



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

REGISTRO N° 476/16.4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de ABRIL del año dos mil dieciseis, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 53/57 vta. de la presente causa FBB 9086/2014/CFC1, caratulada: “ **s/recurso de casación**”;

de la que **RESULTA:**

I. La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, con fecha 5 de mayo de 2015, resolvió: *“Hacer lugar a la apelación de fs. 23/28 vta.; y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 20/21 vta., y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continúe el trámite de la causa”* (cfr. fs. 48/50 vta.).

II. El Defensor Público Oficial de doctor Gabriel Darío Jarque interpuso recurso de casación contra dicha resolución (cfr. fs. 53/57 vta.), el que fue denegado por el tribunal *a quo* (cfr. fs. 59 vta.) y concedido en esta instancia mediante resolución de fecha 28 de agosto de 2015 –Reg. Nro. 1642/15– (cfr. fs. 96/96 vta.).



III. La parte recurrente fundó su presentación recursiva en las hipótesis previstas en el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, la defensa de planteo la nulidad de la requisita que diera origen a la presente causa, toda vez que sostuvo que no habían motivos ni circunstancias que justificaran –a su entender– la actuación prevencional invasiva de la esfera de intimidad del interno.

Por otra parte, hizo alusión a la escasa cantidad de estupefaciente secuestrada, al destino de consumo personal que la misma tenía y a la calidad de acción privada de la conducta que aquí se le presente imputar a su asistido. En dicho sentido, invocó la doctrina fijada en el precedente “Arriola” de la C.S.J.N. y recordó que con fecha 5 de marzo de 2015, la Procuradora General de la Nación desistió de un recurso ante la C.S.J.N. por considerar que la doctrina fijada en el mencionado precedente resultaba también aplicable a la tenencia de estupefacientes en un establecimiento carcelario.

Finalmente, solicitó que se haga lugar al recurso de casación y se revoque la resolución recurrida. Hizo reserva del caso federal.

IV. En el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó el Defensor Público Oficial quien mantuvo los agravios introducidos por tu antecesor en la instancia en el recurso de casación (cfr. fs. 107/110 vta.).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

V. 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. 113), 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, Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que, conforme tuviera oportunidad de resolver en el recurso de queja interpuesto ante esta Sala IV C.F.C.P. (cfr. Reg. 1642/15 de fecha 28/08/2015 obrante a fs. 96), la decisión cuestionada no se encuentra contemplada entre aquellas previstas en el art. 457 del C.P.P.N, pero, sin perjuicio de ello, el recurrente alegó la arbitrariedad de la decisión recurrida debido a que la misma se apartaba de lo expresado por el Alto Tribunal en el precedente "Arriola" (A. 891. XLIV), introduciendo así la naturaleza federal del agravio alegado, permitiendo de ese modo equiparar el pronunciamiento aquí cuestionado a uno definitivo, y habilitar la intervención de este Tribunal intermedio.

II. Superado el juicio de admisibilidad formal, corresponde efectuar una breve reseña de los hechos que motivan la presente incidencia.

Con fecha 9 de septiembre de 2014, se inició la presente causa con el sumario de prevención



labrado por personal del Servicio Penitenciario Federal de la Colonia Penal de Santa Rosa -U.4.

En momentos en que se realizaba una requisita en la celda 169 del pabellón 2 planta alta de la Colonia Penal, perteneciente al interno se halló en el interior de un secador un envoltorio de nylon conteniendo 5,7 gramos de marihuana (cfr. fs. 48 vta.).

Con fecha 3 de noviembre de 2014, el juez a cargo del Juzgado Federal de Santa Rosa resolvió sobreseer a en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, 2do. Párrafo, ley 23.737) por considerar que su conducta no encuadraba en una figura legal (cfr. fs. 21 vta.).

Contra dicha resolución, interpuso recurso de apelación el señor Fiscal Federal, doctor Juan José Baric quien consideró que el juez instructor había interpretado de manera errónea el art. 14 de la ley 23.737, toda vez que el nombrado infringió elementales reglas de convivencia y seguridad, por hallarse con sustancia estupefaciente dentro de un centro carcelario, lo que afectaba necesariamente el bien jurídico "salud pública" (cfr. fs. 28).

Con posterioridad, la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca revocó la resolución del juez de grado y remitió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que continuara el trámite de la causa (cfr. fs. 50).

Fecha de firma: 27/04/2016

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ CAMARA CASACION

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



#24154880#151194253#20160427114028082



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

Para así resolver, los señores jueces del tribunal a quo consideraron que *"La cohabitación con personas que se encuentran bajo efectos de las drogas, constituye un peligro cierto contra el mantenimiento del orden y el resguardo de la integridad física de todos sus ocupantes, máxime cuando dicho comportamiento puede tener derivaciones imprevisibles"*. En ese sentido, señalaron que *"a partir de lo dicho, y en relación con las circunstancias de tiempo y lugar en que fue encontrada la sustancia estupefaciente, concluyo, que los elementos de convicción reunidos hasta el presente impiden resolver del modo en que lo hizo la jueza a quo, ya que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva - el art. 14, párrafo segundo, ley 23.737 -, al descartar la transcendencia a terceros de la conducta en cuestión"*(cfr. fs. 49 vta).

Contra dicha resolución, la Defensa Pública Oficial de [redacted] interpuso recurso de casación, el que fue rechazado por el tribunal a quo y finalmente concedido por esta Sala IV con fecha 28 de agosto de 2015 (Reg. N° 1642/15).

III. Ahora bien, a los fines dar respuesta a los agravios presentados por la defensa de [redacted] corresponde señalar en primer lugar que –respecto del planteo de nulidad de la requisita–, el procedimiento que dió lugar al hallazgo y posterior secuestro de los 5,7 gramos de marihuana que [redacted] tenía en su su celda se trató de una requisita de rutina en un establecimiento carcelario



de conformidad con lo previsto en el art. 70 de la ley 24.660, con el fin de preservar la seguridad general del establecimiento.

Es por ello, que no podrá prosperar el agravio de la defensa en cuanto postula su nulidad.

Sin perjuicio de ello, –y a los fines de dar respuesta a la pretendida aplicación del precedente “Arriola” de la C.S.J.N. al caso en estudio– cabe recordar que, el Máximo Tribunal del país ha tenido por desistido un recurso de queja interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal contra un pronunciamiento en el que se había aplicado la doctrina judicial emanada del fallo “Arriola” a una persona que se encontraba detenida en un establecimiento carcelario [CSJN, 289/2014 (50-F)/CS1 “FUNES VALLEJOS, Sebastián David s/ causa N° 338/2013”, del 19/05/15].

De ese modo, mediante el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adquirió firmeza la aplicación de la doctrina del fallo “Arriola” a un supuesto de tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un detenido en un establecimiento carcelario que detentaba el material estupefaciente en su celda, entre sus pertenencias personales.

En el marco de la citada causa “Funes Vallejos”, la señora Procuradora General de la Nación consideró aplicable la doctrina del fallo “Arriola” a un supuesto similar al que es objeto de estudio en esta oportunidad (ver dictamen de fecha





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

5/03/15). De esta manera, la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal ha manifestado que la política criminal del órgano mismo encargado de la persecución penal es consistente con calificar lícitas conductas como la aquí analizada.

En el caso particular que aquí se encuentra a estudio, los presupuestos fácticos que se encuentran acreditados en las presentes actuaciones -hallazgo de 5,7 gramos de marihuana oculto en el interior de un secador que se encontraba en la celda de - evidencian que dicha conducta no comportó, en el caso de autos, la existencia de un daño a derechos o bienes de terceros o un peligro concreto real, siquiera lejano, para la salud y seguridad pública o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad toda, en los términos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Arriola, Sebastián y otros s/recurso de hecho- causa n° 9080". En consecuencia, la conducta atribuida al interno no trascendió a terceros, por lo que encuentra amparo en el principio de reserva (art. 19 C.N.).

En dichas circunstancias cabe concluir que lo resuelto por el tribunal *a quo* en estas actuaciones no resultó ajustado a derecho y a las constancias de la causa.

Por ello, corresponde dejar sin efecto la resolución impugnada, debiendo estarse al sobreseimiento dictado a fs. 20/21 vta. respecto de



Ello, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran caber, y/o un posible reproche a los funcionarios públicos que hubieran permitido el ingreso de la sustancia prohibida al ámbito carcelario.

IV. En virtud de lo previamente expuesto, propongo al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de REVOCAR la resolución de fs. 48/50 y estar al sobreseimiento dictado con fecha 3 de noviembre de 2014. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Remitir copia de la presente al Señor Director del S.P.F, a sus efectos.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. En cuanto a la procedencia formal del recurso de casación interpuesto por la defensa, ya he señalado al momento de analizar el recurso de hecho que habilitó la jurisdicción de esta alzada, que el mismo resulta admisible (cfr. fs. 96/ vta., reg. 1642/15.4 de esta Sala IV rta. el 28 de agosto de 2015).

II. Se inician las presentes actuaciones a partir del hecho ocurrido el día 9 de septiembre de 2014 en la Unidad Colonia Penal de Santa Rosa U4 dependiente del Servicio Penitenciario Federal, cuando en ocasión de realizarse una requisa de la celda N° 169 ocupada por el interno

se encontró en el interior de un secador de piso un envoltorio de nylon que dentro tenía lo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

que luego se constató que eran 5,7 gramos de marihuana.

Con fecha 3 de noviembre de 2014 el Juzgado Federal de Santa Rosa, entendió que *"...la escasa cantidad de droga secuestrada era tenida por el interno en un ámbito privado sin ostentación ni trascendencia a terceras personas..."* y que *"...así las cosas, la conducta de se encuentra amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional..."* y consecuencia resolvió sobreseer al aquí imputado, atento a que su conducta no encuadra en una figura legal (Cfr. fs. 20/21 vta). Resolución que posteriormente fue apelada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Al momento de resolver, la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca consideró que *"Las características edilicias y la cantidad de internos que alojan los penales hacen que el consumo de estupefacientes no pueda ser un acto privado. Se genera un peligro concreto de afectar la salud de los allí alojados y el orden interno..."*, por lo que resolvió hacer lugar al recurso fiscal, revocar el sobreseimiento dispuesto y remitir la causa al juzgado de origen a fin de que continúe con el trámite de la causa (Cfr. fs. 48/50).

III. Ahora bien, llegan las actuaciones a esta Cámara Federal de Casación Penal a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial contra dicha resolución.



En cuanto al fondo de la cuestión planteada por la defensa, debo recordar primeramente que tal como he sostenido con anterioridad, del precedente "Arriola" (332:1963) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocado a lo largo del presente proceso, puede reconstruirse, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, 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).

Entonces, en tanto el control de constitucionalidad en nuestro sistema es de carácter difuso, y la norma aplicada se encuentra vigente, 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. Por lo que, a los fines de la aplicación de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde examinar las circunstancias fácticas de cada caso de conformidad con los lineamientos allí expuestos.

Fecha de firma: 27/04/2016

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ CAMARA CASACION

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



#24154880#151194253#20160427114028082



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

Ahora bien, de conformidad a lo que he sostenido al emitir mi voto en la causa "Almonacid" (rta. el 3 de septiembre de 2015, reg. N° 1665/15.4 de esta Sala IV), 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 evaluar si la conducta de los internos que detenten 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 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 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

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 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*

Fecha de firma: 27/04/2016

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ CAMARA CASACION

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



#24154880#151194253#20160427114028082



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

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 sostiene el Tribunal a quo, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno afecte siempre los derechos de otros internos. Sino que, tal como ha quedado expresado por el Máximo Tribunal, es necesario para criminalizar su conducta que 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

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 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,*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

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, 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 Meliari, 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

Interinstitucional De Control De Unidades
Carcelarias.

El mencionado sistema, 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, y 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 tienen 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.

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*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

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.

Entendiéndose, 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 afirmar 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 respeto 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*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

este sentido, no parece procedente recurrir además a la imputación penal...".

V. Finalmente advirtiéndolo 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", 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 sobre el cual 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: **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, **DECLARAR** en el caso **LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737,** y en consecuencia **CASAR** y **REVOCAR** la resolución recurrido, disponiendo el **SOBRESEIMIENTO** de
en orden al hecho imputado, dejando expresa constancia de que el presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el nombrado. **REMITIR** la presente al Tribunal de origen a sus efectos. **SIN COSTAS** en la instancia (arts. 336, inc. 3º, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

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

Que habré de adherir al voto del colega que lidera el acuerdo, en tanto comparto que más allá de los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo*, en el caso de marras resulta de aplicación la doctrina sentada por el más Alto Tribunal, en donde se decidió la desincriminación de la conducta pesquisada, a saber: Fallos: 310:294 y 312:2475; y ello en la medida en que "... una conducta como la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

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 de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente.... No hay lugar para plantear (una cuestión penal) cuando la conducta de esa persona 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 de 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, advierto que en la resolución recurrida se intenta tener por acreditada la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública a 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 -aproximadamente 5.7 gramos de marihuana- y que aquella sustancia prohibida no fue ostentada a terceros, me inclino por concluir que lo resuelto por el *a quo* no resultó ajustado a derecho.

II.- Por lo expuesto, y por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas, por el colega que lidera el presente acuerdo, doctor Mariano Hernán Borinsky, tal y como lo adelantara al comienzo de esta presentación, habré de adherir a la solución allí propuesta.

Tal es mi voto.

En mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FBB 9086/2014/CFC1

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de

REVOCAR la resolución de fs. 48/50 y estar al sobreseimiento dictado con fecha 3 de noviembre de 2014. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Remitir copia de la presente al Señor Director del S.P.F, a sus efectos.

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

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Ante mí:

