



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

**REGISTRO N° 1665/15.4**

//la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de SEPTIEMBRE 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. 75/80 vta. de la presente causa FCR 61/2014/1/CA1-CFC1, caratulada: **"ALMONACID, Gustavo Martín s/recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

**I.** Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, con fecha 27 de octubre de 2014, resolvió: *"CONFIRMAR el auto de fs. 44/53 venido en apelación en cuanto DECLARA la inconstitucionalidad del art. 14 2do. párrafo de la ley 23737 y SOBRESEE a Gustavo Martín Almonacid..."* (cfr. fs. 71/73 vta.).

**II.** Que el señor Fiscal General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, doctor Horacio Arranz, interpuso recurso de casación contra dicha resolución (cfr. fs. 75/80 vta.), el que fue concedido (cfr. fs. 82/83) y mantenido en esta instancia por el doctor Raúl Omar Pleé (cfr. fs. 88).

**III.** Que la parte recurrente fundó su presentación recursiva en el primer inciso del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Así, manifestó que la sentencia recurrida no cumplía con los requisitos de fundamentación que impone el art. 123 del C.P.P.N. Asimismo, sostuvo que la misma era contraria a los principios de legalidad y del debido proceso consagrados por el art. 18 C.N.

El representante del Ministerio Público Fiscal consideró, en primer lugar, que la acción imputable a Almonacid –tenencia de estupefacientes– es una acción típica y por ello un delito, sin importar si luego se

analiza en cada caso si es constitucional o no su punición. Y en segundo lugar, respecto al contexto en que fue hallado el estupefaciente –dentro de un establecimiento penitenciario– manifestó que la doctrina del fallo “Arriola” responde a hechos totalmente diferentes a los acontecidos en la causa que nos ocupa.

En este último sentido, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Arriola” declaró la inconstitucionalidad del art. 14, 2º párrafo de la ley 23.737 cuando la tenencia de estupefacientes para consumo personal no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Por ello, insistió, no puede aceptarse ni la tenencia ni el consumo de estupefacientes en un establecimiento carcelario o de detención. Es más, agrega que el mero ingreso de la droga al establecimiento carcelario se encuentra penado de manera agravada.

En cuanto al análisis del caso, el señor Fiscal General determinó que hay trascendencia a terceros porque en una unidad penitenciaria los espacios personales son reducidos, lo que al momento de consumir la sustancia estupefaciente existe la posibilidad de afectar la salud de terceros, que pueden estar en tratamiento de rehabilitación o simplemente no deseen ser afectados por el consumo de otro interno.

En cuanto a la violación al derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, el doctor Horacio Arranz indicó que la privacidad de Almonacid no se encontraba afectada ya que las requisas por razones de seguridad son legales y admitidas por la jurisprudencia.

En consecuencia, solicitó se case la resolución recurrida, declarando su nulidad y se revoque el sobreseimiento dictado a favor de Gustavo Martín Almonacid y se ordene la continuación del proceso según su estado.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

Hizo reserva del caso federal.

**IV.** Que, en el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, doctor Raúl Omar Pleé quien mantuvo los agravios introducidos por su colega en oportunidad de interponer recurso de casación (fs. 89/91 vta.).

Por su parte, se presentó la doctora Mercedes Gacia Fagés, en su calidad de Defensora Pública Oficial de Gustavo Martín Almonacid y manifestó, en primer término, que el Ministerio Público Fiscal no se encontraba habilitado para recurrir, ello por entender que si en el hipotético caso que su defendido hubiera sido condenado a la pena máxima prevista para el delito –dos años– no hubiera estado habilitado para interponer recurso de casación en virtud del art. 458 del CPPN, tampoco puede encontrarse habilitado a recurrir cuando el procesado ha sido sobreseído. En segundo término expresó que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada, motivada y resulta ser un acto jurisdiccional válido en virtud de que el tribunal *a quo* efectuó una correcta interpretación de las normas legales que rigen la materia y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Solicitó se rechace el recurso de casación e hizo reserva del caso federal (cfr.fs. 92/95).

**V.** Que superada la etapa procesal prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos (cfr. fs. 98), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos.

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

**I.** Previo a ingresar al fondo de la cuestión, corresponde dar tratamiento al planteo relativo a la

falta de legitimación del Fiscal para interponer recurso de casación, esgrimido por la Defensa de Gustavo Martín Almonacid durante el término de oficina.

Con dicho propósito corresponde señalar, en primer término, que la facultad impugnaticia del Ministerio Público Fiscal se encuentra, por regla, restringida a los supuestos establecidos por los arts. 457 y 458 del C.P.P.N. Sin embargo, dicha regla debe ser excepcionada si en el caso el acusador invoca la violación de garantías sustanciales del debido proceso (cfr. esta Sala IV: causa Nro. 1480 "Rico, Pedro Mario y Maidana, Marcelo Oscar s/recurso de casación", Reg. Nro. 2458, rta. el 6/3/00; causa Nro. 14.080 "Bruna, Daniel Abel s/recurso de queja", Reg. Nro. 1318.4, rta. el 9/8/12; de Sala III: causa Nro. 11.730 "Ortiz, Adrián Ezequiel s/recurso de casación", Reg. Nro. 327/10, rta. el 25/3/10).

Asimismo, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido, *in re*: "Juri, Carlos Alberto s/homicidio culposo" (J. 26.XLI, del 27/12/2006, Fallos: 329:5994), que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte, estos deben ser tratados previamente por esta C.F.C.P., en su carácter de tribunal intermedio. Si bien dicha doctrina se refiere al derecho de la víctima para recurrir en casación, también resulta aplicable al Ministerio Público Fiscal, en función de lo previsto en el art. 460, del C.P.P.N. (cfr. voto del suscripto en la causa Nro. 14.926 "Rojas, Martín Raúl s/recurso de casación" Reg. Nro. 519, rta. el 16/4/12, y en la causa Nro. 13.226 "Huanca Rocha, Eusebio Edgar, s/recurso de casación" Reg. Nro. 998 rta. el 19/6/12).

En consecuencia, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer recurso de casación en los supuestos previstos legalmente y en aquellos casos en los que, en ejercicio de su función de defensa de la legalidad (C.N., art. 120), alegue



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

fundadamente la violación al debido proceso (C.N., art. 18), tal como sucede en el recurso en trato.

En efecto, en este sentido el recurrente señala en su presentación *"...con arreglo a lo dispuesto por el artículo 456 inciso 1º del Código Procesal Penal de la Nación, se ha hecho una errónea aplicación del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737, en cuanto exige requisitos diferentes a los que el tipo penal establece.*

*Estas exigencias, contrarían los principios de legalidad y el de debido proceso consagrados por el artículo 18 de la Constitución Nacional...*

*Teniendo en cuenta que el fallo recurrido hace hincapié en garantías constitucionales y como se verá las mismas no han sido violentadas por la norma del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737, nos encontramos ante un caso de exceso jurisdiccional manifiesto que reclama su remedio por la vía que se intenta..."* (cfr. fs. 75 vta.).

**II.** Superado el juicio de admisibilidad, y para un mejor desarrollo de la cuestión traída a estudio, comenzaré por efectuar una breve reseña de las presentes actuaciones.

Se le atribuye a Gustavo Martín Almonacid la detención de 6,84 gramos de cannabis sativa el día 9 de enero de 2014 oculta en el interior de un termo un envoltorio de nylon de color blanco. El secuestro del material estupefaciente se produjo en oportunidad de efectuarse la requisa de rutina a todos los internos alojados en la Alcaidía de la Ciudad de Comodoro Rivadavia que habían gozado de visitas y previo a su traslado al pabellón.

Conforme se desprende del informe pericial n° 014/14, analizado el material incautado por el Gabinete científico de la Policía Federal Argentina, se corroboró que se trataba de marihuana con un peso de 6,84 gramos –suficientes para 13,68 cigarrillos de manufactura casera– (cfr. fs. 13/15).

El juez de instrucción a cargo de esta

investigación resolvió –en cuanto aquí interesa– declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737 y sobreseer a Gustavo Martín Almonacid en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (cfr. fs. 44/53), por considerar que la conducta perteneció a una actividad propia de la esfera íntima del imputado, de acuerdo a lo resuelto por nuestro más Alto Tribunal en el fallo CSJN A.891.XLVI, recurso de hecho, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”.

Dicha decisión fue apelada por el representante del Ministerio Público Fiscal y confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia; siendo ésta la resolución que aquí viene recurrida.

**III.** Ahora bien, en función de las circunstancias apuntadas precedentemente, corresponde destacar que la cantidad de material estupefaciente secuestrado –6,84 gramos de marihuana–, la forma en que éste se encontraba acondicionado –en una bolsa de nylon dentro de un termo–, y las circunstancias que rodearon el procedimiento –el material estupefaciente fue secuestrado a raíz de una requisita de rutina efectuada al interno luego de finalizado el horario de visita y previo al ingreso a los pabellones–, permiten descartar que la conducta endilgada a Almonacid resulte análoga a la descripta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Arriola”.

Por el contrario, la cuestión debatida en autos es sustancialmente análoga a la resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa S.1062.XLVII “Sosa, Cristian Germán s/recurso de casación” el 3/5/12. En dicha oportunidad, el Alto Tribunal, por mayoría, declaró mal concedido el recurso extraordinario deducido por la defensa del imputado por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48). En dicho precedente, el recurso extraordinario había sido articulado por la defensa del imputado contra el pronunciamiento de la Sala II de esta Cámara en el que



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

se resolvió "Hacer lugar al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal (...) y anular la resolución obrante a fs. 53/54 vta [sobreseimiento de Sosa por el delito de tenencia estupefacientes para consumo personal en un establecimiento carcelario], debiendo la causa seguir con su tramitación", por entender que la doctrina del fallo "Arriola, Sebastián y otro s/causa N°9080", causa A.891 XLIV, rta. el 25/8/09, no era aplicable a dicho caso. La postura enunciada fue reiterada por el Máximo Tribunal, más recientemente, con fecha 26/03/14, en la causa F.592.XLIX. RECURSO DE HECHO. "Fernández, Cristián Miguel s/ causa n° 16.827".

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo decide en los casos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias, por lo que carecen de fundamento aquéllas que se apartan de los precedentes del Tribunal sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el mismo, en su carácter de interprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (cfr. Fallos: 332:616).

**IV.** Por ello, corresponde **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, **REVOCAR** la resolución impugnada, debiendo remitirse las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que se continúe con el trámite de la causa según su estado. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Que en el caso de marras -tal como ya he tenido oportunidad de resolver en reiteradas oportunidades (conforme esta Sala IV de la C.F.C.P., causas N° 16.507 "FABIA CERDA, Luis Antonio y otro s/ recurso de casación", Reg. Nro. 2118/2013, rta. el 30/10/2013; causa N° 224/2013 "HUENTEMIL, Víctor Daniel s/ recurso

de casación", Reg. Nro. 2115/2013, rta. el 30/10/2013; entre muchas otras)- entiendo que no puedo apartarme de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal, en el mencionado fallo "Arriola, Sebastián y otro s/causa N° 9080", A. 891 XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009, en el cual se consagró *"... que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefacientes para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños o bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitucional Nacional (o no)..."* (Voto de la Juez Carmen M. Argibay).

En esa línea, tengo por cierto que al haber sido calificada la conducta del encartado como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737, sumado al hecho de que el comportamiento del imputado, en modo alguno colocó en peligro concreto o causó daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, línea demarcadora que sólo de ser sobrepasada consentiría la intromisión judicial, se impone aquella solución. En efecto, véase que la marihuana incautada constituía una escasa cantidad -6,84 grs. (cfr. fs. 71/73 vta. del principal)- y el imputado la detentaba en el interior de un termo, al momento de requisarse la celda donde se encontraba alojado.

Por lo tanto, el caso en estudio se encolumna detrás de otros en los que el Máximo Tribunal decidió la desincriminación de la conducta pesquisada, a saber: Fallos: 310:294 y 312:2475; ocasiones en las que se precisó que *"... una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra [...] un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible..."*, no importa relevancia jurídico-penal, ya que *"...toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito*



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

*de señorío personal en tanto arco de una acción autorreferente [...] No hay lugar para plantear (una cuestión penal) cuando la conducta personal no afecta a los intereses de ninguna otra..." (confr. voto del Ministro Carlos S. Fayt, del precedente "Arriola" arriba citado); "...en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, está amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional [...] La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional [...] Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionada con la existencia de actos de exhibición en el consumo [...] Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder la/el imputada/o..." (vid. Sufragio de la Juez Carmen M. Argibay, siempre del antecedente de cita).*

Por otra parte, del análisis del recurso traído a estudio y de las presentaciones realizadas por las partes durante el término de oficina, advierto que efectivamente no se pudo acreditar en el caso la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública, por lo que sostener lo contrario implica partir de argumentos meramente especulativos, cuando lo cierto es que no existe elemento probatorio alguno que permita sostener tal tesitura.

En definitiva, observado que el imputado tenía en su poder material estupefaciente en escasa cantidad, en una cuantía factible de ser considerada

detentada para el propio consumo y que aquella sustancia prohibida no fue ostentada a terceros, me inclino por rechazar el recurso del fiscal, por los motivos precedentemente expuestos.

Ello sin perjuicio de mi derecho a analizar, interpretar y emitir alguna opinión sobre la decisión del más Alto Tribunal, sin que aparezca un alzamiento o rechazo sino aunque más no sea, delimitar sus alcances también adecuar mi parecer a esos límites nuevos que han de ser seguidos para buscar unificar la jurisprudencia pero lejos del concepto de obediencia debida, impropio de la naturaleza de nuestra labor y de nuestra investidura que me autoriza a plantear disidencia razonable sin desconocer una axiología funcional administrativa que recomienda su observancia y ponderando el nivel de los votos y el concepto que me merecen sus autores.

Además, en la cuestión planteada, esto es, la tipificación de conductas producidas en el contexto de la ley que nace del narcotráfico y la drogadependencia, todavía estamos en el estado de debate que es consecuencia de un fenómeno que nos excede por su magnitud, su crecimiento, su globalización y sus lamentables efectos que hace tanto a la decisión judicial como a la política criminal de un Estado inerme y debilitado ante un sujeto activo, múltiple y descomunal.

El fallo recaído en la causa "Arriola", que declara ajena a la órbita del derecho penal la tenencia de drogas para uso personal, mal puede interpretarse como una legitimación de toda tenencia, sino una mensuración de la norma y por ello una cuantificación de la marginalidad criminosa, en mira de redefinir en nuestro tiempo la caracterización de los autores de este ilícito.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Horacio Arranz, representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas en la instancia (Arts. 361, 470,



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

474, 530 y 532 -en función del art. 27 inc. "d" Ley 27.149- todos del C.P.P.N.).

Así voto.

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

**I.** El recurso de casación interpuesto, contrariamente a lo sostenido por la Defensa Pública Oficial durante el término de oficina, resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia de las enumeradas en el art. 457 del C.P.P.N., ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 458 del C.P.P.N.), invocando fundadamente el motivo previsto por el art 456, inc. 1° del código mencionado.

En esos términos, la objeción de admisibilidad formal planteada por la defensa durante el término de oficina no puede recibir favorable respuesta, por cuanto art. 337, segundo párrafo, del C.P.P.N. concede la facultad al Ministerio Público Fiscal de recurrir el sobreseimiento, y no habiéndose planteado su inconstitucionalidad no puede ser soslayado.

**II.** Se inician las presentes actuaciones a partir del hecho ocurrido el día 9 de enero de 2014, cuando finalizado el horario de visitas, personal policial procedió a requisar a los internos alojados en la Alcaidía de la Ciudad de Comodoro Rivadavia. En el ese contexto, al requisar las pertenencias de Gustavo Martin ALMONACID, se detectó en el interior de un termo un envoltorio de nylon de color blanco, el que luego de las pericias de determinó que contenía 6,84 gramos de marihuana. (Cfr Fs. 13/15).

Con fecha 12 de mayo de 2014 el Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia, con cita a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arriola" (332:1963), entendió que *"el lugar y el modo en que fue encontrada la sustancia estupefaciente incautada, la escasa cantidad de la misma y acreditada que su tenencia lo era con fines de consumo personal puede concluirse que dicha tenencia de estupefacientes fue en el más sagrado ámbito de la*

esfera íntima" y resolvió declarar la inconstitucionalidad del Art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y en consecuencia sobreseyó al aquí imputado. (Cfr. fs. 44/53). Resolución que posteriormente, con fecha 27 de octubre de 2014 fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (Crf. Fs. 71/73 Vta.)

**III.** Llegan las actuaciones a esta Cámara Federal de Casación Penal a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra dicha resolución.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada por la defensa, debo recordar que he sostenido con anterioridad que en el caso "Arriola" -que viene citado-, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, puede reconstruirse una opinión común en el sentido de que no se ha declarado de modo general y abstracto la incompatibilidad del mencionado art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 con el art. 19 de la C.N., sino sólo en los casos en que la tenencia de estupefacientes para consumo personal se hubiese realizado en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro o daño concreto a derechos o bienes de terceros (cfr. causa Nro. 9445 "Roldán, Alejandro Ignacio s/rec. de casación", Reg. Nro. 13.974, rta. 04/04/2010), por lo que, a los fines de la aplicación de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dicho precedente, corresponde examinar las circunstancias fácticas de cada caso de conformidad con esos lineamientos.

Al respecto, también he señalado que la prohibición y consecuente sanción de la tenencia de estupefacientes en un establecimiento carcelario, aún cuando sea para el propio consumo, aparecería como razonable, pues en esas condiciones no sería posible descartar que esa conducta no trajera aparejado ningún riesgo para derechos o bienes de terceros (cfr. causa Nro. 12.279 "Salinas, Daniel I. s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.234.4, rta. el 12/07/11; causa Nro.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

12.982 "Mercado, Maximiliano D. s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.629, rta. el 22/09/2011, entre otros).

Me ha tocado en diversas oportunidades reflexionar sobre un punto interpretativo de carácter constitucional, lo que me ha llevado a cambiar mi posición, muchas veces, basado en la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico vinculados a la materia.

En este sentido, he venido postulando invariablemente que la interpretación relativa a la mejor tutela efectiva de los derechos de calidad constitucional debe ser dinámica y flexible, así como también abarcadora de las especificidades del caso concreto y los derechos sustanciales de las partes (Cfr. "RUIZ", res. N° 189/95 y "REY MILLAN", res. N° 191/97, ambas de esta Cámara, entre otras).

Ahora bien, no solamente en casos en lo que existan consensos debe eventualmente reflexionarse sobre las posturas jurídicas, puesto que en todo caso esos consensos han de ser considerados precarios, ya que también deben ser tomados de modo dinámico y constituyente como es lo referido a la reflexión sobre el conocimiento y la mejor interpretación de los derechos constitucionales en el proceso penal.

Así entonces, a la luz de esta visión del derecho como una materia dinámica y flexible, a partir del contacto con la realidad carcelaria, y al trabajo que se viene realizando desde el Sistema Interinstitucional de Control de Unidades Carcelarias que presido desde su creación en el año 2013, he de reflexionar sobre mi posición sobre el punto traído a estudio en esta instancia jurisdiccional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "ARRIOLA, Sebastián y otros s/ causa N° 9080", A. 891. XLVV, del 25/08/2009 (ya citado), declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan

aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

He sostenido, y lo mantengo, que en tanto el control de constitucionalidad en nuestro sistema es de carácter difuso, y la norma aplicada se encuentra en vigencia, las razones que permitieron la desincriminación en el precedente de Corte ya citado, no pueden asimilarse automáticamente a la situación de personas privadas de su libertad. Ello por cuanto, hechos como los que dieron inicio a las presentes actuaciones y los sucesos que motivaron el precedente de la Corte, revisten características disimiles. No es posible, desde una óptica racional, pretender asimilar la situación de personas que se encuentran en la vía pública, y que gozan con plenitud de sus libertades individuales, con la de personas detenidas que, como consecuencia, sufren determinadas y razonables restricciones a sus derechos.

Sentado cuanto precede, sin embargo, considero que las conclusiones a la que ha arribado el máximo Tribunal en los precedentes "Arriola" (ya citado) y anteriormente en "Bazterrica" (308:1392) pueden ser tomadas, como base interpretativa para las situaciones en la que se pretende evaluar si la conducta de los internos que detentan en su poder material estupefaciente con fines consumistas, se ve amparada por el principio de lesividad previsto en el artículo 19 de nuestro ordenamiento constitucional.

Es que la doctrina emanada del Tribunal Superior, no constituye un techo sino un piso interpretativo del alcance de las garantías constitucionales, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro personae* que impone el deber de privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Así de la lectura de la citada jurisprudencia del Máximo Tribunal se advierte que dos jueces



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

supremos que concurrieron a la mayoría declararon “... que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal **que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos**” (confr. voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36; voto del juez Lorenzetti, consid. 18, el resaltado me pertenece).

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

El juez Petracchi, se remitió a su voto en el caso de Fallos: 308:1392 (“Bazterrica”), sin otras consideraciones adicionales. En aquel precedente, en el que estaba en cuestión la constitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771, que en cuanto aquí interesa contemplaba el mismo supuesto de hecho de la punibilidad que el actual art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, aquel juez había sostenido que aquella disposición debía ser invalidada “pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales” y en

**consecuencia se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros"** (voto del juez Petracchi, consid. 27, el resaltado me pertenece).

Por su parte el juez Lorenzetti señaló que "El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea." Y en base a ello concluyó que "**...no cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad**", y que por lo tanto "La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros". (voto del juez Lorenzetti, consid. 11 "a", "c" y "d", el resaltado me pertenece).

Finalmente, en el voto concurrente de la jueza Argibay se ha puesto en blanco sobre negro la aclaración de que ni la decisión de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema ahora superada (Fallos: 313:1333), ni la actual que la ha revisado en el caso "Arriola", han querido examinar en abstracto la compatibilidad con el art. 19 C.N. de la figura legal que conmina la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Al respecto ha señalado que "derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si "Montalvo" hubiese



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

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

En esa línea interpretativa, entonces, resulta apropiado entender que la Corte Suprema de Justicia de

la Nación, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, ha concluido que la tenencia de estupefacientes para consumo personal siempre que se realice en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, es considerada como una de las "acciones privadas de los hombres" que el artículo 19 del texto fundamental excluye de la autoridad de los Magistrados y reserva solamente a Dios.

La aplicación de los principios emanados de esta doctrina a casos como el de autos, el relevamiento de la realidad carcelaria y **la defensa que procuramos allí hacer del valor dignidad en la persona humana privada de su libertad**, hacen que no sea posible presumir, como se pretende, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno afecte siempre los derechos de otros internos. Sino que es necesario, tal como ha quedado expresado por el Máximo Tribunal, que si se pretende criminalizar la conducta, deba demostrarse una afectación concreta a derechos o bienes de terceros, porque de otro modo se estaría violando el principio de lesividad consagrado en el texto constitucional.

Se trata de una visión antropocéntrica del Derecho.

Y es en esta inteligencia, que debe entenderse que aun encontrándose alojado en una unidad penitenciaria, y aun viendo reducido su espacio de autonomía personal, el individuo privado de su libertad goza de la protección a un ámbito de privacidad, amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. He aquí, el reconocimiento al Derecho a la dignidad humana de la persona privada de libertad.

El mencionado artículo del texto constitucional, y los tratados internacionales de derechos humanos el Estado Argentino ha incorporado a



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

su ordenamiento constitucional en virtud de su artículo 75, inciso 22, garantizan un conjunto de derechos y libertades tales que se asegura que cada individuo pueda decidir de manera autónoma en todos los aspectos privados de su vida, y esa privacidad no está constituida por una circunstancia espacial, no refiere a que lo hacemos fuera del alcance de la percepción de los demás. Sino que el término refiere al derecho de cada uno a la elección de nuestros propios planes de vida o ideales de excelencia humanos (Carlos Santiago Nino, *Etica y Derechos Humanos*, 2° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, páginas 413-446).

Y en ese orden de ideas es preciso recordar que las personas detenidas en un establecimiento carcelario gozan de todos los mismos derechos que los demás ciudadanos, a excepción de los que hayan sido específica y legalmente limitados. Las personas privadas de su libertad, claro está, tienen restringido su derecho a la libertad ambulatoria, y si bien se encuentran sujetas a determinadas normas de conducta que restringen su ámbito de privacidad, eso no significa de ningún modo que no se encuentren amparados por el derecho a la intimidad ni que carezcan de toda posibilidad de autodeterminación personal de la que gozan por su mera condición de persona.

La zona de reserva, con la que todos los individuos tenemos el derecho de contar, no se pierde por el hecho de que una persona se encuentre privada de su libertad, ya que esta garantía es ambulatoria y acompaña a la persona a donde quiera que vaya.

Lo dicho, es a luz de lo entendido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Dessy" (318:1894), donde la mayoría del Tribunal resolvió que las personas privadas de su libertad gozan del derecho a la inviolabilidad de su correspondencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En dicho precedente se estableció que *"...el ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de la leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional".* Y se consagró la idea de que *"...la constitución declara punible toda medida que, por voluntad expresa, o bajo pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los delincuentes más allá de lo que la seguridad exige"*

En este orden ideas la Corte reflexionó: *"...Por otro lado, suele razonarse: ¿si la ley ha podido válidamente privar a un individuo de su libertad ambulatoria, que es uno de sus bienes más preciados, cómo no podrá hacerlo de otros bienes que, en definitiva, no son de mayor relevancia? ¡Quién puede lo más, puede lo menos! Frente a este deletéreo plano inclinado -repudiable aun desde la lógica formal-, es preciso reaccionar con vigor, con todo el que proporciona la Constitución Nacional y sus inseparables raíces humanistas, con el peso de todos los derechos y garantías que consagra en el capítulo único de su primera parte, irresistible incluso para las recias puertas de las cárceles..."*.

En líneas generales del citado precedente del Máximo Tribunal podría recogerse la idea central de que *"Los prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso"*. Y a su vez advierte que *"...el código procesal respectivo deposita en el juez de ejecución el control de que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato de los condenados, presos..."* (Art. 493, inc. 1°).

En esta misma línea de pensamiento recientemente se ha pronunciado la Procuradora General de la Nación al dictaminar en el caso SC, F 289 L.L. "F.V., S. D. c/s/causa 338/2013 el 5 de marzo de 2014,



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

cuando sostuvo que *“en la medida que no es limitado por la circunstancia del encierro y las exigencias del régimen carcelario, los reclusos conservan un ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional”*.

Así consideró, *“que no es posible presumir que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno siempre afecta los derechos de otras personas. Por el contrario, entiendo que la Doctrina sentada por la Corte Suprema en “Arriola” obliga a determinar esta circunstancia en el caso particular (...). Esta exigencia no se satisface por la mera invocación de un peligro abstracto para la seguridad de la prisión o la resocialización de los condenados.”*

En ese orden de ideas se pronunció también la Procuración Penitenciaria de la Nación, en ocasión de presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en carácter de “amigo de Tribunal” en el expte. N° 289/2014, Nota N° 2966/DGPDH/14 presentada el 20 de noviembre de 2014. En dicha oportunidad el Director General de Protección de Derechos Humanos de dicho organismo, Ariel Cejas Meliare, señaló que *“no se advierte cual sería la razón valedera para excluir a las personas privadas de la libertad de la aplicación de dicho criterio jurisprudencial desincriminador [fallo Arriola], colocándolas en peor situación que quien se encuentra en libertad.”*

Lo hasta aquí dicho encuentra total fundamento y consonancia con lo que hemos venido trabajando desde el año 2013 a través del Sistema Interinstitucional De Control De Unidades Carcelarias.

El mencionado sistema, que se encuentra conformado por la Comisión de Ejecución Penal de esta Cámara; su Subcomisión, compuesta por Magistrados de distintas instancias, la Procuración General de la Nación representada por la Procuradoría contra la Violencia Institucional; la Defensoría General de la Nación -Comisión de Cárceles-; la Procuración

Penitenciaria de la Nación; y, en carácter de miembros consultivos por la sociedad civil, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Centro de Estudios Legales y Sociales; tiene como objetivo fundamental instar y desarrollar acciones orientadas a asegurar la vigencia concreta de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad (arts. 5.1 C.A.D.H. y 10.1 P.I.D.C.yP.; Principios básicos para el tratamiento de reclusos, Naciones Unidas, pto. 5º), destacando el valor de la persona humana -que no pierde por su detención la protección de la Constitución Nacional y las leyes-, como objeto de tutela.

Aclarada la integración y el objeto de este novedoso organismo interinstitucional, recordaré aquí la IV/2011 Recomendación sobre el Derecho a la Salud.

En ese punto, se ha puesto de relieve que *“los detenidos conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales.”*, y **“...que La privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y obligaciones de instituciones públicas requiere del esfuerzo de dispositivos de promoción y protección de los mismos.”** (Recomendación IV/2014 del Sistema Interinstitucional De Control De Unidades Carcelarias, el resaltado me pertenece).

Finalmente la doctrina elaborada a lo largo de esta ponencia, pone de manifiesto que el Estado tiene el deber de asegurar a los internos el disfrute, en la medida de lo posible, de todos aquellos derechos que no hayan sido específica y razonadamente limitados (en el caso a estudio la intimidad), y lo dicho encuentra sustento en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto con carácter constitucional, que imponen la obligación de que toda persona privada de su libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y por cuyo incumplimiento el Estado deberá responder.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

Al respecto, desde esta óptica internacional, he recordado con anterioridad que los Principios básicos para el tratamiento de reclusos (Aprobados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/111 el 15/12/1990) expresan que *"con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos"* (ap. 5°).

En el mismo sentido, los arts. 5.2 de la C.A.D.H. y 10.1 del P.I.D.C.yP. disponen que toda

persona privada de libertad *"será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*. De este modo a partir de estas pautas internacionales ha quedado establecido explícitamente que en la ejecución de las penas no se puede adoptar por vía de hecho ni jurídica ninguna conducta que implique menoscabar la dignidad de la persona.

Entendiendo así, en esta línea argumental que el hecho de negar el derecho natural a cierta intimidad de una persona, por el hecho de encontrarse detenido, podría ser considerado como una conducta que menoscabe la dignidad de dicho individuo.

En base a todo lo hasta aquí expuesto, desde una mirada dinámica y flexible del derecho como ciencia antropocéntrica cuyo principal objeto de análisis y estudio es la conducta humana en interferencia intersubjetiva; considero que no es posible presumir que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por parte de un interno dentro del establecimiento penitenciario, *per se*, cause o pueda causar un daño a bienes o derechos de terceros de modo tal que siempre sea considerado un delito. Sin que ello implique una violación al principio de lesividad consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y al derecho a la intimidad con

la que cuenta todo individuo. Por el contrario en cada caso, si se pretende su punibilidad, se deberá demostrar de qué modo en el caso concreto dicha tenencia *trajo aparejada un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*.

**IV.** Lo hasta aquí dicho de ningún modo implica "legalizar el consumo de marihuana" dentro de los establecimientos penitenciarios siempre que no se demuestre afectación a terceros. Es que de lo sentado no se infiere que la conducta reprochada no pueda ser susceptible de una sanción disciplinaria dentro del marco administrativo del sistema penitenciario, y con respecto las normas que hacen al debido proceso de las mismas - establecidas en la Recomendación N° II/2013 del Sistema Interinstitucional De Control De Unidades Carcelarias- . Así es que en ese sentido, la ley 24.660 prevé como infracción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas (cfr. art. 85, inc. c).

En consonancia con esta solución se ha expresado la Procuración Penitenciaria de la Nación en el dictamen citado *ut supra*, donde entendió "*... que el uso del poder policía y la aplicación de una sanción disciplinaria resulta más que suficiente para restaurar el orden y prevenir futuros actos similares en los casos como el que nos ocupa. En este sentido, no parece procedente recurrir además a la imputación penal...*".

**V.** Finalmente advierto que los adictos a sustancias estupefacientes que se encuentran alojados en unidades de detención, constituyen un grupo que se encuentra en extrema situación de vulnerabilidad, [Conforme las "Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" -Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008-, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación -Acordada Nro. 5/2009- y cfr. mi voto en la causa n° 14.449, "CÓRDOBA, Jorge Raúl y otro s/recurso de casación",



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4  
FCR 61/2014/1/CA1 - CFC1

reg. n° 2663/12, rta. el 28/12/2012, causa n° 14.792, "VERGARA, Miguel Ángel s/recurso de casación", reg. n° 2391/12, rta. el 13/12/2012, entre otras] y que el Estado tiene el deber -como garante de la vida, la salud, la seguridad y la integridad física de los internos- de establecer y garantizar medidas de seguridad para la desintoxicación y rehabilitación del interno que dependa física o psíquicamente de estupefacientes; y también en forma compulsiva en caso de que la conducta del drogadependiente genere peligro para sí o para terceros. (cfr. en similar sentido la causa Nro. 2095: "Portillo, Diego Sebastián s/ recurso de casación", registro Nro. 2995, rta. el 16 de noviembre de 2000, de esta Sala).

A su vez, es menester resaltar que el hecho de que la conducta desplegada por el interno que posea material estupefaciente para su propio consumo no constituya *per se* un delito, **no implica de modo alguno que no se deba extremar la investigación respecto del modo en que el material ilícito fue introducido en un ámbito de máxima seguridad, con exhaustivos controles como lo es una institución penitenciaria.**

**VI.** En definitiva en orden a lo expuesto propongo al acuerdo: **I. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 75/80 vta. por el representante del Ministerio Público Fiscal y **REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. **SIN COSTAS.** (530 y 532 del C.P.P.N.). **II. TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría,

### **RESUELVE:**

**I. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 75/80 vta. por el representante del Ministerio Público Fiscal y **REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.).

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

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada

15/13 C.S.J.N. –Lex 100–). Oportunamente, remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**MARIANO HERNÁN BORINSKY**

**JUAN CARLOS GEMIGNANI**

**GUSTAVO M. HORNOS**

Ante mí: