

REGISTRO N° 18478

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo Yacobucci como Presidente y los doctores Luis García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado, doctor Gustavo Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de fs. 349/351 de la causa n° 13.065 del registro de esta Sala, caratulada: "**Ocampo, Daniel Alfredo s/recurso de casación**", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Pedro Narvaiz y la defensa por el señor Defensor Público Oficial doctor Guillermo Lozano.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Guillermo Yacobucci y W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

1) Que con fecha 29 de junio de 2010 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, confirmando la resolución recurrida por la cual se había declarado la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737 y en consecuencia sobreseído a Daniel Alfredo Ocampo.

Contra ese auto interpuso recurso de casación la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 352/364), el que fue concedido (fs. 365) y mantenido por el señor Fiscal General que actúa ante esta Cámara (fs. 372).

2) Que la representante del Ministerio Público alegó que "*la resolución impugnada realiza una errónea aplicación de la ley penal sustantiva al*

dar a la norma contenida en la segunda parte del artículo 14 de la ley 23.737 [...] un alcance más restringido a lo oportunamente solicitado por [ese] Ministerio Público Fiscal”.

Sostuvo que *“se advierten en la presente causa diferencias sustanciales, respecto del caso que diera origen al fallo ‘Arriola’,[...] pues la tenencia de sustancias prohibidas por parte de un interno alojado en el Servicio Penitenciario Provincial, encierra connotaciones disímiles al caso de una posesión en el ámbito privado del consumidor”.*

Con relación a ello explicó que *“[e]l consumo llevado a cabo dentro de la celda no es privado o inocuo, sino ostensible y perjudicial para los terceros que se encuentran en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia”.* Agregó que esta circunstancia constituye *“un peligro cierto contra el mantenimiento del orden y el resguardo de la integridad física de todos sus ocupante”.*

En definitiva consideró que la conducta de Daniel Alfredo Ocampo no es de las consideradas en la doctrina del caso de Fallos: 332:1963 porque *“efectivamente ha trascendido el ámbito de privacidad que protege el art. 19 de la Constitución Nacional para poner concretamente en peligro tanto la salud como la seguridad e integridad física de terceras personas”.*

3) En la oportunidad contemplada en el art. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N. la defensa solicitó se rechace el recurso interpuesto, argumentando que el fallo “Arriola” *“es aplicable al caso de autos porque surge que el escazo material estupefaciente fue habido en ocasión de una requisa de la celda de Ocampo, hallándose el mismo en el interior de una almohada [...] de modo que -tal como da cuenta en el fallo en crisis- no puede afirmarse que su conducta haya significado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”* (fs. 375/377).

4º) Que se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N., por lo que el recurso quedó en estado de ser resuelto.

-II-

El recurso interpuesto es formalmente admisible, pues se dirige

contra una sentencia prevista en el art. 457 del C.P.P.N., se han invocado los motivos previstos en el art. 456 del mismo código y sustentado el agravio expuesto.

-III-

En la sentencia del juez federal de San Juan, que ha sido confirmada por el *a quo* había declarado que *“estas actuaciones tuvieron su origen en el operativo de requisita llevado a cabo el 5 de febrero de 2007, en el Pabellón N°4, Celda 1 -donde se encontraba alojado Alfredo Daniel Ocampo - del Servicio Penitenciario Provincial, por personal del Organismo; secuestrándole al nombrado -en una almohada- un envoltorio con tres gramos de marihuana”*.

Estas circunstancias no aparecen discutidas. La Fiscal General, ha afirmado al respecto que *“coincide plenamente con el Excelentísimo Tribunal Oral en relación con las condiciones en las cuales OCAMPO tenía en su poder material estupefaciente discrepando sin embargo en la valoración jurídica de tal conducta”*.

Identificado el hecho y sus circunstancias, el Tribunal debe ajustarse a la jurisprudencia actual de la Corte Suprema en la medida en que sea pertinente y decisiva para la solución del caso.

Evoco que la Corte Suprema ha declarado en el caso de Fallos: 332:1963 (*“Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”*) que la condena impuesta a los imputados, por infracción al art. 14, párrafo segundo de la ley 23.737, era en ese caso inconciliable con la garantía de libertad del art. 19 C.N.

En el precedente citado, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, puede reconstruirse una opinión común en el sentido de que no se ha declarado de modo general, y para todos los casos, la existencia de incompatibilidad entre el art. 19 C.N. y el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, sino sólo en supuestos en los que la tenencia no afecte, en las circunstancias concretas de la acción un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros.

Así tres jueces de la Corte que concurrieron a la mayoría declararon *“[...] que el artículo 14, segundo párrafo , de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que*

invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos” (confr. voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36; voto del juez Lorenzetti, consid. 18, subrayado no pertenece al original).

En otro voto concurrente en la misma sentencia se ha dicho que “*una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra -como se dijo- un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter preeminente al señorío de la persona -siempre que se descarte un peligro cierto para terceros- [...]” (voto del juez Fayt, consid. 16, subrayado no pertenece al original).*

El juez Petracchi, por su parte, se remitió a su voto en el caso de Fallos: 308:1392 (“Bazterrica”), sin otras consideraciones adicionales. En aquel precedente, en el que estaba en cuestión la constitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771, que en cuanto aquí interesa contemplaba el mismo supuesto de hecho de la punibilidad que el actual art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, aquel juez había sostenido que aquél “*conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales*” y en consecuencia “*declara[ba] la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (voto del juez Petracchi, consid. 27, subrayado no pertenece al original).*

Finalmente, en el voto concurrente de la jueza Argibay se ha puesto en blanco sobre negro la aclaración de que ni la decisión de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema ahora superada (Fallos: 313:1333), ni la actual que la ha revisado en el caso “Arriola”, han querido examinar en abstracto la compatibilidad con el art. 19 CN de la figura legal que conmina la tenencia de

estupefacientes para consumo personal. Al respecto ha señalado que *“derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si "Montalvo" hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución”* (voto de la jueza Argibay, consid. 11). A continuación se evocó que la sentencia del caso *“Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”* (Fallos: 33: 162), donde se había sostenido: *“Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...”* (ibídem). En ese voto se recogió la idea central de la decisión anterior de la Corte en el caso de Fallos: 308:1392 (*“Bazterrica”*), en cuanto declaró que *“en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, estaba amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional”*, y se relevó un número de casos en los que tal peligro no estaba excluido, y en particular, casos de consumo o tenencia ostensibles (voto de la jueza Argibay, consid. 13, subrayado no pertenece al original). En ese voto en definitiva se declaró: *“En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en ‘Bazterrica’ implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional”* (ibídem, subrayado también agregado).

Como puede observarse, la doctrina de la sentencia citada no ha constituido una declaración general y *erga omnes* de inconstitucionalidad, con

directo efecto derogatorio del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737, sino que requiere el examen de las circunstancias del caso de que se trate a fin de determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal que constituye el objeto del proceso se realizó en circunstancias o condiciones tales que no aparejaban peligro concreto o daño a derecho o bienes de terceros.

Entiendo que, fijado así el alcance de la doctrina del caso de Fallos: 332:1963, ella no comprende hechos de tenencia de estupefacientes para consumo personal en circunstancias como la del presente proceso.

Destaco que en la sentencia de la Corte la *ratio* de la inconstitucionalidad se sustenta en el marco infranqueable de la protección de la vida privada en cuanto a las acciones que no afecten a terceros y no pongan en peligro el orden y la moral pública.

En el caso de las personas detenidas en un establecimiento penitenciario, si bien no se aniquila el derecho a la vida privada, son legítimas ciertas restricciones a ésta con la finalidad de mantener el orden y la seguridad del establecimiento. En ese contexto, la prohibición de la tenencia y consumo de sustancias tóxicas es una restricción legítima que persigue fines legítimos y la defensa no demuestra que sea irrazonable o desproporcionada tal prohibición. No basta a tal efecto la comparación con la libertad de acción que existe en otros ámbitos privados porque justamente la cárcel no es un ámbito privado análogo, más allá de cierto núcleo infranqueable y el Estado tiene legitimación para imponer reglas a los internos concebidas para el orden y la seguridad del establecimiento que no podría imponerles, por ejemplo en una morada privada.

Así, el objeto del presente proceso no puede considerarse comprendido entre los casos que la Corte Suprema de Justicia ha considerado libres de pena y exentos de la autoridad de los magistrados por falta de lesión o peligro para terceros (art. 19 C.N.).

En esas condiciones, opino que corresponde hacer lugar al recurso de casación, dejar sin efecto el sobreseimiento dictado, y devolver el caso a su origen para que continúe el trámite, según su estado.

-IV-

En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación de fs. 352/364 y, en consecuencia, dejar sin efecto el sobreseimiento de fs. 329/330 vta., y devolver el caso al tribunal de origen para que continúe el trámite, según su estado (arts. 470 y 530 y 531 y concordantes, del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

Los señores jueces doctores **Guillermo J. Yacobucci** y **W. Gustavo Mitchell** dijeron:

Que adhieren al voto que antecede.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Hacer lugar al recurso de casación de fs. 352/364 y, en consecuencia, dejar sin efecto el sobreseimiento de fs. 329/330 vta., y devolver el caso al tribunal de origen para que continúe el trámite, según su estado (arts. 470 y 530 y 531 y concordantes, del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.