

Poder Judicial de la Nación

//Córdoba, 10 de febrero de dos mil once.

Y VISTOS:

Estos autos: "I.L., C. p.s.a. de infracción ley 23.737 (Int. Establecimiento Penitenciario N° 7)" San Francisco" (Expte.: 552/2010), venidos a conocimiento de la Sala B del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el señor Defensor Público Oficial, doctor Jorge Antonio Perano, en representación del imputado I. L.,C en contra de la resolución del señor Juez de Primera Instancia del Juzgado Federal de Bell Ville, doctor Oscar Armando Valentinuzzi, obrante a fs. 62/64 vta. y en la que decide: "**RESUELVO:** I.- No hacer lugar a lo solicitado por el Señor Defensor Público Oficial a fs. 51/54 de autos, debiendo continuarse con el trámite según el estado de las actuaciones. II.- Regístrese y hágase saber.".-

Y CONSIDERANDO:

I.- Llega el presente incidente a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 68/70 en contra de lo resuelto por el señor Juez de Primera Instancia a fs.62/64 vta., cuya parte resolutive fuera precedentemente transcripta. En la Instancia la señora Defensora Pública Oficial, informa a fs. 81/83 vta..

II.- De las constancias obrantes en autos surge que esta causa se origina en el marco de un procedimiento de requisa personal y mobiliario realizado en (...) el Establecimiento Penitenciario Número Siete dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba, en el que se secuestraron dos (o un cigarrillo partido a la mitad) de los denominados "porros" que se hallaban debajo de la almohada de la cama inferior, la que pertenecía al imputado I L.,C

A raíz de dicho procedimiento se inicia instrucción sumaria en los términos del art. 353 bis del C.P.P.N., calificando en esa oportunidad el Ministerio Publico Fiscal la conducta del encartado como "tenencia de estupefacientes para consumo personal". El señor Defensor Público Oficial solicita la radicación de la causa ante el Juzgado Federal competente.

III.- Recibidas las actuaciones, el Juez Federal a cargo del Juzgado Federal de Río Cuarto, corre traslado a la defensa, la que en su primer escrito solicita,

USO OFICIAL

por aplicación del precedente "Arriola", se declare la inconstitucionalidad del art. 14 segunda parte de la ley 23.737 y en subsidio la atipicidad de la conducta desplegada por su pupilo judicial, requiriendo en consecuencia el sobreseimiento de I.L.,C

IV.- Dicho planteo mereció la réplica del Fiscal Federal de la ciudad de San Francisco, el que fundamentó su oposición al pedido de inconstitucionalidad al entender que en el caso las circunstancias de hecho no resultaban análogas a la contemplada en el fallo de la C.S.J.N. citado, y ello en razón de que el imputado se halla privado de la libertad y alojado en un establecimiento penitenciario, hecho que configuraba -por las características del encierro- un peligro real y concreto.

V.- Al abordar la cuestión, el Inferior adhiere a los argumentos vertidos por el Ministerio Fiscal, manifestando que el hecho de que el imputado tenía estupefacientes mientras se encontraba recluso, ello configuraba el riesgo para el bien jurídico protegido, salud pública, quebrantándose así el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

El magistrado interviniente funda su decisión en que, el estupefaciente secuestrado era tenido por el imputado en clara "ostentación" y trascendencia a terceros por tratarse de un lugar en el que se encuentra detenido y en convivencia con otros internos.

Concluye entonces que, corresponde rechazar el planteo de la defensa técnica del imputado y consecuentemente proseguir el trámite según el estado de las actuaciones.

VI.- Contra esa resolución interpone recurso de apelación el Defensor Público Oficial.

En la Instancia, la señora Defensora Pública Oficial, doctora María Mercedes Crespi, en ejercicio de la defensa del imputado I. L,C informa solicitando se revoque el decisorio impugnado declarando la inconstitucionalidad del art. 14, 2do. Párrafo de la ley 23.737, con fundamento en la jurisprudencia sentada por el máximo tribunal en autos "Arriola", y en consecuencia se dicte el sobreseimiento definitivo del encartado de conformidad con lo dispuesto por el art. 336, inc. 3 del C.P.P.N.. Subsidiariamente, solicita

Poder Judicial de la Nación

se ordene el sobreseimiento del Sr. I.L. por atipicidad de la conducta que se le atribuye.

Al respecto, señala en primer lugar que la tenencia de 0,35 gr. de marihuana que se le endilgan a su defendido se realizó en de modo no perceptible y sin hacer ostentación alguna, por lo que no es posible afirmar que dicha conducta hubiera trascendido la esfera de intimidad, por lo que no dañó, ni puso en peligro concreto el bien jurídico, de lo que se deriva que la conducta reprochada no puede reputarse ilícita y, por tal, merecedora de reproche penal.

Considera, al respecto del derecho a la intimidad, que no puede afirmarse, como lo da a entender el sentenciante, que por el sólo hecho de que una persona se encuentre "legalmente" privada de su libertad, pierde su dignidad y los derechos fundamentales que emergen de su misma humanidad.

En esta tesitura la recurrente considera que la situación de detención no justifica una disminución del ámbito de intimidad constitucionalmente garantizado más allá de lo que exige el necesario control penitenciario, ya que si bien hay ámbitos en los que necesariamente se verá afectado, el detenido sigue siendo titular de ese derecho fundamental.

En este orden de ideas, la defensa considera que no se han acreditado en autos los extremos que permiten al Inferior apartarse de la doctrina del máximo tribunal, resultando arbitraria la resolución impugnada por cuanto desarrolla una fundamentación aparente.

VII.- Que de acuerdo al orden de votación cuyo certificado obra a fs. 84 ;

El señor Juez Dr. don Octavio Cortés Olmedo, dijo:

Entrando al estudio de las impugnaciones formuladas corresponde revisar los fundamentos esgrimidos por el Inferior para el dictado de la resolución apelada, evaluando de este modo la razonabilidad del criterio utilizado.

En primer lugar, a los fines de dotar de un orden lógico al presente pronunciamiento, es necesario analizar la extensión del derecho a la intimidad de los reclusos para luego, y en consecuencia, determinar si es posible o no aplicar al caso la doctrina sentada por la C.S.J.N. en la causa "Arriola" en cuanto dispone la inconstitucionalidad de

la tenencia de estupefacientes para consumo personal en la medida que no trascienda el ámbito de privacidad, esto es en tanto no traiga aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros.

En relación a la ejecución de la pena privativa de la libertad, el diseño normativo constitucional ha garantizado a los reclusos el ejercicio de todos los derechos fundamentales no afectados directamente por el cumplimiento de la pena impuesta, reconociendo dicho extremo al incorporar el principio de "humanidad" en el ámbito de ejecución de las medidas privativas de la libertad en el art. 18 de la Constitución Nacional histórica. En este marco conceptual, el art. 18 de la Carta Magna reconoce la obligación del Estado de brindar a las personas detenidas determinadas condiciones de trato que, de no cumplirse, tornarían ilegítimo el encierro.

En concordancia con ello, luego de la reforma constitucional del año 1994, la incorporación de los tratados de derechos humanos prevista en el art. 75 inc. 22 de la Norma Fundante, ha significado la integración de nuevas garantías con jerarquía constitucional y el consecuente incremento del ámbito de regulación sobre la situación jurídica de las personas privadas de libertad.

En ese sentido cabe destacar a nivel internacional el art. 10, apartado 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: *"10. 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*, y en el orden regional, el art. 5, inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto dispone: *"5. Derecho a la integridad personal...2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano..."*

Coherentemente, estos principios han sido receptados en el plano normativo nacional a partir de la sanción, promulgación y publicación en el año 1996 de la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad y en su art. 2 previene: *"El condenado podrá ejercer*

Poder Judicial de la Nación

todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten...".

En idéntico sentido se expide la norma local, ley 8.878 que reconoce: "art. 3- *La ejecución de la pena privativa de la libertad estará exenta... de cualquier otra acción que, excediendo la pena aplicada, afecte la dignidad del penado...*", aplicable al caso de autos por encontrarse los detenidos por causas federales en esta provincia alojados en establecimientos penitenciarios provinciales.

Establecido el marco normativo que regula el ámbito de intimidad durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, corresponde adentrarse al estudio del delito imputado.

Así las cosas, la venta o acto de comercio de material estupefaciente siempre es ilícita, aunque no lo sea luego la tenencia para uso personal.

La posesión de la droga por parte de I.L.,C. si es para uso personal se vuelve lícita, según la C.S.J.N. (Arriola).

Aquella venta de droga, es en principio ilícita, luego, en poder del tenedor no resulta punible la tenencia cuando es tenida en la intimidad para su uso personal.

De lo dicho se desprende que el detenido si tenía la droga debajo su almohada, la poseía bajo su órbita de intimidad, en tanto no puede suprimirse de modo completo esta esfera aún encontrándose en prisión, pues la condición humana no queda abolida por la privación legítima de la libertad.

Resta decir que en el ámbito de los institutos carcelarios no se admite la tenencia o existencia de material estupefaciente, razón por la cual debe investigarse los modos o mecanismos por donde ha sido introducida la droga y aplicar la ley en orden a esos ilícitos.

Como se ha expresado, es doctrina de la C.S.J.N. que cuando la tenencia para uso personal no ofende ni pone en riesgo la salud pública y deviene inconstitucional punirla. Los reparos y consideraciones a este fallo ya fueron expresados por el suscripto en autos "**B, J - B, M - S, F - G, D p.ss.aa. infracción a la ley 23.737", Expte. N° 548/2009 (L°350 , F°13)**", a los que me remito "*brevitatis causae*"

habiéndome pronunciado, por razones de economía procesal en el mismo sentido que la C.S.J.N..

Por consiguiente y las razones expresadas, teniendo en cuenta las particularidades del caso, me autorizan a revocar el decisorio apelado, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737, y en consecuencia sobreseer a I.L.,C. en los términos del art. 336, inc. 3) y último párrafo del C.P.P.N.. Sin costas de conformidad al art.531 del C.P.P.N.. ASI VOTO.

El señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda dijo:

Que en orden a la cuestión planteada por el Ministerio Público de la Defensa en relación al ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos, coincido con la solución alcanzada por el señor Juez preopinante y en consecuencia me expido en igual sentido.

Respecto a la situación procesal del imputado relativo a la inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, bajo cuyas previsiones se encuadró la conducta del nombrado, sin perjuicio de ponderar debidamente en su oportunidad el importante precedente de la C.S.J.N. invocado por el distinguido colega (causa "Arriola") en el sub-examen, por el momento no han cambiado las circunstancias fácticas y jurídicas que el suscripto expusiera en los autos caratulados "Campos, Lorena Soledad" (L°316, F°97)", en consecuencia disiento con la solución arribada por el señor Juez preopinante, pronunciándome en sentido contrario confirmando la resolución apelada.

Todo sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Así voto.

El señor Juez de Cámara, doctor Abel Guillermo Sánchez Torres dijo:

Que comparte en todo el criterio sustentado y la solución a la que arriba el señor Juez del primer voto doctor Octavio Cortes Olmedo, en relación a la situación procesal del encausado, considerando que el caso en particular, concuerda con los criterios que expusiera en el precedente: **"B, J.- B, M. - S, F. - G., D. p.ss.aa. infracción a la ley 23.737", Expte. N° 548/2009"** (L°350 , F°13), *"...En definitiva, con fundamento en los principios internacionales incorporados*

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

al texto constitucional después de la reforma, en los resultados alcanzados por la aplicación del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 - teniendo en cuenta la situación de Argentina respecto a la problemática de la droga-, el alcance acordado al art. 19 de la Constitución Nacional- apartados 30 a 35 - , y con sustento en la causa "Bazterrica", la C.S.J.N. declaró la inconstitucionalidad de la mencionada disposición legal - en la medida que no traiga aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros-, exhortando además a los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y adoptar medidas de salud preventivas. 3) Así entonces, frente al nuevo pronunciamiento de la C.S.J.N., dejando a salvo la opinión del suscripto en el tema conforme fue desarrollado en la causa "Campos", siendo la cuestión planteada idéntica en términos jurídicos, a la resuelta por la Excma. Corte en la causa "Arriola" entiendo, sobre la base de la doctrina del leal acatamiento, y en pos de los principios de economía procesal y seguridad jurídica, que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Y en consecuencia disponer el sobreseimiento de M. D. B. y D. F. G., en los términos del art. 336, inc. 3 del C.P.P.N.. Al respecto considero oportuno señalar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en nuestro sistema jurídico, sólo tiene efectos respecto de las partes involucradas en el proceso judicial; y que, por otra parte, ni el texto constitucional ni ninguna otra ley expresamente contemplan la obligatoriedad para los tribunales inferiores de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, siendo el más Alto Tribunal de la República el último intérprete de la Constitución Nacional, sus Fallos tienen, como regla, una indudable fuerza moral, doctrinaria y jurisprudencialmente reconocida...", consecuentemente voto en el mismo sentido.

Por todo lo expuesto y normas legales citadas;

SE RESUELVE:

Por mayoría:

I.- REVOCAR el decisorio apelado y declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737.

II.- SOBRESEER a **I.L.,C** en los términos del art. 336, inc. 3) y último párrafo del C.P.P.N.

III.- Sin costas de conformidad al art. 531 del C.P.P.N.

IV.- Protocolícese y hágase saber.

SALA B

OCTAVIO CORTES OLMEDO

LUIS ROBERTO RUEDA

ABEL G. SANCHEZ TORRES