

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

REGISTRO Nro. 15.227 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de julio del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 69/79 vta. de la presente causa Nro. 13.298 del Registro de esta Sala, caratulada: "**LÓPEZ, Gerardo Moisés s/recurso de casación**" de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, provincia homónima, en la causa Nro. 2869 de su Registro, con fecha 7 de octubre de 2010, resolvió: "1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 48/49 y vta., por el Sr. Fiscal Federal, confirmando en todos sus términos la resolución de fs. 45/47" (cfr. fs. 66/68).

II. Que contra dicha resolución, la Fiscal General Subrogante, doctora Cecilia A. Kelly, interpuso recurso de casación (fs. 69/79 vta.), el que fue concedido a fs. 80 y mantenido en esta instancia a fs. 86 por el señor Fiscal General, doctor Juan Martín Romero Victorica.

III. Que la recurrente encauzó su agravio por la vía prevista en el inciso 1º) del artículo 456 del C.P.P.N., toda vez que, según dijo, se dio a la norma contenida en el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 un alcance más restringido a lo oportunamente solicitado por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia se confirmó su declaración de invalidez

por entender su aplicación contraria a lo establecido por el artículo 19 de la C.N. (conforme lo resuelto por la C.S.J.N., Fallo 332:1963).

Señaló que dicha parte entiende que contrariamente a lo resuelto por el *a quo* la conducta imputada a Gerardo Moisés López queda alcanzada por el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal en condiciones tales que trae aparejado un peligro concreto o un daño a derecho o bienes de terceros (*in re* “Arriola”, considerando 36°).

Que esa Fiscalía coincide con el tribunal en cuanto a que López tenía en su poder material estupefaciente para consumo personal pero discrepa en la valoración jurídica de la conducta. Esto por cuanto la norma en análisis exige del juzgador una operación intelectual – independientemente de la confesión del imputado- que infiera de la totalidad de las circunstancias de hecho probadas el destino que habría de darse al material estupefaciente incautado. Es decir, no es el destino lo que se encuentra discutido en autos sino la posibilidad que la conducta tiene –en las particulares circunstancias de autos- de afectar derechos y bienes de terceras personas, lo cual marca el límite entre la punibilidad y su atipicidad.

Precisó que la diferencia que dicha aparte advierte respecto del caso “Arriola” es que la tenencia de sustancias prohibidas por parte de un interno alojado en el Servicio Penitenciario Provincial, encierra connotaciones disímiles al caso de una posesión en el ámbito privado del consumidor, además de configurar una infracción disciplinaria grave que encuadra en las previsiones del artículo 18, inciso “c” del reglamento de disciplina para los internos (Decreto N° 18/97 de Reglamentación de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

Es que el consumo llevado a cabo en una celda no es privado e

NADIA A. PÉREZ

Secretaria de Cámara

inocuo, sino ostensible y potencialmente perjudicial para los terceros que se encuentran interactuando en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia –compañeros de celda y de pabellón, guardiacárceles, visitas de toda edad, médicos, etc.- quienes se ven afectados pasivamente por la conducta criminosa del interno que consume.

Aunó a lo expuesto, que resulta evidente el riesgo que conlleva en un establecimiento penitenciario la cohabitación con personas que se encuentran bajo los efectos de la droga, constituyendo un peligro cierto contra el mantenimiento del orden y el resguardo de la integridad física de todo los sus ocupantes, en un marco donde cualquier indisciplina de los internos –aún involuntaria por haberla concretado bajo los efectos de los estupefacientes- puede tener derivaciones imprevisibles y afectar la conducta de los restantes internos y del personal encargado de su resguardo.

Arguyó que –conforme lo hizo el *a quo*- la tenencia de estupefacientes dentro de una institución penitenciaria lleva a cuestionar de qué modo la droga ha llegado en poder del interno, en un marco donde se encuentra reprimida penalmente cualquier forma de participación de la introducción de sustancias prohibidas al establecimiento, con lo que se concluye que la admisión del consumo de estupefacientes por parte de detenidos, procesados y condenados alojados en una unidad penitenciaria conlleva necesariamente la alteración de todo un sistema dirigido a resguardar la seguridad y propender a la reinserción social de sus internos (citó: C.C.C.F. de La Plata, Sala III, causa Nro. 5470/III, "S., N.E. s/inf. Ley 23.737", rta. el 2/3/10 –en particular el voto del Dr. Pacilio-).

De esta forma, concluyó que el tribunal aplicó erróneamente la doctrina emanada en *in re* "Arriola" ya que la tenencia de sustancias

prohibidas imputada a López, inequívocamente destinada a su uso personal-difiere tácticamente al caso de una posesión en el ámbito privado del consumidor.

En definitiva, solicitó que se case la resolución recurrida obrante a fs. 66/68 y se ordene proseguir la causa según su estado.

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465, primera parte, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 88/90 la Defensora Pública Oficial “Ad-Hoc” ante esta Cámara, doctora Graciela Liliana Galván, quien fundadamente solicitó que se rechace el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, confirmándose la resolución recurrida e hizo reserva de caso federal.

V. Que, superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Que, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo.

El señor Juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. El recurso interpuesto es formalmente admisible por cuanto la decisión impugnada es de aquellas contempladas en el artículo 457 del C.P.P.N., en tanto pone fin a la acción, el recurrente se encuentra legitimado para hacerlo (artículos 432 y 433 del código de rito), y ha invocado fundadamente uno de los motivos previstos en el art. 456 del C.P.P.N..

II. Sentado ello, corresponde señalar en primer término que llevo dicho que en el caso “Arriola” –citado- no se ha declarado de modo general y abstracto la incompatibilidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 con el artículo 19 de la C.N., sino sólo en los casos en que la

NADIA A. PÉREZ

Secretaria de Cámara

tenencia de estupefacientes para consumo personal se hubiese realizado en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro o daño concreto a derechos o bienes de terceros (cfr. causa Nro. 9445 "Roldán, Alejandro Ignacio s/rec. de casación", Reg. Nro. 13.974.4, rta. 04/04/10).

A ese marco ceñido, corresponde analizar las circunstancias fácticas del caso de autos. En esa tarea, relevo que se imputa a Gerardo Moisés López haber tenido 3 grs. de marihuana, que fue hallada oculta debajo del colchón, a la cabecera de la cama, en el lugar donde ésta se incrusta en la pared (celda N° 113) en oportunidad de efectuarse la requisa de rutina en la unidad penitenciaria en la que se encuentra cumpliendo pena. Bajo esa particular circunstancia que presenta el caso, debe examinarse la posibilidad de trascendencia a terceros de la tenencia de estupefacientes atribuida al nombrado.

Así, cabe recordar que 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*".

Sobre esa base normativa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado 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).

De ello cabe concluir que las personas privadas de libertad conservan el derecho a la intimidad, pero el Estado puede imponer ciertas restricciones a ese ámbito de intimidad en aras de la seguridad del establecimiento carcelario (artículo 18 *in fine* C.N.) y en su condición de garante de la vida e integridad física de las personas allí alojadas. Es así que en la ley 24.660 se ha previsto como infracción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas (cfr. art. 85, inc. c).

En ese marco, la prohibición de la tenencia de estupefacientes en un establecimiento carcelario, aún cuando sea para el propio consumo, aparece como una restricción razonable al ámbito de intimidad, pues en esas condiciones no es posible descartar que esa conducta no apareje ningún riesgo para derechos o bienes de terceros.

Desde luego, lo sostenido no puede tener por consecuencia el endoso al consumidor respecto del modo en que el material ilícito fue introducido en un ámbito de máxima seguridad, como lo es una institución penitenciaria; esa circunstancia debería investigarse separadamente, a través de la extracción de los testimonios pertinentes.

Aquello que sí puede afirmarse es que, en tanto el control de constitucionalidad en nuestro sistema es de carácter difuso, y la norma aplicada se encuentra en vigencia, las razones que permitieron la desincriminación en el precedente de Corte ya citado, no pueden asimilarse automáticamente a la situación de personas privadas de su libertad que, como consecuencia, sufren determinadas y razonables restricciones a su ámbito de intimidad.

NADIA A. PÉREZ

Secretaria de Cámara

III. En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 69/79 vta. por la doctora Kelly, Fiscal General Subrogante, y en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 66/68, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe el trámite de la causa. Sin costas (artículos 456, inc. 1°, 470, 530 y ss. del C.P.P.N.).

El **señor juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

I. De la reseña efectuada surge que el impugnante ha dado basamento a su recurso a partir de la invocación de la hipótesis prevista en el inciso primero del art. 456 del C.P.P.N.. Sin embargo, del estudio del concreto agravio en lo que atañe al motivo casatorio, es decir el error "in iudicando", advierto que el recurrente no propone, en definitiva, una interpretación distinta del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737 que rebata los argumentos sostenidos por nuestro más Alto Tribunal in re "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", al declarar la inconstitucionalidad de la norma en cita en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (Causa A.891.XLIV, Recurso de hecho, rta. el 25/08/09).

Por otra parte, del análisis del recurso traído a estudio, advierto que el impugnante intenta tener por acreditada la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública a partir de argumentos meramente especulativos y de una diferente interpretación de los hechos y pruebas colectados en autos y, frente a ello, no puede dejar de señalarse que salvo arbitrariedad por violación de las reglas de la sana crítica -extremo no acreditado en la causa, ni alegado por el recurrente-, no es dable reemplazar

la valoración jurisdiccional por la de las partes, ya que ello dejaría sin sustento la función del tribunal, que le es propia.

II. Es por ello que, propicio al presente acuerdo el rechazo del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 69/79 vta., sin costas (arts. 463 *-a contrario sensu-* 530 y 531 del C.P.P.N.).

Así voto.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

Que, adhiero a la solución propuesta por el doctor Diez Ojeda en el voto que antecede.

Así es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 69/79 vta. por la representante del Ministerio Público Fiscal, doctora Cecilia A. Kelly, sin costas (arts. 463 *-a contrario sensu-* 530 y 532 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara