

REGISTRO N° 24.461

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 18 días del mes de febrero del año dos mil quince, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta y los doctores Luis María Cabral y Juan Carlos Gemignani como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en esta causa n° 298/13, caratulada: "López Brez, Javier Antonio y otro s/ recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, con fecha 10 de diciembre de 2012, resolvió por mayoría en lo aquí pertinente "I) *DECLARAR en el caso la inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal, previsto en el art. 14, párrafo 2º, de la ley n° 23.737, REVOCANDO la resolución que fuera impugnada. II) DICTAR los sobreseimientos de Javier Antonio LOPEZ BREZ y Carlos RODRIGUEZ MEDINA (arts. 336 inc. 3º C.P.P.N.) con la aclaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiesen gozado (art. 336, inc. 30 y último párrafo, C.P.P.N.)*" (cfr. fs. 108/108 vta.).

2º) Que contra dicha resolución el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación a fojas 113/119, el que fue concedido a fojas 121/122 y mantenido en esta instancia a fojas 129.

El recurrente fundó su recurso en el supuesto previsto en el artículo 456 inciso 2º del código de rito.

Afirmó que la conducta del imputado había trascendido a terceros y afectado el bien jurídico tutelado por la ley de estupefacientes. Explicó por qué, a su modo de ver, no era este un caso equivalente al supuesto de hecho del fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Indicó que "la Cámara, en su resolución, realiza una

síntesis de los hechos y de las conclusiones periciales para luego resolver la situación procesal de los imputados. La mayoría menosprecia el lugar donde fue encontrada para reemplazarlo por circunstancias que la llevan a mantener la calificación de la tenencia para consumo personal como que la requisita y posterior secuestro ofendería la privacidad de los reclusos. Es que, con *´lugar donde fue encontrada´* no debe confundirse con la almohada, el piso o sus vestimentas sino debe referirse al establecimiento carcelario y en este *´lugar´* la requisita es un procedimiento común, aceptado, reglado, y no *´ocasional´*" (fs. 115).

Manifestó que "...descartado el ánimo de comercio, tampoco se secuestraron elementos para el consumo, con lo que no se dan -estrictamente- los requerimientos legales para presumir que la droga incautada estaba destinada al consumo -y sólo al consumo- por parte del imputado" (fs. 115).

En relación a esto último, sostuvo que "...no puede decirse que en este caso se cumplan las exigencias de la norma para sugerir "inequívocamente" el fin consumista, pues, aunque la cantidad secuestrada pueda reputarse escasa, no se encontraron elementos utilizados corrientemente para el consumo de esta droga, ni se realizaron las pericias tendientes a probar que la adicción de los reclusos quienes -incluso- niegan que los envoltorios hallados les pertenecieran" (fs. 115).

Agregó que la Cámara a quo "...omite contrarrestar la regla utilizada en la resolución del caso particular, basada en que la finalidad de consumo exigida para la configuración de la tenencia de estupefacientes para uso personal -aspecto subjetivo específico- debe surgir de manera cierta e inequívoca, no sólo de la evaluación de un elemento cuantitativo como es la escasa cantidad de droga, sino también otro cualitativo, como indica el juez disidente" (fs. 115).

Por otra parte, el recurrente manifestó que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia "...ha hecho una interpretación del artículo 14, segunda parte de la ley 23.737 que configura un exceso jurisdiccional, dictando una resolución

inmotivada, vulnerando de tal modo principios constitucionalmente consagrados que hacen a la división de poderes y fundamentación de los actos estatales, esencial en el sistema republicano que adoptó nuestra Nación para su gobierno y garantías constitucionales como la del debido proceso, apartándose sin mayores argumentos de lo decidido y establecido por el legislador, en cuanto a las conductas que son comprendidas en el tipo que describiera y lo que también es grave, apartarse sin dar fundamentos suficientes de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a la validez de la norma represiva y de su aplicación a todos los casos de tenencia de estupefacientes, en especial en autos donde la tenencia de estupefacientes está legalmente prohibida" (fs. 115 vta.).

En relación a la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte de la ley 23.737, el recurrente sostuvo que la misma es incorrecta ya que a diferencia de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arriola" en las presentes actuaciones "...hay trascendencia porque en una unidad penitenciaria los espacios personales son reducidos, por lo que al momento de consumir una sustancia existe probabilidad de afectar la salud de terceros, terceros que pueden estar en tratamiento de rehabilitación o simplemente no deseen ser afectados por el consumo de otro interno. La privacidad no se ve afectada porque el hallazgo sea producto de la acción de la preventora, ya que las requisas por razones de seguridad son legales y admitidas por la jurisprudencia..." (fs. 116 vta.).

Añadió que "...convivir con una persona que fuma marihuana diariamente afecta la salud del llamado fumador pasivo. El humo ya en sí mismo no es saludable, porque aunque no se consuma directamente ingresa de todas maneras al sistema corporal del fumador pasivo. Por el solo hecho de aspirar el humo de la marihuana se padecen los efectos de la misma, aunque en menor medida. Incluso, llegado el caso, tras aspirar

demasiada cantidad se puede dar positivo en un posible análisis. Es por eso que, aun no constituyendo un delito, no debe permitirse el uso de sustancias en ciertos ámbitos de seguridad" (fs. 117).

Por último, formuló reserva de la cuestión federal.

3º) Que durante el trámite previsto en los arts. 465 - cuarto párrafo- y 466 del CPPN se presentó el Defensor Público Oficial a fs. 131/135 y propició que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Al respecto, propugnó que el Ministerio Público Fiscal no es titular de la garantía de requerir una doble conformidad judicial, prevista en los arts. 8 inc. 2 ap. H de la CADH y art. 14 inc. 5 del PICDyP.

En relación a esto, indicó que *"...el recurso intentado en esta oportunidad por el Ministerio Público Fiscal, busca ´agrarar´ la situación de [sus] asistidos Javier Antonio López y Carlos Alberto Rodríguez Medina. En tal sentido, la doctrina sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re ´Casal´ (Fallos 328:3399), no es de aplicación estricta, para el caso del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal" (fs. 132).*

Añadió que *"...ni la DADH ni el PIDCyP, se propusieron conceder un recurso al Estado, contra las decisiones de los tribunales que ellos consideren injustas, para conseguir una condena más grave, según la apreciación particular del recurrente. El espíritu de ambos Tratados de Derechos Humanos, es otorgar garantías a los ciudadanos contra las posibles arbitrariedades estatales, nunca en sentido inverso. El Estado, en este caso el Ministerio Público Fiscal, no puede ser titular de garantías, para ser aplicadas en contra de las personas" (fs. 132).*

Por otra parte, indicó los motivos por los cuales entiende de aplicación al caso concreto lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arriola" y sostuvo que la acción de sus defendidos se encontraba en un ámbito privado, alejado del resto de la población carcelaria y

que "...la situación de hecho que se ventila en autos no puso en riesgo la salud pública, ni afectó a terceros, pues carece de aptitud para poner en riesgo otro bien que no sea su propia salud, terreno éste que es de disposición absoluta del individuo y que por ello se encuentra vedado a la coacción estatal" (fs. 133).

Añadió que "...atento a la cantidad de estupefacientes secuestrados (2,23 grs. de marihuana y 4,46 grs. de cocaína), sumado a las circunstancias en que fueron encontradas dichas sustancias, no se deriva ningún elemento que permita imputarle la finalidad de desarrollar un consumo que trascienda de sí mismo, no advirtiéndose la situación de peligrosidad para la salud pública que caracteriza al delito previsto por el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, por lo que insiste esta Defensa que la resolución esgrimida por la CFA de Comodoro Rivadavia es la que mejor se ajusta a derecho" (fs. 134 vta./135).

4°) Cumplidas las previsiones del art. 468 del CPPN, de lo que se dejó debida constancia en autos, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Figueroa, Juan Carlos Gemignani y Luis María Cabral.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1°) Previo a todo análisis, conviene recordar que se le atribuía a Javier Antonio López Brez, la presunta comisión del delito de tenencia de estupefacientes (art. 14 1ra. parte de la Ley 23.737), surgiendo que "...el día 28 de julio de 2011, cuando en el Instituto de Seguridad y Resocialización Unidad 6 de Rawson, siendo aproximadamente las 17:40 horas, el Jefe de Turno de Requisa EPINOLA junto al Jefe de Turno GUTTLEIN se encontraban de recorrida por el Sector "B" del Pabellón 5, percibiendo en el ambiente un fuerte olor característico a Cannabis Sativa. En atención a ello, el jefe de turno realiza

una inspección ocular en dicho pabellón, procediendo a reintegrar a la totalidad de los internos, y al inspeccionar la celda número 12 perteneciente al incuso, se halla en una jabonera de color azul una sustancia de color blancuzca e inodora en forma de tiza envuelta en nylon, como así también un envoltorio de nylon color blanco conteniendo en su interior una sustancia de color verduzca de olor particular similar a la marihuana..." (cfr. fs. 75).

Asimismo se le atribuía también a Carlos Alberto Rodríguez Medina la presunta comisión del delito de tenencia de estupefacientes, debido a que *"...el día 28 de julio de 2011, cuando en el Instituto de Seguridad y Resocialización Unidad 6 de Rawson, siendo aproximadamente las 17:40 horas, el Jefe de Turno de Requisa ESPINOLA junto al Jefe de Turno GUTTLEIN se encontraban de recorrida por el Sector "B" del Pabellón 5 percibiendo en el ambiente un fuerte olor característico a Cannabis Sativa. En atención a ello, el jefe de turno realiza una inspección ocular en dicho pabellón, precediendo a reintegrar a la totalidad de los internos y al requisar al incuso, quien se encontraba en el baño haciendo sus necesidades fisiológicas, se halla en uno de los bolsillos del pantalón que llevaba puesto un envoltorio de nylon que contenía en su interior una sustancia color verduzca de olor característico, la cual se trataría de picadura de marihuana" (cfr. fs. 75 vta.).*

Con fecha 18 de junio de 2012, el Juez a cargo del Juzgado Federal de 1ra Instancia de Rawson, dispuso el procesamiento de los imputados por considerarlos probables autores material y criminalmente responsables del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes para consumo personal previsto en el art. 14 2° parte de la Ley 23.737 (cfr. fs. 79/79 vta).

Contra dicha resolución, el Defensor Público Oficial interpuso recurso de apelación, solicitando se declare para el caso concreto la inconstitucionalidad del art. 14 2° parte de la Ley 23.737, y peticionando en virtud de esto, el

sobreseimiento de los procesados.

Con fecha 10 de diciembre de 2012, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, por mayoría, resolvió declarar en el caso la inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal, revocando la resolución impugnada y dictó los sobreseimientos de Javier Antonio López Brez y Carlos Rodríguez Medina.

Para resolver de esta manera, los Sres. Magistrados que formaron la mayoría entendieron que en el caso concreto la conducta de los imputados no trascendió a terceros, y que *"ante el modo como los mismos tenían la droga cada uno, se puede aceptar la poseían bajo su órbita de intimidad, en tanto no puede suprimirse de modo completo la esfera de la misma aun encontrándose en prisión, pues la condición humana no queda abolida por la privación legítima de la libertad. Y como se ha expresado, es doctrina de la CSJN que cuando la tenencia para uso personal no ofende ni pone en riesgo la salud pública, deviene inconstitucional su punición"* (voto de la Dra. Hebe L. Corchuelo de Huberman, fs. 108).

2°) Analizadas las constancias del expediente y estudiada la cuestión traída a control jurisdiccional de esta Cámara, he de adelantar que entiendo que la conducta desplegada por Javier Antonio López Brez y Carlos Alberto Rodríguez Medina debe ser analizada y resuelta en igual sentido que lo hiciera la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, es decir, a la luz de la doctrina sentada en el fallo "Arriola, Sebastián y otros s/recurso de hecho", por nuestro más Alto Tribunal.

No puede soslayarse que el punto sobre el que se zanja la decisión del a quo radica precisamente en que los recurrentes se encontraban al momento de ser detectada la tenencia de estupefacientes en una unidad carcelaria, en la que se encontraban alojados cumpliendo una pena privativa de la libertad y ello no ha de ser un dato menor al momento de analizar la relevancia penal del comportamiento que se les

atribuye.

Los Principios básicos para el tratamiento de reclusos expresan que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos” (aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°). En el mismo sentido, los artículos 5.1 de la C.A.D.H. y 10.1 del P.I.D.C.y P. disponen que toda persona privada de libertad “será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Como lo ha indicado la Corte IDH al analizar el art.5 de la CIDH, respecto de los detenidos se *“produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades....”*. (Cfr. Sentencia del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, rta.2-9-2004, parágrafo 152). De aquí que la injerencia estatal en esferas que consideramos propias de la persona se vea ampliada, pues no sólo ejerce control sobre la persona sujeta a encarcelamiento sino que es también el Estado garante y custodio de la propia integridad.

Ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “Los prisioneros son [...] ‘personas’ titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso” (“Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus”, Fallos 318:1894).

En efecto, si bien es cierto que la situación de encierro de Javier Antonio López Brez y Carlos Alberto Rodríguez Medina importa la limitación del ámbito de disponibilidad de la persona y la extensión de su privacidad,

no es menos cierto que las personas aún en la situación de encierro carcelario mantienen un ámbito de intimidad constitucionalmente resguardado, si bien reducido o limitado en orden a aquello que es *"evidentemente necesario por el hecho del encarcelamiento"* (Res. 45-111 Asamblea General de la Naciones Unidas, ya citada).

No puede desatenderse entonces a las circunstancias particulares de la tenencia en el caso, para determinar su efectiva trascendencia o no fuera del ámbito de privacidad de la persona, pues no se trata de la arbitrariedad de la injerencia estatal en sí, en la forma de control de aquello que el alojado en una dependencia penitenciaria tiene en su poder, sino de la finalidad de esa injerencia que debe estar dirigida a mantener y preservar la seguridad de ese y de todos los demás internos, lo que se vería amenazado por ejemplo, por la tenencia de armas de cualquier tipo pero no por una escasa cantidad de marihuana y cocaína.

De tal manera, no puede esta Cámara aproximarse al caso traído a estudio por la aplicación irreflexiva del precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto estableció que *"...los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos -y en lo que aquí interesa- el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)"*. Y también que *"...el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e*

instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía –que es prenda de madurez y condición de libertad– e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

A partir de ello, y con la premisa de que el contexto de encierro no determina por sí que la tenencia de estupefacientes para consumo personal trascienda la esfera de intimidad de la persona y por lo tanto, tampoco implica la automática afectación al bien jurídico protegido por la norma, considero que debe evaluarse si en el caso concreto se ha verificado trascendencia del estupefaciente fuera de ese ámbito de intimidad o si se han afectado derechos de terceros como destinatarios de un eventual peligro.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que a López Brez y a Rodríguez Medina se le secuestraron una muy escasa cantidad de estupefacientes. En relación a López Brez, se le secuestraron 1,03 gramos de marihuana y 4,6 gramos de cocaína, que se hallaban en una jabonera envuelta en nylon. Mientras que a Rodríguez Medina se le secuestró 1,20 gramos de marihuana en el bolsillo del pantalón que llevaba puesto, dentro de un envoltorio de nylon. De estas circunstancias se desprende que los estupefacientes secuestrados se encontraban ajenos a la vista de otras personas.

En este escenario, no se evidencian en el caso la concreta afectación al bien jurídico salud pública ni daños producidos a bienes jurídicos o derechos de terceros.

Tampoco debe el Estado resolver desde la injerencia del derecho penal a través de la amenaza de imposición de pena a la persona, en violación al principio de última ratio, una eventual permeabilidad de los controles de los elementos que

ingresan a la unidad carcelaria. Es evidente que si López Brez y Rodríguez Medina tenían en su poder 1,03 gramos de marihuana, 4,6 gramos de cocaína y 1,20 gramos de marihuana, respectivamente, es porque de alguna manera esa sustancia había sido ingresada a la unidad pero no por ello su mera tenencia resulta un supuesto excluido de las consideraciones realizadas por nuestro Máximo Tribunal en el citado precedente "Arriola" en términos del ámbito de privacidad resguardado por el art. 19 de la CN.

De tal manera, dado que la circunstancia de encontrarse privados de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para privar a los imputados de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal y que el estupefaciente por sí solo, en las condiciones y circunstancias de su tenencia, no genera peligro para terceros, corresponde confirmar la decisión adoptada por la Cámara a quo, y rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas. (arts. 470 -a contrario sensu-, 530, 532 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

Que en el caso de marras entiendo, al igual que mis colegas de grado, considero que no puedo apartarme de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal, en el mencionado fallo "Arriola, Sebastián y otro s/causa N° 9080", A. 891 XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009, en el cual se consagró "*...que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefacientes para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitucional Nacional (o no)...*" (Voto de la Juez Carmen M. Argibay).

En esa línea, entiendo que al haber sido calificada la conducta del encartado como constitutiva del delito de

tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 (ver resolución de fs. 106/108), sumado al hecho de que el comportamiento de los imputados López Brez como por Rodríguez Medina, en modo alguno colocó en peligro concreto o causó daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, línea demarcadora que sólo de ser sobrepasada consentiría la intromisión judicial, se impone aquella solución. En efecto, véase que la marihuana incautada, constituía una escasa cantidad -2,23 grs. de cannabis sativa y 4,6 -, la detentaban en el interior de su celda individual, dentro de una jabonera de color azul en la unidad penitenciaria donde se encontraba alojado.

Por lo tanto, el caso en estudio se encolumna detrás de otros en los que el Máximo Tribunal decidió la desincriminación de la conducta pesquisada, a saber: Fallos: 310:294 y 312:2475; ocasiones en las que se precisó que “... una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra [...] un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible...”, no importa relevancia jurídico-penal, ya que “...toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto arco de una acción autorreferente [...] No hay lugar para plantear (una cuestión penal) cuando la conducta persona no afecta a los intereses de ninguna otra...” (confr. voto del Ministro Carlos S. Fayt, del precedente “Arriola” arriba citado); “...en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, está amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional [...] La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la

salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional [...] Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionada con la existencia de actos de exhibición en el consumo [...] Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder la/el imputada/o..." (vid. Sufragio de la Juez Carmen M. Argibay, siempre del antecedente de cita).

Por otra parte, del análisis del recurso traído a estudio, advierto que el recurrente intenta tener por acreditada la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública a partir de argumentos meramente especulativos, cuando lo cierto es que no existe elemento probatorio alguno que permita sostener tal tesis.

A su vez, no debe pasarse por alto que en el *sub lite* no se ha demostrado que: "el consumidor (hubiese) ejecutado actos de 'tráfico hormiga' (que sí serían) punibles..." (confr. precedente "Bazterrica" -Fallos: 308:1392-); ergo, la acción desplegada por los aquí imputados sigue al resguardo del art. 19 de la Constitución Nacional.

En definitiva, observado que el imputado tenía en su poder material estupefaciente en escasa cantidad, en una cuantía factible de ser considerada detentada para el propio consumo y que aquella sustancia prohibida no fue ostentada a terceros, me inclino por otorgar rechazar planteo del recurrente, por los motivos precedentemente expuestos.

Ello sin perjuicio de mi derecho a analizar, interpretar y emitir alguna opinión sobre la decisión del más Alto Tribunal, sin que aparezca un alzamiento o rechazo sino aunque más no sea, delimitar sus alcances también adecuar mi parecer a esos límites nuevos que han de ser seguidos para buscar unificar la jurisprudencia pero lejos del concepto de obediencia debida, impropio de la naturaleza de nuestra labor y de nuestra investidura que me autoriza a plantear disidencia razonable sin desconocer una axiología funcional administrativa

que recomienda su observancia y ponderando el nivel de los votos y el concepto que me merecen sus autores.

Además, en la cuestión planteada, esto es, la tipificación de conductas producidas en el contexto de la ley que nace del narcotráfico y la drogadependencia, todavía estamos en el estado de debate que es consecuencia de un fenómeno que nos excede por su magnitud, su crecimiento, su globalización y sus lamentables efectos que hacen tanto a la decisión judicial como a la política criminal de un Estado inerme y debilitado ante un sujeto activo, múltiple y descomunal.

El fallo recaído en la causa "Arriola" que declara ajena a la órbita del derecho penal la tenencia de drogas para uso personal, mal puede interpretarse como una legitimación de toda tenencia, sino una mensuración de la norma y por ello una cuantificación de la marginalidad criminosa, en mira de redefinir en nuestro tiempo la caracterización de los autores de este ilícito.

El derecho penal está en movimiento y es cambiante, haciendo aparecer como aventurada las manifestaciones de Carrara en su "Prolusione", recomendando a los alumnos estudiar derecho Procesal Penal, pues en el derecho penal sustantivo ya casi todo se había hecho.

Por ello, adhiero a la solución propuesta por la doctora Figueroa en su voto de rechazar el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal.

El señor juez doctor Luis María Cabral dijo:

Si bien en otras circunstancias opiné que, en casos como este, el recurso de la parte acusadora resultaba formalmente admisible (causa n° 14.680 "Serrano, Marcelo F. s/ rec. de casación, Reg. N° 18759 del 2/11/11), considero conveniente efectuar algunas precisiones sobre el alcance la competencia de esta Cámara.

Así, he llegado a la conclusión de que debe distinguirse el caso en que el recurrente llegue por vía de casación, pretendiendo en revisión amplia a tenor de la

doctrina del fallo de Corte Suprema *in re* "Casal", de aquellos casos en lo que esté en juego la constitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23737.

En efecto, cuando la decisión liberatoria esté apoyada únicamente por la declaración de inconstitucionalidad de una disposición de una ley federal que establece la punibilidad de ciertas acciones, de rechazarse el recurso respectivo el Ministerio Público Fiscal no podría defender la legalidad de ley sino limitadamente, porque si aquella fuese declarada inconstitucional ante los tribunales de instancia, esto es, si la decisión de esos tribunales fuese contraria a la validez de una ley del Congreso de la Nación, tales cuestiones constitucionales jamás podrían ser sometidas a la jurisdicción de la Corte Suprema (art. 14 de la ley 48) que ha sido instituida no sólo como cabeza del Poder Judicial de la Nación, sino como intérprete último de las leyes federales y guardián supremo de la Constitución (arts. 116 y 117 C.N.). En otros términos, se la privaría de ejercer su jurisdicción constitucional apelada, en los casos en que se ha puesto en crisis una ley como contraria a la Constitucional Nacional (confr. causa n° 13.239 "Sosa, Cristian Germán s/ rec. de casación, Reg. N° 18.219 de la Sala II, voto del juez Luis M. García).

No es este uno de esos casos.

Como puede apreciarse, el recurrente pretende someter a una segunda revisión, cuestiones de hecho y prueba que no están comprendidas en ninguno de los motivos del art. 456 C.P.P.N. Esto es así porque el agravio de la fiscalía no consiste en discutir la constitucionalidad de la punición de la conducta de los imputados; lo que discute es que los hechos no sucedieron de la manera en que los tuvo por demostrados la cámara de apelaciones y que no se trata de un supuesto de hecho que permita aplicar el precedente de Fallos: 332:1963 ("Arriola"). En el caso, discute los alcances de la conducta del acusado y si la droga que les fue secuestrada resultaba,

por su cantidad, destinada o no al consumo personal.

Por lo demás, los obstáculos a la admisibilidad del recurso no pueden ser superados por la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Casal" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay), pues esa doctrina, elaborada respecto de casos en que se trataba de la primera pretensión recursiva del condenado contra una sentencia de condena, no se extiende también al caso en el que se trata del representante del Ministerio Público Fiscal que recurre del sobreseimiento.

A mayor abundamiento, tampoco sería admisible una interpretación extensiva de esa doctrina en el presente caso, en que la fiscalía ya ha ejercido la facultad recursiva ante la cámara, ha obtenido una revisión de los elementos de prueba y de las cuestiones de hecho, y pretende ahora una segunda revisión sobre la prueba y los hechos. A este respecto es de notar que el Comité de Derechos Humanos ha declarado que el art. 14.5 PIDCP no garantiza más de una revisión, y en todo caso, si el derecho doméstico de los Estados concede una tercera revisión la ley local puede según su discreción ponerle límites a esta tercera revisión, por ejemplo, limitando el objeto de la impugnación (confr. HRC, Com. No. 1089/2002, "Rouse, Leon R. v. Filipinas", 5 de agosto de 2005, confr. § 7.6, Doc. U.N. CCPR/C/84/D/1089/2002; en el mismo sentido Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR-Commentary*, ed. Engel, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1993, p. 268, no. 68, citado por el Juez Luis M. García en su voto en la causa n° 8430, "Athos, Gustavo René y otros s/casación s/extraordinario", rta. 25 de julio de 2008, Reg. n° 13.061 de la Sala II, entre muchos otros).

De tal suerte, no cabe sino un escrutinio estricto de los motivos de casación del art. 456 C.P.P.N.

Por todo lo expuesto, los motivos desarrollados en el recurso no caen bajo ninguno de los supuestos del art. 456 C.P.P.N., por lo que corresponde rechazarlo. Sin costas.

Tal es mi voto.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE: RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 470 -a contrario sensu-, 530 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 y 24/13 CSJN) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara.

Remítase la presente causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo: Ana María Figueroa; Luis María Cabral; Juan Carlos Gemignani. Ante mí: Javier Reyna de Allende, Secretario de Cámara.