

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

Causa N° 0036005-00-00/10: “J. M., I. L. s/infr. arts. (s). 111, Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - C.C.”

///dad Autónoma de Buenos Aires, 3 de mayo de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

La Dra. Marta Paz dijo:

1) Vienen los autos a conocimiento de este tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia definitiva que resolvió: “I. Condenar a **I. L. J. M.**, cuyos datos filiatorios surgen de autos, a la pena de **ARRESTO DE UN (1) DIA**, cuyo cumplimiento se deja en **suspense, SIN COSTAS**; por encontrarlo **AUTOR** responsable de la contravención al art. 111 del Código Contravencional, imponiendo al nombrado por el termino de **TRES (3) MESES**, el cumplimiento de las reglas de conducta consistentes en: 1) fijar residencia y comunicar al Juzgado el cambio de ésta, 2) cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía o el Juzgado hiciere; y 3) realizar el curso que dicta la Escuela de Educación Vial y Tránsito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (art. 22 inc. 3, 25, 26, 45 inc. 1,2 y 7, 46 y 111 CC.; arts. 13 y 43 LPC)...” (fs. 90/94).

La fiscal de cámara efectuó la presentación obrante a fs. 113/114 vta. y la defensora oficial a fs. 117/119.

2) El recurso ha sido interpuesto, en tiempo y forma, por quien se encuentra legitimado para hacerlo, contra una sentencia definitiva, por lo que resulta formalmente admisible (art. 50 del CPC).

3) Se agravia el apelante, por arbitrariedad de la sentencia. Sostiene que ésta erróneamente ha considerado acreditado que el encartado era contravencionalmente responsable de la ingesta de sustancias prohibidas. Que de “la inspección ocular” del único elemento probatorio aportado, surgen distintas interpretaciones de los dos testigos, resultando dudosa la veracidad de la medición o de la interpretación.

Que se vulneró el derecho de defensa en juicio y reglas del debido

proceso adjetivo, al no haberse demostrado con grado de certeza absoluta el hecho investigado mencionado en la imputación, ni tampoco la conducción riesgosa o el resultado de peligro que exige el tipo contravencional en estudio.

Concluyó, que la prueba producida en juicio, no resulta suficiente para acreditar la culpabilidad del Sr. I. L. J. M. ni tampoco se determinó las circunstancias fácticas en que se funda la sentencia para afirmar la afectación de la seguridad pública.

4) Esta sala ha señalado con anterioridad que se encuentra facultada para llevar a cabo una revisión amplia de los hechos y las pruebas, como único modo de efectivizar la garantía del doble conforme. Doctrina que emana de nuestra Corte Suprema que ha establecido: “si un individuo que ha sido condenado penalmente tiene un derecho constitucional a que la sentencia sea revisada o controlada por un tribunal superior, dicha revisión tendría que comprender todos aquellos argumentos en los que se ha sustentado la condena, es decir, aquellas premisas cuya modificación tienen aptitud para alterar la condena o la pena a favor del recurrente. En consecuencia, ese carácter total que debe tener el derecho de revisión de la condena vedará, en principio, que puedan realizarse distinciones que predeterminen la materia a revisar, excluyendo de antemano ciertos aspectos, como ocurre, por ejemplo, con la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho” (CS, in re “Casal, Matías E. y otro” 20/9/05, JA. 2005-IV. Fascículo 10). Es decir, se impone aplicar la llamada teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), in re 469-00/CC/2006, “Alcaraz Héctor Juan ó Ríos, Ramón Alberto s/inf. art. 189 bis C.P.” - APELACION, entre otras.

Dentro del marco indicado, corresponde evaluar si las pruebas producidas en la audiencia de juicio, analizadas en su conjunto en virtud de las reglas de la sana crítica, permiten tener por acreditada la conducta imputada a I. L. J. M., con el grado de certeza necesario para el dictado de la sentencia.

5) El decisorio tiene por acreditado que el 18 de julio de 2010 a las 03.13hs, aproximadamente, en la intersección de la avenida Rafael Obligado y la calle La Pampa de esta ciudad el imputado conducía el vehículo dominio IKU- 164 bajo los efectos de estupefacientes y con sus capacidades disminuidas para conducir de manera idónea.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

Se funda en que del testimonio de los agentes intervinientes en el procedimiento: M. A. G. L. y S. C. D., surge que, el día del hecho, a la hora descripta, el imputado conducía el rodado, y que al realizársele un examen de alcoholemia arrojó resultado negativo, siendo luego sometido a la prueba para detectar consumo de estupefacientes, primero mediante el pupilómetro que dio resultado positivo y finalmente con el test de saliva.

Por lo que atento la prueba resultante del dispositivo aludido y los testimonios indicados tiene por comprobado el hecho imputado.

6) En la audiencia de juicio el imputado afirmó que el 18 de julio de 2010 fue sometido a controles: de alcoholemia y pupilómetro y dos de saliva, dando positivo solo uno de lo últimos, siendo inmovilizado su vehículo. Que no se le hizo saber que podía negarse a realizarlos.

Por otra parte, el testigo M. A. G. L., quien trabaja en el Cuerpo de Agentes de Tránsito, afirmó haberle realizado un control de alcoholemia que dió negativo, luego uno de drogas que no arrojó resultado valedero, por lo que fue desechado; procediendo a realizarle un nuevo test de saliva que dio resultado positivo. Expuso que el pupilómetro es un control que se realiza con anterioridad al de saliva por, que lleva menos tiempo y que solo si el primero da positivo, se hace el de saliva. el dispositivo que no da mal no acompaña el procedimiento contravencional pero sí se identifica y no se hace verificación y contraverificación cuando da negativo, sólo cuando da positivo. Ya que no se le informa a la persona que ha de ser sometida al control que puede negarse a realizar el mismo sólo se le informa sobre el que se le va a realizar.

El testigo S. C. D., agente de tránsito, declaró que el procedimiento consistió en hacer subir a J. M. a la camioneta, allí se abrió el dispositivo y se colocó éste debajo de la lengua del controlado para que se humedeciera con la saliva. Se esperó a que se manchara de rosa el reactivo y cuando llegó a más de la mitad se extrajo. Se esperó a que se marque la C de control, una vez que aparece, si una de las líneas no se marca, el control resulta positivo respecto de la droga no marcada. Afirma que ese día no estuvo presente un médico.

El Dr. Claudio Alejandro Seoane, quien no estuvo presente en el hecho y declaró sobre el dispositivo de control señaló que es un dispositivo plástico, envasado en forma hermética, que se abre en el momento del examen, que recibe por un extremo la saliva la que debe exponerse de 3 a 5 minutos y, en caso de haber una sustancia en saliva, la línea que indica su presencia queda blanca. Que es relativamente cuantitativo dado que la positividad de la medición arroja que hay más de una determinada cantidad de la droga en saliva, si bien no establece la cantidad de la misma.

Con respecto a los instrumentos que se utilizan para la medición en los controles son mal llamados pupilómetros pues su función no es medir el tamaño de la pupila, que la prueba realizada con los mal llamados pupilómetros ya que es muy sensible pero poco específica, pudiendo dar positivo en un paciente diabético o en embarazadas o por otros motivos. Que señala que el paciente tiene su reactividad afectada transitoria o permanente, es decir, que posee una alteración en los reflejos, pero no establece nada sobre la especificidad del motivo. Que este dispositivo mide la fatiga muscular y no brinda cien por ciento de certeza en el dispositivo de medición por saliva, si bien es superior al noventa por ciento. Que no existe ningún reactivo de laboratorio que tenga el cien por ciento de efectividad. Que el de saliva se acerca a un 90% de certeza pero no al 100% y que, por ejemplo, en Estados Unidos se hace además una prueba de metabolitos en orina con la que se llega prácticamente al cien por ciento de seguridad, cuantificándose la cantidad de la sustancia ingerida.

Fue incorporado como prueba documental el manual de procedimiento del aparato de control en saliva *“Saliva oral fluid multi-drug screening kit”*, del que surge que *“This test provides only a preliminary result. A more specific altermate chemicall must be used in order to obtain a confirmed analytical result...”*

7) Llegado el momento de expedirnos sobre la cuestión traída a estudio de esta alzada, cabe destacar que la prueba más importante sobre la cual se funda la sentencia de condena es la que corresponde al resultado del test de control de saliva que diera positivo.

El mismo conforme surge del manual de dicho dispositivo, que se incorporó como prueba al debate, da *“only”* (solamente) un resultado preliminar,

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

indicando que debe ser confirmado por un método químico alternativo más específico (more specific alternate chemical method must be used in order to obtain a confirmed analytical result).

Es decir que el manual de procedimiento del dispositivo elaborado por el fabricante advierte que el resultado debe ser sujeto a confirmación por otro medio.

Sobre este aspecto el Dr. Seoane declaró, en el mismo sentido, que la especificidad del dispositivo de saliva no era del 100% de certeza, si bien él considero que era superior al 90%. Señaló que en EEUU. se hace además una prueba de metabolitos en orina para confirmar el resultado.

De lo hasta aquí expuesto surge que el método utilizado para medir la existencia de estupefacientes no brinda por sí sólo certeza, extremo requerido por toda sentencia condenatoria.

Siendo ello así lo que surge de la prueba de autos, deben tenerse en cuenta además de este resultado el resto del plexo probatorio.

Los testigos que depusieron en juicio son agentes que participaron en el procedimiento y lo único que cayó bajo sus sentidos fue la realización de una prueba –el análisis a que vengo haciendo referencia- que dio resultado positivo.

Sin embargo, este extremo nada aporta al cuadro probatorio desde que el Sr. J. reconoció en todo momento que el último test al que fue sometido dio ese resultado, o sea que se trata de un hecho no controvertido.

Los dichos del imputado exponen sobre una dinámica distinta a aquella sobre la que algunos testigos hacen referencia, que, sin embargo, debe afirmarse que se encuentran corroborados por la prueba rendida.

En este sentido, el imputado señaló que fue sometido a varios test: uno de alcoholemia, que dio negativo; el pupilómetro que, siempre según sus dichos, dio positivo; un test de saliva que dio negativo y un segundo test de saliva que dio positivo. Afirmó que no se le indicó en que consistía la prueba ni que tenía derecho a negarse a realizarla y que se negó a firmar el acta contravencional por que las personas que estaban efectuando el procedimiento se negaron a dejar constancia que se le habían hecho dos test de saliva y que el primero dio negativo.

Estos dichos del imputado fueron corroborados por el testimonio de M. A. G., quien es agente de tránsito y como tal participó en el operativo y señaló que se hicieron dos tests de saliva y que el primero fue desechado porque no arrojó un resultado valedero. También dijo que los dispositivos que no dan resultado son identificados con la persona y documento del individuo sujeto a control y remitidos. Por último, indicó que no se les informa a las personas nada más que el control que se les va a realizar.

Tomando en cuenta este testimonio, correspondiente a un agente que tenía a su cargo verificar la posible comisión de la contravención, debe considerarse plenamente corroborado lo dicho por el imputado.

Es decir, que encuentra confirmación probatoria que no se le informó al Sr. J. su derecho a negarse a realizarse el/los tests y las consecuencias que ello podría acarrearle; que se hicieron dos tests de saliva y que el primero no dio resultado positivo.

El 1º test es aquel que el imputado dice que dio negativo y que G. dice que no dio resultado valedero, extremo no corroborable ya que no fue conservado como el propio G. señala que se debió hacer por ser lo usual.

En este contexto, la prueba resultante del segundo test de saliva no brinda certeza sobre el hecho porque el propio fabricante afirma que debe ser corroborado por otro medio y no se encuentra probado en este caso por los restantes medios de prueba producidos.

Por el contrario, existen dudas sobre el procedimiento desde que no se conservó el primer test de saliva y su reclamo de que se realizara una contraprueba no fue respondido favorablemente.

8) Corresponde destacar la importancia de los operativos de control de alcoholemia y de estupefacientes realizados en la vía pública, que lleva a cabo la Dirección del Cuerpo de Tránsito y de Seguridad Vial de la Ciudad de Buenos Aires, por medio de los cuales se busca reducir los accidentes de tránsito que son causal de una tasa de mortalidad extremadamente elevada.

En este sentido, no pueden sino ponderarse las medidas que se adoptan.

Sin perjuicio de ello, éstas no pueden soslayar, en los casos concretos, el respeto a la garantía del debido proceso. Esto por cuanto la garantía del debido

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

proceso que deriva de la garantía del derecho de defensa en juicio tiene raigambre constitucional.

9) Señalado lo expuesto cabe consignar que el problema de la decisión consiste, en la individualización de la hipótesis de máxima correspondencia entre una narración de los hechos y un supuesto de hecho jurídico: la máxima correspondencia se obtiene cuando una narración de los hechos integra perfectamente el esquema fáctico del supuesto de hecho legal destinado a constituir el criterio jurídico de decisión, permaneciendo inamovible que en cierta medida también la elección del supuesto de hecho “justo” depende de la determinación de los hechos y, por tanto, de la narración de los mismos que parezca más aceptable.

El derecho a la prueba que normalmente se reconoce a las partes sólo puede adquirir un significado apreciable sobre la base de una concepción racional de la convicción del juez. La concepción racional de la valoración de las pruebas incide en distintos sentidos sobre la libertad del juez en el uso de las pruebas.

Por un lado, aquella concepción implica que esta libertad esté “orientada” y no equivalga a una discrecionalidad absoluta o a una arbitrariedad subjetiva en el juicio de hecho, es orientada desde que el juez debe utilizarla únicamente con el objetivo de alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso y que debe usar criterios racionales para ello.

La libertad de elección de los elementos de prueba relevantes para la decisión puede y debe ser ejercida de forma racional y controlable. La obligación de motivar asume aquí un significado muy preciso, consistente en hacer que el juez, justificando mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, las someta al control externo que puede efectivizarse sobre la motivación, que no se da el caso de autos.

Debe tenerse en cuenta que: "El criterio de verdad constituye un requisito sine qua non cuando se trata de la imposición de una pena por la comisión de un delito: sólo será legítimo penar al culpable verdadero luego de que su culpabilidad haya sido plenamente acreditada. Esta es una exigencia constitucional derivada del principio de inocencia, implícitamente consagrado en el art. 18 de la C. N. y expresamente establecido en las convenciones internacionales incorporadas

a ella....que presupone la no culpabilidad del acusado hasta que se pruebe la verdad de lo contrario, y consecuentemente establece para el caso de duda sobre la verdad de la acusación, originada en la ausencia o insuficiencia de pruebas, la imposibilidad de penarlo." (José I. Cafferata Nores. "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Pág. 118, Editores del Puerto SRL, 2º ed. actualizada. 1998)

En el caso de autos, no se ha logrado quebrantar la presunción de inocencia que goza toda persona involucrada en un proceso –en este caso contravencional- toda vez que resulta imposible, con el grado de la certeza necesaria para el dictado de sentencia condenatoria, aseverar que, I. L. J. M. el día 18 de julio de 2010 conducía un vehículo, encontrándose bajo los efectos de estupefacientes, con sus capacidades disminuídas para conducir de manera idónea, previsto y reprimido por el art. 111 del CC. Por aplicación del principio "in dubio pro reo", consecuentemente, corresponde revocar la sentencia apelada.

10) Por lo expuesto, corresponde:

I) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto; II) REVOCAR la sentencia recurrida en cuanto fuera motivo de agravio, ABSOLVIENDO a I. L. J. M. de la imputación de la contravención prevista en el art. 111 del CC.

Así lo voto.

El Dr. Jorge A. Franza dijo:

RESULTA:

1) Que el Dr. Francisco José Malini Larbeigt, titular de la Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 5, interpuso recurso de apelación (104/109) contra la sentencia definitiva obrante a fs. 97/102, mediante la cual resolvió condenar a I. L. J. M., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho materia de requisitoria fiscal y calificado como infracción al art. 111 del CC, sin costas.

Oído la Sra. Fiscal de Cámara, Dra. Sandra Verónica Guagnino, a fs. 113/115, pasan los autos a resolver.

Y CONSIDERANDO:

Primera cuestión:

2) El recurso ha sido interpuesto en las condiciones y plazos establecidos por el art. 50 del Código de Procedimiento Contravencional,

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

cumpliendo con los requisitos de impugnabilidad objetiva y subjetiva, en cuanto fuera planteado por quien se encuentra autorizado para hacerlo por la ley procesal, y por tener un interés jurídico en la impugnación contra una sentencia definitiva, resultando formalmente admisible.

Segunda cuestión: De los agravios.

¿Se ajusta a derecho la sentencia recurrida?

3) Corresponde en primer lugar justipreciar los agravios vinculados a la valoración de prueba producida en la audiencia de juicio oral y público desarrollada sin la presencia de los suscriptos.

Ha resuelto ya con anterioridad esta Sala (*in re* 469-00/CC/2006, “Alcaraz Héctor Juan ó Ríos, Ramón Alberto *s/inf. art. 189 bis C.P. – APELACION*”, *entre otras*) que este tribunal de alzada se encuentra facultado para llevar a cabo una revisión amplia de los hechos y las pruebas, como único modo de efectivizar la garantía del doble conforme. En este sentido, la doctrina emanada del fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sienta las bases para garantizar la doble instancia dentro de los lineamientos instituidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En sus considerandos, dicho pronunciamiento estableció que, los “*arts. 8.2 h de la CADH y 14.5 del PIDCP exigen la revisión de todo aquello que el Tribunal esté en condiciones de revisar. La Dra. Carmen Argibay ha dicho, que: ‘si un individuo que ha sido condenado penalmente tiene un derecho constitucional a que la sentencia sea revisada o controlada por un tribunal superior, dicha revisión tendría que comprender todos aquellos argumentos en los que se ha sustentado la condena, es decir, aquellas premisas cuya modificación tienen aptitud para alterar la condena o la pena a favor del recurrente. En consecuencia, ese carácter total que debe tener el derecho de revisión de la condena vedará, en principio, que puedan realizarse distinciones que predeterminen la materia a revisar, excluyendo de antemano ciertos aspectos, como ocurre, por ejemplo, con la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho’* (CS, *in re* “Casal, Matías E. y otro” 20/9/05, JA. 2005-IV. Fascículo 10)... todo examen solicitado por la defensa al tribunal de alzada, si resulta posible, debe ser llevado a cabo...Se

impone aplicar la llamada teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento (Leistungsfähigkeit), así el recurso previsto por el art. 61 de la ley 1287... En punto a lo que habitualmente se postula como la imposibilidad de verificabilidad de aquello que es propio de la inmediación, considero correcta la apreciación de Oscar R. Pandolfi en su nota al fallo referido, en el sentido que el Tribunal no tiene facultades para fundar una decisión en la 'credibilidad' o 'falta de ella' que le genere en su ánimo subjetivo la declaración de un testigo, aunque esas razones no tengan que ver con algún prejuicio social, ni de vestimenta, sino de pautas más objetivas y apreciables por cualquiera, como sus titubeos, o su expresión, etc. Y ello así no solamente por la formidable ambigüedad de tales conclusiones, sino también porque para cumplir con las reglas de la sana crítica racional deberá acreditarse, en la reconstrucción del relato histórico de los hechos, el cumplimiento del principio de verificabilidad al que alude Olsen Ghirardi y que consiste en la adaptación del pensamiento de Karl Popper sobre la 'falsabilidad' de las proposiciones que se tienen por ciertas. Es decir, hace falta una demostración 'objetiva' válida para todos, y no solamente para el juez que experimenta -subjetivamente- esa sensación de veracidad, para poder fundar válidamente la decisión. O sea que ese proceso intelectual tiene que sortear el control de logicidad para ser válido."

En efecto, si bien el art. 50 de la Ley N° 12 prevé la posibilidad de impugnar la sentencia mediante el recurso de apelación -que por su naturaleza implica un reexamen por parte de un tribunal superior de la situación de hecho y de derecho-, la oralidad propia del procedimiento contravencional impide una revisión de los aspectos probatorios que dependen exclusivamente del principio de inmediación.

En este sentido, cabe destacar que la alzada no puede valorar de nuevo los testimonios desarrollados en la audiencia de debate, sin escucharlos, en la medida que no se logró un contacto directo con los medios de información y las personas, tal como lo hizo el magistrado de grado, debiendo efectuar el control de logicidad del razonamiento de la *a quo*.

Delineada mi posición con respecto al alcance de las materias revisables por este tribunal de alzada, corresponde evaluar si las pruebas rendidas en la audiencia de juicio, analizadas en su conjunto en virtud de las reglas de la

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

sana crítica, justifican la sentencia que condenó la conducta imputada a I. L. J. M. - art. 111 del CC-.

4) En primer término corresponde recordar los fundamentos desarrollados por la *a quo* para resolver el presente caso.

a. La magistrada entendió que, en el caso *sub examine*, no se encuentra discutido que el hecho motivo de autos ocurrió el 18 de julio de 2010 a las 03.13 hs, en la intersección entre la Avenida Rafael Obligado y la calle La Pampa, de esta ciudad, cuando el imputado circulaba con un vehículo dominio IKU-164, encontrándose bajo los efectos de estupefacientes, con sus capacidades disminuidas para conducir de manera idónea, habiéndosele realizado, por parte del Cuerpo de Agentes de Tránsito y Transporte de la Ciudad, en primer lugar un examen con un pupilómetro, el cual arrojó resultado positivo, y atento a ello, se procedió a realizarle un control de saliva, el cual también arrojó resultado positivo, indicando la presencia de cocaína y anfetaminas.

b. Señaló en sus fundamentos que, se trata de una contravención de peligro, que requiere para su consumación que el sujeto haya conducido un vehículo por la vía pública con sus condiciones de manejo disminuidas, generando un peligro cierto para terceras personas. La conducta resulta definida por dos elementos fundamentales: a) la conducción de un vehículo, y b) el hecho de encontrarse bajo la acción de sustancias, distintas del alcohol, que disminuyen la capacidad para hacerlo.

c. Destacó que, de los testimonios de los Señores G. L. y D. surge que, con motivo de los operativos de control preventivo de tránsito llevados a cabo por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, fue detectado que el día del labrado del acta que obra a fs. 2, el encartado conducía un vehículo en la vía pública y al ser sometido al control efectuado por el pupilómetro arrojó resultado positivo, manifestando ambos en la audiencia que sólo debía entenderse así para la presencia de cocaína.

Del procedimiento en cuestión dan cuenta el acta de mención, el informe de fs. 3, la vista fotográfica de fs. 4 y el dispositivo con el cual se realizó el test de fluido, habiendo prestado declaración en la audiencia el Sr. Ojeda que

resultó testigo del labrado del acta contravencional.

A su turno, el Dr. Seoane, al examinar el dispositivo que acompaña el legajo, indicó que sólo había arrojado resultado positivo para la presencia de cocaína. Ello así, en virtud de que era la única línea totalmente ausente en el lugar donde se efectúan los registros de las mediciones de las sustancias; por lo que había resultado positivo para la misma.

Finalmente, en lo que hace al hecho, el Dr. Martínez Carignano, manifestó haberse encontrado presente ese día en virtud de que resultaban ser los primeros operativos de control que se efectuaban para la verificación de la presencia de sustancias incompatibles con la conducción y distintas del alcohol.

d. Respecto del planteo efectuado por el Defensor Oficial que cuestionó en la audiencia el valor probatorio del test llamado “salivaconfirm”, utilizado para efectuar las mediciones en los controles. Dicho cuestionamiento abordó principalmente dos aspectos: por un lado el grado de certeza y efectividad de la medición; y por el otro, la certificación del dispositivo utilizado, dado que el procedimiento no se lleva a cabo en el país.

La magistrada de grado sentenció que, si se analiza la documentación acompañada a fs. 74/78, surge que la precisión del test “salivaconfirm” -utilizado para el caso que nos ocupa- es mayor al noventa y cinco por ciento (95%), resultando para el caso de la cocaína con una precisión del noventa y siete punto ocho por ciento (97,8%). Ello estuvo sostenido por los testimonios de los Dres. Seoane y Martínez Carignano en la audiencia.

A su vez debe consignarse, el test de saliva no ha sido un elemento aislado. En efecto, en todos los controles, conforme a los testimonios de los Dres. Seoane y Martínez Carignano, la prueba sobre el fluido se realiza sólo si es positivo el control efectuado por el pupilómetro. Dicho instrumento, explicó el Dr. Seoane, mide la reactividad muscular, detectando la presencia de sustancias y también de signos de cansancio o fatiga, mostrando una curva con dos resultados distintos. En el caso de estudio, el informe de fs. 3, señala que el control efectuado por el pupilómetro ha sido positivo en el caso del Señor J. M.. Ello fue corroborado por los testigos G. L. y D., agentes actuantes durante el procedimiento, a lo que se suma lo manifestado por el Dr. Martínez Carignano. Con ello, resultado positivo del pupilómetro más resultado positivo de un test con un alto porcentaje de

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

fiabilidad, por lo que entiende que se rechaza el argumento respecto de la falta de certeza de la medición efectuada, valorado ello bajo la óptica de la sana crítica.

Por otro lado, descartó el argumento relativo a la falta de certificación de los dispositivos de detección ya que, conforme señaló el Dr. Martínez Carignano en la audiencia, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) ha aprobado su ingreso al país y para ello consideró innecesario efectuar un análisis de calidad aquí, debido a que cuenta con informes técnicos internacionales suficientes; entre ellos el efectuado por U.S. Food and Drug Administration (FDA) con un procedimiento “ce clearance”.

5) En primer lugar se aqueja el apelante, en cuanto la sentencia en crisis no se ha comprobado la ingesta de “sustancias prohibidas” por el Sr. J. M., por insuficiencia probatoria, ni tampoco lesividad del hecho encartado.

En este sentido señala, que el artefacto utilizado para realizar la medición de la probable ingesta de sustancias prohibidas, carece de certificado oficial de autoridad competente para la jurisdicción nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, que certifique su normal y apropiado funcionamiento.

Por otro lado, el elemento de medición utilizado carece de fuerza en orden a determinar conforme las reglas del proceso adjetivo, solo por sí, la infracción del artículo 111 de la ley 1472.

Señala que no alcanza completar el cuadro probatorio el hecho de que se le haya tomado al imputado previamente, de visión mediante una prueba de visión de un “pupilómetro”, y que de ella se haya inferido por personal no médico que había probabilidad de ingesta de sustancias prohibidas.

A su vez, los propios operadores del sistema y el testigo S., afirman que dicho pupilómetro mide la fatiga de la persona, que no resulta punible en los términos del artículo 111 de la ley 1472, aunque de ella se derivan una cantidad importante de accidentes viales.

Por último manifiesta que de la lectura de la sentencia condenatoria, no surgen las circunstancias fácticas en que se basa la magistrada para afirmar la afectación de la “seguridad pública”, al punto de comprobar la lesividad de ese bien jurídico. Además no se estableció en su sentencia en que grado disminuyeron las

facultades del conductor y como dicha circunstancia puso en peligro la “seguridad pública.”

6) Corresponde evaluar si la fundamentación efectuada por la *a quo* es respetuosa de la garantía de debido proceso legal, o por el contrario, si resulta ser el producto arbitrario de su exclusiva voluntad, al carecer de todo respeto a las pruebas rendidas en la audiencia de juicio y a su análisis en virtud de las reglas de la sana crítica, lo que la invalidaría como acto jurisdiccional.

En ese orden de ideas, corresponde destacar que la audiencia de debate se ha llevado a cabo de conformidad con los ritos vigentes, teniendo las partes oportunidad de presenciar la producción de la prueba y de alegar respecto de su valor probatorio.

Ahora bien, de una lectura detenida de la sentencia impugnada surge con claridad cuáles fueron los fundamentos que llevaron al Dra. Carla Cavaliere a pronunciarse de un modo condenatorio, detallando cuáles fueron las circunstancias que lo han llevado a concluir que la conducta que se le endilgó al Sr. Jaro Mayorga, en base a la percepción que obtuvo de los testimonios brindados a lo largo de la audiencia, analizándolos en conjunto con la prueba documental rendida en el proceso.

En este último sentido, esta alzada tiene vedada la posibilidad de revalorar la prueba en todo lo que se vincule a la inmediación; aunque si puede abocarse al análisis lógico de la sentencia, determinando si se han violado las leyes propias del razonamiento o existe una total ausencia de fundamentación normativa.

Para ello habrá de observarse, antes que nada, el criterio sentado por la C.S.J.N. según la cual “*la doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el pronunciamiento de los jueces como la sentencia fundada en la ley a la que hace referencia el artículo 18 de la Constitución Nacional*”. (Fallos 312:246, 389, 608, 1839, entre otros).

Pues bien, siguiendo este lineamiento no advierto que el recurso de apelación en trato alcance a demostrar la existencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia en los términos explicitados *ut supra*, al que la C.S.J.N. ha reconocido como medio idóneo para asegurar el reconocimiento de algunas de las garantías

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

consagradas en la ley suprema (Fallos 323: 2510, considerando 10, con cita de Fallos: 310: 324, considerando 5).

Como fundamento de su decisión, la jueza expresó “*en lo que hace al aspecto subjetivo de la conducta, el Señor J. M., sabe que no puede conducir un vehículo si ha consumido sustancias que disminuyen su aptitud para hacerlo, sin perjuicio de lo cual el día del hecho manejó su rodado en la vía pública, resultando positivo el test para la presencia de cocaína en su organismo. A esta altura, dejo sentado que descarto la presencia anfetaminas atento a que del análisis del dispositivo que acompaña al legajo, exhibido en la audiencia, de los testimonios de los labrantes del acta y del Dr. Seoane, surge que solo ha sido positivo para la presencia de cocaína. Con ello, se ha configurado el dolo requerido para la comisión de la contravención. En lo que hace a la lesividad de la conducta exigida por el art. 1 de la ley 1472 y por el art. 13 de la CCBA; con la desplegada por el encartado, se ha vulnerado el bien jurídico “seguridad y ordenamiento en el tránsito” protegido por la norma. Tengo en cuenta para ello que lo que se pretende proteger es la seguridad en el tránsito como una subespecie de la seguridad pública, evitando conductas peligrosas que, yendo más allá del riesgo permitido, puedan afectar a terceros. Así, J. M., conducía rodado en la madrugada de un día domingo, más precisamente a las 03.13 horas, en la intersección entre la Avenida Rafael Obligado y la calle La Pampa, de esta ciudad, en las cercanía de una conocida disco, comprobándose tanto para el pupilometro cuanto por el dispositivo utilizado, la presencia de una sustancia capaz de disminuir su aptitud para manejar. No encuentro circunstancias que justifiquen la conducta ni causas excluyentes de la culpabilidad. Por ello, el imputado debe ser responsabilizado en el carácter de autor, atento a que era de quien se encontraba frente a la conducción del rodado, bajo las circunstancias que vengo señalando (arts. 12 y 20 de la ley 1472 y 45 del CP).*” (Conf. fs. 101/102) por lo que, su decisión se sustenta en las constancias obrantes en autos, respecto de la ocurrencia de los hechos, en virtud de las pruebas producidas en el debate. Esas pruebas han sido debidamente analizadas por la *a quo* y lo han llevado a una conclusión lógica y razonada.

Entiendo que la sentencia impugnada se encuentra fundada conforme a derecho y los agravios del recurrente sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta.

La decisión de la *a quo* cuenta con debida motivación, lo que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido.

7) Por lo expuesto, proponemos al acuerdo: RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto y CONFIRMAR la condena del Sr. I. L. J. M. (art. 51 L.P.C) de la contravención imputada art. 111 C.C..

Lo que así voto.

La Dra. Silvina Manes dijo:

1) Por los fundamentos allí expresados, adhiero al voto de la distinguida vocal preopinante, Dra. Paz, compartiendo en un todo la conclusión a la que arribara.

En este sentido considero, que la valoración de la prueba efectuada por la *a quo* no recoge la duda que genera el hecho objeto de análisis.

Explica Bacigalupo que el principio "*in dubio pro reo*" en su dimensión normativa "*se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo*" y "*...el Tribunal no puede fundamentar su certeza en la duda o la mera sospecha de los testigos o de los policías, y si en estas condiciones ha condenado habrá infringido el principio in dubio pro reo, en tanto norma sustantiva que debe observar en la aplicación de la ley penal*" (conf. La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal", pág. 69/70).

Y Julio B.J.Maier, indica que "*... la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda, o aún la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución...*" ("Derecho Procesal Penal", tomo I, "Fundamentos", Ediciones del Puerto, Bs. As., 1996, 20 edición, p.492 y ss.).

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Sala III

En igual sentido, un párrafo valioso del voto del juez Petracchi en el caso "Ricardo Francisco Molinas v. Nación Argentina" expresa: "*Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia, el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense in re 'Coffin vs. United States' (156 U.S. 432, pág. 453 y sgtes.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius, gobernador de Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: '¡Oh ilustre César -le dijo- si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?', a lo que Juliano respondió: 'Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?' (Ammianus Marcellinus, Rerum Gestarum LXVIII, C.1). Tan venerable y remoto legado no puede ser desconocido sino a riesgo de negar la propia dignidad humana, y la Constitución Nacional, pues, reza así: 'Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo' (artículo 18). Ello significa que todo habitante debe ser considerado y tratado como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Tan magno es este principio, que no ha dejado de ser puntualizado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -Art. 9-, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -Art. 11-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Art. 8, 2º- y diversas constituciones provinciales de nuestra Nación: La Rioja (Art. 22), Jujuy (Art. 29 inc. 4º), Córdoba (Art. 39), San Juan (Art. 30), Santiago del Estero (Art. 35)" (Fallos: 314:1091)".*

A partir de lo expuesto, se advierte que la Sra. magistrada *a quo* no ha efectuado una derivación racional de las pruebas producidas en el debate, específicamente en lo que se refiere al test de control de saliva, conforme las pautas de la sana crítica racional (principio lógicos, adquisiciones de la ciencia y máximas

de la experiencia), afectando de este modo el principio constitucional del *in dubio pro reo*.

Por consiguiente, considero que la sentencia impugnada debe ser revocada en los términos propuestos por la Dra. Marta Paz.

Así lo voto.

Por todo lo expuesto, de conformidad con el acuerdo señalado el Tribunal **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto.

II. REVOCAR la sentencia recurrida en cuanto fuera motivo de agravio, **ABSOLVIENDO** a **I. L. J. M.** de la imputación de la contravención prevista en el art. 111 del CC.

Regístrese, notifíquese a las partes y oportunamente remítase el presente incidente al juzgado de origen a sus efectos.

Ante mí:

En / / se libró/aron cédula/s. Conste.

En / / remití las actuaciones a la Fiscalía de Cámara nro. 2, a fin de notificar la sentencia recaída en autos. Conste.