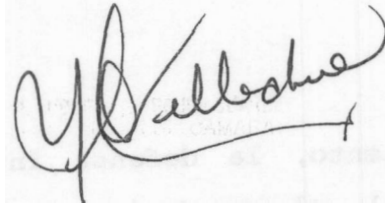


Sala II
Causa Nº FTU 9430/2015/1/RH1
"SANCHEZ JOSE FRANCISCO s/ recurso
de casación"



Registro nro.: 577/17
LEX nro.: FTU 009430/2015/1
R17001

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 6 días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la juez doctora Angela Ester Ledesma como presidente y los jueces doctores Alejandro W. Slokar y Pedro R. David como vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso interpuesto en la presente causa Nº CCC 36623/2012/4/RH2 del registro de esta Sala, caratulada: "Sánchez, José Francisco s/ recurso de casación", encontrándose representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca y la defensa a cargo del defensor oficial Juan Carlos Sambuceti (h.).

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 los jueces Pedro R. David y Angela Ester Ledesma, respectivamente.

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

-I-

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, en la causa nº FTU 9430/2015/CA1 de su registro, con fecha 27 de octubre de 2015, resolvió -en cuanto aquí interesa- revocar el auto del Juzgado Federal nº 2 de Tucumán en cuanto sobresee a José Francisco Sánchez, y dictar su procesamiento en relación al delito de tenencia de estupefaciente para consumo

personal (cfr. fs. 7/9vta.).

Contra dicho pronunciamiento, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 10/23vta.), el que rechazado, motivó el recurso de queja (fs. 27/40vta.), que fue concedido por esta sala (fs. 56/vta.) y mantenido (fs. 58).

2º) Que el recurrente, en primer lugar, alegó que: "...la resolución [puesta en crisis] detenta del vicio jurídico conocido en la doctrina procesal como sentencia jurídica arbitraria, por cuanto [...] carece de la debida motivación o fundamentación que, bajo pena de nulidad, exigen los arts. 123, 399 y 404 inc 2º del CPPN, para la generalidad de las sentencias judiciales".

De seguido, sostuvo que: "...[se] resuelve criminalizar la conducta de [su] asistido, simplemente porque la droga fue habida en el penal, no por otra razón, lo cual es un absoluto error de razonamiento", en tanto: "...si la misma privadísima conducta que se [le] atribuye [...] se hubiera llevado a cabo fuera del penal, en este momento estaría absuelto y el sistema de justicia se estaría ocupando de asuntos de mayor trascendencia que las acciones del [encausado] dentro de la cárcel de Villa Urquiza".

De otra banda, puso ahínco en que: "...hubo por parte de los sentenciantes, un error *`in iudicando'* [...] toda vez que se ha realizado una errónea interpretación del art. 14, 2º párrafo de la ley 23.737", ya que: "...la conducta del Sr. Sánchez se desarrolló en el ámbito de su más absoluta privacidad, donde no queda lugar a dudas que los 4,55 gramos encontrados en su poder eran para su exclusivo consumo en el ámbito del penal".

Por último, se agravió de que: "[a]l haber dispuesto



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]

Sala II
Causa Nº FTV 9430/2015/1/RH1
"SANCHEZ JOSE FRANCISCO s/ recurso
de casación"

la Excma. Cámara Federal de Apelaciones el procesamiento del [encausado], surge palmariamente la afectación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio, al privarlo palmariamente del resguar[do] de la doble instancia de jurisdicción [...] ya que frente al procesamiento dispuesto por [dicha Cámara], no puede interponer recurso alguno".

Ad finem, solicitó se resuelva en consonancia con el principio pro homine y se haga lugar al recurso intentado.

3º) Que a fs. 67 se pusieron las actuaciones en término de oficina, oportunidad en que la defensa reedito en lo sustancial los agravios del recurso de casación (fs. 60/63), y a fs. 68 se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 CPPN. En esas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el remedio en trato resulta formalmente admisible. En efecto, en resguardo de los compromisos asumidos por nuestro país en tratados internacionales con jerarquía constitucional en orden a la tutela del derecho al recurso y en mérito de los estándares que constituyen directrices de interpretación (CIDH Informes Nº 17/94 "Maqueda" y Nº 55/97 "Abella"; Corte IDH casos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" del 2 de julio de 2004 y recientemente "Mohamed vs. Argentina" del 23 de noviembre de 2012) un auto de procesamiento dispuesto por la alzada que revoca o modifica en perjuicio la decisión de mérito del juez de grado, es susceptible de sortear las exigencias del art. 457 del rito, dado el carácter del tribunal intermedio asignado a esta Cámara frente a una cuestión federal, cuya invocación y existencia se verifica en la especie (Fallos: 328:1108).

-III-

Que, sin perjuicio del consolidado criterio sentado al pronunciar sentencia en la causa n° 15.247, caratulada: "Renzi, Walter Gabriel y otros s/recurso de casación" (reg. 1108/13, rta. 8/8/13, en cuanto a la garantía de la doble instancia, mediando las específicas circunstancias del subexamine, y en tanto "[e]l principio de buena fe y su concreta aplicación (pro homine) impide que el discurso penal invoque las disposiciones de la CN y de los tratados para violar los límites del derecho penal de garantías, o sea, que se haga un uso perverso de las propias cláusulas garantizadoras" (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al., 'Derecho Penal' Parte General 2a. ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 135), corresponde pronunciar la solución que resulte más favorable a los intereses del imputado y, en este orden, se impone en la ocasión dar tratamiento a la censura que primariamente aborda el remedio casatorio planteado.

-IV-

Que sentado lo expuesto precedentemente, cabe reparar que el 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



Cámara Federal de Casación Penal

sala II
Causa Nº FTU 9430/2015/1/RH1
"SANCHEZ JOSE FRANCISCO s/ recurso
de casación"

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 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 nº 14.078, caratulada: "Moreno, Ezequiel Martín s/recurso casación", reg. nº 19.529, rta. 30/11/2011 y nº 16.330, caratulada: "Guerrero, Emanuel s/recurso de casación", reg. nº 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 nº 2 de Tucumán se declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y, con ello, se decidió el sobreseimiento del encartado, a base de entender que: "...la tenencia de estupefacientes por parte del imputado, no afecta el bien jurídico protegido por el segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737, ya que no existió en el caso concreto exhibición en el consumo [y] [e]n consecuencia, no se violó el bien jurídico protegido, la salud pública, quedando su conducta dentro de la protección constitucional.." (cfr. fs. 2/6).

Dicha resolución -tal como se anuncia en el punto que inaugura este sufragio- fue revocada por la Cámara Federal de Tucumán, en virtud de la apelación deducida por el representante del Ministerio Público Fiscal, la cual entendió que no era aplicable al caso de autos la doctrina del fallo "Arriola", sustentando dicha postura en que: "...es de relevancia analizar el contexto en el que se produjo el hallazgo y el secuestro de material que resultó ser estupefaciente (4,55 grs. de marihuana) [sic] ya que estamos en presencia de una situación especial, por haberse realizado



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FTU 9430/2015/1/RH1
"SANCHEZ JOSE FRANCISCO s/ recurso
de casación"

dentro de un ámbito (cárcel) en el que por razones de seguridad, se llevan a cabo diligencias de prevención general, las que son de conocimiento público y que constituyen un asentimiento respecto de las mismas, como para flexibilizar la tutela de los derechos constitucionales"(cfr. fs. 8/9vta.).

En estas condiciones, se advierte que no se ha invocado ninguna circunstancia que demuestre que la conducta del imputado 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, la escasa cantidad de material estupefaciente 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-.

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 Reeduación 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 siquiera se ha intentado demostrar de modo preciso una mínima trascendencia a terceros.

Asimismo, en tal sentido, cabe recordar cuanto llevo dicho en el precedente "Arce" (cfr. causa n° FBB 31000733/2012/1/RH1 caratulada "Arce, Rodrigo s/ recurso de casación", reg. n° 1539/16, rta. 23/08/16) en tanto que debe tratarse de una trascendencia "**lesiva**" a terceros -donde éste, en pleno goce de sus facultades, sea quien en definitiva pueda considerar que ha estado frente a un peligro concreto, o ha sufrido algún daño a derechos o bienes-, y no de una mera "trascendencia a terceros" -donde paternalistamente se lo pretende cuidar-, ya que la conducta en estudio "puede

ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar a otras y ser completamente indiferente a muchas otras" (vid., mutatis mutandi, voto del juez Julio B. J. Maier en el Expte. TSJ CABA n° 245/00 "León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71 CC)" resuelta el 24 de octubre de 2000).

En virtud de todo lo expuesto, sumado a lo dictaminado por la Procuradora General de la Nación en los autos F. 289. L. RHE, caratulados: "Funes Vallejos, Sebastián David s/causa n° 338/2013", se impone hacer lugar, sin costas, al recurso de la defensa, casar el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, estar al sobreseimiento dispuesto en autos por el Juzgado Federal n° 2 de Tucumán a fs. 2/6. (arts. 470, 530 y ccds. del CPPN).

Así voto.

El señor juez doctor Pedro R. David dijo:

En primer lugar, corresponde señalar que a mi entender la resolución cuestionada no resulta definitiva ni equiparable, en tanto en ella se revoca un sobreseimiento, y los agravios de la defensa tampoco dan cuenta de algún posible agravio insusceptible de reparación posterior.

Sin perjuicio de ello, encontrándose sellada la admisibilidad del recurso interpuesto, habré de dar mínima respuesta a los agravios presentados.

b) Por otra parte, y en lo que hace a la cuestión de fondo, en relación a la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo en cárcel, atento a encontrarse sellada la suerte del recurso, conforme la firme y constante jurisprudencia de los colegas de esta Sala, he de señalar brevemente mi disidencia, puesto que en el caso se plantean cuestiones

sustancialmente análogas a las resueltas por esta Sala en la causa n° 14.078, "Moreno, Ezequiel Martín s/recurso de casación", rta. e 30/11/11, reg. 19529, a cuyos fundamentos remito en honor a la brevedad.

En tales condiciones propicio rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas (artículos 470, 471 a contrario sensu y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.

La señora jueza Angela **Ester** Ledesma:

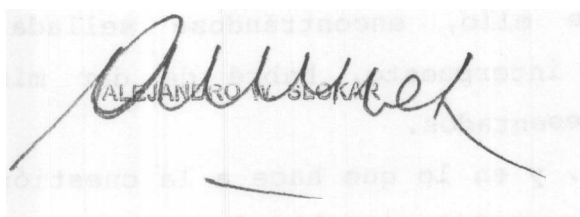
Que adhiero al voto del juez Slokar.

Así voto.

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

HACER LUGAR, SIN COSTAS, al recurso de la defensa, CASAR el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, estar al sobreseimiento dispuesto en autos por el Juzgado Federal n° 2 de Tucumán a fs. 2/6. (arts. 470, 530 y ccds. del CPPN).

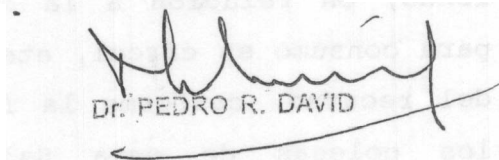
Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase a su procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



ALEJANDRO W. SLOKAR



ANGELA ESTER LEDESMA



Dr. PEDRO R. DAVID

