



Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 404/21

///nos Aires, a los 31 días del mes de marzo de dos mil veintiuno, integrada la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal por los señores jueces doctores Daniel Antonio Petrone -Presidente-, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña -Vocales-, reunidos de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- y 15/20 de esta Cámara Federal de Casación Penal -CFCP-, para decidir respecto del recurso de casación interpuesto en el presente legajo n° **FCR 15730/2019/1/CFC1** del registro de esta Sala, caratulada "**Rodríguez, Daniel Alejandro s/ recurso de casación**", de la que **RESULTA:**

I. Que los jueces integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, en fecha 2 de diciembre de 2019, en lo que aquí interesa, resolvieron: "*I. REVOCAR la decisión de la Sra. Juez Federal de esta ciudad tomada dentro del marco de la audiencia prevista por el art. 5to. de la ley 27.272 (fs. 50) y DECLARAR en el caso la inconstitucionalidad del art. 14 2º párrafo de la ley 23.737. II. DICTAR el sobreseimiento de Daniel Alejandro Rodríguez, haciendo expresa mención que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado (art. 336 inc. 3º del C.P.P.N.)*".

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación el fiscal general interino ante esa Cámara, Norberto J. Bellver, el que fue concedido por el *a quo* en



fecha 8 de enero de 2020 y mantenido en esta instancia por el fiscal general Mario Alberto Villar.

III. Que el representante del Ministerio Público Fiscal encauzó su recurso en los términos del art. 456, inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Sostuvo que la resolución recurrida no cumple con el requisito de fundamentación que impone el artículo 123 del código de rito en materia penal, en tanto consideró que la decisión se apartó sin motivo alguno del precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (Fallos: 332:1963) que es de aplicación al caso, lo que configura un error *in procedendo* que descalifica la decisión como pronunciamiento válido conforme los estándares del más alto Tribunal.

Afirmó asimismo que al resolver como lo hizo, la cámara de apelaciones *"ha incurrido en un exceso de su jurisdicción, en la medida que se arrogó facultades legislativas que le están expresamente vedadas constitucionalmente"*.

Argumentó que la cantidad de marihuana secuestrada -2,2 gramos- no puede considerarse como escasa *"y menos aún puede afirmarse que el material secuestrado resulte ser únicamente para consumo del imputado, ello sin perjuicio de que Daniel Rodríguez resulte ser adicto y/o consumidor -extremo no acreditado en autos-..."*. En función de ello, consideró que no se encuentra corroborado el segundo supuesto del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Añadió que sin perjuicio de la cantidad de estupefaciente secuestrada a Rodríguez, esa fiscalía considera que existe trascendencia a terceros porque la sustancia *"se encontraba oculta en el interior de la celda, para ser detentado en el interior de la unidad*

Fecha de firma: 21/03/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#34300122#284871223#20210331103154804



Cámara Federal de Casación Penal

carcelaria" y afirmó que, como consecuencia de tal circunstancia, la salud pública está potencialmente afectada, "ya que no puede descartarse con certeza la posible trascendencia a terceros ya que el hecho se cometió en condiciones que traería aparejado peligro concreto a derechos de terceros". Ello así, toda vez que consideró que los espacios carcelarios son compartidos y públicos, por lo que la "esfera de intimidad" reconocida en el fallo "Arriola" a su entender no es de aplicación al caso.

Sostuvo entonces el fiscal recurrente que la conducta atribuida a Rodríguez debe ser calificada como tenencia para consumo personal, tal como postuló el fiscal de primera instancia, sin que resulte de procedente -a su juicio- la inconstitucionalidad establecida en el precedente citado por los jueces de la cámara de apelación, en la medida que fumar marihuana no puede reputarse un "derecho" de los reclusos.

Por todo lo expuesto, postuló se case la resolución puesta en crisis y se dicte el procesamiento del encausado en orden al delito de que se le imputa.

Formuló reserva del caso federal

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó la defensa pública oficial ante esta Cámara y propició el rechazo del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Alegó la defensora que la decisión de la Cámara de Apelaciones hace una correcta aplicación del criterio



sostenido por la CSJN en el precedente "Arriola" y que "además destaca que la condición de detención o encierro no importa la pérdida de toda posibilidad de autodeterminación".

Afirmó también que el fiscal recurrente funda su presentación en meros juicios discrepantes con lo resuelto, sin lograr demostrar un supuesto de arbitrariedad y que no se verifica ningún supuesto de caso federal, por lo que estimó que el remedio resulta inadmisibile o, en su defecto, corresponde su rechazo.

Sostuvo que no se evidencia en la decisión que se impugna un supuesto de errónea aplicación de la ley sustantiva ni de arbitrariedad. En tal sentido, puso de resalto que la condición de consumidor de su defendido surge de su declaración y que la carencia de cualquier otro elemento probatorio al respecto no se le puede atribuir al encausado.

Añadió que sostener la presunta trascendencia de la conducta a terceros con el único fundamento de su ocurrencia en un complejo de detención transgrede el principio de lesividad y el derecho a la privacidad.

Destacó además la defensora oficial que la cantidad de estupefaciente (marihuana) secuestrada era escasa y que se encontraba oculta en el ámbito de reserva de su defendido.

Subsidiariamente, planteó la irregularidad del procedimiento de secuestro del estupefaciente y la consecuente nulidad de lo actuado, a partir de la ausencia de testigos al momento de la requisita y el hallazgo de la droga (que recién fueron convocados al momento de realizar el test sobre la sustancia), extremo que a su juicio impide sostener que ésta perteneciera a su defendido y no a otra persona que la hubiere puesto allí.

Fecha de firma: 21/03/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#34300122#284871223#20210331103154804



Cámara Federal de Casación Penal

En función de ello, sostuvo la defensa que *"...el personal interviniente procedió a la requisa lesionando gravemente no sólo el principio de reserva y el derecho a no soportar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, sino además vulnerando el debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio, todos ellos consagrados en la carta magna histórica, con el aditamento impuesto por la incorporación de los Pactos de derechos humanos"*.

Por todo lo expuesto, consideró que corresponde rechazar el recurso de casación y confirmar el sobreseimiento dispuesto en relación con su defendido.

Formuló reserva del caso federal.

V. Que superada la etapa prevista en el art. 465, último párrafo y en el 468 del CPPN, 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 Ana María Figueroa, Daniel Antonio Petrone y Diego G. Barroetaveña.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

I. Como primera cuestión, es menester señalar que el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal resulta formalmente admisible, toda vez que la resolución recurrida es de aquellas consideradas definitivas, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla, el planteo efectuado se enmarca en los motivos previstos por el art. 456 del CPPN y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de



fundamentación (arts. 457, 458 y 463 del código de rito penal).

II. Sentado lo expuesto, es útil reseñar que conforme surge de las constancias de este legajo, se atribuye a Daniel Alejandro Rodríguez, alojado en la Alcaidía Policial de Comodoro Rivadavia, la tenencia de 2,2 gramos de marihuana (5 cigarrillos de confección casera), en fecha 23 de septiembre de 2019.

Dicha sustancia fue hallada por el personal policial en oportunidad de realizar un control rutinario del pabellón 5 bis de la Alcaidía, *“en el interior de la celda ocupada solo por el interno Rodríguez (más precisamente debajo de una caja de cartón sobre una repisa de material murada sobre una pared lateral)”*.

III. Reseñado el marco fáctico objeto de la pesquisa, cabe referir que en fecha 29 de octubre de 2019, se celebró ante la jueza de primera instancia de Comodoro Rivadavia la audiencia prevista por el art. 5° de la ley 27.272. En esa oportunidad, la defensa del encausado planteó la aplicación de la doctrina del caso “Arriola” y se opuso a la elevación a juicio propuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Al momento de resolver, la jueza de grado consideró que la condición de detenido de Rodríguez excluye la aplicación del precedente invocado por la defensa y en consecuencia, rechazó el pedido de sobreseimiento efectuado por ésta e hizo lugar a la elevación a juicio propuesta por el fiscal.

Apelada esa decisión por la defensa de Rodríguez, en fecha 2 de diciembre de 2019, los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia resolvieron revocar la decisión de la anterior instancia y dictar el sobreseimiento de Daniel Alejandro Rodríguez, con base en





Cámara Federal de Casación Penal

la aplicación del fallo de la CSJN ya citado ("Arriola, Sebastián", Fallos: 332:1963).

En esa línea, expresaron discrepar "con la apreciación efectuada por la juez de grado, en tanto el hallazgo de estupefacientes en lugares de detención y en las circunstancias aquí expuestas no resulta un valladar para la aplicación del precedente citado".

En tal sentido destacaron que "múltiples magistrados de la Cámara Federal de Casación Penal e incluso la ex Procuradora Fiscal -Dra. Gils Carbó así lo han señalado en coincidencia con la inveterada postura de esta Alzada" y señalaron distintos pronunciamientos de esta CFCP en la que se sentó la postura invocada.

Sin perjuicio de ello, afirmaron también que "... los fiscales deben profundizar las investigaciones para esclarecer cómo ha ingresado la droga a los establecimientos e individualizar a los responsables del tráfico de sustancias prohibidas intramuros, ello sin perjuicio de que el centro de detención puede ejercer, dentro del marco legal y constitucional, sus facultades disciplinarias y de control para evitar la tenencia de drogas en las prisiones (conf. art. 85 de la ley 24.660 y arto 18 inc. c del decreto 18/97)".

En función de los argumentos allí desarrollados, consideraron que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737 y sobreseer al imputado.

IV. Que ceñida al estudio de la cuestión traída a revisión jurisdiccional de esta Cámara por medio del



recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, habré de señalar que, como ya he sostenido en diversos precedentes, la circunstancia de encontrarse privado de su libertad en un ámbito carcelario no excluye la aplicación de la doctrina sentada en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado precedente "Arriola".

En esa línea, resulta oportuno poner de resalto que los Principios básicos para el tratamiento de reclusos 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"* (aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°). En el mismo sentido, los artículos 5.1 de la C.A.D.H. y 10.1 del P.I.D.C.y P. disponen que toda persona privada de libertad *"será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*.

Como lo ha indicado la Corte IDH al analizar el art. 5 de la CADH, respecto de los detenidos se *"produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades..."*. (Cfr. Sentencia del Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, rta. 2-9-2004, parágrafo 152). De aquí que la injerencia estatal en esferas que consideramos propias de la persona se vea ampliada, pues no sólo ejerce control sobre la persona sujeta a encarcelamiento, sino que es también el Estado garante y custodio de la propia integridad.

Fecha de firma: 8/03/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#34300122#284871223#20210331103154804



Cámara Federal de Casación Penal

Ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *"Los prisioneros son [...] '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"* (*"Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus"*, Fallos 318:1894).

En efecto, si bien es cierto que la situación de encierro de Rodríguez importa la limitación del ámbito de disponibilidad de la persona y la extensión de su privacidad, no es menos cierto que las personas aun en la situación de encierro carcelario mantienen un ámbito de intimidad constitucionalmente resguardado, si bien reducido o limitado en orden a aquello que es *"evidentemente necesari[o] por el hecho del encarcelamiento"* (Res. 45-111 Asamblea General de la Naciones Unidas, ya citada).

No puede desatenderse entonces a las circunstancias particulares de la tenencia en el caso, para determinar su efectiva trascendencia o no fuera del ámbito de privacidad de la persona, pues no se trata de la arbitrariedad de la injerencia estatal en sí, en la forma de control de aquello que la persona alojada en una dependencia penitenciaria tiene en su poder, sino de la finalidad de esa injerencia que debe estar dirigida a mantener y preservar la seguridad de ese y de todos los demás internos, lo que se vería amenazada por ejemplo, por la tenencia de armas de cualquier tipo pero no por una escasa cantidad de estupefacientes.



De tal manera, no puede esta Cámara aproximarse al caso traído a estudio por la aplicación irreflexiva del precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto estableció que *"...los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos –y en lo que aquí interesa– el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)"*. Y también que *"...el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía –que es prenda de madurez y condición de libertad– e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones"* (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

A partir de ello, y con la premisa de que el contexto de encierro no determina por sí que la tenencia de estupefacientes para consumo personal trascienda la esfera





Cámara Federal de Casación Penal

de intimidad de la persona y, por lo tanto, tampoco implica la automática afectación al bien jurídico protegido por la norma, considero que debe evaluarse si en el caso concreto se ha verificado trascendencia del estupefaciente fuera de ese ámbito de intimidad o si se han afectado derechos de terceros como destinatarios de un eventual peligro.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que a Rodríguez se le secuestró una muy escasa cantidad de estupefacientes (2,2 gramos de marihuana, en 5 cigarrillos de armado casero), que aquél tenía guardados debajo de una caja, en una repisa en el interior de la celda que solo él ocupaba.

En este escenario, no se evidencian en el caso la concreta afectación al bien jurídico salud pública ni daños producidos a bienes jurídicos o derechos de terceros.

En consonancia con lo resuelto por la cámara a *quo* en el presente caso, he señalado ya que tampoco debe el Estado resolver desde la injerencia del derecho penal a través de la amenaza de imposición de pena a la persona, en violación al principio de *última ratio*, una eventual permeabilidad de los controles de los elementos que ingresan a la unidad carcelaria. Es evidente que si Rodríguez tenía en su poder 5 cigarrillos de marihuana (2,2 gramos) es porque de alguna manera esa sustancia había sido ingresada a la unidad pero no por ello su mera tenencia resulta un supuesto excluido de las consideraciones realizadas por nuestro Máximo Tribunal en el citado precedente "Arriola" en términos del ámbito de privacidad resguardado por el art. 19 de la CN.



Tampoco encuentro, de adverso a lo alegado por el fiscal recurrente, que el hecho de no haberse producido prueba que acredite de manera fehaciente la condición de adicto o consumidor de Rodríguez -más allá de sus dichos- resulte determinante en sentido contrario a la finalidad de consumo personal de la droga, máxime cuando no existen otros elementos que permitan inferir un destino distinto para la sustancia.

De tal manera, dado que la circunstancia de encontrarse privado de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para privar al imputado de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal y que el estupefaciente por sí solo, en las condiciones y circunstancias de su tenencia, no genera peligro para terceros, corresponde RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 470 y 471 *a contrario sensu*, 530, 532 y cdtes. del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez Daniel Antonio Petrone dijo:

Llegado el momento de emitir mi opinión, habré de coincidir con la solución propuesta por la señora jueza preopinante, en punto al rechazo del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ello por cuanto, frente a las circunstancias particulares del caso -con relación a las cuales me remito en honor a la brevedad a lo desarrollado en el punto "II" del voto precedente-, advierto que el recurrente no logra rebatir en su presentación los fundamentos expuestos por la Cámara *a quo* en la resolución atacada.

Para alcanzar una mayor claridad expositiva, cabe sintéticamente recordar que el Fiscal General de la instancia anterior en su libelo recursivo sostuvo que





Cámara Federal de Casación Penal

"(s)in perjuicio de la cantidad de material secuestrado, este Ministerio Público Fiscal considera que en el hecho de autos hay trascendencia porque de la descripción de los hechos en las cuales se efectuó el hallazgo de la sustancia, se observa que la misma se encontraba oculta en el interior de la celda, para ser detentado en el interior de la unidad carcelaria. La salud pública está potencialmente afectada, ya que no puede descartarse con certeza la posible trascendencia a terceros ya que el hecho se cometió en condiciones que traería aparejado peligro concreto a derechos de terceros, como bien se sabe los espacios carcelarios son compartidos y públicos, por lo que la `esfera de intimidad` reconocida en `Arriola` no resulta de aplicación al presente caso...".

Continuó exponiendo que "...los reclusos tienen garantizado el ejercicio de sus derechos, de esto no hay dudas. La Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido parámetros para determinar esa razonabilidad, entre los que se destaca si el ejercicio del derecho petitionado (y esto sin admitir que `fumar marihuana en la celda sea un derecho`) afectara al servicio penitenciario, a los otros detenidos, o a la administración de los recursos de la unidad de detención...".

Analizado el decisorio atacado a la luz de los agravios traídos a estudio por el recurrente, cabe primeramente señalar que, tal como lo indicó el a quo, "se atribuye a Daniel Alejandro Rodríguez, alojado en la Alcaidía Policial de Comodoro Rivadavia, la tenencia de 2,2 gramos de marihuana (5 cigarrillos de confección



casera), en fecha 23 de septiembre de 2019. Dicha sustancia fue hallada por el personal policial en oportunidad de realizar un control rutinario del pabellón 5 bis de la Alcaidía, `en el interior de la celda ocupada solo por el interno Rodríguez (más precisamente debajo de una caja de cartón sobre una repisa de material murada sobre una pared lateral)´...”.

Los jueces integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia sostuvieron que “...teniendo en cuenta las particulares circunstancias comprobadas en el evento que es objeto de examen, debemos concluir, tal y como se hiciera en la instancia precedente, en que la tenencia de estupefaciente que se investiga, se encontraba destinada al auto consumo, agregando aquí que dicha tenencia se encontraba restringida al ámbito privado del imputado...”.

Argumentaron que “...tal como surge de la descripción efectuada, la cantidad de sustancia estupefaciente que fue hallada en poder del imputado, (2,2 gramos), debe reputarse como escasa, sin que podamos advertir que la conducta reprochada haya trascendido la esfera individual de Rodríguez, pues para ello, la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por la norma (salud pública) impone determinar si las sustancias estupefacientes secuestradas fueron ostentadas públicamente y si con ello se generó un daño o peligro con trascendencia a terceros...” entendiendo así correcta la aplicación de la doctrina fijada por el precedente “Arriola” de la CSJN.

Así, de una atenta y detenida lectura de la resolución puesta en crisis, se advierte que en su presentación el impugnante se limitó a expresar su disconformidad con el criterio adoptado por la Cámara a





Cámara Federal de Casación Penal

quo, sin lograr controvertirlo ni exponer motivos que brinden fundamentación suficiente a la alegada inobservancia de normas sustantivas y procesales.

Establecido lo precedente, se observa además que, bajo el ropaje de un planteo acerca de una presunta errónea aplicación de la ley sustantiva en el caso, lo que la parte pretende es que se realice un nuevo examen de mérito sobre la prueba valorada por el tribunal *a quo* para arribar a la decisión adoptada.

En ese sentido, entiendo que en la sentencia el Tribunal valoró los elementos probatorios recolectados y en base a ellos efectuó la subsunción de la conducta atribuida al encausado, sin que el recurrente logre demostrar en su escrito recursivo la existencia de vicios, fisuras ni contradicciones en el razonamiento expuesto sobre el punto en aquel decisorio.

En virtud de las consideraciones efectuadas, independientemente de las razones que llevaron a la Cámara *a quo* a decidir del modo en que lo hizo, lo cierto que el impugnante no introdujo una crítica razonada que logre conmovier el temperamento por aquella adoptado, sino que, por el contrario, los agravios por él esgrimidos únicamente demuestran una opinión diversa sobre lo debatido y resuelto por los jueces de aquel tribunal que conformaron el voto mayoritario; decisión que, por lo demás, cuenta con los fundamentos jurídicos necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449 y 303:888, entre otros).1

Por las razones expuestas, habré de adherir a la



solución propuesta por mi colega preopinante de rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (artículos 470 y 471 -a contrario sensu-; 530 y 532, todos ellos del CPPN).

Tal es mi voto.-

El señor juez Diego G. Barroetaveña dijo:

Que hemos de disentir con la solución propuesta por los colegas que nos preceden en el orden de votación, toda vez que por las particulares circunstancias que rodearon el hecho sometido a inspección de esta Cámara, el caso bajo examen no se ajusta a los lineamientos de la doctrina del fallo "Arriola" (Fallos: 332:1963), habida cuenta de que en esa ocasión la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sustento en el fallo "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), sostuvo que "(e)l 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 [...]".

Así, del citado precedente se colige que es necesario determinar en cada caso si la acción del imputado se llevó a cabo en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento analizado el carácter de acción privada protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional (CN).

A tal efecto, resulta ilustrativo el voto de la doctora Carmen Argibay, quien manifestó que "13) [...] si





Cámara Federal de Casación Penal

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".

En tales condiciones, entendemos que, sin perjuicio de la escasa cantidad de *cannabis* sativa secuestrada en el ámbito de custodia del interno Daniel Alejandro Rodríguez, el ámbito carcelario donde fue incautada permite afirmar que la conducta que se investiga ha trascendido el ámbito privado amparado por el art. 19 de la CN.

Tal particularidad permite inferir que su comportamiento lejos está de constituir una acción privada sin trascendencia a terceros, sino que, por el contrario, se está ante una conducta susceptible de generar riesgo suficiente para el bien jurídico tutelado por la norma.

En este sentido, es útil traer a colación lo dictaminado por el Procurador General interino, doctor Eduardo Ezequiel Casal en "S, Dante Exequiel s/ infracción Ley 23.737" FPA 2940/2016/3/RH1 en cuanto a que, en primer lugar, "(1) *o que está en discusión en el sub lite es si esa tenencia por parte de personas detenidas en un establecimiento penitenciario puede ser considerada o no una acción privada [es decir] si verdaderamente se tratara de una acción privada, ello excluiría no ya que pudiera*



ser punible, sino que pudiera siquiera ser prohibida por los reglamentos carcelarios; no podría ser objeto de ninguna prohibición, quedaría 'sólo reservada a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados', es decir, librada a la autonomía de la voluntad [...]".

En segundo lugar, "(s)e le agregan las particulares características del lugar de comisión del hecho. En este sentido, no es posible soslayar que en el caso de los establecimientos carcelarios no se trata de cualquier edificio público frecuentado por personas que pueden entrar y salir voluntariamente, sino, muy por el contrario, de establecimientos destinados al alojamiento obligado de personas que deben convivir en espacios compartidos, es decir, en condiciones tales que hacen que sea prácticamente imposible que la tenencia, y más aún, el consumo de estupefacientes puedan no tener trascendencia a terceros. Esta reducción de los ámbitos de privacidad es justamente una de las notas distintivas de las instituciones totales, que, en el caso de la cárcel, por sus características y limitaciones fácticas actuales, halla una de sus mayores expresiones, y explica las injerencias y restricciones en sus derechos a que son sometidos los internos por razones de seguridad, pero también de orden y buena organización de la vida en común en el establecimiento (artículo 70 de la Ley n° 24.660 [...]".

En definitiva, el escenario descrito precedentemente nos lleva a concluir que el presente caso no se ajusta a los lineamientos establecidos por el cimerio Tribunal en el precedente "Arriola" (ver en igual sentido de esta Sala I la causa n° FCR 8633/2018/CFC1, caratulada "Mustafá, Awad Jonathan s/recurso de casación", Reg. n° 1239/20, rta. el 16/09/20).





Cámara Federal de Casación Penal

Por lo expuesto, consideramos que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas, anular el pronunciamiento dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia y en consecuencia, remitir la presente causa al juzgado de origen, por intermedio de la citada Cámara, a fin de que continúe con el trámite de la causa (arts. 123, 471, 530 y ccds. del CPPN).

Es nuestro voto.-

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I) RECHAZAR, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 470 y 471 *a contrario sensu*, 530, 532 y cdtes. del CPPN).

II) TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Daniel Antonio Petrone, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña. Ante mí: Walter Daniel Magnone.

