

  
MARIA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CAMARA

REGISTRO N° 1421/14

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 5 días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la juez Angela Ester Ledesma como presidente y los jueces doctores Alejandro W. Slokar y Liliana E. Catucci como vocales, asistidos por la secretaria doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa n° 108/2013 del registro de esta Sala, caratulada: "M , L y otros s/ recurso de casación". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal, el señor fiscal general doctor Ricardo Gustavo Weschler, y la defensa a cargo de la defensora pública oficial *ad hoc* doctora Mercedes García Fages.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo, en primer término, el juez doctor Alejandro W. Slokar y, en segundo y tercer lugar, las juezas Liliana E. Catucci y Angela Ester Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que con fecha 15 de noviembre de 2012, por ante la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, en la causa n° P37212 del registro de la Secretaría Penal, se resolvió revocar el pronunciamiento del juez federal de esa jurisdicción en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y decretó el sobreseimiento de y en orden al hecho imputado en los términos del art. 336 inc. 3 del CPPN (cfr. fs. 70 y 58/59vta., respectivamente).

Contra esa resolución la defensa oficial interpuso recurso de casación (fs. 72/76vta.), que fue concedido (fs. 78/79vta.) y mantenido ante esta instancia (fs. 87).

2º) Que el recurrente sostuvo que la decisión cuestionada: "...ha incurrido en inobservancia de distintas disposiciones legales, y en especial constitucionales...". Así, consideró que es de aplicación al caso el fallo "Arriola" transcribiendo las partes que consideró medulares de aquel precedente.

En este orden, alegó que "...las personas privadas de la libertad si bien al encontrarse alojadas en una Unidad penitenciaria se le restringen determinados derechos, no conlleva la cancelación de todos y cada uno de ellos".

Asimismo, reforzó su posición al señalar que: "...de las probanzas colectadas en autos, no es posible conocer cómo ha trascendido a terceros la peligrosidad de [la] escasa cantidad de estupefaciente oculta [...] no se evidencia en el caso la posibilidad cierta de daño ni el peligro para terceros".

Aclaró que: "...si bien es cierto que [sus] defendidos se encuentran cumpliendo una condena en una institución carcelaria, no menos cierto es que no se ha probado que el resto del establecimiento conociera sobre la naturaleza o potencialidad de la sustancia para hacer peligrar su salud".

De este modo, concluyó que: "...no puede verificarse la afectación al bien jurídico protegido por el legislador y, por tanto, no es punible la tenencia de la escasa sustancia vegetal secuestrada en autos, en la medida que no fue probado que ello representó un riesgo para los bienes jurídicos protegidos por el legislador".

En definitiva, solicitó se revoque la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de y se dicte el sobreseimiento de sus pupilos.

3º) Que en la oportunidad contemplada en el art.

  
MARÍA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CAMARA

465, primer párrafo, y 466 del CPPN, se presentó la defensora oficial *ad hoc* doctora Mercedes García Fages a través del escrito que obra a fs. 89/93vta. Sostuvo que compartía en un todo los argumentos desarrollados en el recurso de casación y afirmó que correspondía aplicar la doctrina establecida en el precedente invocado del cimero tribunal. Magüer lo cual, como cuestión preliminar, postuló la prescripción de la acción penal en atención al tiempo transcurrido desde la fecha en que se iniciaron las actuaciones.

4º) Que a fs. 99 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del rito, En estas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible pues, a pesar de no tratarse la decisión recurrida de un auto de los enunciados en el art. 457 del CPPN, debe ser equiparado a uno de ellos atento a que la naturaleza de la pretensión del recurrente, en cuanto sostiene que se está juzgando a sus asistidos por un delito definido por una ley que ha sido declarada inconstitucional, si se autorizase la continuación del proceso sobre la base de tal ley y se difiriese su examen al dictado del fallo final de la causa, la reparación que se pretende resultaría tardía. Además se encuentra cumplida la exigencia de motivación impuestas por el art. 463 del mismo código.

-III-

Que, sin perjuicio de que en la presentación efectuada durante el término de oficina la defensa postuló la prescripción de la acción penal, sin desconocer la consolidada doctrina de nuestra Corte Suprema sobre la materia (Fallos: 207: 86; 275:241; 297:215; 301:339; 310: 2246; 311:1029,2205; 312:1351; 313:1224; 322: 300; 323:1785; 333:1987, entre otros), mediando las específicas circunstancias del *sub examine*, corresponde pronunciar la

solución que resulte más favorable a los intereses de los imputados y, en este orden, se impone en la ocasión dar tratamiento a la censura que aborda el remedio casatorio planteado.

-IV-

Que sentado lo expuesto precedentemente, cabe reparar que la recurrente procura, en definitiva, la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 332:1963 ("Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080").

Este precedente, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, impone a los jueces de la causa el deber de analizar en cada hipótesis en particular si la tenencia de estupefacientes para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 constitucional.

En este sentido, y tal lo señalado en el fallo "Arriola": "A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause

  
MARÍA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CÁMARA

daños a bienes jurídicos o derechos de terceros" (voto del juez doctor Ricardo L. Lorenzetti).

En tal inteligencia, la circunstancia de que la imputación de tenencia de estupefacientes para consumo personal esté dirigida a una persona detenida en un establecimiento penitenciario, no implica por sí sólo que se haya producido un daño a bienes o derechos de terceros. Para determinar esa afectación resulta también necesario realizar un examen sobre las particulares especificidades del caso (cfr. en igual sentido causas n° 14.078, caratulada: "Moreno, Ezequiel Martín s/recurso casación", reg. n° 19.529, rta. 30/11/2011 y n° 16.330, caratulada: "Guerrero, Emanuel s/recurso de casación", reg. n° 312/13, rta. 23/04/2013).

Al respecto, se ha sostenido que: "...el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. La creación de peligros y por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona bienes jurídicos..." (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, "Manual de Derecho Penal" Parte General, Ediar, Bs. As., 2006, p. 375).

Ahora bien, en la especie, por ante el Juzgado Federal de General Roca se declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y, con ello, se decidió el sobreseimiento de los encartados, a base de entender que: "...la cantidad de droga que tenía en su poder el imputado y el lugar donde la tenía guardada, es inequívoco que la sustancia estaba destinada a satisfacer su propio y exclusivo consumo, de modo que aún cuando el hecho se haya realizado en el ámbito de una unidad penitenciaria en la que se encuentra detenido, no advierto que sólo por eso se pueda sostener que ha provocado el peligro concreto o el daño a derechos o bienes de terceros que habilitaría, eventualmente, un

reproche penal a tenor del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737" (fs. 31).

Dicha resolución -tal como se anuncia en el punto que inaugura esta intervención- fue revocada por la Cámara Federal de General Roca, en virtud de la apelación deducida por el Fiscal General, la cual entendió que no era aplicable al caso de autos la doctrina del fallo "Arriola", sustentando dicha postura en un caso análogo donde esa cámara había sostenido que: "...no exige mayor esfuerzo advertir que la conducta del acriminado lejos está de constituir una actitud ejercida en un marco de privacidad o intimidad que merezca el amparo de la garantía mencionada, máxime cuando el propósito perseguido no era otro que ingresar esa sustancia al ámbito carcelario, en donde el riesgo de probable propagación del consumo a terceros resulta de tal evidencia que exime de mayores consideraciones'" (cfr. fs. 68/70).

En estas condiciones, se advierte que no se ha invocado ninguna circunstancia que demuestre que la conducta de los imputados haya ocasionado -en concreto- un daño o un peligro a derechos o bienes de terceros, conforme la doctrina del fallo citado. Nótese, por un lado, las conclusiones que arrojó la experticia sobre el material incautado a los detenidos (fs. 23/27) y, de otra parte, la esfera de privacidad en que fue habido -derecho que, desde luego, no puede ser negado aún en el ámbito carcelario-.

En ese orden, es de destacar que el representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad de apelar el pronunciamiento del juez federal, circunscribió la conducta imputada al tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo, ley 23737) y así lo resaltó cuando según se observa en el final de la presentación de fs. 32/33 señaló que: "...la tenencia de las sustancias prohibidas halladas [...] inequívocamente estaban destinadas a su uso personal...", mas no ha demostrado trascendencia u ostentación alguna.



  
MARÍA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CÁMARA

Causa N° 108/2013 -Sala  
II- "1" y  
otros s/ recurso de  
casación"

Así, más allá de la descalificación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la doctrina de la "relación de sujeción especial" como criterio restrictivo de derechos (Fallos: 327:388), bien es cierto que su invocación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos guarda referencia al terreno de injerencia cuando el estado se constituye en garante y custodio de la vida e integridad física de la población penitenciaria. De allí que la Corte IDH indicara respecto de los detenidos que 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 "Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay", rta.2-9-2004, parágrafos 152/4).

Va de suyo, pues, que la titularidad de derechos no se detiene frente a los muros de los establecimientos carcelarios, desde los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -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.) (Fallos: 318:1894).

En suma, la mera circunstancia de encontrarse privado de libertad no constituye un motivo bastante para impedir que en la especie gobierne la doctrina invocada por la defensa (cfr. en igual sentido *in re* L.463.XLVII "Lucero, Sebastián Rolando s/ recurso de casación", rta. el 29/11/11; G.115.XLVIII "Garay, Cristian Javier s/ recurso extr.", rta. el 8/5/2012; A.1195.XLVII "Agüero, Eduardo Adrián s/recurso de casación", rta. el 3/5/2012 y F.478.XLVII "Fernández, Fabián David s/ recurso de casación", rta. el 27/12/2011; votos del ministro Zaffaroni). Lo contrario sería admitir una zona de "no derecho", ajena a la juridicidad, en tanto y en

cuanto no se ha demostrado de modo preciso las circunstancias de trascendencia a terceros.

Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo hacer lugar sin costas al recurso, casar el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, estar a lo dispuesto en la resolución dictada por ante el Juzgado Federal de General Roca de fs. 30/31vta. (arts. 470, 530 y ccds. del CPPN).

Así voto.

La Sra. Juez **Angel Ester Ledesma** dijo:

Que habré de adherir en lo sustancial a las consideraciones y solución propuesta por el colega Dr. Slokar.

Tal es mi voto.

La señora juez doctora **Liliana E. Catucci** dijo:

Que he de disentir con la solución que viene propuesta pues la situación aquí ventilada no guarda identidad con la que fuera motivo de decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Arriola, Sebastián y otros s/causa nº 9080", A.891.XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009, dado que sin perjuicio de la escasa cantidad de droga secuestrada, el ámbito carcelario donde fue incautada permite afirmar que la conducta que se investiga ha trascendido el ámbito privado protegido por el art. 19 de la C.N., y los lineamientos del mencionado precedente (cfr. in re: "Montes Vargas, Roberto Ismael s/ recurso de casación", causa Nº 11.913, reg. 694/10, rta. el 13/5/2010).

Por lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas (art. 470, a contrario sensu, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el tribunal por mayoría **RESUELVE:**

**HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **SIN COSTAS, CASAR** el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, estar a lo dispuesto en la resolución dictada por ante el Juzgado Federal de General Roca de fs.



30/31vta. (arts. 470, 530 y ccds. del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase a la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



ANGELA ESTER LEDESMA



EN DISIDENCIA

LILIANA E. CATUCCI



MARIA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CAMARA

NOTA: Se deja constancia que el señor juez doctor Alejandro W. Slokar participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399 *in fine* del CPPN).



MARIA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CAMARA

