



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Dictamen n° 9983
“GOMEZ, Analía Verónica”
Causa n° FMZ 55018152/2012/CA1 –
CFC, Sala IV, Fiscalnet 109842/12

Excma. Cámara:

Javier Augusto de Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. FMZ 55078152/2012/CA1 - CFC del registro de la Sala IV, caratulados: “GÓMEZ, Analía Verónica s/ recurso de casación”, me presento y digo:

1). Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la resolución de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza que resolvió: 1) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 84/86 vta. y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 80/82vta; 2) modificar la calificación legal atribuida a la conducta de **Analía Verónica Gómez** por la prevista y reprimida en el art. 14, primera parte de la ley 23.737.

2) La causa se inicia en un procedimiento realizado el 7 de octubre de 2012 en la sede del Servicio Penitenciario de la Provincia de San Juan, oportunidad en la que personal de esa institución se encontraba realizando una requisita a las visitas de los internos. Al requisar a la Sra. Analía Verónica Gómez, quien ingresaba en calidad de visita del interno Raúl Montaña, se le secuestró un envoltorio con 28 cigarrillos de marihuana con un peso total de 20 gramos en el interior de su vagina.

El Juez Federal dictó auto de procesamiento en contra de Gómez por considerarla presunta autora del delito previsto en el artículo 5°, inciso e) segunda parte, agravado por el artículo 11, ambos de la ley 23.737, en grado de tentativa (art. 42 del Código Penal). Para así decidir consideró que “...*todo lo narrado evidencia la intención de la encartada, esto es, ingresar sustancia estupefaciente en el Servicio Penitenciario, burlando los controles de ésta Dependencia, para luego proceder a la entrega de los mismos de manera gratuita a su concubino Raúl Montaña*”.

Contra ese auto interpuso recurso de apelación la Sra. Fiscal Federal. En esa oportunidad sostuvo que la calificación legal escogida constituye la tipificación de una participación en un injusto ajeno atípico -la tenencia de

estupefacientes para consumo personal- y que, por lo tanto, también sería atípica esa conducta. Solicitó el sobreseimiento de la imputada por atipicidad.

A su turno, la Sala A de la Cámara Federal de Mendoza hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, recalificó la conducta de Gómez como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737). Al respecto dijo que *“sólo se encuentra acreditada la tenencia de sustancia estupefaciente por parte de la imputada, toda vez que respecto del destino final de la misma, si bien es cierto, que de las pruebas incorporadas a la causa existe sospecha cierta de que iba dirigida a Raúl Montaña, el suministro no tuvo principio de ejecución en tanto se quedó en el marco del acto de pretender ingresar a la cárcel”*. *“Lo único que existió en ese orden –agregó el Tribunal– fue una tentativa de introducción a la penitenciaría, conducta que como tal no se encuentra reprimida por la ley”*.

Contra esa resolución interpuso recurso de casación el Fiscal General Subrogante ante aquella Cámara, el cual fue concedido. En primer término sostuvo que la resolución impugnada desconoce el rol constitucionalmente asignado a este Ministerio Público Fiscal, colocando a la imputada en una posición procesal más gravosa a la propiciada por los Fiscales que le precedieron en las instancias anteriores. En este sentido dijo que lo resuelto por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza constituye un exceso en los límites de la jurisdicción que venía establecido por el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Federal y que los jueces no estaban autorizados a pronunciarse en el sentido que lo realizaron pues no existió pretensión acusadora. Sostuvo que ello configura una violación al modelo acusatorio consagrado por la Constitución Nacional.

3) En lo atinente a la violación del principio de contradicción entiendo que la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza no se ha excedido de límites jurisdiccionales. Independientemente de la tipicidad del suministro gratuito de estupefacientes para consumo personal, lo cierto es que, como afirma el Tribunal *a quo*, se encuentra objetivamente acreditado que Analía Verónica Gómez, en oportunidad de efectuarse el procedimiento, tenía entre sus pertenencias 20 gramos de marihuana. En otras palabras, existía un segmento residual de la investigación que podía continuar y sobre el cual no se habían manifestado los representantes del Ministerio Público Fiscal.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

4) No obstante ello, considero que los argumentos de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza para confirmar el procesamiento de Gómez constituyen fundamentos aparentes pues ha omitido el análisis de elementos que le hubieran permitido arribar a una certeza negativa respecto de la presencia de un delito. Ello la habría llevado a coincidir en la solución propuesta por la Fiscalía, esto es, el sobreseimiento de la imputada.

Si, como sostuviera la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, se encontrase acreditada la tenencia de estupefacientes por parte de la imputada (tipo objetivo), ello solo no permite afirmar la existencia de un delito con el grado de certeza requerido para esta etapa procesal. Las características del caso imponen extremar los recaudos en el análisis de los otros estratos de la teoría del delito pues, de lo contrario, se corre el riesgo de mantener sometida a proceso a una persona por el mero hecho de haber comprobado la tipicidad de su conducta pese a que un elemental estudio de las circunstancias que rodearon al hecho permitiría afirmar que nos encontramos frente a una causa de justificación o un supuesto de inculpabilidad.

Entiendo que en el caso se verifica un supuesto de inculpabilidad. Ello es así pues resulta irrazonable reprochar jurídicamente la tenencia - o el suministro- de estupefacientes secuestrados en poder de Gómez, cuyo destino era ser otorgados a su pareja presa. Para el estudio de la cuestión debo comenzar por señalar que la magnitud del injusto reprochado, si bien no es insignificante, se presenta como leve dada la cantidad de estupefacientes secuestrados en poder de la imputada (20 gramos de marihuana). Éste será el objeto del reproche.

En el actual estado del saber jurídico penal, la doctrina es unánime en la necesidad de un vínculo personalizado entre el injusto y el autor dentro de la teoría del delito. Pretender fundar la pena únicamente con la gravedad del injusto sería violatorio del principio de igualdad. Este análisis tiene lugar en la culpabilidad, entendida como el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Es preciso realizar un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho.

A continuación corresponde entonces verificar cuál era el ámbito de autodeterminación de Gómez al momento del hecho. Esto nos permitirá conocer cuál era el abanico de conductas disponibles y cuál era el esfuerzo que debió realizar

para optar por aquella adecuada a derecho (culpabilidad por el acto). Del relato de los hechos surge que la imputada se encontraba en el establecimiento carcelario en calidad de visita de su concubino, el interno Raúl Montaña. Tal como sostuvo el representante del Ministerio Público Fiscal que me precede en la instancia, este hecho es un mero acto preparatorio del suministro gratuito. No obstante, es preciso relevar ese dato pues nos brinda las razones que llevaron a Gómez a tener los estupefacientes, esto es, su relación con el interno. Como podrá apreciarse, el esfuerzo que hubiera requerido rehusarse a realizar el suministro y a rechazar satisfacer las necesidades de su concubino, supera lo jurídicamente reprochable. Lo contrario equivaldría a exigirle que ignore sus peticiones y ponga en riesgo el vínculo que los une, con las consecuencias que ello podría traer aparejada en la crianza del hijo que esperaba.

La situación de los adictos en nuestras cárceles ha sido descripta hace décadas. En un trabajo cuya primera edición es de 1968, Neuman e Irurzun explicaron que el adicto llega al pabellón con intenso temor y tensión agobiante, entre otras razón, por falta de drogas¹. A veces no reciben el tratamiento correspondiente y en ciertos casos deben sufrir las penurias del llamado síndrome de abstinencia. Uno de los adictos entrevistados por los autores explicó que toda la situación aumenta sus tensiones y la mayor necesidad de drogas por lógica consecuencia. "*Se vive como un verdadero infierno*", dijo. Ya entonces se sabía que las drogas son ingresadas por las visitas en las formas más diversas e ingeniosas².

En estas circunstancias es inhumano exigir una conducta diferente al cónyuge del adicto que intenta ingresar estupefacientes para su pareja. Como se dijo, se la pone en la disyuntiva de acceder al pedido del adicto o poner en peligro la relación, lo cual muchas veces significará perder la principal fuente de ingresos en el medio libre. Esto cobra especial relevancia si tomamos en cuenta que al momento del hecho tenía un embarazo de siete meses. Si bien la conducta adecuada a derecho se encontraba entre las conductas disponibles, el esfuerzo que debería haber realizado la imputada es tan grande que no resulta jurídicamente reprochable. Ello es así pues el ordenamiento jurídico no exige de las personas comportamientos sobrehumanos. Ese juicio de valor no es ajeno a nuestro derecho positivo. Véase que las circunstancias del caso son más extremas aún que las que llevaron al legislador a eximir de

¹ Neuman, Elías, Irurzun, Víctor J., *La Sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, 4ta ed., Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 61 y ss.

² Neuman / Irurzun, op. cit., p.84.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

responsabilidad criminal por encubrimiento a quienes "hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud" (art. 277, inciso 4° del Código Penal).

De todas formas, suponiendo que el suministro no tuviese como fin satisfacer la adicción de su cónyuge sino facilitarle objetos para utilizar como moneda de cambio, entiendo que debemos llegar a la misma conclusión. La irreprochabilidad del injusto está determinada por la cruel disyuntiva en que se encontraba Gómez al momento del hecho.

Hasta aquí hemos analizado la culpabilidad por el acto. Bastaría este análisis para descartar la reprochabilidad del injusto. Para evaluar el estado de vulnerabilidad o de inexigibilidad de otra conducta de una persona podemos considerar varios aspectos de su biografía. Resulta evidente que nos hallamos frente a una obra sumamente tosca cometida por quien no ha recibido entrenamiento alguno en el delito, pues es sabido que las visitas son sometidas a requisas profundas³. Por la descripción de los hechos podemos inferir que el material estupefaciente no se encontraba bien disimulado. También resulta claro que la imputada es una persona alejada del "poder". El hecho de que se trate de la concubina de una persona privada de la libertad también debe ser tomado en consideración para evaluar su situación. A ello debe sumarse que su ocupación era "ama de casa y empleada doméstica" (ver informe de fs. 39 y declaración indagatoria de fs. 58). Por otro lado, el esfuerzo realizado por Gómez para ser seleccionada por el sistema penal muy leve. La tenencia de 20 gramos de marihuana coloca su conducta en el límite de la insignificancia. Ello significa que su criminalización ha respondido en gran medida a sus características personales y no al esfuerzo por colocarse en esa situación.

En estas circunstancias considero que el injusto imputado a Gómez no puede serle jurídicamente reprochado. En consecuencia, frente al convencimiento de la irreprochabilidad del hecho enrostrado a la imputada, entiendo que corresponde sobreseer a Analía Verónica Gómez con fundamento en el supuesto previsto en el art. 336, inciso 5° del Código Procesal Penal de la Nación.

³ Véase el informe n° 38/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.506 sobre Argentina, 15 de octubre de 1996 y el informe Anual de la Procuración Penitenciaria correspondiente al año 2000.

5) No obstante lo manifestado, no debe perderse de vista que la solución que aquí postulo en modo alguno contraviene la política criminal en materia de tráfico ilícito de estupefacientes ni la política carcelaria de control del ingreso y posesión de determinadas mercaderías, objetos o sustancias. No importa en modo alguno el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el estado en estas materias. No está en juego la prevención de las conductas reprimidas por la ley 23.737 sino determinar si estamos ante una persona que merece ser culpabilizada o no. No se encuentra cuestionado el proceder del personal penitenciario que logró evitar el ingreso de la droga al establecimiento carcelario, ni la solución escogida implica la legalización de esa conducta. Lo relevante para resolver el caso no radica en el ilícito -injusto penal- sino en su irreprochabilidad como consecuencia de las especiales circunstancias del caso y las personales de la imputada, por las cuales, cualquiera llegaría a la conclusión de que a Analía Verónica Gómez no se le podía exigir otra cosa.

6) Por las razones expuestas solicito que se haga lugar al recurso de casación interpuesto con el alcance expuesto en este dictamen.

Fiscalía N° 4, 8 de julio de 2015.