



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

El juez federal con funciones de revisión de la provincia de Salta resolvió desestimar la impugnación deducida por la fiscal y, en consecuencia, confirmó la decisión del magistrado que intervino en la audiencia de control de la acusación que, en lo que aquí concierne: I) hizo lugar al cambio de calificación jurídica solicitado por la defensa de Gonzalo Damián S –por el hecho de tener, el 3 de noviembre de 2021, la cantidad de 2,5 gramos de marihuana en su celda del Complejo Penitenciario Federal NOA III– y encuadró la acción en la figura prevista en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737; II) declaró la inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto y, por esa conducta, dictó el sobreseimiento en función de los fundamentos vertidos por V.E. en el precedente “Arriola” (Fallos: 332:1963).

Contra esa decisión, la representante de la acusación interpuso recurso extraordinario por considerar, en primer término, que el pronunciamiento constituye sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa, tal como lo dispone el artículo 355 del código adjetivo.

En segundo lugar, destacó la arbitrariedad que revestía lo resuelto –dada su fundamentación contradictoria y ante la imposibilidad de ofrecer prueba y producirla en la etapa procesal oportuna– que afectó la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, con menoscabo para la función que su artículo 120 le asigna al Ministerio Público Fiscal para

promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, al impedirle el adecuado ejercicio de la acción penal y provocarle así un perjuicio actual y concreto, de imposible reparación ulterior.

En este sentido, la recurrente señaló que en la audiencia de control de la acusación había puesto de manifiesto que no resultaba procedente el cambio de calificación y, en subsidio, que no correspondía sobreseer al imputado, ya que no se ponderaron las circunstancias concretas del hecho y no era aplicable al caso la jurisprudencia sentada en “Arriola”. Esto es así, expresó, debido que a Gonzalo Damián S. se le imputa la tenencia de estupefacientes encontrándose alojado dentro de una institución penitenciaria y, en consecuencia, los ámbitos de intimidad entre el *sub examine* y los que dieran lugar a esa doctrina no resultan asimilables, toda vez que los actos en una unidad carcelaria poseen una inevitable trascendencia a terceros. Así, y no obstante coincidir con la postura expuesta por la impugnante, el *a quo* confirmó la resolución cuya fundamentación criticó.

En consecuencia, la fiscalía interpuso recurso extraordinario. La Cámara Federal de Salta lo declaró inadmisibile por considerar que la impugnante reeditó las cuestiones articuladas con anterioridad que ya habían sido objeto de tratamiento por dos jueces de la causa. El tribunal sostuvo también que los agravios se vinculaban con el examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común, ajenos a la instancia extraordinaria y que, a su vez, la recurrente omitió cumplir con la carga de refutar adecuadamente cada uno de los argumentos en los que se había sustentado la decisión criticada y que no demostró vulneración de las garantías constitucionales invocadas o un supuesto de arbitrariedad.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Añadieron los magistrados que el propio ordenamiento adjetivo ha establecido un obstáculo legal que torna inadmisibile el recurso interpuesto, toda vez que el Código Procesal Penal Federal establece una limitación en su artículo 355, inciso *a*, al impedir la revisión del sobreseimiento a instancia del órgano acusador cuando, como en el caso, existen dos pronunciamientos que, en el mismo sentido, han brindado un debido tratamiento a las cuestiones planteadas.

Esta última resolución, dio origen a la presente queja.

II

Con relación a la procedencia formal de la apelación extraordinaria remito a las consideraciones vertidas en el apartado II de mi dictamen del 29 de noviembre de 2021 *in re* “Incidente n° 3. Imputado: L , Brihan Cecilio s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)” (expte. CSJ 1151/2020/RH1), a cuyos fundamentos –en lo pertinente– me remito y doy por reproducidos en beneficio de la brevedad.

III

En lo vinculado al fondo del asunto traído a conocimiento de V.E., adelanto que, en mi opinión, la decisión impugnada luce arbitraria por los fundamentos que expone la representante del Ministerio Público, a los que debo agregar las siguientes apreciaciones.

En primer término, dada la analogía de circunstancias, por tratarse el *sub examine* de la tenencia de estupefacientes de un interno de un

establecimiento penitenciario, así como también por la cuestión federal que suscita lo resuelto por el *a quo*, me remito al dictamen emitido el 3 de octubre de 2019 *in re* “S Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737” (expte. FPA 2940/2016/3/RH1), en el que sostuve –entre otras consideraciones– que la expectativa de que el establecimiento penitenciario sea un espacio libre de alcohol y drogas (cf., por ej., artículos 58, 65, 85, inc. c, y 144 de la ley n° 24.660) se justifica en el mandato legal y constitucional de resocialización, y la trascendencia a terceros que impide considerar acciones privadas a la tenencia y al consumo de esas sustancias deriva primeramente de que conspira contra esa finalidad (establecida en los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la citada ley de ejecución de la pena privativa de la libertad). En ese expediente el Tribunal no se ha pronunciado aún.

Considero oportuno agregar al respecto que el 30 de agosto de 2022 *in re* “Salvini, Marcelo Daniel” (Fallos: 345:869), con remisión a las disidencias de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti en los autos “Rodríguez, Héctor Ismael” (Fallos: 344:2409), la mayoría de V.E. (integrada con el conjuez Antelo) estableció –junto a demás razones– que el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal dentro de una prisión, cuando se trata de drogas en pequeña cantidad y la tenencia o el consumo no son visibles u ostensibles, es inconstitucional porque implica una intromisión por parte del Estado en el ámbito de la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, cuando no se acredite una justificación razonable que muestre que ello es necesario para proteger los bienes jurídicos que la norma penal puede



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

legítimamente apuntar a preservar (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico) y, por lo tanto, que se dañen los bienes o derechos de terceros protegidos por la norma penal (voto del juez Rosenkrantz en el precedente “Rodríguez”).

Por cierto, corresponde destacar que en ese caso, la mayoría declaró procedente el recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal que había rechazado el interpuesto contra la sentencia de condena en orden al delito previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y, en autos, la decisión impugnada es fruto de la revisión planteada contra lo resuelto por el juez interviniente en la audiencia de control de la acusación, es decir, previo a la etapa de producción de la prueba en el juicio.

Ahora bien, aun cuando la circunstancial integración del Tribunal en el citado fallo “Salvini” podría impedir –salvo una mejor inteligencia que el Tribunal puede hacer de ese precedente– considerar la existencia de un criterio consolidado acerca de los fundamentos a los que remitió la mayoría, observo que la recurrente ha dado razones suficientes para demostrar –en esta etapa del proceso– la hipótesis que permite caracterizar que las conductas juzgadas han tenido trascendencia a terceros.

IV

Sobre esta base, entiendo que la decisión impugnada, además de dogmática, luce contradictoriamente fundada por cuanto el *a quo* desvinculó a Gonzalo Damián S en orden al delito de tenencia de estupefacientes no

obstante poner de manifiesto su coincidencia con la postura de la representante del Ministerio Público Fiscal, e incluso señalar sus discrepancias tanto con el criterio del juez que intervino en la primera revisión, así como también con las mencionadas disidencias de los doctores Rosenkrantz y Lorenzetti *in re* “Rodríguez”.

En efecto, el juez de revisión confirmó el sobreseimiento dictado en la audiencia de control de la acusación pese a sostener que no compartía el “contexto jurídico teórico en general” brindado al caso, así como tampoco la aplicación al *sub judice* –que había hecho el magistrado interviniente– de la doctrina de V.E. que surge de “Arriola” (Fallos: 332:1963) y “Vega Giménez” (Fallos: 329:6019), toda vez que, a su entender, debió haberse valorado –a diferencia de ambos precedentes– la divergente expectativa de privacidad que se verifica dentro de un ámbito carcelario, como ha sucedido en autos. En lo sustancial, cabe observar, ese temperamento guarda identidad con el criterio que este Ministerio Público sostuvo al dictaminar *in re* “Sosa, Dante Exequiel”, ya citado.

Por otra parte, en línea con lo alegado por la recurrente, tampoco el *a quo* tuvo en consideración que, de acuerdo a la plataforma fáctica de autos, la acusación formulada contra Gonzalo Damián S. se compone de dos hechos en infracción a la ley 23.737, en ocasión de encontrarse alojado en el Complejo Penitenciario Federal NOA III.

Con relación al hecho descripto en el punto I del presente dictamen la agente fiscal había calificado el accionar del imputado como tenencia



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737) y, sin posibilidad de ofrecer y producir prueba sobre la ausencia de destino para consumo personal, el juez de control de la acusación hizo lugar al pedido de cambio de calificación jurídica deducido por la defensa y encuadró la acción en la figura prevista en el segundo párrafo de esa norma, declaró su inconstitucionalidad en el caso concreto y dictó el sobreseimiento.

Esta cuestión no fue puesta en tela de juicio por el *a quo* al estimar que, en todo caso, debía prevalecer el principio de inocencia, pues “ante la duda debía beneficiarse a quien se le restringen los derechos...porque si se tomase la postura de que todo caso debería ir a juicio, no tendría sentido la autorización del legislador de que en algunas instancias se pueda dictar el sobreseimiento de una persona” (pág. 77 del archivo digital que contiene la impugnación federal, énfasis agregado).

Al respecto, corresponde hacer notar que el principio “in dubio pro imputado” (art. 11 del Código Procesal Penal Federal) no se encuentra dentro de las causales de sobreseimiento previstas en el artículo 269 del mismo texto legal, tampoco puede considerarse abarcado en la hipótesis de su inciso “e” —en la que el juez de control de la acusación había fundado su resolución y que establece que este procede si: “Agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio”— y, además, fue

dictado sin haberse alcanzado el grado de certeza negativa exigido para ese auto conclusivo.

Asimismo, hay que destacar que en dicha audiencia el juez omitió conducirse conforme dispone el artículo 279, en cuanto a evitar que allí se discutan cuestiones que son propias del juicio oral, y que tampoco sustentó su decisión en prueba producida durante la audiencia de control por la defensa – posibilidad que ofrece el mismo precepto–.

A esto debe agregarse que la acusación se integraba –en concurso real– con un hecho anterior temporalmente cercano, ocurrido el 8 de agosto de 2021, calificado como suministro de estupefacientes a título gratuito agravado por cometerse en un lugar de detención, en grado de tentativa (arts. 5, inc. e, y 11 inc. e, de la ley 23.737) y, de acuerdo a lo manifestado por la fiscal, si bien se trata de hechos independientes, ambos debían ser analizados y juzgados de acuerdo al contexto en el que sucedieron donde, además, se ha advertido una gran circulación de drogas en la unidad penitenciaria en la que se encontraba alojado S .

Ello es así, sostuvo, teniendo en consideración que ambos sucesos se verificaron en un breve lapso de tres meses, que del informe psicológico realizado sobre el imputado surge que no consumía estupefacientes con anterioridad a su ingreso a prisión y que al nombrado –en el segundo hecho– se le secuestró un teléfono celular, elemento que suele ser utilizado para el ingreso y la organización de actividades vinculadas con el tráfico de estupefacientes –lo cual, en función de lo resuelto, no pudo ser valorado como prueba en la etapa



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

correspondiente— (conforme surge del registro digital de la audiencia de control de la acusación a partir del minuto 22).

En tal virtud, estimo que la decisión apelada carece de fundamentación suficiente, con afectación de la garantía constitucional del debido proceso, pues no cuenta con apoyo en las constancias del expediente (Fallos: 296:356, 315:1370) y que, por las razones expuestas previamente, incurre además en una autocontradicción que lo descalifica como acto jurisdiccional válido (Fallos: 296:658, 297:280, 302:1372, 306:344, 310:1433, 325:874). Ello sin perjuicio de poner de resalto que, a la vez, los fundamentos invocados permiten advertir una suerte de abdicación a la específica función de control que la ley asigna al magistrado.

Observo entonces que, si bien la Corte, vigente la doctrina sentada en el fallo "Bazterrica" restablecida en "Arriola", resolvió caso a caso si la conducta sometida a juzgamiento podía ser una acción privada, y sólo cuando la respuesta era afirmativa declaró inconstitucional la aplicación del tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal, tanto en la decisión del *a quo* como en la impugnada y revisada, se ha omitido realizar tal examen que constituye el núcleo del planteo del apelante.

En esas condiciones, y más allá de la aislada valoración fáctica practicada, lo resuelto ha dejado de lado el criterio del Tribunal en cuanto a que el dictado del sobreseimiento reviste en la etapa de instrucción carácter excepcional, desde que su efecto es cerrar de forma definitiva e irrevocable el proceso penal,

por lo que debe provenir de una instrucción completa capaz de producir en el juzgador la certeza de la concurrencia de alguna de las causales enumeradas en el código procesal penal (conf. Fallos: 342:826). Asimismo, también ha desconocido que la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (cf. Fallos: 330:2658 –disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 11–).

Por lo expuesto, observo que, en abierta violación del procedimiento legal aplicable, en el *sub examine* se dictó un pronunciamiento conclusivo liberatorio que, de forma infundada y anticipada, clausuró la motivada pretensión acusatoria del Ministerio Público, y que constituye, a mi modo de ver, un caso de arbitrariedad que habilita la competencia extraordinaria de V.E. de conformidad con su doctrina según la cual el apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso debe conducir a la descalificación de la resolución como acto judicial, a efectos de asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, que también amparan al Ministerio Público Fiscal, que exigen que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa (cf. Fallos: 311:948; 312:888; 313:559 y 326:2211, entre muchos otros).

V

Por todo lo expuesto, y los demás argumentos desarrollados por la fiscal federal subrogante, mantengo la presente queja y opino que

“Incidente n° 5. Imputado: S Gonzalo Damián s/audiencia de sustanciación de impugnación
(art. 362)”

CSJ 732/2022/RH1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, y revocar la decisión apelada para que se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 25 de abril de 2023.

Firmado digitalmente por: CASAL
1 Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 25.04.2023 15:20:14