

ESTUDIOS SOBRE  
JURISPRUDENCIA

2018

## **7. UN MAPEO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL SOBRE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL**

Mauro Lauría-Masaro

Esteban Pizá

### **RESUMEN**

Este trabajo plantea analizar el modo en que la Cámara Federal de Casación Penal ha interpretado y aplicado la doctrina contenida en el caso “Arriola”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A tal efecto, se indagará acerca del criterio con el que los jueces de la CFCP determinan si una tenencia de estupefacientes –en este caso, de marihuana– se encuentra amparada en el artículo 19 CN.

### **VOCES**

Jurisprudencia. Tenencia de estupefacientes. Consumo personal de estupefacientes. Autonomía personal. Principio de reserva.

# UN MAPEO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL SOBRE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL<sup>1</sup>

*Mauro Lauría-Masaro y Esteban Pizá*

## ► ÍNDICE

1. Introducción
2. Consideraciones metodológicas y conceptuales
  - 2.1. Relevamiento y clasificación de jurisprudencia
  - 2.2. Mapeo a partir de la jurisprudencia de la CFCP
3. El caso “Arriola”
  - 3.1. Voto de los ministros Maqueda y Highton de Nolasco
  - 3.2. Voto del ministro Lorenzetti
  - 3.3. Voto del ministro Fayt
  - 3.4. Voto del ministro Zaffaroni
  - 3.5. Voto de la ministra Argibay
4. Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal
  - 4.1. Recuento y mapeo de la postura de los jueces
  - 4.2. Análisis de los argumentos desarrollados por los jueces
    - 4.2.1 La tenencia de marihuana en la vía pública
    - 4.2.2 Tenencia de marihuana en prisión
5. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad de la criminalización del consumo de estupefacientes se remonta a fines de la década de 1970 y registra diferentes cambios de criterio. La sentencia dictada en el caso “Arriola” en el año 2009 es el último de una serie inconsistente de fallos que evolucionó a lo largo de cuarenta años e implicó un cambio radical en la posición que había asumido el tribunal en “Montalvo” en 1990. En “Arriola” la Corte Suprema revocó una condena impuesta a un grupo de personas por la tenencia de estupefacientes para consumo personal (ley N° 23.737, art. 14, 2° párr.) por entender que se trataba de una acción privada amparada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

---

<sup>1</sup> Agradecemos a Julieta Di Corleto y a nuestros compañeros de Referencia Jurídica e Investigación de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia por los comentarios que nos hicieron a las primeras versiones de este trabajo; a Julián Bernardini, que nos ayudó a reconstruir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

La decisión de la Corte Suprema, sin embargo, no clausuró el debate acerca del modo de resolver los procesos penales sustanciados en el marco de la ley N° 23.737. De hecho, es posible identificar distintos modos de interpretar el fallo, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. En este sentido, pueden distinguirse, por ejemplo, las posiciones de Alegre (2011) y Gullco (2010). El primero de ellos plantea que existen argumentos en “Arriola” para defender una lectura expansiva de la protección de la autonomía y que el estándar jurídico contenido en esa decisión, por su remisión al voto del ministro Petracchi en “Bazterrica” (fallos 308:1392), es aún más liberal que el voto de la mayoría en ese precedente:

...Arriola encarna el ideal de la igualdad democrática, tendríamos una reivindicación de un nuevo Bazterrica, revigorizado por los fundamentos expansivos de Petracchi. En consecuencia, dos series de precedentes deberían ser abandonados: en primer lugar la progenie de Bazterrica, una línea de decisiones dictadas antes de Montalvo por la Corte pre-Menem, que había reducido al mínimo la potencia liberal de Bazterrica; en segundo lugar, fallos como los dictados por tribunales inferiores luego de Arriola. En otras palabras, una reivindicación tibia de Bazterrica es compatible con decisiones tomadas por aquella misma Corte entre 1987 y 1989 que limitaron dramáticamente el alcance de Bazterrica, y es compatible con decisiones restrictivas... (2011, 123).

Gullco (2010), en cambio, afirma que la CSJN sostiene en “Arriola” una posición más moderada que en “Bazterrica”. Dicha conclusión se fundamenta en la descripción de los hechos efectuada en cada una de las sentencias. Mientras en “Arriola” el tribunal especificó que se trataba de la tenencia de una *pequeña cantidad de droga* y que, además, *no se exhibió públicamente su consumo*, en “Bazterrica” no se realizó ninguna aclaración. De esta forma, en “Arriola” se habría limitado la protección constitucional para que sea aplicada en casos similares. En particular, se excluiría la posibilidad de extender su aplicación a conductas desarrolladas *en público*.

La discrepancia acerca del alcance del pronunciamiento de la CSJN también alcanzó a los tribunales inferiores. El Centro de Información Judicial (CIJ), agencia de noticias del Poder Judicial, anticipaba los problemas que conllevaría la interpretación del estándar jurídico establecido por la CSJN y, desde el momento de su difusión, tituló la noticia del siguiente modo: “La Corte no ordenó la despenalización general del consumo de marihuana”. Así, tiempo después de la emisión de la sentencia, Diario Judicial, portal de noticias jurídicas de actualidad, publicó distintas resoluciones de la Cámara Federal de Casación Penal que daban cuenta del desacuerdo que mediaba entre los jueces acerca del alcance del precedente de la Corte:

El criterio “Arriola” en cada caso concreto. La Sala II de la Cámara Federal emitió una serie de fallos sobre el consumo de drogas en donde profundizó la aplicación del criterio utilizado por la Corte Suprema en el caso “Arriola”. Los jueces destacaron que la solución debe estar orientada “siempre al análisis de las circunstancias de cada caso en concreto” (noticia del 16/7/2010).

“Arriola” no rige en todo tiempo y lugar. La Cámara de Casación revocó un fallo de primera instancia que había sobreseído a un hombre acusado por tenencia de estupefacientes para consumo personal. “Arriola” no fue suficiente (noticia del 29/10/2010).

“Arriola” también va preso. La Cámara de Casación aplicó el fallo para el caso de un preso al que le encontraron marihuana cuando regresaba de una salida transitoria. “La mera circunstancia de encontrarse privado de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para privar al imputado de los alcances de la doctrina sentada”, consignaron los jueces ([noticia del 8/8/2013](#)).

Esta información refleja la diversidad de criterios que impera en la aplicación de la doctrina elaborada por la Corte Suprema y un fuerte énfasis de los tribunales en la necesidad de resolver esta cuestión *caso a caso*. A la heterogeneidad de la jurisprudencia se suma la falta de estudios empíricos que den cuenta del modo en que los jueces deciden estos procesos, por lo que queda conformado un escenario en el que se torna muy difícil anticipar el sentido de las decisiones que se adoptarán frente a este tipo de imputación.

La importancia de determinar el alcance de la protección constitucional se vuelve especialmente importante si se considera la cantidad de procesos judiciales sustanciados en la justicia federal por hechos vinculados con la tenencia de estupefacientes. Según un informe realizado en el año 2016 por la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR), el 54% de las causas iniciadas en la justicia federal implicaban delitos previstos en la ley N° 23.737. A su vez, dentro de este porcentaje, el 50% se vinculaba con los delitos de tenencia simple o para consumo personal (artículo 14 de la ley 23.373)<sup>2</sup>.

Frente a este problema, este trabajo propone, a casi diez años del dictado del fallo “[Arriola](#)”, reflexionar acerca del modo en que la Cámara Federal de Casación Penal –tribunal penal de mayor jerarquía en la órbita federal– ha interpretado y aplicado la doctrina contenida en esta sentencia. Se tomará como punto de partida las observaciones formuladas por Gullco (2010) relativas a los elementos que consideró la CSJN al momento de resolver “[Arriola](#)” –fundamentalmente, la cantidad de droga y el ámbito espacial en el que se suscitó la tenencia– y, a partir de estos datos, se indagará acerca del criterio con el que los jueces de la CFCP determinan si este tipo de conductas se encuentran amparadas en el artículo 19 CN; en su caso, se evaluará si alguno de los magistrados defiende una interpretación más robusta de esta norma constitucional en línea con lo propuesto por Alegre (2011) o si, por el contrario, plantean un criterio aún más restrictivo.

## **2. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES**

### **2.1. Relevamiento y clasificación de jurisprudencia**

Para el desarrollo de este trabajo se identificaron, en primer término, los hechos y el estándar jurídico elaborado por cada uno de los ministros de la CSJN en el caso “[Arriola](#)”. Posteriormente, se relevaron los fallos emitidos por todas las salas de la Cámara Federal de Casación Penal entre el 1° de julio de 2016 y el 29 de diciembre de 2017, que se encontraban disponibles en la base de datos del [Centro de Información Judicial](#), en los que se debatía la aplicación de “[Arriola](#)” en casos de tenencia de marihuana con fines de consumo personal.

---

<sup>2</sup> Informe estadístico de la Procuraduría de Narcocriminalidad, “Una aproximación a la persecución penal a través de las causas iniciadas por estupefacientes en el MPF en 2015”, Ministerio Público Fiscal, 2016, pp. 12-23.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Al relevar las sentencias, se utilizaron, en forma combinada, los términos “Arriola” y “marihuana”. Así, se identificaron 2.314 fallos. De ese total, 60 resultaron relevantes para este trabajo. Los demás fueron descartados por tratarse de casos en los que también se había secuestrado otro tipo de estupefaciente o porque las referencias al precedente “Arriola” no se vinculaban con la inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia para consumo personal. En la medida en que se clasificaban las sentencias de la CFCP se advirtió que no se había identificado en el CIJ ningún fallo de la sala II. Por ese motivo, se le requirió al tribunal el registro completo de sus sentencias para verificar si había mediado un error de carga en el CIJ o si, en efecto, no se había resuelto ningún caso en el periodo estudiado. Así, se identificaron 7 resoluciones que no se encontraban disponibles en la base de datos consultada y se las incluyó en el análisis.

Al momento de determinar la cantidad de marihuana secuestrada se utilizó como unidad de masa el gramo. Posteriormente, se clasificaron los casos en seis categorías:

- 0-25 gramos
- 26-50 gramos
- 51-100 gramos
- 101-200 gramos
- 201-300 gramos
- +300 gramos

Por otro lado, se diferenció el ámbito espacial en el que tuvo lugar la tenencia de marihuana de conformidad con el grado de intimidad que proporcionaba cada uno<sup>3</sup>. Entonces, se construyeron cinco categorías en las que la categoría “1” representaba el ámbito de mayor intimidad y la “5” el de menor:

- (1) Vivienda sin terceras personas
- (2) Vivienda con terceras personas
- (3) Cárcel
- (4) Vía pública sin terceras personas
- (5) Vía pública con terceras personas

Estas categorías, más allá de dar cuenta de diferentes ámbitos espaciales en los que pueden tener lugar las conductas sobre las que se pone el foco en este trabajo, reflejan los límites en los que la jurisprudencia de la CSJN ha debatido la constitucionalidad de las normas que reprimen la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Así, por ejemplo, en “Von Wernich” (fallos 310:2836, 1987), “García” (fallos 311:2228, 1988) e “Ideme y Galesi” (fallos 312:587, 1989) y “Di Capua” (fallos 312:1892, 1989) se expidió sobre el consumo de drogas en lugares públicos

---

<sup>3</sup> Pese a la diferente protección que contempla la Constitución Nacional respecto del derecho a la intimidad (artículo 18 CN) y a la privacidad (artículo 19 CN, ligado a la autonomía personal), muchos jueces –incluso, la CSJN– han considerado el grado de intimidad del sitio en el que se produjo la tenencia como un elemento importante a la hora de resolver este tipo de situaciones y determinar el daño a terceros. Como explicó en “Arriola” la ministra Argibay, “...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 un elemento de juicio a tomar en consideración”.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

(respectivamente, en una plaza con un amigo, en un auto con otras personas y en la calle con un amigo); en “Noguera” (fallos 310:294, 1987), “Giménez” (fallos 311:185, 1988) y “Gerstein” (fallos 311:2721, 1988) sobre el consumo en una vivienda; en “Dicapua” (fallos 312:1892, 1989) sobre la tenencia de estupefacientes en prisión.

En cuanto a la definición de cada una de las categorías empleadas, el concepto de “vivienda” se utilizó para referir a los lugares cerrados en los que una persona podía realizar conductas con conocimiento de los individuos que compartían o podían compartir ese espacio con ella con la posibilidad de excluirlas. Cuando estaban en soledad, se los consideró en el “ámbito 1”; cuando había otras personas, se estimó que estaban en el “ámbito 2”.

La prisión fue considerada como “ámbito 3”. Esta categoría incluyó todos los casos en los que se encontró marihuana en la cárcel (en requisas en las celdas, al regresar de salidas transitorias o talleres extramuros, y en visitas carcelarias). La categorización de la cárcel como un espacio intermedio entre la vía pública y la vivienda partió de considerar que, aun cuando las personas privadas de la libertad se encuentran en un lugar “cerrado” en el que se desarrollan, con cierto grado de intimidad, aspectos de su vida privada como lo harían en una vivienda, esa circunstancia se encuentra matizada por las condiciones especiales en las que se desenvuelve la vida *intramuros* (entre otras cosas, por la vigilancia de los agentes estatales y por el hecho de compartir, en forma involuntaria, ciertos lugares con otros individuos).

Con un criterio análogo al empleado para distinguir los ámbitos 1 y 2, la “vía pública” se dividió según la presencia *probada* de terceras personas; si no había, se consideró que se trataba del “ámbito 4”; si había, “ámbito 5”. Estas categorías comprenden, por ejemplo, procesos penales que se originaron por la detención de personas en parques, estaciones y vagones de tren, plazas y micros de larga distancia.

### **2.2. Mapeo a partir de la jurisprudencia de la CFCP**

En este trabajo nos vamos a referir al estudio de la jurisprudencia como expresión dinámica del derecho –o, en términos de Pound (1910), como *derecho en acción*– para mapear la posición de los jueces respecto a la aplicación de la doctrina contenida en el precedente “Arriola”. Para esto, se van a tomar en consideración las semejanzas existentes entre el derecho y los mapas como representaciones sociales (De Souza Santos, 1991) para explorar el modo en que las normas se manifiestan en la jurisprudencia.

La cartografía, aplicada a las ciencias sociales se presenta como una metodología de tipo interpretivista que se plantea como finalidad mejorar nuestra comprensión de las cambiantes formas en que se estructuran los campos de conocimiento o de discusión de políticas y prácticas sociales (Gorostiaga & Vivanco, 2017). La cartografía simbólica del derecho toma como punto de partida el conocimiento de los principios y los procedimientos que presiden la producción y el uso de los mapas. En este punto, se observará que el derecho, al igual que la cartografía, opera mediante intervenciones altamente selectivas: adoptan una perspectiva determinada y prescinde de otras (Rodríguez Garavito, 2011). En términos generales, Twining (2003) explica

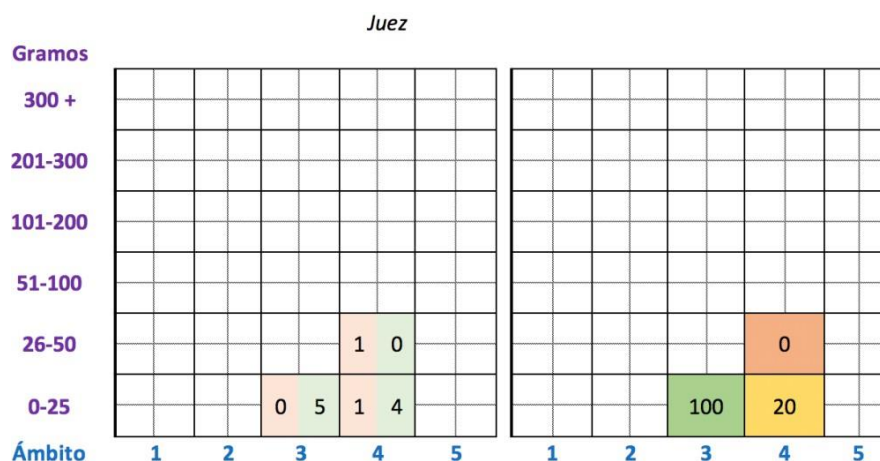
## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

que las virtudes de un mapa dependen de los propósitos para los que ha sido diseñado o la descripción de las relaciones y distribuciones espaciales que contempla. Así, ejemplifica:

...los mapas a pequeña escala describen vastas áreas usando información limitada altamente seleccionada; los mapas a gran escala, como los mapas del servicio oficial de cartografía local, contienen más información detallada de áreas pequeñas. Los mapas no pueden ser representaciones exactas de la realidad (171).

De esta forma, a partir de las sentencias de la CFCP, se compararán los criterios empleados por cada uno de los jueces de la CFCP para aplicar o descartar el estándar contenido en “Arriola”. Desde ya, la circunstancia de identificar un mayor o un menor porcentaje de sentencias en las que se estimó que correspondía aplicar este estándar jurídico no dará cuenta, *per se*, de la utilización de un criterio más o menos restrictivo del precedente de la CSJN. Por ese motivo, a continuación, se analizará, por juez, la decisión que se adoptó en cada caso a partir de la cantidad de marihuana que se encontró en poder del imputado y del ámbito espacial en el que se produjo el hallazgo con el objeto de crear un registro gráfico e identificar su postura.



El criterio de los jueces se ilustrará a partir de dos gráficos que contemplan, en el eje vertical, los gramos de marihuana secuestrada y, en el eje horizontal, el ámbito espacial en el que se produjo la tenencia. Además, el gráfico de la izquierda da cuenta, por cada categoría, de la cantidad de casos en los que se aplicó “Arriola” (en verde) y la cantidad de casos en los que se rechazó su aplicación (en rojo). En el ejemplo, para el ámbito 3 y 0-25 gramos, el juez aplicó “Arriola” en 5 casos y no rechazó su aplicación nunca. En el ámbito 4 y 0-25 gramos, lo aplicó en 4 casos y lo rechazó en 1. En el ámbito 4 y 26-50 gramos, rechazó su aplicación en 1 caso y no lo aplicó nunca. El gráfico de la derecha expresa el porcentaje de casos en los que el magistrado aplicó “Arriola”. En verde se identificarán los casos en los que se lo aplicó en el 100% de los casos; en rojo, cuando no fue aplicado nunca (0%) y, en amarillo, los matices entre ambos extremos.

Si los elementos que se tomaron en consideración en este trabajo son, en efecto, relevantes para la resolución de este tipo de casos, en términos ideales, la posición de los jueces tenderá a expresarse de un modo similar al que se ilustra en el gráfico N° 1. Si los magistrados, en cambio, otorgan mayor relevancia a la cantidad de droga que al ámbito espacial, su postura se manifestará de modo similar a la del gráfico N° 2. Si, por el contrario, los jueces privilegian el

## Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

ámbito espacial por sobre la cantidad de estupefaciente secuestrado, su criterio expresará el patrón contenido en el gráfico N° 3. Finalmente, si los factores evaluados en este trabajo no coinciden con los elementos valorados por la CFCP para resolver este tipo de problema –o si son relevantes, pero son valorados de manera arbitraria– no tenderá a imponerse ningún patrón.

Gráfico N° 1

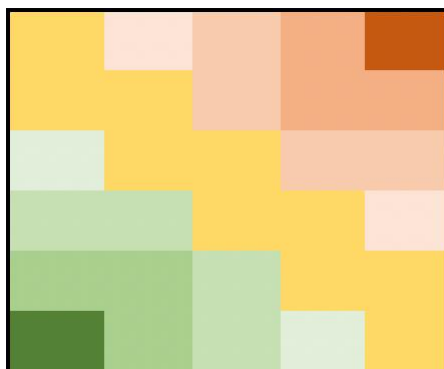
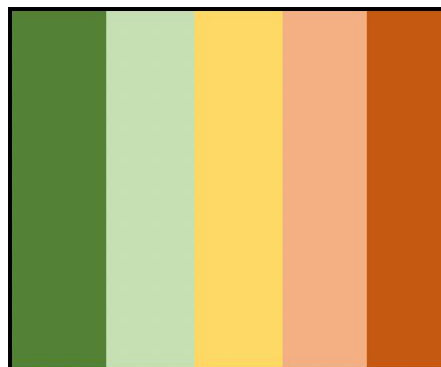


Gráfico N° 2



Gráfico N° 3



### **3. EL CASO “ARRIOLA”**

Comprender el modo en que la Cámara Federal de Casación Penal aplicó la doctrina del precedente “Arriola”, demanda establecer con la mayor claridad posible los hechos sobre los que se pronunció la Corte Suprema y los argumentos empleados por cada uno de los ministros que intervino en la decisión.

El proceso en cuestión se sustanció a partir de la investigación desarrollada en relación con una finca de la ciudad de Rosario en la que se habían observado movimientos asociados con la venta de estupefacientes al menudeo. En función de esto, se realizó un allanamiento que culminó con la detención de SEA, CAS y MBV. A su vez, se realizaron una serie de requisas en la esquina del lugar. En la primera, se interceptó a GAF con tres cigarrillos de marihuana de armado manual



## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

(con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno). Luego, se le incautaron tres cigarrillos de marihuana a MEA y uno a MAV (con un peso de 0,25; 0,25; 0,30 y 0,27 gramos, respectivamente). Finalmente, se secuestraron tres cigarrillos de marihuana en poder de GAM y otros tres en poder de LAC (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos).

Por estos hechos, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Rosario condenó a SEA, CAS y MBV como autores penalmente responsables del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículos 55 del Código Penal y 5°, inciso c, de la ley N° 23.737). Por su parte, GAF, MEA, MAV, GAM y LAC fueron condenados por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal según el artículo 14, segundo párrafo, de la ley N° 23.737. La defensa interpuso una serie de nulidades y planteó la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley de Estupefacientes. Ambas impugnaciones fueron rechazadas por el tribunal. Entonces, interpuso un recurso de casación que fue rechazado por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal. A tal fin, expresó que ya se había expedido sobre la constitucionalidad de la normativa impugnada de conformidad con lo establecido en “Montalvo”.

El caso, finalmente, llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El tribunal, por unanimidad, hizo lugar al recurso extraordinario federal y revocó las condenas impuestas en los términos del artículo 14, 2° párrafo, de la ley N° 23.737.

### **3.1. Voto de los ministros Maqueda y Highton de Nolasco**

Los ministros Maqueda y Highton de Nolasco analizaron el alcance que correspondía asignarle a las “acciones privadas” a las que alude el art. 19 CN en relación con el bien jurídico “salud pública” protegido por la ley N° 23.737. Al desarrollar su postura, explicaron que esta tensión fue resuelta acertadamente en el fallo “Bazterrica” (Fallos 308:1392). En particular, las apreciaciones sobre la intimidad y la autonomía personal en el voto del juez Petracchi. A su vez, afirmaron que, más allá de la legitimidad que pudo haber tenido la ley al momento de su sanción, con el transcurso del tiempo se tornó difícil de defender.

Otro aspecto relevante de este voto giró en torno a la reforma constitucional de 1994. En primer lugar, ante la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos, se destacó “el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”. En esta línea, se invocó el principio *pro homine* para sostener su compatibilidad con la posición asumida por la CSJN en “Bazterrica”.

En esta línea, se sostuvo que, aunque la determinación del modo de perseguir el delito y de los bienes jurídicos que requieren mayor protección constituye una cuestión de política criminal propia de otras esferas del Estado, en el caso, se trataba de la impugnación de un sistema normativo que criminalizaba conductas que, llevadas a cabo en ciertas condiciones, no afectan a terceros y, por lo tanto, se encuentran amparadas en el artículo 19 CN.

Así, se concluyó que no era punible 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”. Por lo demás, agregó que

“...aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad”.

### **3.2. Voto del ministro Lorenzetti**

El ministro Lorenzetti, en su voto concurrente, profundizó algunos de los argumentos empleados por la mayoría. Principalmente, respecto del ámbito privado y la afectación a terceras personas, aludió a la “ostentación del consumo” y sostuvo que “siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva”. En esta línea, refirió, asimismo, a la exigencia de que se produjera un daño o un peligro concreto hacia terceros para que la persecución penal resultara legítima.

A su vez, con base en el art. 19 CN sostuvo que “[n]o se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”. Por otra parte, consideró que “(a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad”; como consecuencia de esto, concluyó que “...las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta”. De esta forma, consideró aplicable al caso la doctrina del precedente “Bazterrica” y rechazó la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto.

### **3.3. Voto del ministro Fayt**

El ministro Fayt explicó que la norma en discusión, con el tiempo, se tornó irrazonable debido a su falta de adecuación a los fines considerados para su sanción. A su vez, manifestó que “la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana”. En ese sentido, reconoció que esa estrategia produjo “efectos negativos claramente no deseados” sobre las personas imputadas.

Entonces, señaló que la conducta de los condenados se encontraba protegida por el ámbito de autonomía personal en tanto el comportamiento no resulte ostensible. A esta consideración agregó que, de acuerdo con la Constitución Nacional, el Estado sólo puede intervenir para “proscribir interferencias intersubjetivas”. Por otra parte, con base en la reforma constitucional de 1994, sumó a la discusión el derecho a la salud y la protección de la dignidad. Con cita al informe 2009 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, asumió que “la ‘adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados”. En esa línea, concluyó que la reforma “...incorpora a la

salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella”.

El ministro sostuvo que las sentencias dictadas en “Bazterrica” y “Capalbo” resolvían adecuadamente la cuestión bajo estudio. A su vez, sobre su voto en disidencia en el segundo caso, el ministro destacó que el consumo de estupefacientes “ostensible” podía habilitar la restricción de la autonomía personal. En este sentido, el ministro asoció la protección constitucional con el derecho a la intimidad. Sobre este aspecto, sostuvo que lo cuestionable “...es la intervención del Estado nada menos que sobre la **esfera íntima** del individuo –en cuanto ámbito de ejercicio de su autonomía personal–, la que a diferencia de la esfera pública –y aun de la privada– no admite ningún tipo de intromisión”.

Por último, relacionó el principio de reserva y la garantía de autonomía moral de la persona con las referencias a la peligrosidad del consumidor. Sobre este aspecto, sostuvo que “...sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad”.

#### **3.4. Voto del ministro Zaffaroni**

Del voto del ministro Zaffaroni merece destacarse su análisis sobre la criminalización del consumidor de estupefacientes: “...el procesamiento de usuarios [...] no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico”. También llevó adelante un repaso de los alcances y las restricciones que el art. 19 de la Constitución impone al Estado y concluyó que la ley N° 23.737 conculcaba el ámbito de privacidad personal. En relación con el precedente “Bazterrica”, remitió al voto del ministro Petracchi y su desarrollo de los antecedentes de la legislación nacional.

#### **3.5. Voto de la ministra Argibay**

La ministra Argibay realizó un repaso pormenorizado de la jurisprudencia de la CSJN. De ese modo, aludió a una serie de conceptos presentes en la jurisprudencia del tribunal: la “exhibición en el consumo”, el “peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros” y el “consumo ostensible”. Posteriormente, señaló que no era posible establecer una regla de derecho a partir del caso “Montalvo”. En este sentido, consideró que las escasas referencias a los hechos concretos de ese antecedente imposibilitaban conocer si el comportamiento del imputado influyó en su consideración como ofensivo hacia el orden y la moral pública o los derechos de terceros. En primer lugar, destacó la falta de pruebas respecto del “temido contagio” de la adicción a los estupefacientes debido a que la sentencia indicaba que Montalvo tenía las drogas entre sus ropas. Sobre esta tenencia, a su vez, consideró que se debería haber probado de qué manera la tenencia se relacionaba con su participación como comprador en una cadena de tráfico. Sólo de esa manera, añadió, se podría haber afirmado la afectación a terceras personas. La ministra indicó dos modos de interpretar el daño a terceros: a partir de considerar implícita la afectación en la misma definición del delito; o en el hecho de tener estupefacientes. A su vez, destacó

que el segundo párrafo del artículo 14 de la ley N° 23.737 no determinaba quiénes serían las víctimas. Es así que, ante la imposibilidad de predecir hechos futuros, sumado a la indeterminación del tipo penal en lo que hace a la afectación de terceras personas, “se explica por qué motivo ‘Montalvo’ no puede ser interpretado como una barrera inexpugnable”.

Por otra parte, la ministra se refirió al caso “Bazterrica”. Sobre este precedente, destacó cómo se había establecido el modo en que debía desarrollarse la conducta para que se encuentre amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional: “en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”. Asimismo, resaltó que, en ese antecedente, la escasa cantidad se entendió como una tenencia para consumo personal.

Para concluir este recorrido a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la ministra analizó la aplicación del precedente “Bazterrica” en una serie de casos y reseñó la cantidad y el ámbito espacial en que tuvo lugar cada tenencia. Sobre esa base, sostuvo 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”. Asimismo, sostuvo que este 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”. Finalmente, agregó a su valoración el análisis sobre la existencia de actos de exhibición en el consumo.

De esta manera, respecto del caso bajo estudio, la ministra entendió que –en línea con “Bazterrica”– la tenencia se había llevado a cabo con recaudos que no implicaban afectación a terceras personas y –en línea con “Noguera”– que la tenencia no era ostensible, ya que el personal policial tuvo que revisar sus pertenencias para encontrar el estupefaciente.

A modo de conclusión, la ministra sostuvo que “...la escasa cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros”, por lo que “...la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada”. De acuerdo con los hechos del caso, entendió que “...el contexto en el que se produjo el hallazgo no alcanza para considerar su conducta con aptitud para afectar a derechos de terceros”.

#### ***4. JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL***

##### ***4.1. Recuento y mapeo de la postura de los jueces***

El relevamiento de jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal permitió identificar 60 sentencias, de las que se analizaron 167 votos: 12 del juez David, 7 de la

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

jueza Ledesma, 7 del juez Slokar, 20 de la jueza Figueroa, 14 de la jueza Catucci, 16 del juez Riggi, 3 del juez Mahiques, 32 del juez Borinsky, 33 del juez Hornos y 23 del juez Gemignani. De esta forma, se determinó, en primer lugar, el sentido de cada pronunciamiento y se verificó si se revocó la decisión del tribunal *a quo* que aplicaba o descartaba la resolución del caso en los términos del precedente “Arriola”.

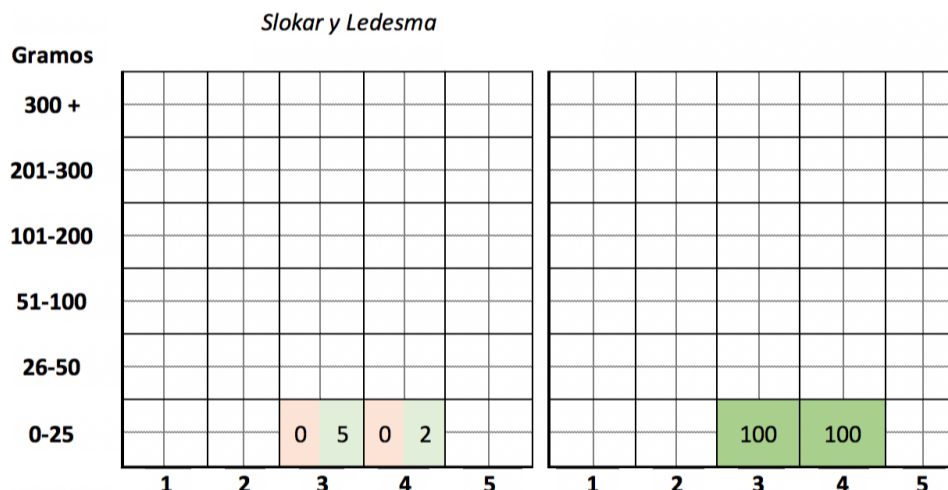
Respecto del total de votos, se advirtió que en el 49,7% de los casos, los jueces resolvieron revocar y descartar la aplicación del estándar contenido en “Arriola”. Por otro lado, en el 22,8% se dispuso revocar decisiones que habían denegado su aplicación y en el 16,7% y el 10,8% se propuso convalidar resoluciones que, respectivamente, lo aplicaron y lo rechazaron.

DECISIÓN	David		Ledesma		Slokar		Figueroa		Catucci		Riggi		Mahiques		Borinsky		Hornos		Gemignani		Total	
	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%	Votos	%
Revoca y descarta la aplicación de "Arriola"	1	8,33	0	0	0	0	5	25	12	85,7	14	87,5	1	33,3	19	59,4	18	54,5	13	56,5	83	49,7
Confirma la aplicación de "Arriola"	0	0	1	14,3	1	14,3	8	40	0	0	0	0	1	33,3	5	15,6	6	18,2	6	26,1	28	16,7
Revoca y aplica "Arriola"	0	0	6	85,7	6	85,7	6	30	0	0	0	0	0	0	8	25	9	27,3	3	13	38	22,8
Confirma y no aplica "Arriola"	11	91,66	0	0	0	0	1	5	2	14,2	2	12,5	1	33,3	0	0	0	0	1	4,4	18	10,8
Total	12	100	7	100	7	100	20	100	14	100	16	100	3	100	32	100	33	100	23	100	167	100

Los jueces Catucci, Riggi y David rechazaron la aplicación del precedente de la Corte Suprema en todos los casos en los que intervinieron. La jueza Catucci revocó decisiones que aplicaron “Arriola” en el 85,7% de los casos y confirmó que no se lo aplicara en el 14,2% restante; el juez Riggi procedió igual frente al 87,5% y el 12,5% de los casos. El juez David decidió de igual forma, respectivamente, frente al 8,33% y al 91,6% de los recursos que debió decidir. En el otro extremo, los jueces Ledesma y Slokar decidieron confirmar la aplicación de Arriola en el 14,3% de los casos y revocar decisiones que lo descartaron en el 85,7% de sus intervenciones. Por otro lado, respecto de los jueces Figueroa, Mahiques, Borinsky, Hornos, Gemignani se identificaron sentencias en diferentes sentidos, a favor y en contra de la aplicación de “Arriola”.

Al avanzar en el análisis de los casos en los que intervinieron cada uno de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal advertimos que la situación es más compleja de lo que parece indicar el recuento de las sentencias. Así, al clasificar y graficar las decisiones en razón de la cantidad de estupefaciente secuestrado y del ámbito espacial en que se configuró la tenencia, se esclarecieron ciertos aspectos relativos al modo en que se interpretó “Arriola”. A efectos de contemplar con mayor claridad esta situación se realizarán, por juez, dos gráficos. En el primero de ellos se indicará, dentro de cada categoría (cantidad y ámbito espacial), la cantidad de fallos a favor (derecha) y en contra (izquierda) de la aplicación de “Arriola”. En el segundo, se establecerá el porcentaje de decisiones en las que se declaró la inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia de marihuana.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia



Como se mencionó anteriormente, los jueces Ledesma y Slokar aplicaron la doctrina del caso “Arriola” en todos los casos que identificamos. Sin embargo, al establecer las circunstancias que rodeaban a la tenencia de estupefacientes, se advierte que se trataba de casos con muy poca cantidad de estupefacientes (menos de 25 gramos) dentro de las categorías 3 (en la cárcel) y 4 (en la vía pública, sin la presencia de terceros). Esta posición es acompañada por la mayoría de los jueces de la cámara cuando se trataron cantidades similares (inferiores a los 25 gramos) y dentro de los ámbitos señalados (3 y 4). Se pronunciaron de este modo los jueces Borinsky (12 casos), Hornos (13 casos), Gemignani (6 casos) y Figueroa (8 casos), que coincidieron en aplicar el precedente “Arriola” en todos los casos de este tipo. En cambio, el juez David se pronunció en 12 casos en contra de su aplicación sobre estos ámbitos. Los jueces Riggi y Mahiques, por su parte, descartaron su aplicación en el ámbito carcelario, respectivamente, en 1 y 2 casos. Por su parte, no se identificaron casos análogos resueltos por la jueza Catucci.

Por otro lado, y a la inversa de lo que observamos respecto de los jueces Ledesma y Slokar, no se identificó ningún caso en el que la jueza Catucci considerara procedente la aplicación de la doctrina del caso “Arriola”. Sin perjuicio de esto, como se observa en la comparación de los gráficos que ilustran las decisiones de estos tres magistrados, los supuestos sobre los que se expidieron difieren tanto por la cantidad de estupefacientes secuestrada como por el ámbito espacial en el que había tenido lugar la tenencia. La jueza Catucci se expidió sobre casos del ámbito N° 4 (vía pública sin terceras personas) con una cantidad de estupefaciente que osciló entre los 101 y 300 gramos y N° 5 (vía pública con terceras personas) con cantidades de droga entre los 0,1 y más de 300 gramos. Los jueces Ledesma y Slokar, en cambio, se expidieron respecto de los ámbitos N° 3 y N° 4, siempre con cantidades inferiores a los 25 gramos de marihuana.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

*Catucci*

Gramos												
300 +					2	0						0
201-300				1	0	1	0				0	0
101-200				1	0	2	0				0	0
51-100						1	0					0
26-50						3	0					0
0-25						3	0					0
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5		

El juez Riggi parece haber compartido el criterio sostenido por la jueza Catucci en lo que atañe a los ámbitos N° 4 (entre 101 y 300 gramos) y 5. Sin embargo, se diferenció de la postura asumida por Slokar y Ledesma en un caso en el que se pronunció sobre la tenencia de menos de 25 gramos de marihuana en el ámbito carcelario (ámbito N° 3) y, también, desestimó que mediara una violación del artículo 19 de la CN al criminalizar esa conducta.

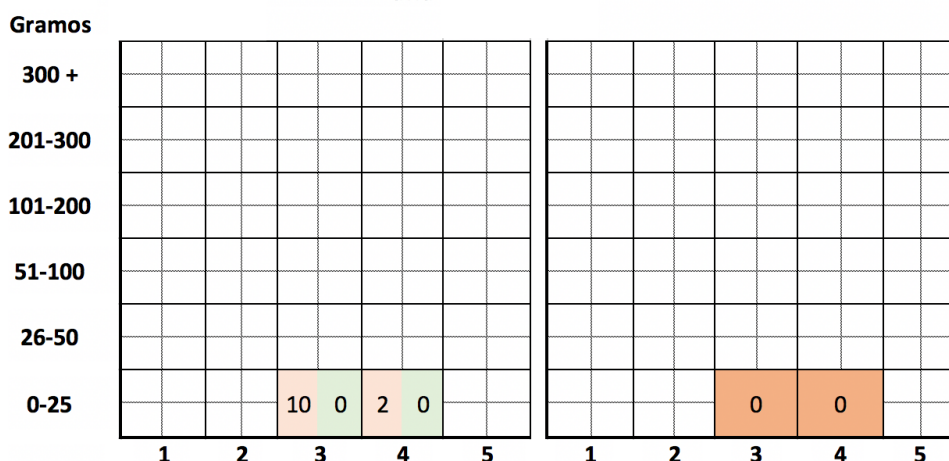
*Riggi*

Gramos												
300 +					2	0					0	
201-300				1	0	1	0				0	0
101-200				1	0	2	0				0	0
51-100						1	0					0
26-50						4	0					0
0-25			1	0		3	0			0		0
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5		

Por su parte, el juez David sostuvo el criterio opuesto a los magistrados Ledesma y Slokar al rechazar la aplicación de la doctrina del caso “Arriola” en casos de tenencia de estupefacientes en prisión y en la vía pública sin la presencia de terceros; en ambos casos, al tratarse de menos de 25 gramos de marihuana.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

*David*



Respecto de los casos resueltos por los jueces Borinsky, Hornos, Gemignani y Figueroa pudieron identificarse pronunciamientos referidos a una mayor variedad de hechos. En lo que respecta a la aplicación de la doctrina del caso “Arriola” para la tenencia de menos de 25 gramos en los ámbitos 3 (cárcel) y 4 (vía pública sin terceras personas), se advirtió un consenso unánime acerca de la inconstitucionalidad de criminalizar ese tipo de conducta. De la misma forma, los jueces Borinsky, Hornos y Gemignani parecen de acuerdo con la posibilidad de penalizar la tenencia de marihuana frente a cantidades superiores a los 101 gramos (ámbito 4) y a los 51 gramos (ámbito 5). Incluso, el último de los magistrados mencionados aplicó el mismo criterio para cantidades superiores a los 25 gramos en el ámbito 5 (vía pública con terceras personas).

Por otro lado, al resolver sobre la tenencia de cantidades de marihuana inferiores a los 50 gramos en la vía pública y en presencia de terceros (ámbito 5), Borinsky, Hornos y Gemignani aplicaron diferentes soluciones. Como se dijo anteriormente, mientras Gemignani rechazó la aplicación de “Arriola” frente a la tenencia de cantidades comprendidas entre los 26 y los 50 gramos, Borinsky y Hornos lo aplicaron en todos los casos. En cambio, cuando se trató de cantidades inferiores a los 25 gramos, el juez Gemignani exhibió la interpretación más amplia del precedente “Arriola”, aplicándolo en el 75% de los casos (1 en contra, 3 a favor); Borinsky no lo aplicó en ningún caso (10 en contra) y Hornos procedió de esta forma en el 10% (9 en contra, 1 a favor).



**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

*Gemignani*

Gramos	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
300 +					3 0					0
201-300					1 0					0
101-200					4 0					0
51-100					2 0					0
26-50					3 0					0
0-25			0 5	0 1	1 3			100	100	75

*Borinsky*

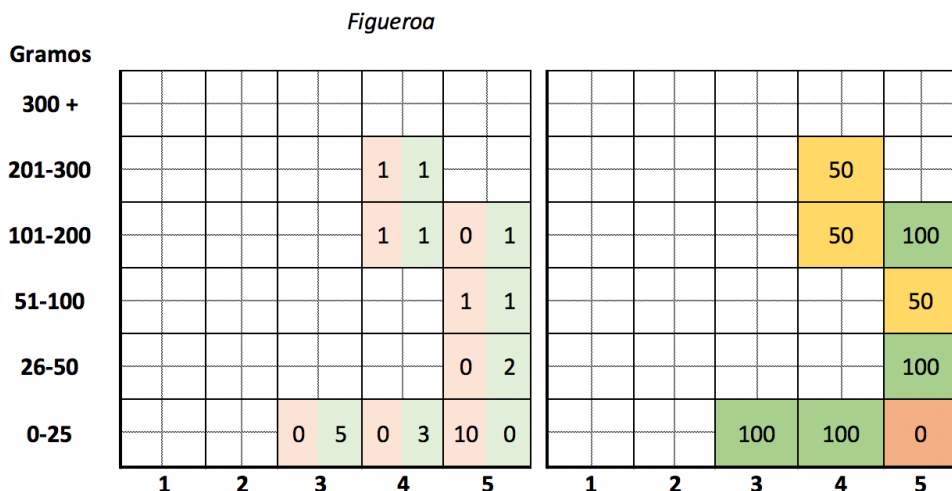
Gramos	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
300 +					1 0					0
201-300				1 0					0	
101-200				1 0	3 0				0	0
51-100					3 0					0
26-50					0 1					100
0-25			0 8	0 4	10 0			100	100	0

*Hornos*

Gramos	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
300 +					1 0					0
201-300				1 0					0	
101-200				1 0	3 0				0	0
51-100					3 0					0
26-50					0 1					100
0-25			0 9	0 4	9 1			100	100	10

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

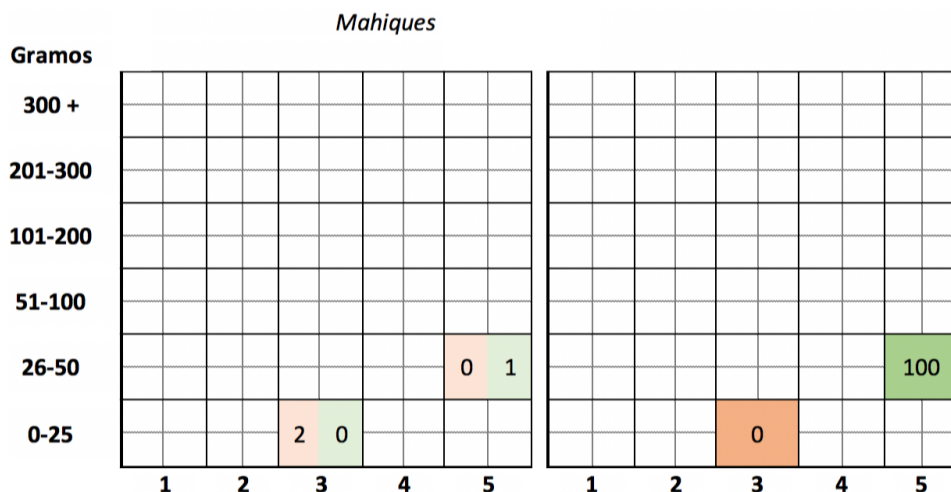
Los casos resueltos por la jueza Figueroa<sup>4</sup> ponen de manifiesto un criterio relativamente amplio en la interpretación de la doctrina de “Arriola”, pues se identificó su aplicación en casos en los que la mayoría de los magistrados han tendido a aplicarlo (ámbito 3 y 4, menos de 25 gramos) y en casos en los que ningún otro juez lo ha hecho (por ejemplo, se relevaron tres casos en lo que postuló la inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia de hasta 300 gramos de marihuana en la vía pública con y sin presencia de terceros).



Finalmente, en lo que respecta al juez Mahiques –debido a su reciente asunción como juez de la CFCP– se identificaron sólo 3 casos, lo que representó una limitación importante a la hora de extraer conclusiones. Se advierte, así, el rechazo de la aplicación de “Arriola” en contextos carcelarios con cantidades inferiores a los 25 gramos, por lo que, en este punto, parece alinearse con las posturas de los jueces Riggi y David. Sin embargo, en simultáneo, postuló la inconstitucionalidad de la ley de estupefacientes en un caso de tenencia en la vía pública en presencia de terceros (ámbito 5) cuando la cantidad de marihuana oscilaba entre los 26 y los 50 gramos. Esto, en un sentido similar al propuesto por los jueces Borinsky, Hornos y Figueroa.

<sup>4</sup> Cabe señalar que la diferencia entre el gráfico relativo a las decisiones de la jueza Figueroa y aquel en el que se incluye el criterio de todos los jueces de la CFCP (p. 13) radica en que, en el primero, se contempla, por separado, la situación de cada uno de los encausados en “Sobrepera” (siete imputados) y en “Pinto Galeano” (dos imputados). Esto, en función de las distintas cantidades de marihuana que se le secuestró a cada uno. Por ese motivo, se cuentan 27 pronunciamientos en un caso y 20 en el otro.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia



**4.2. Análisis de los argumentos desarrollados por los jueces**

El análisis realizado en el acápite anterior nos permite contar con un panorama general acerca del modo en que los jueces de la CFCP aplicaron “Arriola” en razón del lugar en el que se produjo la tenencia y la cantidad de estupefaciente secuestrado. A continuación, se abordarán los argumentos empleados por los jueces para decidir este tipo de casos. De este modo, se procurará evaluar los fundamentos de las sentencias relevadas y determinar si introducen elementos diferentes de los que se tomaron en cuenta en este trabajo.

**4.2.1 La tenencia de marihuana en la vía pública**

De la totalidad de las sentencias relevadas, veintisiete versaban sobre tenencias producidas en la vía pública: diez tuvieron lugar en estaciones de tren; nueve en la calle; cuatro en un parque y cuatro en un medio de transporte (dos en un micro de larga de distancia y dos en un vagón de tren).

- **En una estación de tren: “Fritz”<sup>5</sup>, “Montoya Canizales”<sup>6</sup>, “Pérez, J”<sup>7</sup>, “Romero, HG”<sup>8</sup>, “Valiente”<sup>9</sup>, “Pérez Lázaro”<sup>10</sup>, “Albornoz”<sup>11</sup>, “Martínez, F”<sup>12</sup>, “Rodríguez, E”<sup>13</sup> y “Aguilar Martínez”<sup>14</sup>.**

Diez casos se originaron a partir de detenciones llevadas a cabo en una estación de tren. La cantidad mínima secuestrada fue de 4 gramos, en el caso “Aguilar Martínez”, mientras que la máxima fue de 498 gramos, en “Pérez Lázaro”. Dos de los casos relevados se vinculaban con personas que saltaron el molinete de ingreso al andén del tren (“Romero, HG”, 50 g.; “Pérez, J”, 106 g.). Otros dos casos se originaron luego de que personal policial observara que los imputados fumaban en el andén (“Martínez”, una persona con 13, 4 y otra con 3, 43 g.; “Aguilar Martínez”, 4, 43 g.). En “Valiente” (111 g.), se observó al imputado mientras preparaba un cigarrillo.

Por otra parte, en “Fritz” (93 g.), la policía detuvo a la persona imputada debido a que subía y bajaba del tren y miraba las pertenencias de los pasajeros. A su vez, en “Pérez Lázaro”, el imputado intentó evadir un control policial. Finalmente, en “Albornoz” (229 g.) y “Rodríguez, E” (33 g.) se detuvo a dos personas; respectivamente, una que entregaba un paquete y, otra, que llevaba en su mano un envoltorio que, más tarde, guardó en su bolsillo. De la sentencia dictada en “Montoya Canizales” (120 g.) no surgen detalles de los hechos; sólo se hace referencia a una detención “en virtud del procedimiento efectuado” en una estación.

### **Juez Hornos**

El juez Hornos sólo confirmó uno de los casos en que el *a quo* aplicó “Arriola”: el fallo “Romero, HG”, en el que adhirió al voto de la jueza Figueroa. En esa oportunidad, valoró el motivo por el que la policía decidió requisar al imputado y la cantidad de estupefaciente secuestrada. Esta persona había sido detenida al intentar evadir el control de pasajes y pasar por debajo del molinete. Tras su detención, se le encontraron ocho envoltorios con 50, 51 gramos de marihuana. De esta manera, el magistrado sostuvo que el detenido disponía de

---

5 CFCP, Sala I. “Fritz, Javier Arnaldo”. Causa N° 347/2015. Reg. N° 2145/16. 7/11/2017.

6 CFCP, Sala IV. “Montoya Canizales, Eder”. Causa N° 2566/2016. Reg. N° 275/17. 4/4/2017.

7 CFCP, Sala I. “Pérez, Jonatan Alejandro Daniel”. Causa N° 7527/2017. Reg. N° 2148/16. 7/11/2016.

8 CFCP, Sala I. “Romero, Hugo Javier”. Causa N° 228/2015. Reg. N° 2173/16. 8/11/2016.

9 CFCP, Sala IV. “Valiente, Raúl Ángel”. Causa N° 2299/2016. Reg. N° 699/17. 13/6/2017.

10 CFCP, Sala I. “Pérez, Jonatan Alejandro Daniel”. Causa N° 7527/2017. Reg. N° 2148/16. 7/11/2016.

11 CFCP, Sala III. “Albornoz, Roque Javier”. Causa N° 13704/2015. Reg. N° 80/17. 24/2/2017.

12 CFCP, Sala III. “Martínez, Fernando Hernan”. Causa N° 9588/2016. Reg. N° 1068/17. 28/9/2017.

13 CFCP, Sala III. “Rodríguez, Ezequiel Gregorio”. Causa N° 2736/2015. Reg. N° 1616/16. 29/11/2016.

14 CFCP, Sala III. “Aguilar Martínez, Cristian David”. Causa N° 7452/2015. Reg. N° 3/17. 7/2/2017.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

...una cuantía factible de ser considerada detentada para el propio consumo, que no surge que hubiere habido ostentación [...] frente a terceros, de modo que pudiera considerarse configurado un daño o peligro concreto. [S]i bien las conductas desarrolladas en lugares públicos son en general, aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública [...] no existen en la causa elementos suficientes para sostener que la acción atribuida a Romero haya trascendido el ámbito de autonomía personal protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional.

En el resto de los casos, en circunstancias similares, la cantidad de marihuana que se había secuestrado era mayor (“Fritz”, 93 g.; “Montoya Canizales”, 120 g.; “Pérez, J”, 106 g.). En el primero de ellos, la detención tuvo lugar luego de que un oficial viera al imputado subir y bajar del tren y mirar las pertenencias de los pasajeros. En esa ocasión, el magistrado sostuvo: “...la representante del Ministerio Público Fiscal ha logrado descartar fundadamente que la tenencia de estupefacientes que se le imputa al encartado estuviera destinada a su consumo personal, a tenor del estándar fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en [...] ‘Vega Giménez’”. A su vez, consideró que no se verificó la falta de peligro concreto en las condiciones que exige el fallo “Arriola”.

Por otra parte, en “Pérez J” (106 g.) el imputado había sido detenido en las mismas condiciones que “Romero, HG”; es decir, al intentar evadir el pago del boleto. Sin embargo, entre uno y otro caso había diferencias en lo que atañe a la cantidad de marihuana encontrada: 106, 19 g. en “Pérez J”; 50,51 g. en “Romero HG”. Entonces, el magistrado señaló que el hecho no se ajustaba a la esfera de privacidad del artículo 19 de la Constitución Nacional. Además, sostuvo que “...la circunstancia de encontrarse dicha droga separada [...] y que el imputado se hallaba en la vía pública, no autorizan la confirmación de la resolución impugnada, en los términos de la doctrina sentada por la Corte en ‘Vega Giménez’ y ‘Arriola’ de la C.S.J.N.”. En sentido similar se expidió en “Montoya Canizales” en el que debió juzgar un proceso sustanciado a partir de la detención de una persona que tenía 120 g. de marihuana en la estación de Retiro.

Por último, en “Valiente” la policía observó que el imputado preparaba un cigarrillo. A partir de esto, se lo requisó y se encontró que tenía 111 gramos de marihuana. En su valoración, destacó que la tenencia se había desarrollado “...mientras había una gran cantidad de gente que transitaba sobre el andén”. A su vez, tuvo en cuenta la cantidad de estupefaciente. Por estos motivos, consideró que no resultaba aplicable el precedente de la CSJN.

#### ***Juez Borinsky***

El juez Borinsky adhirió al voto del juez Hornos en los casos “Fritz” (93 g.), “Montoya Canizales” (120 g.), “Pérez, J” (106 g.) y “Romero, HG” (50, 51 g.). En “Valiente” afirmó que “la cantidad de material estupefaciente secuestrado (111 g.), la forma en la que ésta se encontraba acondicionada (distribuida en 5 envoltorios de nylon)” no permitían concluir que la finalidad exclusiva fuera la de su consumo personal.

#### ***Jueza Figueroa***

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

La jueza Figueroa propuso la confirmación de tres de las sentencias en las que el *a quo* había aplicado “Arriola”: “Fritz” (92 g.), “Pérez, J” (106 g.) y “Romero, HG” (50, 51 g.).

La magistrada sostuvo que el recurso fiscal no había logrado “...demostrar [...] que los lineamientos marcados por el Alto Tribunal sobre el derecho a la privacidad y el principio de reserva en el citado caso ‘Arriola’ no resulten de aplicación”. A su vez, en el caso “Fritz” (92 g.) señaló que, si bien el material “no luce escaso, éste único extremo por sí solo no motiva adecuadamente el planteo de aplicación de figuras típicas más gravosas”. En ese sentido, de acuerdo con el precedente “Vega Giménez”, manifestó que “...no puede utilizarse la figura de la tenencia simple de estupefacientes como tipificación alternativa o residual a la tenencia de estupefacientes para consumo personal”. Así, concluyó que “...frente a la duda [debe primar] la calificación más benigna de los hechos y que no puede aplicarse residualmente la figura más gravosa...”. Exhibió la misma postura en “Pérez, J” (106 g.).

Finalmente, en el caso “Romero, HG” (50, 51 g.) la magistrada consideró, una vez más, que la cantidad de estupefaciente no podía ser el único elemento para determinar la aplicación de una calificación legal más gravosa que la tenencia para consumo personal. En este punto, valoró que “...la tenencia de la sustancia fue detectada de forma casual, y que la misma no fue ostensible”.

#### **Juez Gemignani**

El juez Gemignani confirmó la aplicación de “Arriola” en dos casos. En uno de ellos, “Martínez”, personal policial encontró a dos personas que fumaban un cigarro de marihuana en una estación de tren y, cuando se les acercó, lo arrojaron a las vías. Cuando se los requisó, a uno se le encontró tres envoltorios con 13,4 g. de marihuana y, al otro, 3,43 g. El magistrado consideró que mediaba una duda razonable que impedía tener por acreditada la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública a partir de argumentos meramente especulativos. En este sentido, añadió que

...se encontró en poder de los imputados material estupefaciente en una cuantía factible de ser considerada escasa y además detentada para el propio consumo y que, tal como expuso el *a quo*, no se encuentra probado que aquella sustancia prohibida haya sido ostentada a terceros, ya que el “consumo con ostentación” no ocurre cuando se utiliza el estupefaciente en un lugar público, sino que debe imprimirse al hecho una actitud de lucimiento para que sea visto. Es decir que la figura exige que la acción sea realizada con ostentación y trascendencia al público.

A su vez, sostuvo que “...se requiere que el autor haya hecho gala y lucimiento de su hecho para que sea visto por terceras personas”, en congruencia con el precedente “Herrera” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En “Aguilar Martínez” (4,43 g.) planteó, en disidencia, que el estupefaciente era para consumo personal. En este sentido, sostuvo que “...si no se ha acreditado ninguna circunstancia que demuestre que la conducta del imputado [ocasionó] –en concreto– un daño o un peligro a derechos o bienes de terceros, no puede negarse la esfera de privacidad”.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Por otro lado, adhirió al voto del juez Hornos en “Montoya Canizales”. Allí, sostuvo que “...en virtud de la cantidad [de droga] (120,49 g. de marihuana) y las demás circunstancias que envolvieron el procedimiento, se debe descartar la figura penal escogida y debe conducirse a la tipificación de dicha conducta como constitutiva del delito de tenencia simple”. A su vez, tanto en “Pérez Lázaro” (498 g.) como en “Valiente” (111 g.) manifestó que “no se encuentra satisfecho el requisito de ‘escasa cantidad’ del tipo penal”.

Con criterios similares, acompañó los votos del juez Riggi en “Albornoz” (229, 35 g.) y “Rodríguez” (33, 59 g.) en los que observó que no había “...elementos [para] sostener de modo inequívoco que la cantidad de estupefaciente secuestrada [resultara] para consumo personal”. En relación con las condiciones en las que fue hallado el estupefaciente, en el caso “Albornoz” el magistrado concluyó que resultaba determinante “la cantidad de sustancia estupefaciente secuestrada en poder de los imputados (229,35 grs. de marihuana) [y] el modo en que estaba acondicionada (embalada con cinta, dentro de una bolsa de nylon, a su vez contenida en un envase de cartón)”.

#### **Juez Riggi**

En los casos en los que intervino, el juez Riggi nunca consideró procedente la aplicación de “Arriola”. En “Albornoz” se había detenido a dos personas cuando una de ellas le entregó a la otra un paquete con 229,35 g. de marihuana. El magistrado señaló: “...el volumen de tóxico incautado comporta un exceso ante cualquier pretensión de alegar consumo personal y por lo tanto se enmarca en una situación potencialmente dañosa que impide considerar que no trascendería a terceros”. Esto, más allá de que los encausados declararon ser consumidores habituales. Además, sostuvo que, dado el sitio en el que tuvo lugar la tenencia, no podía constituir una acción privada sin trascendencia a terceros.

En el caso “Rodríguez”, en el que una persona fue encontrada en la estación de tren de Plaza Constitución con 14 envoltorios que contenían 33,59 gramos de marihuana, el magistrado explicó:

...las circunstancias que rodean al hecho y los elementos de convicción [...] no permiten, en modo alguno, sostener que la conducta atribuida al imputado haya quedado limitada a la tenencia de estupefacientes para consumo personal; todo lo cual revela que el sobreseimiento dictado por el *a quo*, ha sido arbitrario, pues se apartó de las constancias de la causa y la ley aplicable al caso. En efecto, [...] la cantidad de marihuana secuestrada [...] representa una proporción excedente de la que razonablemente puede ser considerada para el consumo personal.

A su vez, en relación con las condiciones en las que se encontraba el material, observó: “...la droga estaba dividida en 14 envoltorios similares, motivo por el cual, a esta altura, no estamos en condiciones de descartar, incluso, la posibilidad de que la tenencia estuviera relacionada a alguna actividad vinculada a la comercialización”. Por otra parte, en “Martínez” se apartó de lo decidido por el juez Gemignani y consideró que en la conducta de los imputados trascendía a terceros ya que “fue justamente por tal motivo que fue advertida por el personal preventivo”.

Finalmente, en un caso en el que se le encontró a una persona 498 gramos de marihuana luego de un control policial en una estación de tren, el juez sostuvo que "...la cantidad de sustancia [...] excede con creces lo razonable para poder considerar que la tenencia de droga tenía como destino inequívoco el consumo personal". En ese sentido, concluyó que se trata de "...una conducta susceptible de generar riesgo suficiente para el bien jurídico tutelado por la norma" ("Pérez Lázaro"). A su vez, en "Aguilar Martínez" (4,43 g.), adhirió al voto de la jueza Catucci descripto a continuación.

### ***Jueza Catucci***

En "Aguilar Martínez" el imputado había sido detenido mientras consumía un cigarrillo de marihuana en una estación de tren. Entonces, se le secuestró un envoltorio con 4,43 g. de marihuana. La magistrada consideró que "...el lugar de acceso público donde lo hacía, en los andenes de una estación de tren" alejaba la conducta del precedente "Arriola". En los casos restantes en los que intervino adhirió a los votos del juez Riggi ("Albornoz", "Martínez", "Rodríguez" y "Pérez Lázaro").

- ▶ ***En la calle: "Fernández y otro"<sup>15</sup>, "Pinto Galeano y otro"<sup>16</sup>, "Pedernera"<sup>17</sup>, "Sequeira"<sup>18</sup>, "Vera Jaque"<sup>19</sup>, "Fretes"<sup>20</sup>, "Gómez"<sup>21</sup>, "Vera, LA"<sup>22</sup> y "Balestre"<sup>23</sup>.***

En "Fernández y otro" se había imputado a dos personas que trataron de salir de una villa de emergencia y evitar un control policial. Luego de que la policía los detuviera, se les encontraron 984 y 80 gramos de marihuana. De manera similar, en "Pedernera" y "Sequeira" fueron detenidos con envoltorios con 425 g. y 180 g. de marihuana, respectivamente. Asimismo, en "Fretes", "Gómez" y "Vera, LA" distintas personas fueron detenidas en la vía pública cuando quisieron evitar a la policía y se secuestró en su poder, respectivamente, 30,7 g., 123,57 g. y 73 gramos de marihuana. Cabe destacar que en "Fretes", también se secuestraron 3 tabletas de clonazepan.

---

<sup>15</sup> CFCP, Sala IV. "Fernández, Gabriel Norberto y otro". Causa N° 10579/2015. Reg. N° 1584/16.5/12/2016.

<sup>16</sup> CFCP, Sala I. "Pinto Galeano, Pedro Ramón y otro". Causa N° 8384/2014. Reg. N° 1905/16.17/10/2016.

<sup>17</sup> CFCP, Sala III. "Pedernera, Daniel Leandro". Causa N° 11451/2015. Reg. 1147/16. 29/8/2016.

<sup>18</sup> CFCP, Sala III. "Sequeira, Daniel Osvaldo". Causa N° 13607/2015. Reg. N° 81/17. 24/2/2017.

<sup>19</sup> CFCP, Sala III. "Vera Jaque, Patricio Oscar". Causa N° 923/2015. Reg. N° 1347/17. 9/11/2017.

<sup>20</sup> CFCP, Sala I. "Fretes, Héctor Martín". Reg. N° 1404/17. Causa N° 15012/2015. 18/10/2017.

<sup>21</sup> CFCP, Sala I. "Gómez, Jorge Daniel". Reg. N° 1460/17. Causa N° 5150/2016. 26/10/2017.

<sup>22</sup> CFCP, Sala I. "Vera, Luis Alberto" Reg. N° 141/17. Causa N° 3074/2013. 22/3/2017.

<sup>23</sup> CFCP, Sala I. "Balestre, Matías Alejandro". Reg. N° 1077/17. Causa N° 7158/2014. 17/8/2017.



## **Referencia Jurídica e Investigación**

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Por otro lado, en “Vera Jaque” durante un patrullaje preventivo se encontró al encausado con una bolsa de nylon con 45 g. de marihuana escondida entre su ropa. Asimismo, en “Balestre” el imputado fue detenido mientras fumaba en la vía pública y se le secuestraron 3 gramos de marihuana. Finalmente, en “Pinto Galeano” se detuvo a dos personas mientras caminaban por la calle. Uno de ellos tenía 21 gramos de marihuana y su acompañante, 1 gramo en una zapatilla. En este caso, se peritaron los celulares de los imputados y se encontraron mensajes en los que uno le solicitaba marihuana al otro.

#### ***Juez Hornos***

En “Fernández”, el juez Hornos consideró que el hecho de esconder el estupefaciente entre sus ropas y encontrarse en la vía pública, “...impediría, en principio, concluir como acreditado que el destino del estupefaciente secuestrado era el de su consumo”. En ese sentido, señaló: “... resultan circunstancias inequívocas que permiten afirmar acabadamente que el destino del estupefaciente no habría sido su consumo”.

Por otra parte, en el caso “Pinto Galeano y otro” (21 y 1 g.) el magistrado tuvo en cuenta cómo se encontraba el material incautado, es decir, las condiciones de fraccionamiento, envoltorios o elementos que hacen al consumo (entre estos, señaló: colillas combustionadas, papeles engomados, pipas, etc.). La ausencia de estos elementos y la manera en que la sustancia estaba fraccionada, hicieron que el magistrado estimara que no correspondía la aplicación del precedente de la Corte Suprema. Respecto de la persona que llevaba 1 gramo escondido en su bolsillo, concluyó:

...fue debidamente sobreseído [...] toda vez que la prueba acumulada sólo permite tener por acreditado que la tenencia del estupefaciente secuestrado en su poder ha sido para su propio consumo [...] pues la misma fue hallada en ámbito de su privacidad (en el interior de una zapatilla).

#### ***Juez Gemignani***

En “Fernández y otro”, el juez Gemignani consideró: “...no existen elementos que infieran que [el destino fuera el consumo personal]; sumado a la cantidad secuestrada (984 y 80 g.), la forma en que se hallaba dispuesta (en quince envoltorios) y el comportamiento de los justiciables que intentaron eludir a los agentes de policía”. Con un criterio similar, lideró el acuerdo en “Pedertera” (425 g.) y afirmó que “...la armonización del plexo probatorio y las pautas arriba extractadas conllevan a reparar en que no se encuentra satisfecho el requisito de ‘escasa cantidad’ del tipo penal asignado por el tribunal [de origen]”. También sostuvo el criterio respecto de la cantidad de estupefaciente encontrada en el caso “Sequeira” (180 g.).

Por último, en “Vera Jaque” –en el que se habían secuestrado 45 g. de marihuana– adhirió al voto del juez Riggi “[a]tento a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se realizó el secuestro del material estupefaciente”.

#### ***Juez Borinsky***

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

El juez Borinsky adhirió al voto del juez Gemignani en “Fernández y otro” (984 y 80 g.), mientras que en “Pinto Galeano y otro” (21 y 1 g.) consideró que “[I]a necesidad de certeza negativa para sobreseer a una persona con respecto a determinado hecho resulta un mandato procesal esencial [...] que no se verifica”. Sobre este aspecto, tuvo en cuenta los mensajes de texto peritados y la cantidad de estupefaciente secuestrada.

#### ***Juez Riggi***

El magistrado lideró el acuerdo en “Sequeira”, en el que se habían secuestrado 180 g. de marihuana. Allí, explicó que “...la cantidad de droga [excedía] razonablemente la pretensión de considerarla como destinada al consumo individual del imputado”. También tuvo en cuenta que el imputado “...fue aprehendido con la droga [...] en un lugar público y en un horario donde confluyen un sinnúmero de personas, lo que implica que el comportamiento del nombrado lejos está de constituir una acción privada sin trascendencia a terceros”. El mismo criterio fue mantenido en el caso “Vera Jaque”, en el que la cantidad secuestrada había sido de 45 g.

Asimismo, en “Fretes” sostuvo que “...las particulares circunstancias que rodean el hecho sometido a estudio, no permiten afirmar sin más que la conducta atribuida [...] haya quedado limitada a la tenencia de estupefacientes para consumo personal”. En este sentido, consideró que “...la cantidad de sustancia estupefaciente incautada [30, 7 g.] sumado a las 3 tabletas de 10 comprimidos cada una de clonazepan que llevaba, excede con creces lo razonable para poder considerar que la tenencia de droga tenía como destino inequívoco el consumo personal”. De manera similar, en el caso “Gómez” –en el que se había secuestrado 123,57 g. de marihuana– el magistrado destacó que la cantidad de estupefaciente supera lo necesario para el consumo personal.

Por otro lado, adhirió al voto del juez Gemignani en “Pedrera” (425 g.) y al de la jueza Catucci en “Balestre” y “Vera, LA” (3 y 73 g. respectivamente).

#### ***Jueza Figueroa***

La jueza Figueroa intervino en “Pinto Galeano y otro”, “Fretes”, “Gómez” y “Vera, LA”. En el primero de ellos concluyó que, dadas las condiciones en las que se detuvo a los imputados y los mensajes de texto hallados en el teléfono celular, “se [podía] extraer peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”. En “Vera, LA” (73 g.) determinó que la cantidad de estupefaciente secuestrada no se podía considerar que fuera para consumo personal. Por otra parte, en “Fretes” (30, 7 g.) se pronunció en disidencia por la aplicación de “Arriola”. Según su voto, “...en la resolución recurrida, se ha descartado [fundadamente] que la conducta [...] haya puesto en peligro concreto o haya generado un daño a derechos o bienes de terceros”. Por último, en “Gómez” (123, 57 g.) adhirió al voto de la jueza Catucci y descartó que estuviera en cuestión una acción amparada en el artículo 19 CN. Por otro lado, en relación con las condiciones de almacenamiento, en “Vera, LA” la magistrada destacó que el estupefaciente se encontraba fraccionado en veintiséis envoltorios de nylon transparente.

#### ***Jueza Catucci***

La jueza Catucci lideró el acuerdo del caso “Balestre”, en el que se habían secuestrado 3 g. de marihuana. En esa ocasión, debido a que el imputado había sido detenido mientras fumaba en la vía pública, consideró que la situación fáctica no guardaba identidad con el precedente de la Corte. A su vez, en los casos “Gómez” y “Vera, LA” mantuvo una postura similar. Sin embargo, esta vez confirió especial relevancia a la cantidad de droga incautada (123, 57 y 73 g. respectivamente). Finalmente, la magistrada adhirió a los votos de los jueces Gemignani y Riggi en “Pedernera” y “Sequeira”, y al voto del juez Riggi en “Fretes”.

### ***Juez Mahiques***

El juez Mahiques participó de la decisión en “Vera Jaque” y, en disidencia, consideró aplicable el precedente “Arriola”. A tal efecto, valoró la escasa cantidad de estupefaciente hallada (45 g.). Además, evaluó que, en el marco de la causa, el recurrente “...no expuso ningún argumento que, aunque más no sea, haga suponer que dicha sustancia no era para consumo personal”.

► ***En un parque o plaza: “Cestaro”<sup>24</sup>, “Soto Blanco”<sup>25</sup>, “Arce”<sup>26</sup> y “Olivera”<sup>27</sup>.***

En “Soto Blanco” el imputado fue visto por la policía y “reaccionó ocultándose detrás de un piletón en desuso”. Luego de requisarlo se encontraron 44,9 g. de marihuana en envoltorios y cigarrillos armados. Por otro lado, en “Cestaro” una persona fue imputada a partir de que la policía la detuviera mientras fumaba sentado en el banco de una plaza y se le secuestraran 6,59 gramos de marihuana.

En “Arce” una persona imputada fue hallada con tres cigarrillos de marihuana –uno de ellos con la punta quemada– en un parque. Según los datos de la causa, “un joven llevaba en una de sus manos una colilla de cigarrillo armado, y existía un fuerte olor a marihuana” al momento de la detención. En “Olivera”, una persona fue detenida mientras fumaba en un espacio arbolado. Luego de requisarlo, personal policial secuestró el cigarrillo que consumía, 11 g. de marihuana, un paquete de papeles para armar cigarrillos y un encendedor.

### ***Juez Riggi***

El juez lideró el acuerdo en “Soto Blanco” (44, 9 g.) y sostuvo que “no [podía] perderse de vista [...] que los hechos reproducidos ubican al imputado en una plaza, es decir, en un lugar público, y con los estupefacientes bajo su poder, circunstancia que evidencia una posible trascendencia a terceros de su conducta a la par que releva cuanto menos una potencial violación al bien jurídico protegido...”. Por este motivo, desechó la posibilidad de aplicar la doctrina del caso “Arriola”.

---

<sup>24</sup> CFCP, Sala IV. “Cestaro, Gabriel Iván”. Causa N° 8626/2016. Reg. N° 1116/17.4. 28/8/2017.

<sup>25</sup> CFCP, Sala III. “Soto Blanco, Facundo Natanael”. Causa N° 42000394/2013. Reg. N°965/16. 14/7/2016.

<sup>26</sup> CFCP, Sala II. “Arce, Rodrigo y otro”. Causa N° 31000733/2012. Reg. N° 1539/16. 23/8/2016.

<sup>27</sup> CFCP, Sala II. “Olivera, Alexis Maximiliano”. Causa N° 3085/2014. Reg. N° 399/17. 5/4/2017.

***Jueza Catucci***

La jueza Catucci compartió el criterio de Riggi en “Soto Blanco” y adhirió a su voto.

***Juez Gemignani***

En “Soto Blanco” el juez Gemignani adhirió al voto del juez Riggi. Además, señaló que debía valorarse la cantidad secuestrada y el modo en que se encontraba (siete cigarrillos y, el resto, fraccionada en ocho envoltorios). De ese modo, argumentó que, por las circunstancias del caso,

...si bien se hallaron e incautaron elementos compatibles con el consumo, como papelillos para armar cigarrillos y un picador, y se corroboró la dependencia psíquica y física que padece el imputado de sustancias psicoactivas, ello resulta insuficiente para considerar que inequívocamente se configuró una situación de tenencia para consumo personal.

En “Cestaro” el magistrado afirmó: “...de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en donde se produjo el secuestro del estupefaciente que portaba el encartado, surge claramente la trascendencia a terceros”. A su vez, consideró que, aunque “...se halló poca cantidad [de estupefaciente] el mismo estaba siendo manifiestamente exhibido a terceros, traspasando el ámbito de esfera de intimidad”.

***Juez Hornos***

El juez Hornos, por su parte, sostuvo en “Cestaro” que “...la conducta imputada no fue realizada en condiciones tales que no hayan aparejado un peligro concreto a derechos o bienes de terceros”.

***Juez Borinsky***

En “Cestaro” el magistrado Borinsky adhirió a los votos de los jueces Gemignani y Hornos.

***Jueza Ledesma***

En su intervención en “Arce” (1 g.) la magistrada destacó la falta de datos en el acta de prevención. En ese sentido, señaló que no constaba “...ninguna circunstancia que permita afirmar que [el imputado] haya ostentado públicamente el consumo de sustancia estupefaciente, descartándose de ese modo la afectación a terceros”. A su vez, consideró que en el caso “...no puso en peligro el bien jurídico protegido por la norma –salud pública– y, en consecuencia, la conducta es atípica”. Por último, de acuerdo con este criterio, concluyó que “...la insignificancia de la acción reprochada (tenencia de una ínfima cantidad de droga), también representa un obstáculo para afirmar la existencia del alegado daño con trascendencia a terceros”.

Por otra parte, en “Olivera” (11 g.) la magistrada tuvo en cuenta que si bien el imputado fue detenido en la vía pública “...no se ha demostrado de qué modo dicho accionar implicó una afectación a terceros, máxime teniendo en cuenta la insignificancia de la acción reprochada

(tenencia de una ínfima cantidad de droga)". Asimismo, aludió al principio de lesividad en los mismos términos de su pronunciamiento en el caso "Arce".

### ***Juez Slokar***

En "Arce" (1 g.) el magistrado valoró que "...no se informó [...] si el encausado se hallaba transitando un lugar concurrido del extenso predio, ni mucho menos si había personas cercanas a él". A partir de esto, destacó que no se acreditó "que haya mediado siquiera ostentación de la sustancia tóxica hacia terceros y que –además– provoque afectación".

En "Olivera" (11. g), tuvo en cuenta que "...la mera invocación del espacio público no impone intrínseca, necesaria e inevitablemente el grado de afectación constitucionalmente admitido". En ese sentido, se refirió a lo determinante que es "la lesividad concreta que se genere a bienes o derechos de terceros", cuestión que –explicó– no necesariamente lleva implícita el consumo. Por último, el magistrado señaló que

...debe tratarse de una trascendencia 'lesiva' a terceros –donde éste, en pleno goce de sus facultades, sea quien en definitiva pueda considerar que ha estado frente a un peligro concreto, o ha sufrido algún daño a derechos o bienes–, y no de una mera 'trascendencia a terceros' –donde paternalistamente se lo pretende cuidar–.

### ***Juez David***

El magistrado intervino en "Arce" (1 g.) y "Olivera" (11 g.). En el primero de ellos, estimó que la tenencia de estupefacientes para consumo personal "en las condiciones en la que se realizó" conllevaba "un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros". Sobre este aspecto, agregó que la conducta no resultaba "incapaz, por sí misma, de conectarse con un resultado lesivo para otros". En sentido similar, en "Olivera" (11 g.) sostuvo que de la conducta ostensible "se desprende el riesgo y la trascendencia que ésta tiene para terceros y que la Corte sentó como límite".

#### ► ***En medios de transporte: "Chaile"<sup>28</sup>, "Lencioni"<sup>29</sup>, "Sobrepera Maldonado y otros"<sup>30</sup> y "Romero, MS"<sup>31</sup>***

Cuatro casos se ubican dentro de esta subcategoría. Dos ocurrieron en un ómnibus de larga distancia. En "Chaile" se encontró en poder del imputado un arma de fuego y 80 gramos de marihuana. Por otro lado, en "Lencioni", personal de Gendarmería Nacional participó de un operativo público de prevención en una ruta. Entonces, personal de la fuerza de seguridad ascendió a un colectivo con perros e identificó a un pasajero que manifestó que llevaba

---

<sup>28</sup> CFCP, Sala IV. "Chaile, Jorge Daniel". Causa N° 137/2015. Reg. N° 129/17. 24/3/2017.

<sup>29</sup> CFCP, Sala III. "Lencioni, Agustin Sebastian". Causa N° 91001174/2011. Reg. N° 1405/16. 26/10/2016.

<sup>30</sup> CFCP, Sala III. "Sobrepera Maldonado, Adrián Esteban y otros". Causa N° 7762/2015. Reg. N° 154/17. 28/3/2017.

<sup>31</sup> CFCP, Sala I. "Romero, Mario Sebastián". Causa N° 7849/2014. Reg. N° 1751/17. 28/12/2017.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

marihuana para consumo personal. Así, se le encontraron paquetes y frascos con marihuana en un bolso. Toda la sustancia arrojó un peso de 142 gramos.

Por otra parte, en “Sobrepera Maldonado y otros”<sup>32</sup> y “Romero, MS”<sup>33</sup> analizaron el consumo de marihuana en un vagón de tren. En el primer caso, un grupo de personas fue detenido mientras fumaba en el furgón. Ninguno de ellos contaba con más de 4 gramos. En “Romero, MS”, el imputado fue detenido en circunstancias similares; la suma del peso del cigarrillo y lo que disponía entre sus ropas no superó el gramo.

#### **Juez Borinsky**

En “Chaile” (80 g.) el juez Borinsky consideró que el representante del Ministerio Público Fiscal logró descartar fundadamente que la tenencia de estupeficientes fuera para consumo personal. En este sentido, tuvo en cuenta la cantidad y las “demás circunstancias que rodearon el procedimiento”. Por otra parte, en “Sobrepera Maldonado y otros” (ninguno de los imputados tenía más de 4 g. de marihuana) adhirió al voto del juez Hornos.

#### **Juez Hornos**

El juez Hornos adhirió al voto del juez Borinsky en “Chaile” (80 g.). En el caso “Sobrepera Maldonado y otros” consideró que la conducta implicaba un peligro concreto a derechos o bienes de terceros. En particular, tuvo en cuenta que los imputados “...se encontraban fumando un cigarrillo de marihuana [...] mientras había otros pasajeros alrededor de ellos”. Por ese motivo, concluyó que no correspondía la aplicación del precedente de la CSJN.

#### **Juez Gemignani**

En “Chaile” acompañó el criterio del juez Borinsky y tuvo en consideración la cantidad de estupefaciente secuestrado y “las circunstancias que envolvieron el procedimiento”. A su vez, cuestionó al *a quo* por no haber analizado la cantidad de estupefaciente secuestrado. Con respecto a “Lencioni”, el juez sostuvo que no se encontraba satisfecho “...ninguno de los requisitos exigidos por el tipo penal bajo análisis, es decir: ‘escasa cantidad’ y que de ‘las demás circunstancias’ surja inequívocamente el fin de consumo personal”. Sobre este aspecto, el magistrado tuvo en cuenta que entre las pertenencias del imputado se había encontrado una lata pequeña con hojas secas de marihuana y un frasco de vidrio con hojas frescas de la misma sustancia. Por último, en “Romero, MS” adhirió al voto de la jueza Catucci.

#### **Juez Riggi**

El juez Riggi acompañó el voto del juez Gemignani en el caso “Lencioni”.

#### **Jueza Catucci**

---

<sup>32</sup> CFCP, Sala III. “Sobrepera Maldonado, Adrián Esteban y otros”. Causa N° 7762/2015. Reg. N° 154/17. 28/3/2017.

<sup>33</sup> CFCP, Sala I. “Romero, Mario Sebastián”. Causa N° 7849/2014. Reg. N° 1751/17. 28/12/2017.

La jueza Catucci también adhirió al voto de Gemignani en “Lencioni”. A su vez, en “Romero, MS” sostuvo que la forma en la que el imputado fue detenido –mientras fumaba en un vagón– permitía afirmar que la conducta trascendía el ámbito privado protegido por el artículo 19 CN.

### ***Jueza Figueroa***

En “Sobrepera Maldonado y otros” la magistrada sostuvo que la tenencia y el consumo no se habían desarrollado en “circunstancias de no trascendencia a terceros o a la salud pública”. Similar postura mantuvo en “Romero, MS”, al adherir al voto de la jueza Catucci.

#### ***4.2.2 Tenencia de marihuana en prisión***

De la totalidad de los casos relevados, quince trataron sobre tenencias en el ámbito carcelario<sup>34</sup>, trece originados en requisas intramuros, uno al regresar de un taller externo y otro en el marco de una visita. La cantidad mínima de marihuana fue de 1 g. y el máximo, 50, 57 g. Sólo en “Abadie”<sup>35</sup> (1, 74 g.) se encontró a la persona mientras fumaba en su celda. Por otra parte, en “Álvarez”<sup>36</sup> se secuestraron 0,63 g. cuando una persona detenida regresaba de un taller externo. A su vez, “Caseres”<sup>37</sup> se originó en el marco de una visita carcelaria. En esa oportunidad, se encontraron 20,50 g. de droga. En los casos restantes, se encontró el estupefaciente en procedimientos de requisas, por ejemplo, en un bolsillo (“Medina”; 6, 41 g.), en un colchón (“Sosa”; 2, 89 g.) o en un termo de agua (“Jerez”; 3, 86 g.).

En lo que respecta a la Sala II, se relevaron tres casos en los que, más allá del dictamen fiscal favorable, los jueces Slokar y Ledesma se pronunciaron con argumentos propios a favor de la aplicación de “Arriola”: “Figueroa y otro”<sup>38</sup> (3 g. un imputado y 2 g. el otro), “Juárez”<sup>39</sup> (1, 5 g.) y “Sánchez”<sup>40</sup> (4, 55 g.). Esta Sala también registra votos en los que la minoría rechazó la aplicación del principio acusatorio y consideró constitucional la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en contexto de encierro; tal fue el criterio del juez Mahiques en “Miranda” (13, 74 g.) y del juez David en “Luna” (2 g.) y “Ortiz” (3, 89 g.).

### ***Jueza Ledesma***

En “Figueroa y otro” (3 y 2 g. a cada imputado), la jueza Ledesma señaló:

---

<sup>34</sup> Se identificaron, además, siete casos de tenencia de estupefacientes en prisión que fueron resueltos por aplicación del principio acusatorio debido a que el fiscal ante la Cámara de Casación había dictaminado a favor de la aplicación del precedente de la Corte.

<sup>35</sup> CFCP, Sala IV. “Abadie, Franco Martín”. Causa N° 19200/2017. Reg. N° 392/17. 24/4/2017.

<sup>36</sup> CFCP, Sala IV. “Álvarez, José Manuel”. Causa N° 1123/2014. Reg. N° 2412/15. 22/12/2015.

<sup>37</sup> CFCP, Sala I. “Caseres, Silvana Lorena”. Causa N° 44987/2013. Reg. N° 2659/16. 30/12/2016.

<sup>38</sup> CFCP, Sala II. “Figueroa, Jonathan y otro”. Causa N° 1294/2013. Reg. N° 1567/16. 26/8/2016.

<sup>39</sup> CFCP, Sala II. “Juárez, Jonathan Jesús”. Causa N° 31058683/12. 21/2/2017.

<sup>40</sup> CFCP, Sala II. “Sánchez, José Francisco”. Causa N° 36623/2012. Reg. N° 517/17. 6/4/2017.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

...no consta en el acta de prevención [...] ninguna circunstancia que permita afirmar que los encartados hayan ostentado públicamente el consumo de sustancia estupefaciente, lo que de ese modo, permite descartar la afectación a terceros y por ende, al bien jurídico protegido por la norma, esto es, la salud pública. [L]os eventuales peligros que las conductas [...] acarrearían, fueron sostenidas desde un plano meramente conjetural y no en circunstancias comprobadas en la causa, de las cuales surge claramente que la droga fue incautada en poder de uno de los causantes y dentro de los bienes del otro, sin que el personal del S.P.F. haya consignado que la droga estaba siendo exhibida u ostentada ante terceros.

Por otra parte, la magistrada tuvo en cuenta la escasa cantidad de estupefaciente. Sobre este aspecto, sostuvo que "...la insignificancia de las conductas reprochadas, denotan [...] que inequívocamente el estupefaciente secuestrado era para consumo personal, y representa un obstáculo para afirmar la existencia del alegado daño con trascendencia a terceros". Finalmente, consideró que "...el principio de lesividad proscrib[e] el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto". Este criterio se repite en "Juárez" (1, 5 g.), oportunidad en la que agregó que no se había acreditado la afectación a terceros o al bien jurídico. En este caso, asimismo, especificó: "...la circunstancia de que la sustancia fuera hallada en una unidad carcelaria, no modifica –de por sí– la ausencia de un peligro concreto para la salud de terceros". En sentido similar, en "Sánchez" (4, 55 g.) la magistrada adhirió al voto del juez Slokar que se menciona a continuación.

#### **Juez Slokar**

En el referido caso "Sánchez", el juez Slokar consideró que la circunstancia de que "...la imputación de tenencia de estupefacientes para consumo personal esté dirigida a una persona detenida en un establecimiento penitenciario, no [implicaba] por sí sólo que se [hubiera] producido un daño a bienes o derechos de terceros". De ese modo, sostuvo: "...no se ha invocado ninguna circunstancia que demuestre que la conducta del imputado haya ocasionado –en concreto– un daño o un peligro a derechos o bienes de terceros". Finalmente, con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema (fallo "Dessy"), el magistrado concluyó que "...la titularidad de derechos no se detiene frente a los muros de los establecimientos carcelarios". En "Juárez", finalmente, el magistrado adhirió al voto de la jueza Ledesma.

#### **Juez David**

El juez David, por su parte, se pronunció en distintos casos en contradicción con el dictamen fiscal favorable a la aplicación de "Arriola" y defendió una postura contraria a la de los jueces Slokar y Ledesma. En "Figueroa y otro" (3 y 2 g.), por ejemplo, señaló:

...el consumo llevado a cabo dentro de la celda no es privado e inocuo, sino ostensible y perjudicial para los terceros que se encuentran interactuado en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia. [L]a prohibición de tenencia y consumo de determinadas sustancias en esas condiciones de detención no afecta derechos fundamentales puesto que se advierte que tal regulación es razonable y, en consecuencia, legítima, basada en necesidades de orden y seguridad del establecimiento.



## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

En este sentido, el magistrado consideró que la situación en que se detuvo a los imputados del caso “Arriola”, “...difiere de quien se encuentra en pleno uso y goce de su libertad y los derechos fundamentales de la persona no son absolutos y están sujetos a reglamentación, siempre que no se altere su contenido esencial”. En “Juárez”, además, sostuvo que “...del contexto en el que se encuentra el condenado se desprende el riesgo y la trascendencia que tal comportamiento tiene para terceros”.

#### **Juez Hornos**

En “Abadie” (1, 74 g.), el juez Hornos pronunció un voto concurrente al de los jueces Gemignani y Borinsky. En ese sentido, destacó –como lo hizo en gran parte de sus intervenciones– que:

...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.

El magistrado aludió al caso “Dessy” de la Corte Suprema y destacó que “...el individuo privado de su libertad goza de la protección a un ámbito de privacidad, amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional”. Este criterio se mantuvo en “Álvarez” (0,6 g.) y “Caseres” (20,5 g.). Sobre este último, agregó:

...dentro de una unidad penitenciaria, aun cuando se encuentra reducido el espacio de autonomía personal, rige plenamente la protección a un ámbito de privacidad, amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como todos aquellos derechos que no hayan sido específica y legalmente limitados.

Entre los casos que se originaron en requisas, se encuentran “Jerez”<sup>41</sup> (3,86 g.), “Sosa”<sup>42</sup> (2,89 g.), “Robles”<sup>43</sup> (3,14 g.), “Medina”<sup>44</sup> (6,41 g.), “Vilca”<sup>45</sup> (1,79) y “Berón”<sup>46</sup> (5,18 g.). En “Jerez”, el juez Hornos nuevamente se refirió al caso “Dessy” y destacó “...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”. En esta misma línea, en “Sosa” citó un pasaje de la recomendación IV/2014 del Sistema Interinstitucional de Control de Unidades Carcelarias en el que se sostiene que “[l]a 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

---

41 CFCP, Sala IV. “Jerez, Enrique Alberto”. Causa N° 4929/2014. Reg. N° 2562/15. 30/12/2015.

42 CFCP, Sala IV. “Sosa, Miguel Ángel”. Causa N° 24788/2014. Reg. N° 936/16. 14/7/2016.

43 CFCP, Sala I. “Robles, Gustavo Andrés”. Causa N° 18244/2015. Reg. N° 75/17. 6/3/2017.

44 CFCP, Sala I. “Medina, Francisco Daniel”. Causa N° 25173/2014. Reg. N° 239/17. 6/4/2017.

45 CFCP, Sala I. “Vilca, Emanuel Alejandro”. Causa N° 8247/2015. Reg. N° 2365/16. 7/12/2016.

46 CFCP, Sala I. “Berón, Miguel Ángel”. Causa N° 33000185/2013. Reg. N° 2377/16. 12/12/2016.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

mismos”. En “Robles” consideró que “...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 “Medina” su voto se desarrolló de modo similar a sus restantes decisiones y especificó que, si bien las personas privadas de su libertad

...tienen restringido su derecho a la libertad ambulatoria, y [...] se encuentran sujetas a determinadas normas de conducta que restringen su ámbito de privacidad, eso no significa en modo alguno 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.

Por otra parte, en “Vilca” destacó, a la luz de “Arriola”, la falta de daño a derechos, bienes de terceros o peligro concreto real para la salud y la seguridad pública.

#### ***Juez Borinsky***

El magistrado Borinsky intervino en los mismos casos que el juez Hornos<sup>47</sup>. En “Abadie” (1,74 g.) adhirió al voto del juez Gemignani y, pese a que la persona detenida había sido encontrada por el SPF mientras fumaba marihuana, consideró que “...la conducta atribuida al interno no trascendió a terceros, por lo que encuentra amparo en el principio de reserva (art. 19 C.N.)”. En sentido similar, en “Álvarez” consideró que no se había comprobado “...la existencia de un daño a derechos o bienes de terceros o un peligro concreto real, siquiera lejano, para la salud y seguridad pública”.

Por otra parte, en “Jerez” y “Berón” (3,86 y 5,18 g. respectivamente) el magistrado mantuvo su criterio favorable a la aplicación de “Arriola” y aludió a la falta de trascendencia a terceros de la conducta. En “Sosa” (2,89 g.), por su parte, adhirió al voto del juez Gemignani en favor de la aplicación del precedente “Arriola”. En “Robles” (3,14 g.), “Medina” (6,41 g.) y “Vilca” (1,79 g.) al de la jueza Figueroa, también en favor de su aplicación.

#### ***Jueza Figueroa***

La jueza Figueroa intervino en “Robles” (3, 14 g.), “Medina” (6, 41 g.), “Vilca” (1, 79 g.), “Caseres” (20, 5 g.) y “Berón” (5, 18 g.). En el primero, sostuvo que “...el contexto de encierro no determina por sí, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal trascienda la esfera de intimidad de la persona y por lo tanto, tampoco implica la automática afectación al bien jurídico protegido por la norma”. A lo largo de sus pronunciamientos, la magistrada destacó la resolución 45-111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este documento, luego de reconocer la limitación al ámbito de disponibilidad de las personas detenidas, se destacó que, incluso en la situación de encierro, “...mantienen un ámbito de

---

<sup>47</sup> Sin embargo, en “Caseres” declaró inadmisibile el recurso de la defensa por no tratarse de una sentencia definitiva o equiparable. Por este motivo, los gráficos N° 9 (Borinsky) y 10 (Hornos) presentan una diferencia en la cuadrícula referida al ámbito tres –cárcel–.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

intimidad constitucionalmente resguardado, si bien reducido o limitado en orden a aquello que es evidentemente necesario por el hecho del encarcelamiento”.

En “Vilca” (1,79 g.) la jueza enfatizó en la escasa cantidad de marihuana secuestrada. A su vez, en “Medina” y “Caseres” mantuvo un mismo criterio para dos situaciones distintas: en el primer caso, se habían encontrado 6,41 g. de marihuana en una requisita intramuros; en “Caseres” se encontraron 20,50 g. previo a una visita carcelaria. Frente a estas situaciones, la magistrada señaló:

...debe atenderse 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 un individuo que se encuentra 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 amenazado por ejemplo, por la tenencia de armas de cualquier tipo pero no por una escasa cantidad de marihuana.

Para el caso de la visita carcelaria, sólo se modificó la expresión “un individuo que *se encuentra* en una dependencia penitenciaria” por “un individuo que *concorre* a una dependencia penitenciaria”.

Finalmente, en el caso “Berón” (5,18 g. encontrados luego de una requisita) la jueza consideró que las circunstancias del caso se ajustaban a la doctrina del fallo “Arriola”. En ese sentido, recordó su criterio con respecto a que “...la circunstancia de encontrarse privados de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para privar a los imputados de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal”.

#### **Juez Gemignani**

El juez Gemignani se pronunció en “Abadie” (1, 74 g) en el caso de una persona que fumaba marihuana en su celda. Entonces, el magistrado sostuvo que “...el comportamiento del justiciable en momento 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”. Posteriormente, tuvo en cuenta la escasa cantidad de estupefaciente y agregó:

[El imputado] tenía la sustancia estupefaciente en su celda, ámbito éste reservado a la intimidad personal de su vida intramuros –aunque con las restricciones propias de la ejecución de la pena y con la salvedad de las facultades propias del Servicio Penitenciario para practicar requisas periódicas y que puedan derivar en eventuales infracciones disciplinarias–, lo que da la pauta de que aquella sustancia estupefaciente no afectó a personas ajenas al acusado.

En los restantes casos (“Álvarez”, “Jerez”, “Sosa” y “Bañados”<sup>48</sup>) consideró que no se había acreditado la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública. A tal efecto, valoró la escasa cantidad secuestrada (0,63 g.; 3,86; 2,89 y 20,57 g., respectivamente) y sostuvo

---

<sup>48</sup> CFCP, Sala III. “Bañados, Mario David”. Causa N° 9128/2016. Reg. N° 1067/17. 28/9/2017.

que se trataba de “...una cuantía factible de ser considerada detentada para el propio consumo y que [...] no fue ostentada a terceros”.

### ***Juez Riggi***

El juez Riggi intervino en el caso “Bañados” (20, 57 g.). En su voto, consideró que no correspondía la aplicación del fallo “Arriola”. El magistrado sostuvo:

...la tenencia de estupefacientes dentro de un establecimiento penitenciario es una conducta que necesariamente trasciende los límites de la privacidad, y proyecta sus consecuencias negativas sobre toda la población carcelaria [...] afectando negativamente, además, el debido ejercicio del servicio de penitenciaría que lleva adelante el Estado, dirigido a la resocialización de los internos alojados en los respectivos establecimientos y por ello no se encuentra amparado en el principio de reserva del art. 19 de la C.N.

### ***Juez Mahiques***

El juez Mahiques intervino en los casos “Miranda”<sup>49</sup> y “Bañados”. En el primero de ellos se habían secuestrado 13,74 gramos de marihuana y el representante del Ministerio Público Fiscal había dictaminado en favor de la aplicación del precedente “Arriola”. De todos modos, el magistrado consideró que la situación de encierro excluía, por sí sola, la protección del art. 19 de la CN frente a la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Con argumentos similares, en “Bañados” (20, 57 g.) adhirió al voto del juez Riggi y descartó la aplicación del precedente de la Corte Suprema. En este último caso, además, agregó:

[s]ería razonable [sic], por tanto, considerar ‘privado’ a un establecimiento público de detención como ámbito habilitado para la realización de conductas consideradas ilícitas y contrarias a la reglamentación vigente, además de ostensiblemente perjudiciales para la salud de quienes cohabitan intramuros, con los consiguientes efectos negativos en relación al orden y disciplina indispensables en la organización de la actividad de un medio carcelario.

## **5. CONCLUSIONES**

El escrutinio de los votos emitidos por cada uno de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal en el período comprendido entre julio de 2016 y diciembre de 2017 permite extraer conclusiones parciales acerca del modo en que los integrantes del tribunal interpretan y, consecuentemente, aplican el precedente “Arriola” de la CSJN. Esta limitación se ha debido al hallazgo de cierta homogeneidad en los casos sobre los que se expidieron los magistrados; al menos, en lo que respecta a los elementos estudiados (cantidad de droga y ámbito espacial).

En este escenario, se identificaron distintos desarrollos argumentales –que, en ocasiones, se plantearon de modo inconsistente– orientados a elucidar los elementos relevantes para determinar la *afectación a terceros* que excluye la protección constitucional. Así, se ha detectado que uno de los aspectos más importantes para definir la criminalización de la tenencia de

---

<sup>49</sup> CFCP, Sala II. “Miranda, Juan José”. Causa N° 25908/2015. Reg. N° 1016/17. 17/8/2017.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

marihuana ha sido la cantidad de estupefaciente secuestrada. Esto, condicionado, en gran medida, por las referencias del fallo de la CSJN y la redacción del art. 14 de la ley N° 23.737<sup>50</sup>. Por lo demás, las decisiones relevadas tienen en cuenta otras variables. Entre ellas, las condiciones del estupefaciente, su fraccionamiento y la presencia de elementos que hacen al consumo (papeles, pipas, colillas de cigarrillos, picadores, etc.).

El juez David mantuvo un criterio adverso a la aplicación de “Arriola” en la vía pública, aun cuando no se registrara la presencia de terceros. En los casos “Arce” y “Olivera” el magistrado asoció de manera directa la ostentación del consumo con la configuración de una lesión concreta. El juez Mahiques, en cambio, intervino en un caso que tuvo lugar en la vía pública en presencia de terceros y se pronunció –en disidencia– con un criterio favorable a la aplicación de “Arriola” (“Vera Jaque”). A tal efecto, valoró la cantidad escasa de marihuana secuestrada (45 g.) y que no se expuso ningún argumento que permitiera suponer que la sustancia no era para consumo personal.

El juez Hornos, en “Romero, HG” –detenido luego de evadir el pago de un boleto– consideró que 50 gramos fraccionados en ocho envoltorios podían ser asociados al consumo personal. A su vez, sostuvo que no se había probado que la tenencia trascendiera a terceros. Sin embargo, en circunstancias similares, y sin que se hubiere ostentado la tenencia (“Fritz” 93 g. y “Pérez J”, 106 g.), señaló que la cantidad de droga no permitía concluir que mediara una finalidad exclusiva de consumo personal.

El juez Gemignani señaló que no tenía lugar el consumo con ostentación por el sólo hecho de que se hubiera utilizado el estupefaciente en un lugar público; lo relevante es, a su criterio, que se hubiera asumido una “actitud de lucimiento” (caso “Martínez”, menos de 25 g.). Sin embargo, en otro caso en el que el imputado no consumía (“Rodríguez”, 33,59 g. en catorce envoltorios, detenido luego de que se lo viera guardar en un bolsillo un “envoltorio similar al utilizado para estupefacientes”) afirmó que faltaban elementos que permitieran sostener de modo inequívoco que la cantidad resultara para consumo personal. A tal efecto, valoró las condiciones de fraccionamiento de la sustancia.

El juez Slokar explicitó de forma clara los elementos que tuvo en cuenta para resolver este tipo de casos. En este sentido, rechazó que el ámbito espacial y la ostentación conllevaran, necesariamente, la afectación concreta a terceras personas identificadas (caso “Olivera”). La jueza Ledesma se expidió en una sintonía similar en “Arce” y “Olivera”. Entonces, aludió – como lo hizo al expedirse sobre la tenencia de estupefacientes en el ámbito carcelario– al principio de lesividad y a la insignificancia de la conducta reprochada en razón de la escasa cantidad de estupefaciente secuestrada. Además, cuestionó la falta de pruebas sobre la presencia de terceros.

El juez Riggi, por otro lado, se pronunció en una cantidad relativamente variada de casos (ámbitos 3, 4 y 5) y con distintas cantidades de droga (en particular, para el ámbito 5) y siempre

---

<sup>50</sup> “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. [...] La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

rechazó que los imputados estuvieran amparados por el artículo 19 de la CN. Es decir, resolvió 16 casos y siempre rechazó la aplicación de “Arriola”. Entre los argumentos utilizados con mayor frecuencia se destacan la cantidad de estupefaciente, “las circunstancias que rodean el hecho” (por ejemplo, en “Sequeira” aludió a que se trataba de un “lugar público” o que se hubiera desarrollado en un “horario” en el que había mucha gente). En lo que respecta a la ostentación de la tenencia, incluso, tuvo en cuenta que el imputado había sido advertido por los policías que intervinieron en la detención (“Martínez”). En otro caso, asimismo, consideró que el acusado tenía 14 envoltorios y planteó que siquiera podía descartar que se tratara de una tenencia con fines de comercialización (“Rodríguez”).

Los jueces Borinsky, Hornos y Gemignani tendieron a aplicar “Arriola” cuando se secuestró poca cantidad de marihuana: Gemignani, menos de 25 gramos; Borinsky y Hornos, menos de 50 gramos. Al desarrollar sus argumentos, el juez Hornos valoró especialmente la cantidad de droga secuestrada y las condiciones en las que se encontraba el estupefaciente; estas circunstancias lo llevaron a resolver situaciones en el mismo ámbito con diferentes criterios (ver, por ejemplo, “Pinto Galeano y otro” y Perez J.” – “Romero, HG”). Asimismo, valoró la ostentación de la tenencia (“Romero, HG”) y el sitio en el que se encontraba la droga (en “Pinto Galeano y otro” juzgó a favor del imputado que la tuviera en la zapatilla). Los jueces Gemignani y Borinsky, a su vez, efectuaron valoraciones similares. Gemignani, además, precisó: “...el ‘consumo con ostentación’ no ocurre cuando se utiliza el estupefaciente en un lugar público, sino que debe imprimirse al hecho una actitud de lucimiento para que sea visto”.

En lo que respecta a la relevancia de la cantidad de estupefaciente secuestrada, la jueza Figueroa exhibe uno de los criterios más amplios a la hora de aplicar “Arriola”. En esta dirección, consideró factible aplicarlo frente a tenencias en la vía pública de menos de 300 gramos de marihuana. En este punto, explicó que la cantidad de estupefaciente no puede, por sí sola, llevar a excluir que la tenencia sea para consumo personal.

En lo que atañe a la tenencia de estupefacientes en prisión, los jueces Ledesma y Slokar plantearon que la circunstancia de que una persona esté encarcelada no implicaba, por sí sola, la producción de un daño a bienes o derechos de terceros (ver, en particular, casos “Juárez” y “Sánchez”). A la hora de determinar en qué supuestos estiman que se podría producir tal afectación, la jueza Ledesma refirió a la escasa cantidad y a la “ostentación pública del consumo” (por ejemplo, en “Figueroa y otro”, cuando la droga estaba “en poder de uno y dentro de los bienes de otro”). En ese sentido, enfatizó sobre la insignificancia de la acción.

En este punto, los magistrados Gemignani, Hornos, Borinsky y Figueroa sostuvieron criterios similares a Slokar y Ledesma. En todos los casos en los que intervinieron se expidieron por la aplicación de “Arriola” frente a la tenencia de menos de 25 gramos. Todos acordaron con que la privación de la libertad no determina la exclusión de la esfera de privacidad que contempla el artículo 19 CN. Pese a que todos parecen contemplar supuestos en los que sería factible afectar a terceros con conductas de este tipo, se expidieron siempre en contra de la criminalización en casos de diferente naturaleza; en este sentido, resolvieron la situación de una persona que fumaba en su celda, de otra que realizaba una visita carcelaria, una que regresaba de un taller y en requisas.

## Referencia Jurídica e Investigación

### Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Por lo demás, el juez Gemignani, en “Abadie” (1,74 g.) consideró que la persona imputada por fumar en su celda “en momento alguno colocó en peligro concreto o causó daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”. Además, definió este lugar como un ámbito “reservado a la intimidad personal de su vida *intra* muros”, lo que daba la pauta de que el estupefaciente no afectó a personas ajenas al acusado. En ese sentido también se pronunció el juez Hornos, quien sostuvo que la persona privada de libertad gozaba “de la protección a un ámbito de privacidad”. En el mismo caso, el juez Borinsky –sin desarrollar el estándar que aplicó– afirmó que la conducta no trascendió a terceros, por lo que se encontraba amparada en el artículo 19 CN.

En clara contraposición con esta postura, los jueces Riggi, David y Mahiques, al pronunciarse sobre tenencias de marihuana inferiores a los 25 gramos en prisión, rechazaron la aplicación de “Arriola” en todos los casos. El juez David se expidió en este sentido, incluso, frente al dictamen fiscal favorable a la inconstitucionalidad de la ley N° 23.737. Los tres magistrados defendieron la imposibilidad de proteger la privacidad de una persona en prisión:

- Para el juez David, “...el consumo llevado a cabo dentro de la celda no es privado e inocuo, sino ostensible y perjudicial para terceros que se encuentran interactuando en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia” (“Figuroa y otro”, 3 y 2 g.).
- Para el juez Riggi, “...la tenencia de estupefacientes dentro de un establecimiento penitenciario es una conducta que necesariamente trasciende los límites de la privacidad, y proyecta sus consecuencias negativas sobre toda la población carcelaria” (“Bañados”, 20,57 g.).
- Para el juez Mahiques, “...considerar ‘privado’ a un establecimiento público de detención como ámbito habilitado para la realización de conductas consideradas ilícitas y contrarias a la reglamentación vigente” (“Bañados”, 20,57 g.) sería irrazonable y perjudicial para la salud de quienes cohabitan en ese sitio.

## BIBLIOGRAFÍA

Alegre, M. 2011. Arriola, Bazterrica y la igualdad democrática. *Revista Lecciones y Ensayos*, 89, 121-139.

Garavito, C. R. 2011. Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano. En: *El derecho en América Latina*. Garavito, C. R. (coord.). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Gorostiaga, J.; Vivanco, G. 2017. Digital culture and diversity: perspectives of discourses on ICT-Education Policies. *Cadernos de Pesquisa*, 47 (165), 1016-1043.

Gullco, H. 2010. Diálogo sobre el caso Arriola, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 3, 439-444.

Pound, R. 1910. Law in books and law in action. *American Law Review*, 44, 12.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Twining, W. 2003. *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.