedado establecido: Que corresponde hacer lugar al sobreseimiento de la imputada Silvana Ester Cedrez respecto del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes previsto por el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737 (art. 210, 323. 3 y 367 del C.P.P.).-

Por ello; artículos citados y fundamentos del Acuerdo que antecede el Tribunal;

RESUELVE:

I) Revocar la resolución de fs. 109/111 que en el apartado I no hace lugar al cambio de calificación formulado por la Defensa Oficial en favor de Silvina Ester Cedrez como así tampoco al sobreseimiento peticionado y en el apartado II tiene por presentada la requisitoria de citación a juicio de Silvina Ester Cedrez por el delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, elevando la causa a juicio.

II) **SOBRESEER a Silvana Ester Cedrez**, ya filiada en autos, respecto del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes previsto por el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737 y en relación al hecho atribuido en la presente causa, declarando abstracto el resto de los planteos formulados por la Defensa (arts. 6, 56, 210, 323 inc. 3, 367 y 447 del C.P.P.; 19 y 75.22 de la Constitución Nacional; 12.1 y 12.2 d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 29 c la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 de la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).-

Regístrese, devuélvase inmediatamente al Juzgado de origen por donde se realizarán las pertinentes notificaciones.-,

Fdo. Dres. Alfredo P. Noel, Marcela F. Almeida y Hugo a. Locio - Jueces de Cámara.-

