



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

**REGISTRO NRO. 680/2015.4**

//la ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de ABRIL del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 241/258vta. de la presente causa Nro. FSA 22000480/2012/TO1/CFC1 del Registro de esta Sala, caratulada: **"RODRÍGUEZ, Tito Antonio s/recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

**I.** Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, en el marco de la causa nro. 480/12 de su Registro, con fecha 26 de noviembre de 2013, resolvió, en cuanto aquí interesa:

*"...I) RECHAZA[R] la nulidad articulada por el Sr. Defensor Público Oficial.*

*II) CONDENA[R] a Tito Antonino RODRIGUEZ, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, a la pena de seis (6) años de prisión, multa de \$ 1.500,00 e inhabilitación de ley, como autor del delito de Tenencia de Estupefacientes con fines de comercialización agravado por tratarse de un lugar de detención (arts. 5 inc. "c" y 11 inc. "e" ley 23.737 y 12 del C.P.). CON COSTAS.*

*III) DECLARA[R] a Tito Antonino RODRIGUEZ reincidente por primera vez en los términos del art. 50 del Código Penal. ...". (confr. fs. 222 y fundamentos dados a conocer el 29 de noviembre de ese año a fs. 223/233vta.).*

**II.** Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación el señor Defensor Público Oficial, doctor Oscar Tomás del Campo, el cual fue concedido a fs. 260/261 y mantenido en esta instancia a fs. 266.

**III.** Que el representante del Ministerio Público de la Defensa encarriló sus agravios en ambos incisos del art. 456 del código de forma.

Así, luego de discurrir sobre la admisibilidad de recurso y citar antecedentes jurisprudenciales aplicables al caso, tildó de arbitraria la decisión del tribunal en orden al rechazo de la nulidad planteada por esa parte contra el acta por la cual se documentó la requisita y posterior secuestro del estupefaciente atribuido al imputado. Concretamente, debido a que a criterio del recurrente, no se había dado cabal cumplimiento a las disposiciones del artículo 138 del C.P.P.N., ya que los mismos funcionarios del Servicio Penitenciario Federal actuaron como testigos.

Asimismo, consideró que no se había dado fundada respuesta a las objeciones de la defensa respecto de la ausencia del compañero de celda del condenado al momento de la requisita, quien a su vez, negó que la firma obrante en la declaración indagatoria prestada le perteneciera.

Se agravió por otro lado de que el tribunal expresó sin debida fundamentación que la droga pertenecía inequívocamente a Rodríguez, por cuanto a su criterio, la mera presencia de otro compañero en la celda sembraba un estado de duda que debía resolverse por la absolución.

Agregó que tampoco se investigó la hipótesis expresada por el imputado en cuanto indicó que la droga secuestrada pertenecía a un tercer ocupante, de nombre "Galarza" que ya no habitaba en la celda ni la responsabilidad de los encargados del control de acceso al penal por cuanto la cantidad de droga ingresada era considerable.

Por otro lado, señaló que no se encontraba acreditada la finalidad de comercialización, por cuanto no existieron testigos que depusieran en ese sentido, ni filmaciones o documentos que lo verificaran. Del mismo modo, se agravió de la falta de secuestro de elementos de corte o preparación de modo que *"...el dolo exigido por la figura endilgada a Rodríguez debe ceder ante la duda o inexistencia de actos preparativos y/o concomitantes a una situación de comercio, para hacer en definitiva en la figura residual que prevé la ley 23.737 en su artículo 14 primer párrafo..."*.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

Cuestionó el recurrente la afirmación del tribunal en orden a que la cantidad de dinero hallado en poder de Rodríguez era grande y que era el producto de la venta, por cuanto no se encontraba acreditado que efectivamente fuera así.

Finalmente, planteó la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal e hizo reserva del caso federal.

**IV.** Que en la oportunidad que otorgan los arts. 465 y 466 del código adjetivo se presentó el Sr. Fiscal ante esta instancia, Dr. Ricardo Gustavo Wechsler quien solicitó fundadamente el rechazo del recurso de la defensa (ver fs. 268/270).

**V.** Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 275 la causa quedó en condiciones de ser resuelta. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

**I.** Que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 457 del C.P.P.N., la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla -art. 459 del C.P.P.N.-, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

**II.** Sorteado el test de admisibilidad y a los fines de adentrarme en el análisis de las cuestiones traídas a estudio del tribunal, recordaré la plataforma fáctica que tuvo por probada el *a quo* como sustento de su resolución.

Así, el tribunal consideró acreditado que *"...el día 18 de mayo de 2.012, personal del Servicio Penitenciario Provincial secuestró desde la celda N° 333 "B", Pabellón "E" de la Unidad Carcelaria N° 1 de esta ciudad, sustancia estupefaciente acondicionada en 207 envoltorios en forma de*

*"lágrimas" o "pipas" que contenían pasta base de cocaína con un peso total de 26,58 gramos y concentraciones del 57% al 63% de pureza...".*

Esta plataforma fáctica, vale decir, se construyó a partir de los testimonios brindados por los diversos deponentes que comparecieron al juicio, las actas de procedimiento y los informes labrados en consecuencia, el anexo fotográfico y la pericia de la especialidad, entre otros elementos -ver fs. 218/221vta.-.

III. Ahora bien adentrándome en el análisis de los agravios vertidos por la defensa, corresponde tratar primariamente los planteos de nulidad introducidos respecto del acta de detención y requisita del imputado, puesto que cuestionan la génesis misma del procedimiento.

Al respecto, es dable señalar que dichas objeciones a la actuación de la prevención que culminara con la detención de Rodríguez no son novedosos, ya que oportunamente fueron tratados por el tribunal *a quo*.

En efecto, los sentenciantes explicaron prolijamente los antecedentes del caso y concluyeron fundadamente que *"... dentro de las Unidades Carcelarias se realizan procedimientos de requisita de manera rutinaria. Se trata de controles a los que se someten a todos los internos por igual y que se llevan a cabo en las propias celdas de éstos, por lo que es razonable que no se convoquen testigos civiles, no sólo por el peligro que implicaría su ingreso a la zona de celdas del Servicio Penitenciario, sino porque además sería imposible conseguir testigos cada vez que se realiza una requisita, sin saber si serán necesarios ante el hallazgo de algún elemento prohibido. Pero ello no significa que el procedimiento completo sea nulo, por cuanto el hallazgo de la sustancia estupefaciente fue realizado por personal penitenciario quienes labraron las actas de rigor, se dio inmediata intervención a las autoridades policiales y se puso el hecho en conocimiento del Juez competente..."*.

Pues bien, cabe recordar más allá de eso que esta Sala IV ya se ha pronunciado en el sentido de que la sanción de nulidad contenida en el artículo 140 del C.P.P.N. se



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

refiere exclusivamente a la ausencia de firma de testigos citados en las actas labradas por los preventores (Cfr. causa nro. 326, "Núñez, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg. nro. 568, rta. el 19/4/96; causa nro. 680, "Sotuyo, Javier Horacio s/recurso de casación", Reg. nro. 994, rta. el 5/11/97; entre otras).

Así entonces, la circunstancia de que los testigos del acta de requisa hayan sido los mismos preventores no obsta a su validez, en la medida que el mismo artículo 138 del C.P.P.N. si bien requiere que éstos sean asistidos por dos testigos en el acta que labren -con las formalidades del art. 139 de ese texto- para dar fe de los actos por ellos realizados o celebrados en su presencia, lo cierto es que el suceso tuvo lugar dentro de una unidad carcelaria, por lo que no se pudo contar con otras personas ajenas a la institución para prestar declaración.

Que con tales resguardos, *"las actas así confeccionadas son instrumentos públicos (Código Civil art. 979, incs. 1° y 4°) y hacen plena fe, en tanto no sean argüidas de falsas por acción civil o criminal, de la real ocurrencia de los hechos que el tribunal, juez o funcionario, exprese como cumplidos en su presencia (art. 993 del C.C.)"*. Ello, sin perjuicio de la valoración que el tribunal de mérito realice sobre la fuerza convictiva de los sucesos de tal suerte narrados (cfr. esta Sala: causa Nro. 326, "Núñez, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg. Nro. 568, rta. el 19/4/96).

De tal suerte, el agravio debe ser rechazado.

Idéntico criterio considero debe adoptarse respecto de las objeciones vertidas en orden a la situación de Benítez, tanto en lo que hace a su presencia en el momento de la requisa como a la nulidad de su declaración indagatoria.

En efecto, el tribunal reseñó que *"...Exequiel Adrián Benítez declaró que había estado en castigo los días previos a la requisa y recién volvió a la celda que ocupaba con Rodríguez el día anterior al procedimiento. Sostuvo que él no tenía pertenencias en esa celda, más allá del colchón y una colcha ya que no llegó a llevar sus cosas a la celda, las que*

*estaban en celaduría. Que no sabe nada de lo que se incautó ya que no participó en la requisita, sino que fue sacado al pasillo, quedando Rodríguez en el interior. Incluso desconoció haber comparecido al Juzgado a declarar y negó rotundamente que la firma puesta en el acta de fs. 27 le pertenezca. Finalmente agregó que él no tiene nada que ver con la droga incautada...".*

Pues bien, la intrascendencia del hecho que Benítez haya sido conminado a salir de la celda, fue debidamente fundamentada por el tribunal merced al testimonio del preventor Horacio Javier Sandobal quien justificó esa circunstancia en "razones de seguridad".

Sobre el planteo de nulidad del acta de la declaración indagatoria de fs. 27 y si bien el tribunal la descartó de plano aduciendo que "*...resulta absurdo siquiera plantear que el Juzgado pueda falsificar la firma del entonces imputado en el acta, así como las manifestaciones vertidas por aquél...*", entiendo que las manifestaciones de Benítez durante el debate resultan de una gravedad tal que amerita que el *a quo* encomiende una investigación al respecto. Ello, a los efectos de determinar si efectivamente se cometió el delito de falsedad ideológica o bien, si Benítez incurrió en falso testimonio, adjudicando espuriamente a funcionarios públicos la comisión de un delito de extrema gravedad.

Más allá de eso, la naturaleza restrictiva de las nulidades procesales que exigen la demostración indispensable de un interés jurídico concreto, lleva a la lógica consecuencia de rechazar el planteo ante la ausencia de un perjuicio.

Es de advertir que, al respecto, ha sostenido nuestro más alto tribunal que resulta "*...inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma.*" (confr., Fallos: 328:58), en el sentido de que un acto procesal no puede ser invalidado en el solo beneficio de la ley.

Ante este cuadro de situación y más allá de lo señalado *ut supra*, visto que Benítez prácticamente no varió



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

en el debate su declaración en confronte con la obrante a fs. 27 en la que, por otro lado, no se encontraba obligado a decir verdad en los términos del artículo 275 del C.P.P.N., es que considero acertado el criterio adoptado por el *a quo*.

IV. Cuestiona asimismo la defensa la atribución de responsabilidad y la calificación legal adoptada por el tribunal.

En esa inteligencia, sostuvo que no podía afirmarse inequívocamente que Rodríguez era el propietario del estupefaciente, por cuanto compartía la celda con Benítez y además, había habido un tercer ocupante en la celda, llamado Galarza.

El argumento se desvanece a poco que se observa la declaración de Benítez en ocasión del debate oral y fundamentalmente, a la luz del acta de careo de fs. 49, incorporada al debate merced a la solicitud del Fiscal a fs. 173/174 en la cual, en presencia de Galarza, Rodríguez aceptó que éste nada tenía que ver con la droga incautada.

Así pues, de dichas constancias se desprende con meridiana claridad que era Rodríguez quien detentaba la sustancia, más allá de las objeciones de la defensa, cuyos argumentos aparecen como una mera discrepancia con el argumento del tribunal, ajeno a la doctrina de la arbitrariedad.

En cuanto a la calificación legal adoptada, expresa la defensa que el tribunal carecía de elementos para atribuir al imputado la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, concretamente, respecto del dolo requerido por el tipo.

Sostuvo el *a quo* que *"...[p]ara que quede configurado este delito no resulta necesario, tal como lo sostiene el Sr. Fiscal Subrogante, que se hayan realizado efectivamente actos de comercio, pero sí es indispensable que se persiga esa finalidad, lo que debe plasmarse en concreto.*

*En estas actuaciones, las fuerzas de seguridad incautaron, escondidos dentro de dos ovillos de lana, una gran cantidad de envoltorios - más de doscientos- que contenían pasta base de cocaína de una pureza media.*

*Obviamente, el tóxico estaba acondicionado para su venta, tratándose de las conocidas "pipas" o "bochitas". Pero además, también se encontró una gran cantidad de dinero, - \$498- y decimos gran cantidad teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento efectuado en el interior de una Unidad Carcelaria, ámbito en el cual está prohibido el manejo de dinero por parte de los internos...".*

*Agregó que "...parte de ese dinero, \$190 estaba en una caja y el resto estaba escondido en los dos ovillos de lana en los que se encontró la droga y que "envolvían" ésta. Resulta obvio que ese dinero era el producido de la venta de los envoltorios, estaba escondido en el mismo ámbito y además en su mayoría era dinero de baja denominación, lo que resulta también característico de la venta de estupefacientes...".*

Pues bien, tengo dicho en reiteradas oportunidades que la prueba del dolo en cuanto exigencia finalista que en el particular puede identificarse como "ultraintención", no puede sino extraerse de las circunstancias objetivas de la causa.

Así, el riesgo introducido por el imputado generó un resultado a éste atribuible, más allá del alcance de los límites de su psiquis, lugar lógicamente inaccesible para el juzgador (ver de esta Sala IV causa nro. 16.740 "ALDANA ESTRADA, Eduardo y VELASCO, Judith s/recurso de casación" reg. 2035.13.4. rta. el 21 de octubre de 2013 y causa nro. 15.384 AMARALES, José Antonio; TERAN, Jonathan Ezequiel; PEREZ GARCÍA Brian Gabriel s/recurso de casación, reg. 317.14.4 rta. el 19/03/14).

De tal suerte, la reconstrucción procesal del suceso a los fines de realizar una imputación, no impide que ésta le sea efectuada a título doloso en la medida que responda a aquello que sí es conocido según la prueba que lo acredita y a la luz de las exigencias que sobre ésta reclaman las normas procesales, como lo ha hecho el tribunal.

Ante este cuadro de situación, los elementos reseñados por el *a quo* han dado un fundamento bastante a su resolución, lo que lo aleja de todo tipo de cuestionamiento en orden a la posible arbitrariedad del mismo.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

Debe recordarse en esa dirección, que nuestra C.S.J.N. tiene dicho que *“la doctrina sobre sentencias arbitrarias no puede perseguirse la revocación de los actos jurisdiccionales de los jueces de la causa sólo por su presunto grado de desacierto o la mera discrepancia con las argumentaciones de derecho local, común o ritual en que se fundan”* (Fallos: 311:1695).

De esta manera, se advierte que el encuadre efectuado por el Tribunal *a quo* en colocar a Rodríguez como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909).

V. Finalmente, habré de recordar respecto del planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal que la cuestión ya ha sido tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *“L´Eveque, Ramón Rafael”* (Fallos: 311:452, rta. el 16/8/1988), oportunidad en la cual analizó y afirmó la compatibilidad del art. 14 del Código Penal, en cuanto prescribe que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes, con los principios constitucionales del *non bis in ídem*, culpabilidad e igualdad (C.N., arts. 16 y 18). De igual manera, una correcta hermenéutica del fallo *“Gramajo”* (Fallos, 329:3680) -al que muchas veces se echa mano para pregonar sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia- permite colegir que no es inconstitucional la mayor severidad en el cumplimiento de la pena derivada de la declaración de reincidencia del responsable de un delito, toda vez que ésta se justifica, precisamente, en el desprecio hacia la pena que ha sido impuesta con anterioridad. Criterio que ha sido reiterado más recientemente, en el fallo dictado el 27 de mayo del corriente año in re: *“Arévalo, Martín Salomón s/causa N° 11.835”* (A. 558. XLVI.)

En tal contexto, se advierte que la parte recurrente no trajo a estudio nuevos fundamentos que logren conmovir la doctrina de la C.S.J.N. citada *ut supra*, la que se comparte,

tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala IV de la C.F.C.P. (cfr. causa Nro. 14.672 "Hernández, Juan Ramón s/recurso de casación", reg. 248/12, rta. 07/03/12; causa Nro. 13.648 "Britos, David Esteban s/recurso de casación", reg. 1229.12.4, rta. 13/7/12; causa Nro. 13.635 "Agüero, Cristian Gustavo s/recurso de casación", reg. 1228.12.4, rta. 13/7/12; causa nro. 16.400 "Valenzuela, Edgardo Ezequiel s/recurso de casación", reg. 582/13, rta. 30/04/13 y causa nro. 16.182 "Morales, Sebastián Maximiliano s/recurso de casación", reg. 999/13, rta. 12/06/13 -entre muchas otras-), a cuyas consideraciones cabe remitirse por razones de brevedad.

Por ello, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto el Dr. Oscar Tomás Del Campo asistiendo a Tito Antonino Rodríguez, sin costas en la instancia (arts. 530, 531, 532 y 14 de la ley 24.948 del C.P.P.N.) y encomendar al *a quo* arbitre los medios para que se investiguen las circunstancias señaladas en el punto III. de la presente.

Así voto.-

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

**I.** Coincido en lo sustancial con las consideraciones efectuadas en la ponencia que abre el acuerdo y adhiero a la solución allí propuesta.

**II.** Ahora bien, con respecto a los planteos de nulidad introducidos respecto del acta requisada del imputado, en la medida en que en dicho procedimiento no se habría cumplido con las formalidades del art. 138 del C.P.P.N., cabe consignar que cierto es que la ausencia de testigos civiles en modo alguno puede nulificar la requisada, toda vez que no surgen elementos que indiquen una extralimitación en el proceder del personal penitenciario, incumpliendo las formalidades procesales exigidas, sino que, por el contrario, el desempeño adoptado por los agentes aparece como adecuado. En efecto, se trató de un operativo rutinario que fue ordenado por la superioridad y en presencia de los internos, con lo cual, difícilmente pueda acudir a testigos civiles para avalar estos procedimientos, no sólo por su seguridad,



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

sino por una imposibilidad material en las labores diarias de los complejos penitenciarios.

Al respecto se presenta razonable el criterio plasmado por el tribunal en cuanto consideró las especiales características que rodean a este tipo de procedimientos motivados en delitos perpetrados dentro de unidades carcelarias, en los que resulta relevante la dificultad de contar con testigos ajenos al propio ámbito penitenciario, a diferencia de la generalidad de los casos regulados por las disposiciones citadas (artículo 138 del Código Procesal Penal de la Nación).

Asimismo, la insuficiencia del planteo realizado en este aspecto también deviene de que la defensa no ha evaluado en relación al caso de que se trata, la legislación específica prevista para la materia, regulada por el Reglamento de Disciplina para los Internos, que no prevé específicamente, bajo pena de nulidad, el requisito pretendido, es decir, que el acta de que se trate esté firmada, y mucho menos que el acto en sí mismo deba ser presenciado, por testigos ajenos al ámbito penitenciario.

**III.** La sentencia recurrida, en lo relativo a la ponderación de las pruebas, a la acreditación de la ocurrencia de los hechos juzgados, a la participación que en ellos cupo a Tito Antonino RODRÍGUEZ, a la subsunción legal atribuida, y la completa respuesta a los planteos de la defensa, se encuentra correctamente fundada y motivada y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento.

Es que las conclusiones a las que se arriba en el fallo constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula la defensa logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts.123, 398, 404, inc. 2), del C.P.P.N.).

Adviértase que la figura legal imputada presupone la existencia de una tenencia de los estupefacientes por parte del sujeto activo. Lo característico de la situación típica

que se estudia, radica en un particular elemento subjetivo, íntimamente vinculado con el destino específico, pero de mayor especificidad, esto es el fin de comercio.

En el tipo penal de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización acuñado en el art. 5to., inc. "c" de la ley 23.737, la figura de tenencia de estupefacientes se encuentra agravada con el fin o propósito con el que se tiene. Se trata de un elemento subjetivo que sino que se refiere a la voluntad evidenciada por el sujeto denotando su intención de comerciar con la sustancia prohibida (C.N.F.P., Sala IV., causa nro. 11.858 "COTELA, Cristian s/rec. de casación, Reg. Nro. 15914.4, rta. el 21/11/2011; Laje Anaya, Justo, "Narcotráfico y Derecho Penal Argentino", Córdoba, 1998, pág. 125).

Ahora bien, cabe recordar que respecto del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la intención de comerciar debe deducirse y probarse a partir de elementos objetivos -indicios y circunstancias- incorporados regularmente al proceso e invocados en la acusación, que demuestren el propósito del sujeto (cfr. causa nro. 31, "CANTONE, Aldo H. y ROJT, Julio M. s/rec. de casación", Reg. Nro. 91, del 29/11/93; con cita de Francisco Soto Nieto: "El delito de tráfico ilegal de drogas", p.p. 77 y ss., Ed. Trivium, Madrid, España, primera edición, 1989).

Así también, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal ha dicho que "el legislador no ha descuidado que se infiera la ultraintención en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente" (cfr.: C.S.J.N.: "Bosano, Ernesto L.", rta. el 9/11/00, citado en la causa nro. 2892, "ALVEZ, Gerardo Gabriel s/recurso de casación", Reg. Nro. 3832.4, rta. el 26/12/2001).

En autos, las fuerzas de seguridad incautaron, escondidos dentro de dos ovillos de lana, una gran cantidad de envoltorios -más de doscientos- que contenían pasta base de cocaína de una pureza media. Obviamente, el tóxico estaba condicionado para su venta, tratándose de las conocidas



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

“pipas” o “bochitas”. Pero además, también se encontró una gran cantidad de dinero, -\$ 498.- máxime teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento efectuado en el interior de una Unidad Carcelaria, ámbito en el cual está prohibido el manejo de dinero por parte de los internos. Todo ello, pone de resalto que la actividad de RODRÍGUEZ estaba orientada a la modalidad de “transas” y avocándose a efectuar movimientos típicos de venta de estupefacientes al menudeo, es decir, ejercer el comercio con los demás internos.

Además, parte del dinero, \$ 190.- estaba en una caja y el resto estaba escondido en los dos ovillos de lana en los que se encontró la droga y que “envolvían” ésta. Resulta obvio que el dinero era el producido de la venta de los envoltorios, estaba escondido en el mismo ámbito y además en su mayoría era dinero de baja denominación, lo que resulta también característico de la venta de estupefacientes.

En efecto, en el caso en estudio, ha quedado debidamente demostrado que el condenado tenía bajo su esfera de custodia la cantidad de 26,5 gramos de cocaína y concentraciones del 57% al 63% de pureza, superior a la que podría detentar o tener para consumo propio, extremo que satisface el primero de los requisitos que requiere la figura penal en cuestión y sobrepasa el umbral de la tenencia de estupefacientes en los términos del art 14, primer párrafo de la ley 23.737.

Asimismo, las particulares circunstancias fácticas acerca de la cantidad y la forma en que la sustancia prohibida se encontraba preparada, no conducen a la situación de duda respecto del destino de la droga que constituye la piedra angular del razonamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al sentar la doctrina judicial en el caso “Vega Giménez” (Fallos 329:6019).

Por ello, y siguiendo la vía de análisis del Alto Tribunal diré que en el caso sí se pudo acreditar que no existía finalidad de consumo personal respecto de la droga incautada.

Es decir, en relación al elemento subjetivo de la tenencia, RODRÍGUEZ obró con conocimiento y voluntad realizadora, o lo que es lo mismo, con intención.

El agravio planteado por la defensa se vincula con el especial elemento subjetivo del tipo que constituye la finalidad de comercialización. Al respecto, debe señalarse también que contrariamente a lo afirmado por la recurrente, la concurrencia de ese particular elemento subjetivo (ultraintención), se encuentra suficiente y debidamente probado en el expediente.

Ello surge de las particulares condiciones en las que la droga fue secuestrada. No sólo hay que tener en cuenta el pesaje de la misma, sino la cantidad de dosis preparadas para su comercialización, y ello pese a que no se secuestró ningún objeto apto para el fraccionamiento.

Se presenta adecuada por consiguiente la calificación adoptada por el tribunal de la anterior instancia en grado, pues la visión global de lo ocurrido indica que RODRÍGUEZ tuvo el tóxico para obtener un lucro a partir de él, la droga estaba en su ámbito de custodia, acceso y disponibilidad, lo que implica conocimiento y voluntad de tenencia y el dinero también hallado, constituye un fuerte indicio de que era producto de la comercialización; a lo que se agrega la importante cantidad por el producto incautado, todo lo cual reviste vital relevancia a la hora de demostrar la ultraintencionalidad que exige la figura en análisis.

Todo ello integralmente analizado, válidamente permite demostrar en forma autónoma la llamada ultraintención o elemento subjetivo que la figura escogida requiere, esto es su comercialización (cfr. C.N.C.P., Sala IV, mis votos en la causa nro.6054, "LONCOPÁN, Elías Froilán s/recurso de casación", Reg. Nro. 8607.4, rta. el 14/5/2007; causa nro. 6476, "LEAL, Ramón Antonio s/recurso de casación", Reg. Nro. 9153.4, rta. el 4/8/2007; causa nro. 7879, "VERGARA, Claudio Daniel s/recurso de casación", Reg. Nro. 9298.4, rta. el 28/9/2007; causa nro. 6625, "SALAS FLORES, María Eugenia s/recurso de casación", Reg. Nro. 9434.4, rta. el 19/10/2007; entre muchas otras).



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

En razón de lo precedentemente expuesto, considero que resulta debidamente fundada, motivada y ajustada a derecho la calificación legal escogida por el tribunal sentenciante a la conducta atribuida a RODRÍGUEZ.

IV. En cuanto al planteo de la inconstitucionalidad de lo previsto en el art. 50 del código de fondo, en primer lugar, corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción y por su gravedad debe estimarse como última *ratio* del orden jurídico (cfr. Fallos 305:1304), toda vez que, las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424; entre otros).

Sobre el particular, tiene reiteradamente dicho el más Alto Tribunal de la República, que “el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso” (conf. C.S.J.N. *in re* “L’Eveque” en Fallos 311:1451).

En efecto, en cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del art. 50 del código sustantivo, debe

iterarse que el mayor reproche al autor reincidente se fundamenta en el desprecio que manifiesta por la pena privativa de libertad quien, pese a haberla sufrido con anterioridad y de forma efectiva, vuelve a cometer un delito amenazado también con esa clase de pena, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema en "Gómez Dávalos", "Gelabert" y "L'Eveque" (Fallos: 308:1938; 311:1209 y 1451). Asimismo, esta Sala IV hizo la propio en la causa nro. 295 "BORGÓ, Julio Fernando s/recurso de casación", Reg. Nro. 548, rta. el 8/03/96, causa nro. 242 "MONTENEGRO, Oscar Angel s/recurso de casación", Reg. Nro. 474, rta. el 10/11/95, causa nro. 1837 "ORTIZ, Juan Carlos s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro.3047, rta. el 11/12/00 y causa nro. 5737 "DÍAZ, Hugo Omar s/recurso de casación", Reg. Nro. 8262, rta. el 19/2/07, entre otros. También la Sala I, causa nro. 4575, "Arrieta, I. y otro s/recurso de casación", rta. el 28/2/03; y la Sala III, causa nro. 6628, "Muñoz, Jorge Lucas s/recurso de casación", Reg. Nro. 861/06, rta. el 14/8/06).

De ello se desprende que el mayor castigo no se encuentra en un juicio moral por una particular conducción de vida, lo cual resulta inadmisibile, sino que lo que aquí interesa es que al momento de cometer el nuevo hecho ilícito el sujeto no haya tenido en cuenta las graves consecuencias que una pena de prisión importa. De ahí, entonces, la necesidad de un mayor reproche en la nueva condena (art. 14 del C.P.).

Ya he sostenido en reiteradas oportunidades que lo sustancial es que la declaración de reincidencia no implica un doble juzgamiento por un mismo hecho, ni, específicamente, una nueva aplicación de pena por el mismo hecho, sino el establecimiento de un régimen punitivo mediante el cual el legislador toma en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (cfr.: C.S.J.N.: Fallos 311:1452), dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

Entonces, el distinto tratamiento penitenciario que da la ley a los condenados, desde el prisma de la prevención especial, para los supuestos en los que el individuo incurriese en nuevas infracciones criminales, no encuentra razón en su culpabilidad por los hechos anteriormente juzgados, sino en virtud del hecho por el cual resulta condenado (lo cual está vinculado también con el juicio de disvalor sobre el segundo hecho cometido, en tanto es más grave que el primero); respecto de aquellas personas que no han exteriorizado esa persistencia delictiva, ni, entonces, el desprecio por el encierro que importó una condena que ya les fue impuesta y la insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce.

Como se adelantó, no importa la violación del principio de culpabilidad por el acto cometido, por cuanto el delito precedente en virtud del cual el condenado fue declarado reincidente, ya fue materia de juzgamiento y mereció una pena, siendo que la declaración de reincidente, no se debe al hecho de haber delinuido anteriormente sino al de haber cumplido una pena privativa de la libertad con anterioridad a la comisión del otro hecho delictivo, lo que evidencia -como ya dijera- el mayor grado de culpabilidad en la conducta posterior.

La reincidencia, es entendida "como un dato objetivo y formal a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que se considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (Fallo "L'Eveque", ya citado).

Por otra parte, cabe resaltar que el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por la Constitución Nacional; y si por opción legal el legislador estableció dicho instituto, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad.

Además, el principio de igualdad "no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable" (C.S.J.N. Fallos 299:146; 300:1049 y 1087; 301:1185).

Esa ha sido la doctrina sentada por el Máximo Tribunal sobre la constitucionalidad del art. 14 del código principal, cuando ha dicho "que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y, si como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (devuelta causa "L'Eveque").

Del fallo "Gramajo" (Fallos: 329:3680) no se extrae la obligación de desplazar la tradicional posición legitimante del instituto de la reincidencia del Alto Tribunal. En efecto, el considerando 17 de ese precedente, debe leerse en el contexto en el que se dictó y no aisladamente, esto es, después de despreciar -por ser contrario a la Constitución Nacional, sobre todo desde su texto reformado en 1994- la genealogía del art. 52 del C.P. como pena de relegación. Este aserto fue precedido de una amplia argumentación sobre el carácter de "pena" de esta disposición y no de "medida de seguridad" como postulaba alguna doctrina (considerandos 7 al 16) - (cfr. causa nro. 14.205, "CESPEDES, Norberto Fabricio s/recurso de casación", Reg. Nro. 1642/12.4, rta. el 17/09/2012).

Aquél fallo, no conduce a la descalificación constitucional del instituto del art. 50 del código de fondo y, en definitiva, de la disposición del art. 14 de ese ordenamiento; pues se trató aquél de un supuesto distinto al



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

de autos: la imposición de una pena conjunta (la prevista por el art. 52 para los casos de "multireincidencia") que denota una prolongación -indebida- del tiempo de pena individualizado por el hecho por el que recae una condena.

En este entendimiento, cabe tener aquí en cuenta que es regla de interpretación de las leyes la de *"dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional"* (C.S.J.N., "Romero Cacharane", Fallos 327:388 y sus citas).

En definitiva, la postura de la recurrente se dirige a cuestionar los fundamentos de la reincidencia y se vincula con materias propias de política criminal, que en tanto no den lugar a normas que contradigan nuestra Carta Magna, son aspectos propios de la esfera del Poder Legislativo y por lo tanto ajenos a la competencia de los jueces (cfr. C.S.J.N. "Valdez", Fallos: 311:552).

Asimismo, la prohibición constitucional que impide el doble juzgamiento por un mismo hecho, ha sido descartada del instituto de la reincidencia, toda vez que "el principio *non bis in idem* prohíbe [...] la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (cit. Fallos 311:1451, considerando 7º) y el citado caso "Valdez").

Resta señalar que las demás consideraciones realizadas por la recurrente no tienen virtualidad para conmovir esta doctrina, por lo que por razones de brevedad habré de remitir a lo oportunamente expuesto en la causa nro. 9025, "VIRGILITTO, José Fabián s/rec. de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 10.761.4, rta. el 27/07/2008 y causa nro. 8558 "RICARTE, Leonardo Oscar s/rec. de casación e inconstitucionalidad", Reg. Nro. 10.816.4, rta. el 10/09/2008. Allí se afirmó que la cuestión de la

constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su vinculación con lo dispuesto por el art. 14, del C.P., ya había sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes en los que se había descartado expresamente la vulneración de los principios mencionados por la defensa. Dicha doctrina resulta, en lo pertinente, de aplicación a este caso, por los argumentos ya expuestos precedentemente.

Es que, cabe recordar, sobre el instituto de la reincidencia, que el mayor reproche al reincidente no se funda en un juicio moral, sino que al conocimiento sobre la criminalidad del hecho se le suma el conocimiento sobre la consecuencia material del reproche -es decir la pena- y el desprecio que demuestra con el nuevo delito a dicha consecuencia, lo que justifica un reproche mayor; y durante el curso de la ejecución de la pena impide, por ejemplo, el acceso a la libertad condicional.

En este punto, cabe tener en cuenta que en el citado precedente "ORTÍZ, Juan Carlos s/inconstitucionalidad", se sostuvo que el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por la Constitución Nacional; y si por opción legal que el legislador estableció el régimen, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad".

Por último, debo dejar expresamente asentado que pese a conocer los nuevos precedentes ("Rearte" y "Argañaraz") de la Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal, lo cierto es que tales desarrollos jurisprudenciales no conmueven, no han variado ni modificado sustancialmente el criterio que se viene sosteniendo desde esta sede, tal como se dejara plasmado en la causa nro. 13.628, "MARTÍNEZ, Carlos Alberto s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.201.4, rta. el 5/7/2011 y en la causa nro. 14.797, "FEREYRA, Fernando Ariel



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

s/rec. de casación, Reg. Nro. 674/12.4, rta. el 4/5/2012, a cuyas consideraciones me remito por razones de brevedad.

Además, cabe mencionar que más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Cabail Abad, Juan Miguel s/causa N° 16.035" (C. 449. XLIX. Resuelta el 6 de marzo de 2014) "Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154" (A. 577. XLV.) y "Gómez, Humberto Rodolfo s/causa n° 13.074" (G.506- XLVIII.) del 5 de febrero de 2013, desestimó las quejas por considerar inadmisibles los recursos extraordinarios federales contra resoluciones de esta Sala IV y de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal que avalaban la constitucionalidad de los artículos 14 y 50 del Código Penal. En el mismo sentido se pronunció también la Corte, más recientemente, en el fallo dictado el 27 de mayo del corriente año *in re*: "Arévalo, Martín Salomón s/causa N° 11.835" (A. 558. XLVI.)".

En definitiva, el recurrente no ha presentado nuevos argumentos que justifiquen la modificación de las posiciones sustentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre la constitucionalidad de los artículos 14 y 50 del C.P. en los precedentes mencionados en este sufragio, y su postura se dirige a cuestionar los fundamentos de la reincidencia, vinculándose con materias propias de política criminal, que en tanto no den lugar a normas que contradigan nuestra Carta Magna, son aspectos propios de la esfera del Poder Legislativo y por lo tanto ajenos a la competencia de los jueces.

V. Ahora bien, comprobado como ha quedado el hecho de tenencia de 207 envoltorios -en forma de "lágrimas" o "pipas"- que contenían pasta base de cocaína con un peso total de 26,58 gramos y concentraciones del 57% al 63% de pureza en la celda N° 333 "B", Pabellón "E" de la Unidad Carcelaria N° 1 de la ciudad de Salta, se presenta prudente y, en los términos del art. 177, inc. 1), del C.P.P.N., necesario, establecer la manera en que el estupefaciente llegó a ese lugar, así como, en su caso, la responsabilidad penal del personal penitenciario a cargo de la Unidad.

Repárese que en el mismo sentido el recurrente dejó planteada duda de cómo es posible que en un ámbito como el carcelario, un interno pueda detentar un solo envoltorio con cocaína o pasta base. Mucho menos 120. Envoltorios éstos que al ser sometidos al scanner se vieron fácilmente. Señaló que ello lleva a plantear el interrogante acerca de qué responsabilidad penal les cabe a quienes ejercen la custodia y el control en el ámbito penitenciario, máxime teniendo en cuenta que dichos controles resultan periódicos e incluyen requisas cada vez que los internos se trasladan de un lugar a otro dentro de la Unidad (cfr. fs. 250vta.).

Adujo también que esta circunstancia tampoco motivó el despliegue de una adecuada investigación a los fines de dilucidar qué responsabilidad pudo haber correspondido a los responsables de las funciones de control en la respectiva Unidad Carcelaria en las que la conducta objeto de proceso tuvo lugar.

Lo expuesto se condice, además, con lo consignado por el *a quo* en cuanto a que resulta *“lógico que la sustancia estupefaciente haya ingresado al Penal ya acondicionada para la venta, atento a la dificultad que implicaría para RODRÍGUEZ su acondicionamiento en la Unidad Carcelaria”* (v. fs. 232).

En virtud de lo expuesto en este punto entiendo que corresponde disponer la extracción de testimonios de la presente causa a fin de que se investigue cómo ingresó el material estupefaciente al penal y la eventual responsabilidad de aquellos que les pudo haber cabido a quienes correspondía el respectivo contralor.

**VI.** Por lo demás, ya he tenido oportunidad de dejar adelantado las razones por las que considero ahora que la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. en tanto restringe el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a penas privativas de la libertad mayores a tres (3) años resulta inconstitucional (cfr. causa nro. 871/2013 caratulada *“RAMÍREZ, Juan Ramón s/recurso de casación”*, Reg. Nro. 2231/14.4, rta. el 6/11/2014).



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

Ahora bien, la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego que sustentaran la declaración de inconstitucionalidad referida me inclinan en una interpretación *pro personae* a permitirme salir de la zona de autorrestricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; se trata como ha dicho nuestro más alto tribunal de una aplicación del principio *iura novit curia* y, nada menos, de la supremacía de la Constitución Nacional.

Es que esta postura concilia mejor el más adecuado equilibrio y los límites del Poder del Estado frente al individuo encarcelado, quien goza de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216) y, en tal sentido, merece recibir del Estado condiciones de trato digno que, de no cumplirse, tornarían al encierro en ilegítimo.

En el mismo sentido, algunos aspectos de la norma del art. 12 del C.P. -en términos generales- se presentan contrarios a los fines y principios de la pena privativa de la libertad como la reinserción social y más concretamente al fortalecimiento paulatino de los lazos familiares, sociales o laborales, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio rescocializador de la ejecución de la pena.

También viene a favor del examen de oficio el interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) como una pauta hermenéutica que debe orientar y condicionar la decisión de los tribunales de todas las instancias.

Se presenta plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite la posibilidad de que los jueces ejerzan de oficio el control de constitucionalidad de una disposición normativa y la declaren de oficio inconstitucional en casos en los que la norma entra en pugna de modo manifiesto con los derechos establecidos en

nuestra Constitución Nacional (M. 102. XXXII. Recurso de hecho en la causa "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa", resuelta el 27/9/2001).

En el citado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla"* y que *"... la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traten en su decisión comprándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y de abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194)"* (considerando 11º del voto de Boggiano en "Mill de Pereyra", cit.).

En idéntico sentido, sostuvo que *"...cuando se someten a conocimiento de los jueces cuestiones de derecho... en el ejercicio de la potestad de suplir el derecho que las partes no invocaron, atendiendo al principio iura novit curia y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución, se hallan facultados para hacer tal declaración..."* (B. 1160. XXXVI. Recurso de hecho deducido en causa "Banco Comercial de Finanzas S.A.", resuelta el día 19/8/2004).



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

A estas consideraciones, cabe agregar lo expresado por nuestro más alto tribunal en cuanto a que *"...tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos..." y que "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de `control de convencionalidad´ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)" (R. 401. XLIII. Recurso de hecho deducido en causa "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino sobre daños y perjuicios", resuelta el 27/11/12).*

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en el caso *"Trabajadores Cesados del Congreso"* el deber que tienen los órganos del Poder Judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de *"convencionalidad"* ex officio entre las normas internas y la Convención Americana (*"Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú"*, del 24 de noviembre de 2006); criterio reiterado en los casos *"Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia"*, del 1 de septiembre de 2010, parágrafo 202; *"Gomes Lund y otros vs. Brasil"*, del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176 y *"Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México"*, del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225.

Admitida en los términos expuestos la posibilidad que tienen los jueces de efectuar un control de constitucionalidad aunque no exista expresa petición de

parte, habré de exponer los fundamentos por los cuales considero que la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. resulta inconstitucional.

Al votar en la causa "RAMÍREZ" citada sostuve que la norma del art. 12 violaba el **principio de resocialización de la ejecución de las penas** en tanto afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto lo situaban en un plano de desigualdad con respecto a los demás sujetos de derecho, impidiéndole cumplir adecuadamente con sus obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela, generando un efecto estigmatizante que se apartaba de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Agregué que el carácter genérico de la norma y su aplicación automática en tanto y en cuanto se constatare una situación objetiva, esto es: la imposición de una condena superior a los tres años, impedía una reflexión particular del caso que permitiera evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que su aplicación pudiera generar.

Así, consideré que la "...la referida normativa -que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contraria al Estado de Derecho".

Sostuve también que la norma prevista en el art. 12 del C.P. menoscaba el **principio de intrascendencia de la pena** establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H. en tanto expresa que "La pena no puede trascender la persona del delincuente" en tanto las incapacidades civiles impuestas por el art. 12 del C.P. suspenden el ejercicio de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad haciendo extensible las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

entorno familiar, impidiendo que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

Asimismo, destacó que la privación de la patria potestad atentaba contra **el interés superior del niño** reconocido por la ley 26.061 como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías y el deber que tiene el Estado en la protección de la familia, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Por lo considerado en este punto y con remisión a los fundamentos considerados en la causa "RAMÍREZ" ya citada, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa.

El señor **juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. Que coincido en lo sustancial con las consideraciones expuestas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani, que a su vez cuenta con la adhesión del doctor Gustavo M. Hornos en lo que respecta a los agravios que fueron motivo de recurso. Ello, conforme lo propuesto por el señor fiscal general, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, a fs. 268/270.

II. Así, en el particular caso de autos la requisa efectuada dio lugar al hallazgo y posterior secuestro de los 207 envoltorios conteniendo pasta base de cocaína (26,5 grs. de cocaína y concentraciones del 57% al 63% de pureza) que Tito Antonio Rodríguez tenía en su poder en la celda Nro. 333 "B", Pabellón "E de la Unidad Carcelaria Nro. 1 de Salta.

Dicho procedimiento resultó como consecuencia de una requisa de rutina en un establecimiento carcelario a tenor de lo normado en el art. 70 de la ley 24.660, luego de una visita carcelaria, con el fin de preservar la seguridad general del establecimiento.

Por ello, en atención a las circunstancias apuntadas, resultaría un exceso rigor formal exigir la presencia de dos testigos civiles como condición de validez del secuestro del

material estupefaciente hallado en poder del imputado, como argumenta la defensa. Máxime teniendo en cuenta que el acta de secuestro fue suscripta por dos testigos, miembros del servicio penitenciario de Salta, cuya actuación no fue puesta en duda.

Al respecto, cabe recordar que la defensa tampoco ha cuestionado o controvertido la información que surge del documento público anulado por el colegiado de la instancia anterior, de manera que no se advierte el perjuicio concreto que le genera que el acta de secuestro se encuentre suscripta por testigos pertenecientes a la fuerza de seguridad del establecimiento carcelario, sin la presencia de testigos civiles. En tal sentido, corresponde recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la declaración de una nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 324:1564), siendo inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de nulidad por la nulidad misma (Fallos: 322:507).

II. En cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia planteada por la recurrente, dicha discusión ya ha sido tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "*L´Eveque, Ramón Rafael*" (Fallos: 311:452, rta. el 16/8/1988), oportunidad en la cual analizó y afirmó la compatibilidad del art. 14 del Código Penal, en cuanto prescribe que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes, con los principios constitucionales del *non bis in ídem*, culpabilidad e igualdad (C.N., arts. 16 y 18). De igual manera, una correcta hermenéutica del fallo "*Gramajo*" (Fallos, 329:3680) -al que muchas veces se echa mano para pregonar sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia- permite colegir que no es inconstitucional la mayor severidad en el cumplimiento de la pena derivada de la declaración de reincidencia del responsable de un delito, toda vez que ésta se justifica, precisamente, en el desprecio hacia la pena que ha sido impuesta con anterioridad. Dicho criterio ha sido reiterado más recientemente, en el fallo dictado el 27 de



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FSA 22000480/2012/TO1/CFC1

mayo de 2014 in re: "Arévalo, Martín Salomón s/causa N° 11.835" (A. 558. XLVI.).

En tal contexto, se advierte que la parte recurrente no trajo a estudio nuevos fundamentos que logren conmovir la doctrina de la C.S.J.N. citada *ut supra*, la que se comparte, tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala IV de la C.F.C.P. (cfr. causa Nro. 14.672 "Hernández, Juan Ramón s/recurso de casación", reg. 248/12, rta. 07/03/12; causa Nro. 13.648 "Britos, David Esteban s/recurso de casación", reg. 1229.12.4, rta. 13/7/12; causa Nro. 13.635 "Agüero, Cristian Gustavo s/recurso de casación", reg. 1228.12.4, rta. 13/7/12; causa nro. 16.400 "Valenzuela, Edgardo Ezequiel s/recurso de casación", reg. 582/13, rta. 30/04/13 y causa nro. 16.182 "Morales, Sebastián Maximiliano s/recurso de casación", reg. 999/13, rta. 12/06/13 -entre muchas otras-), a cuyas consideraciones cabe remitirse por razones de brevedad.

III. Por lo expuesto, comparto la solución propugnada en el voto del doctor Juan Carlos Gemignani.

Por ello, y en mérito del acuerdo que antecede el Tribunal,

### **RESUELVE:**

**I. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto el Dr. Oscar Tomás Del Campo asistiendo a Tito Antonino Rodríguez, sin costas en la instancia (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

**II. ENCOMENDAR** al *a quo* arbitre los medios a fin de que mediante extracción de testimonios, se investiguen las circunstancias delictivas señaladas en el resolutorio.

**III. TENER PRESENTE** la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 y Lex 100). Remítase al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**MARIANO HERNÁN BORINSKY**

**JUAN CARLOS GEMIGNANI**

**GUSTAVO M. HORNOS**

Ante mí:

