

J. Fed 3

Bien

AVISAN

4816-

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°15358 -Sala II
- C.F.C.P "G",
C A s/
recurso de
inconstitucionalidad"

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

REGISTRO N° 9/15

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 6 días del mes de febrero del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Pedro R. David como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución obrante a fs. 45/7 de la causa n° 15.358 del registro de esta Sala, caratulada: "G , C A s/ Recurso de inconstitucionalidad", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca y la Defensa Pública Oficial por la Dra. Laura Beatriz Pollastri.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Pedro R. David y en segundo y tercer lugar el doctor Alejandro W. Slokar y la doctora Angela E. Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor Pedro R. David dijo:

-I-

1º) Que la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba resolvió el 14 de diciembre de 2011: "CONFIRMAR la resolución dictada por el Juez Federal n°2 de Córdoba, de fecha 10 de agosto de 2010, registrada bajo el n°471/2010, la que decide no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad incoado a fs. 19 por la Defensa Oficial -fs. 45/7-.

Contra dicha decisión, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 48/62, el que concedido a fs. 64/66 fue mantenido en esta instancia a fs. 71.

2º) Que la Defensa Oficial estimó procedente el recurso de inconstitucionalidad en virtud de lo establecido

en los arts. 457 y 474 del Código Procesal Penal de la Nación.

En esa oportunidad, la defensa sostuvo que el 21 de mayo de 2009 se inicia el procedimiento y el 29 de abril de 2010 se realiza la audiencia a los fines del 353 bis del CPPN en orden al delito calificado por el Sr. Fiscal como constitutivo del delito previsto por el art. 14, segunda parte de la Ley 23.737. Quien asume interinamente el Juzgado deniega el planteo de inconstitucionalidad, sosteniendo que no corresponde aplicar la segunda parte del art. 14 de la ley de drogas.

Afirmó que "...el fiscal intima por la figura legal prevista por el art. 14.2º de la ley de drogas,... [ese] ministerio público solicita el sobreseimiento por atipicidad de la conducta enrostrada, en virtud de lo resuelto por la Corte Nacional, en la causa 9080, "Arriola, Sebastián". Pedido a lo que el fiscal emite su voluntad en sentido coincidente, solicitando se deje a salvo su criterio personal". Agregó que el 10 de agosto de 2010 el juez rechaza el planteo de inconstitucionalidad. -fs. 50-.

Sostuvo que "el juez al resolver, desestima el planteo de inconstitucionalidad de la norma, cambiando totalmente el tema de discusión, y realizando -de esta manera- actividad acusatoria, pasando por encima la actividad del fiscal, y en consecuencia, actuando sin jurisdicción y violando la imparcialidad, efectuando el "debido proceso" - fs. 51-.

Sostuvo que se ha violado la garantía de plazo razonable (art. 33, CN y 8.1 CADH) desde que la instrucción sumaria tiene establecido un plazo de quince días.

Por otra parte, consideró que la no aplicación de lo resuelto por la CSJN en autos "Arriola" genera violación al derecho de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y ante los tribunales (art. 14, PIDCP) que exige que casos con similitudes relevantes sean resueltos en igual forma por los

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°15358 -Sala II
- C.F.C.P "G",
C A s/
recurso de
inconstitucionalidad"

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

tribunales de nuestro país -Cfr. fs. 52 vta.-.

Agregó que la resolución atacada padece el defecto de falta de fundamentación por cuanto a fs. 1 el oficial interviniente sostiene que se trata de una sustancia compatible con la marihuana y de aproximadamente 75 gramos pero nunca se ha efectuado un peritaje para establecer el tipo de sustancia y el peso -cfr. 53-.

Manifestó que el recurso de inconstitucionalidad "...se dirige en contra de la norma contenida en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, porque al tipificar la tenencia de estupefacientes para consumo personal invade la esfera de libertad e intimidad de las personas garantizando y amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional. En virtud de que la norma mencionada en último término es de rango superior, la norma del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 es inválida.

Expresó que "nuestro máximo Tribunal nacional se ha pronunciado recientemente por la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23737 (autos "Arriola"), y sin embargo dicha doctrina legal no ha sido aplicada en autos no obstante tratarse de similares circunstancias fácticas" -fs. 53 vta.-.

Estimo que: "...el derecho a la igualdad (igualdad ante la ley, art. 16 CN) garantiza igual trato en derecho ante situaciones fácticas similarmente relevantes. En efecto, para advertir la lesión a dicho derecho (igualdad) basta considerar que si el prevenido hubiera sido juzgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hoy estaría sobreseído. En cambio, por la Cámara a quo está sometido a proceso" -fs. 54 vta.-.

Refirió que "debe analizarse que existe un ámbito de libertad de disposición de los bienes jurídicos propios e íntimos de los individuos que puede no coincidir con la moral pública y que, sin embargo, ella no autoriza ipso facto su

punición. Dicho de otro modo, es válido que un Estado tenga como política sanitaria la aspiración de que todos sus integrantes cuiden su salud no consumiendo estupefacientes; ahora bien, ello no lo autoriza a imponer ese modelo a quien renuncie voluntariamente a cuidar de su salud; no cabe asombrarse ante esta interpretación pues es la misma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado en la causa Bahamondez, Marcelo" -fs. 57 y ss.-.

Afirmó que "...para concluir con el embate impugnativo propuesto, la doctrina de la Corte exige para que los tribunales inferiores del país puedan apartarse de la doctrina legal que dimana de sus precedentes, estos deben controvertir los argumentos expuestos por el máximo tribunal en el fallo que tiene el valor de precedente", lo que consideró que no ha ocurrido en autos -fs. 60-.

Por otra parte, solicito que se dicte el sobreseimiento de C A G , por prescripción de la acción penal.

Así sostuvo que el procedimiento se inicia el 21 de mayo de 2009, luego el 29 de abril de 2010 se realiza la audiencia a los fines del art. 353 bis, CPPN en donde se lo impone de la conducta que es calificada como constitutiva del delito de tenencia para consumo personal previsto en el art. 14 2º parte de la ley 23.737 - cfr. fs. 60vta y ss.-.

Hizo reserva del caso federal.

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 ibídem, la Sra. Defensora Pública presentó el escrito que luce a fs. 73/4 en el que solicitó que se aplique la doctrina del precedente Arano en virtud de que el procedimiento se inició el 21 de mayo de 2009.

Agregó que "...la impronta acusatoria que rige en nuestro sistema jurídico debería inhibir cualquier iniciativa de la magistratura orientada a avanzar por sobre las pretensiones de las partes contrapuestas en el proceso. -fs.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°15358 -Sala II
- C.F.C.P "G"
Ci A s/
recurso de
inconstitucionalidad"

MARIA JIMENA MONSALVI
SECRETARIA DE CAMARA

74-".

Por su parte, el Sr. Fiscal General sostuvo que comparte el criterio de inconstitucionalidad invocado por la defensa porque consideró que el delito que se le imputa a G debe ser subsumido en el tipo previsto en el art. 14 2º párrafo de la ley 23.737.

Finalmente, solicitó que se haga lugar al recurso interpuesto por la defensa.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa procesal prevista por el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 474 del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó se declare la inconstitucionalidad del art. 14 2º párrafo de la ley 23737 del C.P.; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación.

-III-

Que en el caso se plantean cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por esta Sala en la causa nº 14.078, "Moreno, Ezequiel Martín s/recurso de casación", rta. el 30/11/11, reg. 19529, a cuyos fundamentos remito en honor a la brevedad.

En aquel precedente en esencia sostuve que en las especiales características a las que se encuentra sometido aquel que ingresa en un establecimiento carcelario en cumplimiento de una pena privativa de su libertad, corresponde evaluar si la conducta imputada a González, esto es tener en su poder sustancias estupefacientes, se encuentra amparada por la garantía de privacidad del modo en

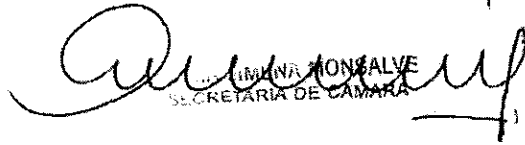
que fue expuesto en el fallo Arriola. Deduciendo, que la situación concreta en la que se encuentra el encausado limita la esfera de privacidad y el ámbito de su libertad individual, aunque no anulándolas.

En esa ocasión, sostuve que la tenencia de sustancias prohibidas por parte de un interno alojado en el Servicio Penitenciario Provincial encierra connotaciones muy disímiles al caso de una posesión en el ámbito privado del consumidor, además de configurar una infracción disciplinaria grave que se encuadra en las previsiones del art. 18 inc. "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).

De acuerdo a mi criterio el consumo llevado a cabo dentro de la celda no es privado e inocuo, sino ostensible y perjudicial para los terceros que se encuentran interactuando en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia. Ello por cuanto la prohibición de tenencia y consumo de determinadas sustancias en esas condiciones de detención no afecta derechos fundamentales puesto que se advierte que tal regulación es razonable y, en consecuencia, legítima, basada en necesidades de orden y seguridad del establecimiento.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su Art. 5° inciso 2 que "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Sin perjuicio de ello, cabe recordar lo establecido por Naciones Unidas en las "Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos" (aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C 31/7/57 y 2076 del 13/5/77), en "Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", (aprobado por la Asamblea General, resolución 43/173, del 9/12/88), y en "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad", regla 57 (aprobadas por la Asamblea General,

Cámara Federal de Casación Penal


EMMA GONZÁLEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

resolución 45/113, del 2/4/91) de donde surge que la Comunidad Internacional reconoce que los derechos y libertades que reconocen los instrumentos internacionales a los que se encuentran privados de su libertad pueden ser limitados o restringidos en virtud de la especial situación que constituye el encarcelamiento.

Por ello, importante es recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el art. 5° de la Convención, haya dicho 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..." (Sentencia del Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, rta. el 2/9/2004, parágrafo 152).

En definitiva, entiendo que la imputación a González de la tenencia de estupefacientes para consumo personal dentro de la unidad penitenciaria donde se alojaba no implica per se que se despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional. Por tanto, este límite no representa un cercenamiento del derecho a la privacidad que obligue a trasladar sin más a este caso lo sostenido en "Arriola", puesto que la situación traída a estudio, difiere de quien se encuentra en plena uso y goce de su libertad y los derechos fundamentales de la persona no son absolutos y están sujetos a reglamentación, siempre que no se altere su contenido esencial (cfr. art. 28 C.N).

La conducta imputada a G -esto es, tener escondido un envoltorio de nylon transparente con aproximadamente 75 gramos de marihuana en el interior del inodoro ubicado en su celda- no está amparada por un ámbito

de privacidad constitucionalmente tutelado. Por lo tanto, del contexto en el que se encuentra el condenado se desprende el riesgo y la trascendencia que tal comportamiento tiene para terceros y que la Corte sentó como límite en su decisorio, siendo que la injerencia estatal también se justifica en el rol de garante que tiene respecto de toda la población carcelaria.

En tales condiciones, entiendo que no es de aplicación la solución adoptada por la Corte Suprema.

En la misma línea, esta Sala, aunque con otra integración, ha llegado a las mismas conclusiones en las causas N° 13.239, "Sosa, Cristian Germán s/recurso de casación", r. 18.219 y causa N° 13.020 "Muñoz, Dante Eduardo s/recurso de casación", r. 18.214, ambas resueltas el 29/3/2011 (cfr. también, entre otros, Sala I, in re "Lucero, Mario Jorge s/ rec. de casación", causa n° 13.922, r. 17.657, resuelta el 27/4/2011; y Sala III, "Montes Vargas, Roberto Ismael s/ rec. de casación", Causa N° 11.913, R. 694/10, resuelta el 13/5/2011).

-IV-

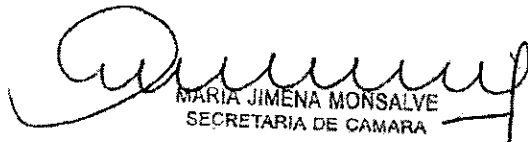
Por otra parte, para atender a la prescripción de la acción penal solicitada por el recurrente, cabe indicar que siendo posible más de una determinación normativa sobre un hecho que se encuentra en fase de investigación, la base a partir de la cual ha de ponderarse el término de la prescripción surge de la imputación penal más gravosa.

De esa forma, antes del discernimiento definitivo del título de atribución penal, debe considerarse por principio la hipótesis que habilite el mantenimiento de la acción.

Esto misma ha sido sostenido antes de ahora por esta Cámara al indicar que "para establecer el término de la prescripción de la acción en un proceso penal debe estarse a la pena del delito más severamente reprimido de los atribuidos al inculpado y a la posible calificación más

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°15358 -Sala II
- C.F.C.P "G"
C: A s/
recurso de
inconstitucionalidad"


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

gravosa que razonablemente pueda corresponderle" (Cfr. "Galarza, Marcelo M. s/ recurso de casación", reg. nº 2/2003 de la Sala III -voto del doctor Mitchell-, rta. el 06/02/03 (y sus citas de fallos de esta Sala).

En ese orden, ante hipótesis normativas concurrentes, fundadas en presupuestos probatorios y jurídicos atendibles, debe privilegiarse hasta la instancia definitiva aquella que permita alcanzar una decisión final tras la consideración de todas las circunstancias del hecho imputado. Por eso esta misma Sala en su anterior composición ha reafirmado que, "si la acción imputada puede configurar prima facie un delito u otro debe estarse, para resolver en el incidente de prescripción, al de mayor gravedad, sin perjuicio que al tiempo del pronunciamiento definitivo, en el principal, se concluya en una significación jurídica más benigna, declarándose entonces, y recién allí, la prescripción de la acción, luego del debate en donde las partes hayan tenido la oportunidad de probar y alegar sobre las características del suceso para darle uno u otro encasillamiento legal" -del precedente antes citado-.

De esta manera se impide dentro del marco de garantías para el imputado, que prescriba un hecho que se hubiere podido probar fehacientemente como constitutivo de un delito más grave a cuyo respecto no había fenecido el término que admite la persecución penal.

Entonces, no pudiendo descartarse que el hecho objeto de esta causa encuentre calificación legal en el art. 14 1º párrafo de la ley 23.737 -como sostiene el juez de instrucción interviniente y la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba-, la prescripción de la acción resulta injustificada por el momento.

En efecto, toda vez que la presente causa se inició el 21 de mayo de 2009, que el 29 de abril de 2010 se llevó a cabo la audiencia de intimación en los términos del 353 bis

del CPPN, es que a la fecha no ha transcurrido el plazo para que opere la prescripción de la acción penal de cara a la figura penal más gravosa antes apuntada.

-V-

Por lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, con costas (arts. 474, 475, 530 y ccds. CPPN). Tal es mi voto.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, y vencido en la cuestión que antecede, al sólo efecto de arribar a una mayoría sobre si corresponde o no el reenvío, he de adherir, en ese punto, al doctor Slokar, por coincidir en que, advertida la nulidad de la resolución, en virtud del 471 CPPN corresponde el reenvío a los efectos de un nuevo pronunciamiento.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

Que el recurso de casación debe tener favorable acogida, toda vez que la posición desincriminante adoptada por el Ministerio Público Fiscal en la instancia de grado, luego compartida por el fiscal general ante esta instancia, (cfr. fs. 26 y 76/77) -más allá de su acierto o no- sellaba la suerte favorable de la solicitud y limitaba la jurisdicción del *a quo* para adoptar una solución más gravosa, como así también restringe la de esta Sala.

Por ello, conforme lo expuesto al votar en las causas n° 564/13, caratulada: "Orozco Martínez, Jaquelina Natalia s/recurso de casación" (reg. n° 2375/13, rta. 20/12/2013); n° 15.196, caratulada: "Gómez, Marcelo José s/recurso de casación" (reg. n° 536/14, rta. 9/4/2014), n° 1553/13, caratulada: "Bocanegra Castro, Liliana Yaquelin s/recurso de casación" (reg. 665/14, rta. 30/4/2014) y n° 15.669, caratulada: Paz, Miguel Ángel y otros s/recurso de casación" (reg. n° 1560/14, rta. 25/8/2014), a cuyas consideraciones remite en razón de brevedad, corresponde hacer lugar sin costas al recurso interpuesto, anular la resolución en crisis y devolver las actuaciones al *a quo* a

Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

Causa N°15358 -Sala II
- C.F.C.P "G"
(A: s/
recurso de
inconstitucionalidad"

gravosa que razonablemente pueda corresponderle" (Cfr. "Galarza, Marcelo M. s/ recurso de casación", reg. nº 2/2003 de la Sala III -voto del doctor Mitchell-, rta. el 06/02/03 (y sus citas de fallos de esta Sala).

En ese orden, ante hipótesis normativas concurrentes, fundadas en presupuestos probatorios y jurídicos atendibles, debe privilegiarse hasta la instancia definitiva aquella que permita alcanzar una decisión final tras la consideración de todas las circunstancias del hecho imputado. Por eso esta misma Sala en su anterior composición ha reafirmado que, "si la acción imputada puede configurar prima facie un delito u otro debe estarse, para resolver en el incidente de prescripción, al de mayor gravedad, sin perjuicio que al tiempo del pronunciamiento definitivo, en el principal, se concluya en una significación jurídica más benigna, declarándose entonces, y recién allí, la prescripción de la acción, luego del debate en donde las partes hayan tenido la oportunidad de probar y alegar sobre las características del suceso para darle uno u otro encasillamiento legal" -del precedente antes citado-.

De esta manera se impide dentro del marco de garantías para el imputado, que prescriba un hecho que se hubiere podido probar fehacientemente como constitutivo de un delito más grave a cuyo respecto no había fenecido el término que admite la persecución penal.

Entonces, no pudiendo descartarse que el hecho objeto de esta causa encuentre calificación legal en el art. 14 1º párrafo de la ley 23.737 -como sostiene el juez de instrucción interviniente y la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba-, la prescripción de la acción resulta injustificada por el momento.

En efecto, toda vez que la presente causa se inició el 21 de mayo de 2009, que el 29 de abril de 2010 se llevó a cabo la audiencia de intimación en los términos del 353 bis

del CPPN, es que a la fecha no ha transcurrido el plazo para que opere la prescripción de la acción penal de cara a la figura penal más gravosa antes apuntada.

-v-

Por lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, con costas (arts. 474, 475, 530 y ccds. CPPN). Tal es mi voto.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, y vencido en la cuestión que antecede, al sólo efecto de arribar a una mayoría sobre si corresponde o no el reenvío, he de adherir, en ese punto, al doctor Slokar, por coincidir en que, advertida la nulidad de la resolución, en virtud del 471 CPPN corresponde el reenvío a los efectos de un nuevo pronunciamiento.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

Que el recurso de casación debe tener favorable acogida, toda vez que la posición desincriminante adoptada por el Ministerio Público Fiscal en la instancia de grado, luego compartida por el fiscal general ante esta instancia, (cfr. fs. 26 y 76/77) -más allá de su acierto o no- sellaba la suerte favorable de la solicitud y limitaba la jurisdicción del a quo para adoptar una solución más gravosa, como así también restringe la de esta Sala.

Por ello, conforme lo expuesto al votar en las causas nº 564/13, caratulada: "Orozco Martínez, Jaquelina Natalia s/recurso de casación" (reg. nº 2375/13, rta. 20/12/2013); nº 15.196, caratulada: "Gómez, Marcelo José s/recurso de casación" (reg. nº 536/14, rta. 9/4/2014), nº 1553/13, caratulada: "Bocanegra Castro, Liliana Yaquelin s/recurso de casación" (reg. 665/14, rta. 30/4/2014) y nº 15.669, caratulada: Paz, Miguel Ángel y otros s/recurso de casación" (reg. nº 1560/14, rta. 25/8/2014), a cuyas consideraciones remite en razón de brevedad, corresponde hacer lugar, sin costas al recurso interpuesto, anular la resolución en crisis y devolver las actuaciones al a quo a

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°15358 -Sala II
- C.F.C.P "C"
C A s/
recurso de
inconstitucionalidad"

fin de que dicte nuevo pronunciamiento conforme a la doctrina aquí establecida (arts. 471, 530 y ccds. CPPN).

Así vota.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el doctor Slokar en su voto. Sólo he de hacer reserva de fundamentos en cuanto a que la cuestión debe ser resuelta en esta instancia sin reenvió.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR, SIN COSTAS al recurso interpuesto, **ANULAR** la resolución en crisis y **DEVOLVER** las actuaciones al a quo a fin de que dicte nuevo pronunciamiento conforme a la doctrina aquí establecida (arts. 471, 530 y ccds. CPPN)

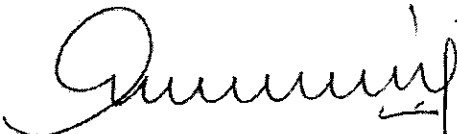
Regístrese, hágase saber, comuníquese y remítase, sirviendo la presente de atenta nota de estilo


ANGELA ESTER LEDESMA


PEDRO R. DAVIO


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

NOTA: Para dejar constancia que ~~el Dr. Alejandro W. Slokar~~ participó de la deliberación, votó y no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 369 in fine CPPN)


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

