

Reg. n° 77 /2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de febrero del año 2018, se reunió la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, integrada por los jueces María Laura Garrigós de Rébora, Gustavo A. Bruzzone y Luis M. García, asistidos por el secretario de cámara Santiago Alberto López, a fin de resolver el recurso de casación deducido en la causa número 2211/2014/TO1/CNC1, caratulada “**ZAPPIA, Fernando Martín** s/ sustitución de pena”, de la que **RESULTA:**

1º) El Tribunal Oral en lo Criminal n° 5, con fecha 31 de agosto de 2015, en el marco de procedimiento regalado por el art. 431 bis del CPPN, resolvió: “**I. CONDENAR a FERNANDO MARTÍN ZAPPIA** de las demás condiciones personales consignadas al inicio, por ser autor de robo con armas en grado de tentativa en concurso real con robo simple en grado de tentativa, a la pena de **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** y costas (artículos 29 inciso tercero, 42, 55, 164 y 166 inc. 2º, primer supuesto, del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

II. SUSTITUIR la pena dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento impuesta a **FERNANDO MARTÍN ZAPPIA** por el tratamiento que el causante se encuentra llevando a cabo, destinado a superar su adicción a las drogas y al alcohol, el que deberá llevarse a cabo indefectiblemente en una comunidad terapéutica cerrada, en los términos establecidos en el artículo 17 de la ley 23.737” (fs. 276/280).

2º) El Fiscal Ariel Yapur, alzó sus críticas contra dicho pronunciamiento a través del recurso de casación agregado a fs. 282/286.

Canalizó sus agravios por vía del inciso 1º del art. 456 y del art. 491 del CPPN al tratarse sobre una cuestión de ejecución de la pena.

Sostuvo que el tribunal aplicó erróneamente el art. 17 de la ley 23.737 para sustituir en la pena de efectivo cumplimiento por un tratamiento contra las adicciones en régimen cerrado ya que el condenado no cometió ninguno de los delitos descriptos en el art. 14 de

la ley de estupefacientes, ni tampoco se daban las circunstancias del art. 26 del CP.

Así, afirmó que los magistrados realizaron una interpretación antojadiza “*in bonam parte*” de la normativa para aplicar una ley que no fue destinada por el legislador para la situación aquí resuelta.

Por ello, adujo que “*parece evidente que los jueces integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal N° 5, para alcanzar la decisión que tomaron en el punto II de su sentencia se han apartado de modo deliberado y arbitrario de la ley que rige el caso, reemplazándola por su voluntad individual, lo que descalifica este tramo de su pronunciamiento como acto jurisdiccional y lo convierte en un puro acto de poder sin base normativa alguna*”.

3º) La Sala de Turno del tribunal decidió otorgarle al caso el trámite previsto por el art. 465 del CPPN (fs. 293).

4º) El 30 de noviembre de 2017 se celebró la audiencia prevista en el art. 468, en función del art. 465, CPPN. Estuvieron presentes la parte recurrente, Dr. Juan Fernández Buzzi, en representación del Ministerio Público Fiscal y el Dr. Daniel Ostan, defensor particular a cargo de la asistencia técnica de Fernando Martín Zappia. En la audiencia ambas partes argumentaron su posición y respondieron preguntas del tribunal.

Finalizada la respectiva deliberación, el tribunal arribó al siguiente acuerdo.

Y CONSIDERANDO.

La jueza María Laura Garrigós de Rébora dijo:

El 20 de abril de 2015 el representante del Ministerio Público Fiscal realizó una presentación en los términos del art. 431 *bis* del CPPN. Allí postuló que “*Se **CONDENE a FERNANDO MARTIN ZAPPIA a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO por considerarlo autor material penalmente responsable de los delitos de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS Y ROBO, AMBOS EN GRADO DE TENTATIVA Y EN CONCURSO MATERIAL ENTRE SÍ** (arts. 27, 40, 41, 42, 44, 55, 164, 166, incº 2, segundo párrafo y cc. del C.P.; art. 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación)*” (fs. 249).

Al día siguiente el imputado compareció ante los estrados, ratificó dicho acuerdo, poniendo *“énfasis en sus problemas de drogadependencia y en la necesidad de llevar adelante un tratamiento para superarlos, entendiéndolos como el origen de todo este problema”* (fs. 252). En tanto, luego de finalizado ese acto, su defensor particular solicitó que en atención a los problemas de adicción expuestos en la audiencia, se sustituyera la pena acordada por un tratamiento para su desintoxicación (fs. 254/255).

Luego de esa petición, el tribunal oral ordenó una pericia psicológica y psiquiátrica para determinar si Zappia presentaba adicción a las drogas y en caso afirmativa que tratamiento podría dispensarse (fs. 258).

Ante este pedido, y luego de realizar los estudios, el Cuerpo Médico Forense respondió que *“1). El causante, en el momento del examen, no presenta síntomas de alteraciones psicopatológicas de tipo psicótico (no es un enajenado mental) por lo tanto, desde el punto de vista psicojurídico, las facultades mentales encuadran dentro de la normalidad. 2). Reviste la forma clínica de Trastorno por abuso de sustancias psicoactivas.- 3). Debe realizar tratamiento de desintoxicación y rehabilitación. La modalidad del mismo deberá ser establecida por un equipo interdisciplinario asistencial de acuerdo a la ley 26.657”* (fs. 267/270).

Luego, se corrió vista al fiscal quien se opuso por dos cuestiones. Primero, porque lo peticionado no se encontraba sustentado en ninguna normativa aplicable al caso. Y segundo, porque el problema de adicción que se exteriorizaba del informe médico podía ser tratado dentro del propio servicio penitenciario, en el programa PRISMA, y no extramuros como lo solicitó la defensa. (fs. 275).

Ante este marco de situación, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 entendió que correspondía hacer lugar a lo postulado por la defensa en base a una interpretación *“in bonam partem”* del art. 17 de la ley 23.737.

Para tomar esa determinación partió de la base de que es conocido el efecto contraproducente que tienen las penas cortas y que estas pueden ser sustituidas si resultare más beneficioso para la resocialización de la persona.

Pese a que puedo compartir el interés que fundó la decisión del tribunal, no coincido con el camino elegido.

Los magistrados entendieron que toda vez que las disposiciones que limitan la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente, *“a contrario sensu debe concederse amplitud a aquellas exégesis que, bajo ciertas condiciones especiales, habilitan la libertad en situaciones equiparables (artículo 2 Código Procesal Penal)”*, y ello les permitía aplicar las medidas de seguridad dispuestas en el art. 17 de la ley 23.737, sin perjuicio de que estas no están pensadas para los delitos aquí ventilados.

Si bien es posible la interpretación *in bonam partem* de normas, se debe tratar de una situación que lo requiera ya sea porque la norma sea vaga, o presente puntos oscuros, o porque el encuadre del caso ofrezca dificultades, lo que no ocurre en el presente caso.

El art. 14 de la ley 23.737 dice: *“Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.*

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.”

En tanto el art. 17 del mismo cuerpo normativo refiere: *“En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación.*

Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última”.

Así, se observa que las medidas de seguridad que se intentan aplicar están claramente determinadas para el supuesto en el que se imputara la conducta que describe el art. 14 de la ley 23.737, y no para los casos de los arts. 164 y 166 del CP.

Vale destacar que en la audiencia dispuesta por el art. 431 *bis* del CPPN Zappia aceptó su responsabilidad respecto de dos hechos de robo, uno simple y otro agravado por el uso de arma, ambos en grado de tentativa.

Es decir que, se aplicó una normativa que no se ajusta al caso, ni por los hechos cometidos, ni por el fin de la norma, ni por los requisitos necesarios para su aplicación.

Por ello, entiendo que el tribunal aplicó erróneamente la ley sustantiva y en consecuencia se debe hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 282/286, anular la resolución de fs. 276/280, apartar al tribunal interviniente, y remitir la causa a la Oficina de Sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal para que desinsacule un nuevo Tribunal Oral que deberá dictar nueva sentencia, de conformidad con lo postulado en la presente.

Así, voto.

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la jueza Garrigós de Rébora.

El juez Luis M. García dijo:

Concuerdo sustancialmente con el voto de la jueza Garrigós de Rébora en tanto, sin base legal expresa, una pena privativa de la libertad no puede ser reemplazada de modo vicariante por una medida de tratamiento.

El art. 17 de la ley 23737, ha sido mal aplicado en el caso, porque se refiere solamente a los supuestos de delitos del art. 14, segundo párrafo de esa ley. Si se tratase del condenado por otros delitos, y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez o tribunal pueden imponer una medida de seguridad curativa junto con la pena que corresponda al delito, pero no en sustitución de ésta según el art. 16 de aquella ley. Tal podría ser el caso de Fernando Martín Zappia que ha sido condenado por robo con armas en grado de tentativa en concurso real con robo en grado de tentativa, por la sentencia de fecha 31 de agosto de 2015.

El *a quo* ha aplicado la ley invocada de forma manifiestamente errónea, y no es admisible para salvar la errónea aplicación de la ley a un caso no previsto alegar que se hace una aplicación *in bonam partem*, como afirma el tribunal en su sentencia, porque ese argumento, expresados en esos términos, conduciría a que los jueces nunca estarían atados a la ley aplicable al caso, sino que la aplicarían o no según su propio criterio, lo que es inadmisibile.

Por ello concuerdo con la jueza de primer voto en punto a que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público fiscal a fs. 282/286, anular la resolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 de fecha 31 de agosto de 2015, apartar a los magistrados que tomaron intervención en el pronunciamiento impugnado, y en definitiva disponer que el caso sea remitido a otro tribunal para que dicte nueva sentencia sobre la acusación (arts. 173 y 471 CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 282/286, **ANULAR** la resolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 de fecha 31 de agosto de 2015 (fs. 276/180), **APARTAR** a los magistrados que tomaron intervención en el pronunciamiento impugnado, y **REMITIR** la causa a otro tribunal a fin de que dicte una nueva sentencia (arts. 173, 456, 465, 471 y 491 CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100), remítase la causa a la Cámara Federal de Casación Penal para que desinsacule otro tribunal a fin de que dicte una nueva sentencia, y líbrese oficio con copia de la presente al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Bruzzone participó de la deliberación y emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 2211/2014/TO1/CNC1

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

LUIS M. GARCÍA

Ante mi:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA