

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

**REGISTRO Nro: 17.529**

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de noviembre del año dos mil diez, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de fs. 173/186 vta. de la causa nº 12.381 del registro de esta Sala, caratulada: "Fernández, Gustavo Daniel s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Plée y la Defensa Pública Oficial por el doctor Juan Carlos Sambuceti (h).

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

**-I-**

**1º)** Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa resolvió condenar a Gustavo Daniel Fernández a la pena de un año de prisión y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, ley 23.737).

Contra dicha resolución, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación a fs. 196/199 vta., el que concedido a fs. 237/238, fue mantenido en esta instancia a fs. 246.

2º) Que estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456 del C.P.P.N., sosteniendo que “... *el procedimiento realizado en oportunidad del hecho de autos, se advierte que el mismo no fue regular o lo fue en escasa medida, si se considera que se desdobló en tres etapas...*” y que “... *ante el supuesto hallazgo del estupefaciente entre los objetos que portaba Fernández (bolsa de supermercado y billetera) y la llegada de la instrucción -Policía Federal-, medió más de una hora, tal como se desprende de las testimoniales rendidas en autos*” (fs. 197 vta.).

En lo que respecta al acta de allanamiento, consideró que “... *se limita a registrar todo aquello que los guardianes les exhibieron y narraron*”, a lo que agregó que “... *juega un papel relevante la testimonial incorporada por lectura de Pérez Raña que narra episodios acontecidos con anterioridad, entre el guardia cárcel Paredes, presente en la requisita y mi representado, que dan cuenta de una marcada animosidad del primero respecto del acusado*” (fs. 198).

Puso de resalto que “... *la billetera que contenía presuntamente bolitas de marihuana... que fuera reconocida en el debate, y que integra el corpus delicti, no fue secuestrada sino que fue aportada por el propio imputado en la audiencia de juicio...*” (fs. 198).

A modo de colofón, manifestó que “... *la prueba de autos carece de la robustez necesaria para fundar una condena. A la luz de la sana crítica racional quedan en el aire los elementos ya apuntados (desdoblamiento del procedimiento, omisión de secuestrar un elemento de cargo, no hacer mérito de la testimonial del interno Pérez Raña), y sobrevuela sin respuesta una pregunta ¿pudo un interno en su sano juicio y por unos cuantos gramos de marihuana poner en peligro sus salidas transitorias, después de un largo encierro y conociendo las consecuencias de semejante actitud? Sin dudas es posible pero no parece probable*” (fs. 199).

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibidem*, el Ministerio Público Fiscal

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

presentó el escrito de fs. 249/250 vta., afirmando que "... *esta parte no advierte que en el caso en análisis el personal de seguridad haya actuado más allá de lo permitido en la ley, que faculta a los nombrados a proceder de la forma en que lo hicieron...*", solicitando se rechace el recurso de casación.

A su turno, la Defensa Pública Oficial presentó el escrito obrante a fs. 252/254 vta., solicitando se haga lugar al recurso interpuesto.

Así, sostuvo que "... *el supuesto secuestro del material estupefaciente, cuyo hallazgo esta defensa desconoce, fueron practicados por la autoridad penitenciaria desconociendo una prohibición expresa del legislador respecto de quiénes podían oficiar o no como testigos de actuación, en un acto irreproducible que consistió en asegurar evidencia criminal para sustentar eventualmente la imputación contra Fernández*".

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N..

**-II-**

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, inc. 2º del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó la errónea aplicación de la ley procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud del art. 457 del C.P.P.N..

**-III-**

Evaluada los agravios planteados por el recurrente cabe adelantar que estos no pueden tener favorable acogida pues, además de no haber asumido los argumentos de naturaleza normativa citados en el fallo, tampoco ha

demostrado la pertinencia de la aplicación que pretende.

En efecto, la defensa considera que la ausencia de testigos durante la requisa y el posterior hallazgo del material estupefaciente por parte de los agentes penitenciarios, acarrea la nulidad de la misma y de todos los actos realizados en su consecuencia. Desde un inicio y más allá de la pertinencia del planteo normativo, la parte confunde la relevancia de las formalidades de la actuación con la efectiva realización y comprobación del procedimiento cuestionado. Sin embargo, como se verá, no se advierten motivos para que esas formalidades sean procedentes dentro del supuesto analizado.

En el caso traído a estudio, se desprende que el procedimiento tuvo origen en una requisa que fuera efectuada por agentes penitenciarios -Rolón y Paredes- sobre los efectos del interno Gustavo Daniel Fernández, en momentos en que el nombrado se reintegraba a la Unidad Carcelaria N° 10 luego de una salida transitoria. El nombrado primero entregó la autorización de salida y luego su billetera, y al ser revisada la misma se hallaron en su interior tres bolitas con una sustancia similar a la marihuana. Es así que se comunicó la sospecha al Jefe de Turno y al Inspector y mientras el primero se comunicó con el Juez de Instrucción, el segundo fue con Paredes a la sala de requisa y al continuar con la revisión, se halló más sustancia estupefaciente dentro de dos de los cinco morrones que llevaba Fernández.

Es así que , por disposición del Juzgado Federal N° 2, se derivó el procedimiento a la Policía Federal -delegación Formosa- Delitos Federales y Complejos.

En virtud de ello, el Ayudante Fernando Damián Rojas junto con el Sargento Adolfo Moisés Cantero se apersonaron en la Unidad Carcelario N° 10, previo a convocar a dos testigos al efecto -Richard Javier Insfrán y Daniel Ezequiel Parada-, lugar donde se entrevistaron con el Ayudante de 3° José Ramón Paredes, quien les refirió las circunstancias en las que se llevó a cabo la requisa de mención y el resultado de la misma -hallazgo de tres bolitas con sustancia similar

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

a la marihuana dentro de una billetera y del interior de dos morrones-.

Acto seguido, los efectivos policiales procedieron a verificar lo relatado por Paredes y en consecuencia a dar lectura de las garantías al interno Fernández quien se encontraba en el lugar. Asimismo, se dispuso el inicio de las actuaciones sumariales caratuladas "ley 23.737".

Ahora bien, resulta evidente del relevamiento que precede, que el procedimiento llevado a cabo por el personal penitenciario se inscribe en la normativa que regula las tareas de prevención, seguridad y control dentro de la Unidad. Justamente, el fallo atacado pone de manifiesto que esas medidas de injerencia no están vinculadas con la normativa a la que hizo referencia la defensa dentro del debate y que reedita ahora en su casación, sino a las reglas que disciplinan las funciones penitenciarias.

En ese punto, el recurso se muestra carente de cualquier intento de crítica sobre el argumento central que dan los votos de los magistrados. Sin hacerse cargo de la premisa normativa antes aludida, la defensa vuelve sobre consideraciones -ciertamente escuetas- ya contestadas.

Esta circunstancia se muestra decisiva para neutralizar el progreso del agravio pues el recurrente no se hace cargo de refutar los presupuestos del rechazo de la alegada nulidad del acta en cuestión, desenvueltos por el *a quo*. En esa línea, ni el tiempo transcurrido desde la primigenia intervención de los agentes penitenciarios hasta la llegada del personal policial, ni las referencias de los testigos pueden poner en trance la legitimidad de la diligencia que culmina con la comprobación del injusto imputado a Fernández. Por lo demás, si se atiende a los razonamientos del fallo, queda claro que los dichos de esas personas no han sido tomados en consideración para resolver la atribución del hecho.

La defensa no ha podido justificar la aplicación de las formalidades que pretende, cuando surge sin discusión de las constancias del debate que la requisita en cuyo contexto se encontró la droga en poder de Fernández, fue llevada a cabo por agentes penitenciarios que se encontraban cumpliendo tareas de prevención. Al reintegrarse Fernández a la unidad carcelaria los agentes procedieron a revisar sus pertenencias dentro del marco normativo de la legislación penitenciaria, y al hallar dentro de la billetera, tres bolitas con sustancia similar a la marihuana, pasaron a la compulsión del resto de los efectos que el mismo traía consigo. En este sentido, no se ha señalado ninguna circunstancia que aluda a una falta de proporcionalidad en el desarrollo de la diligencia, ni afectación alguna a los derechos del interno.

Además, como los dichos de los testigos no han sido asumidos como conducentes por el *a quo*, es claro que la argumentación del recurrente en lo sustancial carece de relación directa con los fundamentos y motivos en que la condena basa la imputación del injusto.

Esta circunstancia se hace manifiesta ya que aún partiendo de los cuestionamientos de la defensa a las formas en que se labraron las actas, el resultado al que arriba la sentencia no se modificaría. Ello es así, pues las falencias que alega la defensa en ese orden no están conminadas con nulidad dentro del C.P.P.N.. En todo caso, la prueba actuada derivaría su eficacia probatoria a los elementos de juicio -testimonial, informativa, pericial etc.- pasados en el debate.

Repárese que la nulidad de las actas no implica de suyo la afectación del procedimiento efectivamente llevado a cabo. Este, en última instancia, habrá de ser atendido a partir de las pruebas que sobre la cuestión se reciban en la audiencia. Esto, precisamente, es lo que acontece en el caso, ya que los magistrados han evaluado los elementos de juicio que dan cuenta de las circunstancias del hallazgo del estupefaciente en poder de Fernández, sin perjuicio de la operatividad del instrumento actuado. Ha sido pues la prueba testimonial,

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

fotográfica y pericial de conformidad con las reglas de la sana crítica, la que ha resultado motivo fundamental en la atribución de responsabilidad penal.

En resumen, en el caso bajo estudio se trata del registro de un interno llevado a cabo en la Unidad Carcelaria N° 10 de la provincia de Formosa, en momentos en que el nombrado procuraba reintegrarse al establecimiento penitenciario luego de una salida transitoria. Dicha diligencia fue llevada a cabo por personal de esa institución en el ejercicio de su tarea habitual sin que hubiera necesidad de sujetar su accionar a las normas del Código Procesal Penal de la Nación, ni la defensa demostrara lo contrario. Por lo demás, aún asumiendo la tesis del recurrente, no solo no habría lugar a la nulidad de lo actuado, sino que la valoración de la prueba ha transcurrido por una línea independiente.

En ese aspecto tampoco puede ser de recibo la crítica de la defensa por el modo en que fue ponderada la prueba -específicamente respecto al testimonio del interno Pérez Raña-. Las alegaciones de parcialidad que pretende proponer la parte como circunstancia que altere la naturaleza incriminatoria de la comprobación llevada a cabo por los funcionarios penitenciarios, reposa en una reflexión difusa, carente de precisión sobre la relación entre esos aspectos y lo efectivamente acontecido.

Esa pobreza argumentativa dentro del recurso impide así una consideración más extensa, pues solo se trabajaría sobre hipótesis que no han encontrado soporte objetivo para competir con la reconstrucción del suceso que efectuara el *a quo* con remisión a los elementos de juicio ya indicados. Es en ese contexto donde resulta razonable la ponderación otorgada a las manifestaciones de Pérez Raña.

Al respecto, el voto del juez doctor Quiñones, evaluando el cuadro probatorio reunido en el debate, consideró que "*aunque el testigo Pérez Rafo*

*confirmó los episodios expuestos por el acusado en soporte de su afirmación, tales hechos revelan apenas el ejercicio de las atribuciones que la ley asigna a los agentes penitenciarios en resguardo del orden interno y no se ha probado que guarden relación con el hecho bajo juzgamiento” (fs. 175).*

Por lo tanto, la naturaleza de los argumentos volcados por el tribunal de juicio, se adecuan a las exigencias de la sana crítica para legitimar la imputación a Fernández. Advierto en ese punto que se han aplicado correctamente las reglas de la lógica y la experiencia común, se ha dado respuesta a las consideraciones de la defensa y se ha tomado en cuenta lo afirmado por el acusado.

Así las cosas la crítica dirigida por el recurrente en sus agravios debe ser rechazada.

#### -IV-

En consecuencia, propicio rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Gustavo Daniel Fernández a fs. 196/199 vta., y en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 173/186 vta., con costas. Tal es mi voto.

Los señores jueces doctores **W. Gustavo Mitchell** y **Luis M. García** dijeron:

Que adhieren al voto precedente y emiten el suyo en igual sentido.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Gustavo Daniel Fernández a fs. 196/199 vta., y en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 173/186 vta., con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu y 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del



*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci, W. Gustavo Mitchell y Luis M. García. Ante mí: doctor Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado C.S.J.N..