



2023

**Estudios sobre Jurisprudencia**  
Ministerio Público de la Defensa

**NÚMERO ESPECIAL**  
**Estupefacientes**

**3. EL FALLO “ARRIOLA” DE LA CORTE SUPREMA Y LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL DENTRO DE LA CÁRCEL**

UN ANÁLISIS CRÍTICO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL

Alberto Sandhagen

*VOCES: CÁRCELES. ESTUPEFACIENTES. TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL. PRINCIPIO DE RESERVA. JURISPRUDENCIA. CÁMARA FEDERAL DE CASACION PENAL.*

Cítese como: Sandhagen, A. (2023). El Fallo “Arriola” de la Corte Suprema y la tenencia de estupefacientes para consumo personal dentro de la cárcel. Un análisis crítico a partir de la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal. *Estudios sobre Jurisprudencia*, número especial: Estupefacientes, política criminal y defensa pública, pp. 103-182.

# EL FALLO “ARRIOLA” DE LA CORTE SUPREMA Y LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL DENTRO DE LA CÁRCEL

## UN ANÁLISIS CRÍTICO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL

*Alberto Sandhagen*

### 1. INTRODUCCIÓN

El tema que propugno abordar en el marco del Seminario de investigación “Estupefacientes: política criminal y defensa pública” es una cuestión especialmente debatida y con derivaciones jurídico-prácticas de relevancia. En tal sentido, versa sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en particular, en la situación de las personas que se hallan en un Complejo Penitenciario y se les encuentra material estupefaciente en su poder.

En tal sentido, en virtud del precedente registrado en Fallos: 332:1963 (“Arriola”<sup>1</sup>) de la Corte Suprema, con apoyo en la decisión antes adoptada en Fallos: 308:1392 (“Bazterrica”<sup>2</sup>), ese tribunal estableció una doctrina acerca del alcance del derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional y el modo en que este derecho inhibe la punición estatal de ciertas conductas de las personas.

Los términos de la causa “Arriola” se aplican sin más, cuando se originan sus presupuestos, a las personas que se encuentran en un medio libre o en libertad. No hay margen de dudas en la doctrina ni en la jurisprudencia de su aplicación y ni por asomo se esboza volver al criterio anterior de esa Corte que había fijado en “Colavini” (Fallos: 300:254)<sup>3</sup> y en “Montalvo” (Fallos: 313:1333)<sup>4</sup>.

Al contrario de ello, las consecuencias del fallo “Arriola” relativas a si pueden o no ser trasladadas a las personas que se encuentran en privación de libertad es una cuestión sobre la que no hay consenso doctrinario ni jurisprudencial. Al menos, como muestra de la ausencia de acuerdo en la jurisprudencia, la Corte Suprema resolvió el caso “Rodríguez”

---

<sup>1</sup> Véase: A. 891. XLIV. Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080. Sentencia de 25 de agosto de 2009.

<sup>2</sup> Véase: Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes. Sentencia de 29 de agosto de 1986.

<sup>3</sup> Véase: Colavini, Ariel Omar s/inf. Ley 20771 (estupefacientes). Votaron de los ministros Adolfo R. Gabrielli, Abelardo F. Rossi, Pedro J. Frías y Emilio M. Daireaux.

<sup>4</sup> Véase: M. 114. XXIII. Montalvo, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771. Sentencia de 11 de diciembre de 1990.

guez” (Fallos: 344:2409)<sup>5</sup> y “Salvini” (Fallos: 345:869)<sup>6</sup>. En el primero de ellos, adelante, la mayoría declaró inadmisibles los recursos federales presentados y, en el segundo caso, con una mayoría *ad-hoc* hizo lugar al recurso de la defensa y revocó la sentencia apelada.

A pesar de ello, considero que nada está resuelto en forma definitiva en el seno de la Corte Suprema, resalto ello, debido a que tiene relevancia en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal. Por lo tanto, en este trabajo resultará determinante establecer si, a partir de la doctrina fijada en “Arriola” por la Corte, el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en tanto castiga la conducta de los imputados consistente en la tenencia de estupefacientes para consumo personal en escasa cantidad, abarca a las personas que se encuentran dentro de un establecimiento carcelario, o, en otras palabras, el hecho de estar detenido en un establecimiento penitenciario esa circunstancia priva del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Para esa labor, en primer lugar, voy a delinear los estándares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en lo establecido en el precitado “Arriola”, como en los fallos en donde extendió dicha doctrina, para así especificar los derechos constitucionales que se encuentran involucrados en este tipo de casos. Es de suma importancia establecer, si es que lo hay, el estándar que aplica la Corte Suprema ante los casos de tenencia para consumo de estupefacientes.

Sobre esa base, en segundo orden, analizaré los precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal emitidos desde el 1° de enero de 2018 hasta el 30 de junio de 2022 con el objetivo de corroborar el modo en que aplican el precedente “Arriola” y sus extensiones.

Para ello, examinaré qué posición adoptan cada uno de los distintos magistrados que integran las diferentes Salas de la Casación, como a su vez el hoy presidente de esa cámara. Específicamente, aclaro que en la actualidad (año 2022) la presidencia de ese cuerpo colegiado está a cargo del doctor Alejandro Walter Slokar. Por su parte, la Sala 1

---

<sup>5</sup> Véase: FPA 8956/2016/2/1/1/RH1, Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente de recurso extraordinario (rta. 9/09/2021). La Corte, con el voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti, desestimó el recurso en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti votaron en disidencia y consideraron que debía declararse admisible el recurso y revocarse la sentencia apelada.

<sup>6</sup> Véase: FPA 009510/2017/3/1/1/RH001. Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario. Sentencia de 30 de agosto de 2022. Criterio que fue refirmado por la Corte Suprema en el caso FPA 9951/2016/2/1/1/RH1. Demarchi, Alexis s/ incidente de recurso extraordinario. Sentencia 8 de noviembre de 2022.

sus integrantes son la doctora Ana María Figueroa y los doctores Diego Gustavo Barroetaveña y Daniel Antonio Petrone. A su vez, la Sala 2 se encuentra integrada por la doctora Ángela Ester Ledesma y los doctores Carlos Alberto Mahiques y Guillermo Jorge Yacobucci. La Sala 3 tiene una vacante y está integrada por los doctores Eduardo Rafael Riggi y Juan Carlos Gemignani. Por último, en la Sala 4 está compuesta por los doctores Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos. No obstante, no se expone la opinión de la doctora Liliana Elena Catucci debido a que en la actualidad no integra la casación.

Sobre lo expuesto, en tercer término, con una toma de postura, efectuaré una crítica a los argumentos que utilizan los distintos jueces de la casación para confirmar la punición de la tenencia para consumo personal dentro de la cárcel. A esos fines, en virtud de la extensión del trabajo, los fundamentos que se brindarán no tendrán la autosuficiencia requerida, sino que se efectuará un esbozo de las ideas centrales.

No obstante, efectúo dos aclaraciones. En primer lugar, no pretendo analizar la situación especial que la Corte Suprema, por ejemplo, resolvió en “Dicapua”<sup>7</sup>, en cuanto exceden el objeto del presente trabajo. En ese caso, se trató de aquella persona que se presentó a una dependencia policial o a una cárcel para visitar a una persona detenida y, al efectuársele la requisa de rigor, se le secuestró material estupefaciente. En suma, no trataré los casos en donde las personas regresan al penal, como, por ejemplo, por una salida transitoria<sup>8</sup> y se les secuestra el material prohibido por la ley 23.737. En segundo término, dejaré de lado el precedente de Fallos: 345:869 (“Salvini”) debido a que se dictó con posterioridad al lapso que se tomó como parámetro en esta investigación.

En consecuencia, en resumidas cuentas, el objetivo de este trabajo es acercar la posición que hoy tienen los integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal en su carácter de tribunal intermedio (Fallos: 328:1108 “Di Nunzio”) en el ámbito de la justicia nacional federal y concluir con unas reflexiones críticas y una toma de postura relativa a la tenencia de estupefacientes para consumo personal de las personas que se hallan en un Complejo Penitenciario desde los lineamientos que otorgó la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

<sup>7</sup> Precedente registrado en Fallos: 312:1892. Causa D. 334. XXII. Dicapua, Sergio Héctor s/ av. ley 20.771. sentencia de 5 de octubre de 1989. En ese andarivel se puede confrontar en la Cámara de Casación las causas: FTU 712/2016/TO1/1/CFC1 del registro de la Sala 3, caratulada “Romero, Marta Azucena s/ recurso de casación” (sentencia de 27 de marzo de 2019).

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo: Sala 3°, causa FPO 6435/2017/TO1/2/1/CFC1, caratulada: “Leguiza, Ramón Armando s/recurso de casación” (sentencia de 12 de octubre de 2018); y, Sala 4, causa FCR 11659/2016/CFC1. Caratulada: “Guenuman, Marcelo Fernando s/recurso de casación” (sentencia del 17 de septiembre de 2020).

## 2. EL CASO “ARRIOLA” Y SUS PROYECCIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En este acápite me interesa dejar establecido cuál fue, en líneas generales, el estándar que estableció la Corte Suprema en el caso “Arriola”, o al menos, los contornos de ese fallo para poder realizar un análisis de las sentencias de la Cámara Federal de Casación Penal.

### 2.1. El precedente “Arriola” de Corte Suprema de Justicia de la Nación

En relación con la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el primer caso importante hasta la actualidad, fue mutando sus argumentos. Esos fundamentos fueron zigzagueantes, a favor y en contra de la penalización, producto por la diferente conformación de los ministros por el paso de los años y los cambios de gobiernos y debido a que no hay, en el derecho argentino, norma alguna en la Constitución Nacional que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para la propia Corte. Tampoco existe (ni existió), una norma de jerarquía legal que establezca la obligatoriedad de los fallos de la Corte para el propio tribunal (Legarre, 2013).

La Corte Suprema en este camino sinuoso<sup>9</sup>, en un primer momento, el día 28 de marzo de 1978 se dictó la sentencia en el caso “Colavini”<sup>10</sup> donde declaró la constitucionalidad de la tenencia para consumo. De seguido, al contrario de ello, el día 29 de agosto de 1986, resolvió dos causas importantes con respecto a la tenencia de estupefacientes para uso personal. Las causas se refieren a Gustavo Bazterrica<sup>11</sup> y Alejandro Capalbo<sup>12</sup>, en donde por mayoría declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 20.771 que reprimía dicha tenencia. Con posterioridad, el 11 de diciembre de 1990, dictó sentencia en “Montalvo”<sup>13</sup> y, en esa ocasión, confirmó la sentencia apelada y rechazó la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 y del artículo 14 de la ley 23.737.

---

<sup>9</sup> Voy a dispensar en ingresar en cada caso en particular puesto que excede el objeto del presente trabajo.

<sup>10</sup> Fallos: 300:254. Voto de los ministros Adolfo R. Gabrielli, Abelardo F. Rossi, Pedro J. Frías y Emilio M. Daireaux.

<sup>11</sup> Fallos: 308:1392. Votaron los ministros José Severo Caballero (en disidencia), Augusto César Bellsucio, Carlos S. Fayt (en disidencia), Enrique Santiago Petracchi (según su voto) y Jorge Antonio Bacque.

<sup>12</sup> Fallos: 308:1463. Votaron los ministros José Severo Caballero (en disidencia), Augusto César Bellsucio, Carlos S. Fayt (en disidencia), Enrique Santiago Petracchi (según su voto) y Jorge Antonio Bacque.

<sup>13</sup> Fallos: 313:1333. Votaron los ministros Ricardo Levene (h.), Mariano Cavagna Martínez, Carlos Fayt (por su voto), Augusto César Bellsucio (en disidencia), Enrique Santiago Petracchi (en disidencia) Rodolfo Barra, Julio Nazareno, Julio Oyhanarte y Eduardo Moliné O'Connor.

Para finalizar, este recorrido, el 25 de agosto de 2009, resolvió “Arriola”<sup>14</sup> y, por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 segunda parte de la ley 23.737.

Si bien existe una dispersión de los votos<sup>15</sup>, todos los ministros coinciden en los primeros nueve considerandos del voto conjunto de la ministra Highton de Nolasco y del ministro Maqueda y todos concurren en el mismo resultado en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

En particular, el Máximo Tribunal advirtió que

...que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos”<sup>16</sup>.

En otro voto concurrente en la misma sentencia se dijo que

...una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra -como se dijo- un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter preeminente al señorío de la persona –siempre que se descarte un peligro cierto para terceros–<sup>17</sup>.

Por otro lado, el ministro Petracchi, se remitió a su voto en el caso de Fallos: 308:1392 (“Bazterrica”) sin otras consideraciones adicionales. En aquel precedente, en el que

---

<sup>14</sup> Fallos: 332:1963. Votaron los ministros Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto), Elena Inés Highton de Nolasco (según su voto), Enrique Santiago Petracchi (según su voto), Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni (según su voto) y Carmen Argibay (según su voto).

<sup>15</sup> Ante ello, se dijo que “...esa dispersión de opiniones pone en evidencia que los siete ministros del tribunal no han podido ponerse de acuerdo acerca de la elaboración de un texto único que contenga las razones que justifican no castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en las condiciones que presenta el caso. En general, considero que, al menos en situaciones como la aquí analizada, en que la Corte Suprema llega a declarar la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley Federal de Estupefacientes, debería hablar con una sola voz” (GARAY, 2009).

<sup>16</sup> Véase el Considerando 36°) del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y el Considerando 18°) del voto del juez Lorenzetti.

<sup>17</sup> Véase el Considerando 16°) del voto del juez Fayt.

sostuvo en cuestión la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771<sup>18</sup>, que en cuanto aquí interesa contemplaba el mismo supuesto de hecho de la punibilidad que el actual artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737<sup>19</sup>, aquel juez había sostenido que aquella disposición debía ser invalidada

...pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales” y en consecuencia “se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros<sup>20</sup>.

Por su parte, el ministro Lorenzetti señaló que

El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

Y en base a ello concluyó que “...no cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”, y que por lo tanto “[l]a conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”<sup>21</sup>.

Finalmente, en el voto concurrente de la ministra Argibay afirmó que ni la decisión de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema ahora superada (“Montalvo”), ni la actual que la ha revisado en el caso “Arriola”, han querido examinar en abstracto la compatibilidad con el artículo 19 de la Constitución Nacional de la figura legal que conmina la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Al respecto, señaló que

...derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno

---

<sup>18</sup> La escala penal que establecía este artículo era de 1 a 6 años de prisión a la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.

<sup>19</sup> Aunque no distinguía entre tenencia simple y para consumo ya que estaba redactado de la siguiente forma “Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$ 100) a cinco mil pesos (\$ 5.000) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal” (artículo 6° de la ley 20771).

<sup>20</sup> Véase el Considerando 27°) del voto del juez Petracchi.

<sup>21</sup> Véase el Considerando 11°, “a”, “c” y “d” del voto del juez Lorenzetti).

de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si "Montalvo" hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución<sup>22</sup>.

En ese voto se recogió la idea central de la decisión anterior de la Corte en el caso de Fallos: 308:1392 ("Bazterrica"), en cuanto declaró que "en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, estaba amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional" y se relevó un número de casos en los que tal peligro no estaba excluido, y en particular, casos de consumo o tenencia ostensibles<sup>23</sup>. La ministra Argibay en definitiva declaró: "En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica" implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional".

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

## **2.2. La Corte Suprema aplicando e interpretando la doctrina "Arriola"**

Si bien hubo varios casos en donde la Corte Suprema se remitió al momento de resolver a lo expuesto en Fallos: 332:1963 ("Arriola")<sup>24</sup>, no lo es menos que citaré uno de ellos

---

<sup>22</sup> Véase el Considerando 11°) del voto de la jueza Argibay. A continuación se evocó que la sentencia del caso "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo" (Fallos: 33:162), donde se sostuvo que: "Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...".

<sup>23</sup> Véase el Considerando 13°) del voto de la jueza Argibay.

<sup>24</sup> Sin perjuicio que hay gran cantidad de disidencias del ministro Zaffaroni, como, por ejemplo, en causas: C. 353. XLVIII. Cabana, Facundo Nahuel s/ causa n° 14.487, sentencia del 26 de marzo de 2013; y, V. 194. XLIX. Villacreces Quiroga, Xavier y Hernández Baena, Sebastián s/ causa n° 16.778, sentencia del 24 de septiembre de 2013.



Referencia Jurídica e Investigación  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia  
Ministerio Público de la Defensa

debido a que es importante para los casos aquí tratados, en donde expandió o delineó – aún más– la doctrina del precedente recién nombrado. En efecto, se expidió el más Alto Tribunal sobre la tenencia compartida y el tipo de sustancia secuestrada.

El 28 de diciembre de 2010, la Corte resolvió “Raschini”<sup>25</sup> en donde aplicó *mutatis mutandi* la doctrina del precedente “Arriola”. Al respecto, sintéticamente, en dicho fallo, en el marco de un allanamiento se encontró en el interior de una vivienda escasa cantidad de marihuana y cocaína. En tal sentido, en el domicilio donde los hermanos L. vivían junto con sus padres, se secuestró en poder de uno de ellos tres cigarrillos de armado casero que contenían marihuana y cuyo peso total fue de 2,4 gramos –todos estaban en el mismo envoltorio–. Luego, en el interior de una caja de calzado que estaba guardada dentro de un armario del dormitorio que ambos hermanos compartían, se encontró siete cigarrillos similares más (cuyo peso total fue 2,53 gramos) y dos pequeños envoltorios con cocaína que pesaron 1,5 gramos en total<sup>26</sup>. Y, en especial, interesa destacar que el secuestro de material estupefaciente se encontró en el dormitorio que los imputados compartían. En tal sentido, por un lado, hubo un reconocimiento por parte de los imputados sobre su consumo y la tenencia con el mismo destino, a su vez, las circunstancias en que se realizó la detención llevaron a concluir en forma inequívoca y definitiva que la tenencia era para su uso personal.

Resalto que las condiciones de la tenencia (compartida en el dormitorio) en la causa “Raschini” diferían radicalmente de lo que se resolvió en “Arriola” (la llevaban oculta en sus prendas, salvo dos jóvenes que la arrojaron al suelo al ver a la policía). De ello, deduzco que, en “Raschini” la Corte Suprema extendió la doctrina de “Arriola” a una te-

---

<sup>25</sup> R. 57.XLVI. Raschini, Lorena Laureana Rosalía; Satnovau, Diego Daniel; Torre, Ángel Armando s/ recurso de casación. Votaron los Ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni, Carmen M. Argibay (según su voto).

<sup>26</sup> Al respecto, se tuvo por probado que “...el día 1° de diciembre de 2006, personal policial de la Brigada Operativa Departamental II, con motivo de cumplir con la orden de allanamiento n° 5639 emanada del Juzgado Federal n° 3 de Rosario, siendo aproximadamente las 20,30 horas, se procedió al secuestro desde la cintura de uno de los imputados, Marcos Lambertucci, de tres cigarrillos armados conteniendo marihuana (cuyo peso asciende a 2,4 grs.), los que se hallaban dentro de un folleto doblado. Posteriormente, de la habitación destinada a dormitorio que el imputado compartía con su hermano, más concretamente dentro de un armario donde se guarda el calzado, una caja con 7 cigarrillos armados manualmente conteniendo marihuana (cuyo peso asciende a 2,535 grs.) y dos envoltorios de nylon celeste tipo bochita conteniendo 1,5 grs. De cocaína”. También tuvo por acreditado el tribunal que “...el día 1° de diciembre de 2006 personal de la Brigada operativa departamental II de Rosario, como consecuencia de la orden de allanamiento emanada del Juzgado Federal n° 3 de Rosario, procedió al secuestro de dos envoltorios de cocaína que fueron secuestrados de la mano izquierda a uno de los imputados – Salutnovau- cuyo peso asciende a 1,139 grs...”. Por último, afirmó que “...con respecto a Diego Daniel Salutnovau, la escasa cantidad de droga que tenía en su poder sumado al hecho de que los envoltorios fueron secuestrados desde su mano izquierda y su expreso reconocimiento de dicha tenencia, me llevan a concluir que el destino de la droga era el uso personal por lo que corresponde calificar la conducta en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 —tenencia de estupefacientes para consumo personal—”.

nencia compartida de estupefacientes y a los casos de drogas blandas y duras como son la marihuana (primer caso) y cocaína (segundo caso) o ambas<sup>27</sup>.

No resulta ocioso destacar que, a la par de “Raschini”, el 9 de marzo de 2011, en la causa “Roda Rodríguez”<sup>28</sup>, el voto de la mayoría de la Corte Suprema sostuvo que debido a que podría encontrarse prescripta la acción penal respecto de O.R.P., correspondía suspender el trámite del presente recurso de hecho a resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa.

Sin embargo, la ministra Carmen Argibay votó en disidencia en donde volvió a afirmar la doctrina del caso “Arriola” y ampliar su voto en ese caso. En efecto, al imputado se le secuestró 1,60 gramos de mezcla de cocaína y cloruros y 0,70 gramos de picadura de marihuana<sup>29</sup>. Ante ello, la magistrada expuso que

---

<sup>27</sup> En tal sentido, se sostuvo que “...esta solución no sólo es adecuada, sino que también fortalece el principio del art. 19 de la Constitución Nacional. En efecto, siempre que se trate de conductas que no perjudiquen a terceros, el límite a la intervención estatal en la esfera de aquellas acciones privadas (individuales o colectivas, como vimos) debe ser independiente del tipo de droga que se consuma. Esta característica sólo tendrá relevancia a la hora de determinar, según la cantidad que se posea, el tipo de calificación que corresponde a la conducta, es decir, si se trata de la escasa cantidad que exige el art. 14 de la ley 23.737” (Inchausti – Mercau, 2014).

<sup>28</sup> R. 1016. XLIII. Roda Rodríguez, Wilman y otros s/ causa n° 7286. Votaron los Ministros Elena Inés Highton de Nolasco, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni, Carmen M. Argibay (en disidencia).

<sup>29</sup> Al respecto, se fijó los hechos del siguiente modo: “... el día 11 de junio de 2005, siendo las 14,55 horas, el Subinspector Luis Agustín Cho, en presencia de testigos hábiles para el acto procedió a la ejecución del registro de la finca de mencionada, en la que entonces se encontraban presentes los coimputados Tejada, Gaspar y Bernal, además del esposo de la primera, Sr. Eusebio Paz, resultando de la diligencia el hallazgo e incautación de los siguientes elementos: a) del primer dormitorio, de la parte superior de un placard, dos envoltorios de nylon transparente con sustancia pulverulenta blanca; del segundo dormitorio, dentro de un bolso de color marrón con estampados, veintiocho envoltorios de nylon con una sustancia pulverulenta compacta con forma de “tizas”; dentro de un bolso color negro, envueltas en papel higiénico, cuatro envoltorios de nylon transparente con sustancia pulverulenta compactada color blanco similar a la cocaína; de la parte inferior de una estufa ubicada en el lugar se secuestraron cuatro envoltorios de nylon similares a los anteriores...se atribuye a ...Miguel Ángel Gaspar y Juan Carlos Bernal la tenencia de estupefacientes destinadas a comercialización”, “...La investigación desplegada en el marco del sumario de prevención n° 043/2005 ya aludido derivó asimismo en el hallazgo de estupefaciente en el domicilio ubicado en Gabino Blanco n° 2845 del Barrio Alto Alberdi de Córdoba, de residencia del acusado Paz, y su familia...que el día 11 de junio de 2005, siendo las 15,30, ... se constituyó en el inmueble citado, y procedió a la requisa personal de los ocupantes y al registro domiciliario que concluyó en el secuestro de un envoltorio de nylon color blanco con vivos rojos con una sustancia vegetal similar a la marihuana, existente dentro de un placard del comedor de la vivienda y entregado voluntariamente por Paz; de cinco envoltorios que contenían una sustancia en polvo de color blanco similar a la cocaína, tres “sorbetes” cortados, un envoltorio de celofán transparente con veintiocho semillas de marihuana y una hoja de bisturí, elementos hallados en el segundo cajón del mueble; de un envoltorio de papel metalizado plateado con sustancia pulverulenta similar a la cocaína hallado en una cajonera del dormitorio; y, por último, un paquete de cigarrillos que contenía un capuchón de lapicera con restos de sustancia en polvo blanca y una hoja de afeitar, encontrado en el primer cajón...” “...doy por probado el hecho y la responsabilidad de Oscar Rubén Paz en su producción y fijo el mismo en los términos empleados por el instrumento acusato-

En las condiciones expresadas, frente a la materialidad de los hechos que dieron lugar a la sentencia condenatoria de [ORP], el planteo de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, promueve el examen de cuestiones sustancialmente análogas, a las tratadas y resueltas por mi voto en Fallos: 332:1963 “Arriola”, de modo que corresponde remitir a las consideraciones y conclusión efectuadas en dicho pronunciamiento<sup>30</sup>. En suma, la doctora Carmen Argibay extendió la doctrina de “Arriola”, en donde había una posesión de marihuana, a las causas donde se pruebe que el imputado tenga en su poder cocaína.

### **2.3. Los precedentes de la Corte Suprema en lo concerniente a la tenencia de estupefacientes dentro del ámbito carcelario.**

Más allá de lo expuesto por “Arriola” por la Corte Suprema, la cuestión que se presentó con bastante frecuencia en la práctica judicial –en un primer momento– no había sido abordada por la Corte Suprema, puesto no había ingresado sobre el fondo de la cuestión, hasta que –en segundo momento– resolvió los casos “Rodríguez” y “Salvini”. Y, a la par de ello, también hubo dos dictámenes de la Procuración General de la Nación al respecto.

En este orden de ideas, la Corte Suprema resolvió “Remolcoy”<sup>31</sup> (2015) y “Almonacid”<sup>32</sup> (2016), pero no ingresó sobre el fondo de la cuestión, sino que resolvió que la sentencia que había concedido el recurso extraordinario era nula debido a que

...omitió pronunciarse categórica y circunstanciadamente (con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad, según la definición de la Real Academia) sobre la observancia –entre otros– de uno de los requisitos esenciales del recurso extraordinario, cual es –en el caso– la presencia de una cuestión federal de la naturaleza invocada por la recurrente<sup>33</sup>.

---

rio, a los que remite por razones de síntesis, con el añadido de que la tenencia indebida era de 1,60 gramos de mezcla de cocaína y cloruros y 0,70 gramos de picadura de marihuana y tenía por objeto el consumo personal”.

<sup>30</sup> Del Considerando 7º).

<sup>31</sup> Véase, precedente registrado en Fallos: 338:711. FCR 774/2013/CFI-CS1. Remolcoy, Héctor Miguel s/ infracción ley 23.737. Sentencia 6 de agosto de 2015.

<sup>32</sup> Véase, precedente registrado en Fallos 339:307. FCR 61/2014/1/CAI-CS1. Almonacid, Gustavo Martin si infracción ley 23.737. Sentencia 15 de marzo de 2016.

<sup>33</sup> A ello agregó, en ambos precedentes, que “...de seguirse una orientación opuesta, el Tribunal debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalen uno y otro resultado, lo cual infringe un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de la Corte”.

Por su parte, la Procuración General de la Nación fue ambivalente<sup>34</sup> al momento de dictaminar sobre la tenencia de estupefacientes en el ámbito carcelario. En tal sentido, dictaminó en las causas “F.V.”<sup>35</sup> (2014) y en “Sosa”<sup>36</sup> (2019).

En el primero de ello, los hechos del caso fueron que al imputado le encontraron en su bolsillo del pantalón un cigarrillo de marihuana de 0,6 gramos y la Procuradora desistió el recurso que fue presentado por el fiscal general ante la Cámara de Federal de Casación Penal, debido a que dijo que la doctrina del precedente “Arriola” era aplicable a los hechos de este caso y dado que no se ha demostrado que la conducta del interno afectara los derechos de terceros. En este orden de ideas, dictaminó que

...no es posible presumir que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno siempre afecta los derechos de otras personas. Por el contrario, entiendo que la doctrina sentada por la Corte Suprema en “Arriola” obliga a determinar esta circunstancia en cada caso particular (conf. Fallos 332:1963, considerando 14 del juez Lorenzetti y 13 de la jueza Argibay). Esta exigencia no se satisface con la mera invocación de un peligro abstracto para la seguridad de la prisión o la resocialización de los condenados.

En este caso, tal como advirtieron los jueces de las instancias anteriores, F V habría tenido en su bolsillo una insignificante cantidad de droga, pues se trataría de un cigarrillo de marihuana de 0,6 gramos. En mi opinión, el recurrente no ha logrado demostrar que esa conducta sea idónea para lesionar o poner en peligro concreto a terceros ni, menos aún, que esa circunstancia haya ocurrido efectivamente. En estas condiciones, considero que el artículo 19 de la Constitución Nacional impide la persecución penal de ese hecho, por lo que no habré de sostener la queja<sup>37</sup>.

Sentado ello, la Corte Suprema en “Funes Vallejos” (2015) tuvo por desistido el recurso de queja deducido, en virtud de lo manifestado por la Procuradora General.

---

<sup>34</sup> Aunque fueron diferentes procuradores los que firmaron los dictámenes.

<sup>35</sup> Véase: CSJ 289/2014 (50-F) /CS1 Funes Vallejos, Sebastián David s/ causa n° 338/2013. Dictamen emitido el 5 de marzo de 2015 por la doctora Alejandra Magdalena Gils Garbó.

<sup>36</sup> Véase FPA 2940/2016/3/RH1. Sosa, Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737. Dictamen emitido el 3 de octubre de 2019 por el doctor Eduardo Ezequiel Casal.

<sup>37</sup> Aunque, la por entonces Procuradora aclaró que “El criterio sostenido en este dictamen, vale destacar a fin de evitar cualquier confusión, ‘en modo alguno implica legalizar la droga’ en las cárceles (conf. Fallos 332:1963, considerando 27). Esta decisión se circunscribe a los hechos de este caso y no excluye la persecución penal de la tenencia de estupefacientes por parte de personas detenidas cuando su conducta haya dañado o puesto en peligro concreto a terceros. Asimismo, en todos los casos como el presente, los fiscales deben profundizar las investigaciones para esclarecer cómo ha ingresado la droga a los establecimientos e individualizar a los responsables del tráfico de sustancias prohibidas intramuros. Por su parte, el Servicio Penitenciario Federal puede ejercer, dentro del marco legal y constitucional, sus facultades disciplinarias y de control para evitar la tenencia de drogas en las prisiones”.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

Al contrario de ello, en el segundo de los casos, en “Sosa” los hechos fueron que el imputado tenía 16,72 gramos de marihuana en el interior de un porta termo con doble fondo, allí el Procurador no consideró que sea una acción privada la de tener material estupefacientes en una prisión y

...la razón para ello se debe a que la limitación a la autonomía de la voluntad que conllevan esas prohibiciones tiene fundamento en el mandato de reforma y readaptación social que establecen los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660.

En tal sentido, dictaminó que

...esta conclusión halla corroboración en la aplicación que hizo la Corte de la doctrina sentada en “Bazterrica”, reseñada en el voto de la juez Argibay, ya mencionado, y de la que surge que, vigente ese estándar interpretativo, se consideró, no obstante, que no eran acciones privadas la conducta de quien fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público (Fallos: 310:2836), ni la de quien tenía la droga para consumirla en un lugar público (Fallos: 312:1892). Este último precedente tiene particular relevancia, pues del relato de los hechos del caso se desprende que el condenado fue detenido al presentarse en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado y, al efectuársele la requisa de rigor, le fueron secuestrados dos cigarrillos de marihuana que llevaba para consumir en una fiesta en el Monumento a la Bandera por el día de la primavera (“Dicapua”, Fallos: 312:1892). Pero, entonces, si la tenencia no es una acción privada cuando se tiene para consumir en un sitio público al aire libre, cuánto menos habrá de serlo cuando, como sucede con las personas detenidas, el único propósito con el que puede tenerse la droga es para consumirla dentro de un establecimiento penitenciario en las condiciones y con las consecuencias ya señaladas.

La causa “Sosa” se encuentra en la actualidad en circulación<sup>38</sup> en una vocalía de la Corte Suprema dado que su Secretaría Judicial n°3 elaboró un borrador o proyecto de sentencia<sup>39</sup>.

Con posterioridad, en el año 2021, la Corte Suprema resolvió el caso “Rodríguez”<sup>40</sup> y por mayoría<sup>41</sup>, aunque no corrió vista a la Procuración General de la Nación para que se

---

<sup>38</sup> Véase FPA 002940/2016/3, Recurso de queja N° 3 – Imputado: Sosa, Dante Exequiel s/ infracción ley 23.737. En tal sentido, el 6 de julio de 2018 se presentó el recurso de queja por extraordinario denegado ante la Corte Suprema. Asimismo, se corrobora que al día 14 de octubre de 2022 la causa se encontraba en la Secretaría Judicial n° 3 desde el 12 de octubre de 2022.

<sup>39</sup> Dicho proyecto de sentencia no es público para las partes, ni para el público, hasta que no se firme en el acuerdo.

<sup>40</sup> Véase precedente registrado en Fallos: 344:2409. FPA 8956/2016/2/1/1/RH1 Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente de recurso extraordinario. Sentencia del 9 de septiembre de 2021.

expida al respecto<sup>42</sup>, declaró inadmisibile en los términos del artículos 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el recurso formulado contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>43</sup>, que, en otro fallo dividido, también había confirmado la sentencia mediante la cual no se aplicó el criterio de “Arriola”.

A pesar de ello, en la sentencia se destacan dos votos en disidencia, los de los ministros Carlos Fernando Rosenkrantz y Ricardo Luis Lorenzetti.

El primer ministro nombrado recordó la doctrina del Tribunal que surge de los precedentes “Arriola” y “Bazterrica” según la cual el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuando se trata de drogas en pequeña cantidad y la tenencia o el consumo no son visibles u ostensibles, es inconstitucional porque constituye una intromisión por parte del Estado en el ámbito de la privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional sin que haya una justificación razonable que muestre que ello es necesario para proteger los bienes jurídicos que la norma penal puede legítimamente apuntar a preservar y, por lo tanto, que se dañen los bienes o derechos de terceros protegidos por la norma penal. En cuanto al alcance de dicha doctrina, explicó que (i) no constituye una consideración decisiva para analizar la inconstitucionalidad de la norma penal cuestionada si el lugar donde ocurre la conducta imputada es público o privado y que (ii) el derecho a la privacidad protege un ámbito de libertad personal de alguna manera ligado a la auto-determinación que debe estar fuera del alcance del reproche estatal.

A la par, indicó luego que los internos no pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad, por lo que, como cualquier otro ciudadano, pueden reclamar que su derecho a la privacidad sea reconocido. En relación con ello, expresó que, por el respeto debido a la privacidad, la Corte no podía justificar en el caso la criminalización de la conducta imputada por el mero hecho de que hubiera ocurrido den-

---

<sup>41</sup> Votaron los ministros Elena Inés Highton de Nolasco, Horacio Daniel Rossati y Juan Carlos Maqueda.

<sup>42</sup> Aunque, el Procurador General de la Nación deberá actuar en diferentes tipos de causas tanto desde el punto de vista procesal como de fondo, puesto que deberá intervenir directamente o a través de los procuradores fiscales en las causas que tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 13, primer párrafo, ley 27.148).

<sup>43</sup> En tal sentido, aquí en prieta síntesis, en el fallo de la Sala IV de la Cámara Casación los jueces Borinsky y Carbajo sostuvieron la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal dentro de los establecimientos penitenciarios. Mientras que el juez Hornos en su disidencia expuso que “...el Estado tiene el deber de asegurar a los internos, en la medida de lo posible, todos aquellos derechos que no hayan sido específica y razonadamente limitados (en el caso a estudio, la intimidad), y lo dicho encuentra sustento en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto con carácter constitucional, que imponen la obligación de que toda persona privada de su libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y por cuyo incumplimiento el Estado deberá responder”.

tro de un establecimiento carcelario. Por ello, el artículo 14 de la ley 23.737 era inconstitucional en tales circunstancias.

El segundo de los ministros indicó que resultaba aplicable lo expuesto en su voto en la causa “Arriola” y señaló el art. 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. Explicó que no se trata solo 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 y este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional.

A su vez, sostuvo que la conducta realizada en privado es lícita salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, lo cual no se verificaba en el caso y que los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan la prueba de constitucionalidad. En conclusión, expresó que, si bien la privación de la libertad conlleva una restricción a la autonomía personal y al derecho a la privacidad de las personas que la sufren, en modo alguno puede considerarse que importe la pérdida definitiva de dichos derechos. Así, dado que la conducta del penado no trascendía a terceros, mantenía plena vigencia el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 19 de la Carta Magna, por lo que resultaba de aplicación la doctrina de “Arriola” y “Bazterrica”.

Con posterioridad, en el año 2022, la Corte Suprema dictó sentencia en “Salvini”<sup>44</sup>, tampoco se aprecia un dictamen de la Procuración General. Aquí con una mayoría *ad-hoc* revocó la sentencia que fue apelada. En este caso, por la mayoría, votaron los ministros Carlos Fernando Rosenkrantz y Guillermo Alberto Antelo<sup>45</sup> y, por otro lado, Ricardo Luis Lorenzetti. Al respecto, el juez Rosenkrantz y el conjuez Antelo se remitieron a la disidencia de ministro Rosenkrantz en el precedente “Rodríguez” (Fallos: 344:2409) y el juez Lorenzetti también se remitió a su disidencia en el precedente recién señalado. Por su parte, la disidencia en “Salvini” declaró que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presentación de la queja, resultó inadmisibles<sup>46</sup>. Aquí firmaron los ministros Horacio Daniel Rosatti y Juan Carlos Maqueda.

Aclaro que, con respecto al precedente “Salvini”, en los casos relevados en la Cámara de Casación no tuvo impacto en virtud que el presente trabajo se extiende del 1° de enero

---

<sup>44</sup> Véase, precedente registrado en Fallos: 345:869. FPA 9510/2017/3/1/1/RH1. Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario. Sentencia de 30 de agosto de 2022.

<sup>45</sup> El nombrado conjuez integra la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal.

<sup>46</sup> De conformidad con el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

de 2018 hasta el 30 de junio de 2022 y el precedente de la Corte reseñado es del mes de agosto de 2022. Sin perjuicio de ello, a los fines de dotar de autosuficiencia las proyecciones del precedente “Arriola” interesa reseñarlo.

Establecida la doctrina del precedente “Arriola” y sus proyecciones, paso a delinear los votos de los distintos jueces de la Cámara Federal de Casación Penal con respecto a la tenencia para consumo de estupefacientes dentro de un complejo penitenciario.

### **3. LA OPINIÓN DE LOS JUECES DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL**

En este acápite transcribiré en forma literal, al menos un resumen, el voto de los distintos jueces de la Casación y sin emitir opinión al respecto. Aclaro que no se hará referencia a una causa en particular, salvo excepciones, debido a que no difieren los votos que emanan los jueces en las distintas causas. En suma, el fundamento que emplearon en las distintas causas fueron los mismos.

#### **3.1 Posición restringida: no se aplicó “Arriola”**

Según esta postura jurisprudencial se consideró que el precedente “Arriola” de la Corte Suprema no se aplica a los casos aquí tratados donde se secuestra material estupefaciente en la esfera de custodia de la persona privada de su libertad dentro de una cárcel. Ello, sin perjuicio de la escasa cantidad debido a que prevalece el lugar dónde fue incautada la droga lo que permite afirmar que la conducta que se investiga ha trascendido el ámbito privado amparado por el artículo 19 de la Carta Magna.

El juez Carlos Mahiques expresó que no procedería aplicar a estos casos particulares la doctrina del fallo “Arriola” del máximo tribunal. En tal sentido, expuso que, al margen de la cantidad y calidad de la sustancia prohibida, el hallazgo se produjo en una unidad carcelaria de la ciudad y entre las pertenencias de una persona detenida. Esta circunstancia, por sí sola, excluye la “privacidad” del ámbito de tenencia de la marihuana y cualquier relación con la garantía consignada en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Por tal motivo, concluyó que sería irrazonable considerar “privado” un establecimiento público de detención como ámbito habilitado para la realización de conductas consideradas ilícitas y contrarias a la reglamentación vigente; además, resultarían ostensiblemente perjudiciales para la salud de quienes cohabitan intramuros con los consiguientes efectos negativos en relación con el orden y disciplina indispensables en la organización de la actividad de un medio carcelario.

En este mismo andarivel de ideas, se encuentra Jorge Guillermo Yacobucci quien consideró que la doctrina de “Arriola” no resulta aplicable a los casos en donde se secuestra material estupefaciente en un establecimiento carcelario. En efecto, indicó que, en ra-



zón que la tenencia de droga que se imputa, mientras se encuentra sujeto a una medida cautelar dentro de un establecimiento penitenciario, no está amparada por un ámbito de privacidad constitucionalmente tutelado y en ese contexto constituye por sí misma un riesgo para terceros que hace a la trascendencia de su comportamiento.

Así, sostuvo que no puede dejar de atenderse a la especial relación jurídica en la que se integra el cumplimiento de una pena privativa de la libertad por parte de quien tiene en su poder –aún para consumo personal– sustancias estupefacientes. Esa situación normativa concreta limita la extensión del ámbito de disponibilidad de la persona y la extensión misma de su privacidad. En ese marco, la prohibición bajo amenaza de pena de poseer determinadas sustancias no ocasiona la afectación de derechos fundamentales, pues opera en la línea de una injerencia estatal razonable y en consecuencia legítima.

Está claro que ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque se encuentre privado de su libertad preventivamente. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos disponen que las personas en esa situación deben ser tratadas en congruencia con la dignidad inherente al ser humano y continúan gozando de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, de los Principios básicos elaborados por Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, se desprende que pueden existir excepciones a los derechos y libertades evidentemente necesarios por el hecho del encarcelamiento<sup>47</sup>.

Por su parte, en la medida que no puede considerarse que la imputación penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal dentro del espacio penitenciario implique un allanamiento general o aniquilación plena de la privacidad resulta improcedente trasladar sin más las reflexiones del caso “Arriola” a esa situación. No se lesiona en esto el principio de igualdad puesto que la persona está sometida a una regla de sujeción jurisdiccional, que particulariza el caso respecto de situaciones donde rige la plena libertad normativa de la persona.

Al respecto entonces debe atenderse a que la trascendencia del comportamiento y el riesgo a los que remite la doctrina de “Arriola” debe ser evaluado en las especiales condiciones de la tenencia del estupefaciente. Y aquí vale recordar que la Corte Suprema señaló que las prescripciones constitucionales respecto a las personas privadas de su

---

<sup>47</sup> A lo que agregó que, de allí que la Corte IDH analizando el artículo 5 de la Convención Americana indicara respecto de los detenidos que se “produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades” (véase Corte IDH, “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 112, párr. 152.

libertad “impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, [...] la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral”<sup>48</sup>.

Esto determina que el campo de injerencia estatal en estas circunstancias se vea ampliado, pues además de ejercer el control sobre el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, aparece como garante y custodio de la propia integridad y del resto de la población penitenciaria. Por eso cabe recordar que los derechos constitucionales no son absolutos y están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad. Así, la intimidad, pueden ser restringida en su ejercicio por la autoridad estatal para la necesaria persecución del crimen<sup>49</sup>.

En consecuencia, la tenencia de material estupefacientes, aun en la celda, dentro de un establecimiento penitenciario no se encuentra amparada por un ámbito de privacidad constitucionalmente tutelado, en cuanto el contexto del cumplimiento de la condena indica un riesgo para terceros que hace a la trascendencia de su comportamiento. Por las consideraciones expuestas, no resulta aplicable la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal *in re* “Arriola” no resulta de aplicación al caso.

También en esta línea de ideas, se encuentra el juez Eduardo Riggi quien expuso la exclusión de la posibilidad de estar en un caso semejante al establecido por el Máximo Tribunal en “Arriola”, debido a que el hecho fue cometido en el interior de la unidad carcelaria. En tal sentido, afirmó que existen diferencias de carácter material entre el supuesto que aquí se trata con el que fuera objeto de conocimiento y decisión por parte de la Corte Suprema en el caso citado, se advierte que las personas que se encuentran sometidas a situación de privación de la libertad –sea como consecuencia de una sanción de esa naturaleza aplicada por condena firme, lo sea en el marco de un proceso penal y con finalidad cautelar– comparten su lugar de alojamiento con otras personas que se encuentran allí también por razones ajenas a su voluntad.

Desde esta óptica, expuso que la posibilidad de que la conducta que se analiza propague sus efectos perniciosos a otros individuos distintos al autor del delito es un elemento que no puede ser desatendido. Repárese que en ámbitos carcelarios prevalecen los lugares comunes en los que los internos desarrollan sus actividades, que abarcan las celdas o pabellones para el descanso nocturno, los patios y áreas de recreación diurna, los sectores sanitarios, los comedores, los talleres de trabajo y muchos otros que, en lo que aquí concierne, tienen como característica su utilización común por parte de la po-

---

<sup>48</sup> Con cita del precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos 318:2002 (“Badin”).

<sup>49</sup> Con cita del voto de la juez Argibay, en Fallos: 332:1835 “Gualtieri Rugone de Prieto”.

blación carcelaria general, compuesta por personas que tienen impuesta (es decir, que carecen de alternativas) su permanencia en el lugar por decisión de una autoridad pública. De modo que, en ese contexto, según dijo Riggi no parece irrazonable sostener que el derecho individual a desarrollar un proyecto de vida conforme lo que libremente decida cada persona para sí mismo, puede válidamente ser restringido por el legislador, habida cuenta que se trata de ámbitos en los que las personas tienen una interacción particularmente intensa, por las circunstancias en las que se produce el contacto interpersonal en tan especiales ámbitos físicos. Y así como el Estado tiene el deber de abstenerse de imponer modelos considerados positivos, también debe garantizar que los individuos que se encuentran privados de su libertad en establecimientos penitenciarios no sean objeto de mayores aflicciones que las que se deriven racionalmente de esa situación.

De lo dicho, expresó que

“es un deber primordial del Estado el resguardar a los individuos privados de su libertad de la incidencia perniciosa que pudiera significar la existencia de material estupefaciente dentro de una penitenciaría, no solo por la particular vulnerabilidad que pueden presentar las personas sometidas a encierro frente a la pérfida sensación de bienestar y disociación con la realidad que ofrecen –en apariencia- los estupefacientes, sino también por el debilitamiento de la privacidad individual que se deriva de la coexistencia y cohabitación prolongada de diversas personas en ámbitos reducidos y controlados. Esta última apreciación es claramente extensiva a las conductas vinculadas a la tenencia y utilización de estupefacientes en tales ámbitos, comportamientos estos que serán inevitablemente percibidos por los otros sujetos que se encuentren allí alojados, incluso aquellos que no deseen ser afectados por tal conducta”<sup>50</sup>. (CITA TEXTUAL)

Estas reflexiones son corroboradas por la afirmación vinculada a que el encarcelamiento penal “produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades”<sup>51</sup>. Y es que como bien se lo sostuvo en esa misma ocasión, el campo de injerencia estatal en ámbitos carcelarios se ve ampliado, pues además de ejercer el control sobre quien

---

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, su voto en la Causa Nº FCR 16041/2017/CFC1, “Marín, Emanuel David s/recurso de casación” (Registro nro.: 1456/18.3). Sentencia del 7 de noviembre de 2018.

<sup>51</sup> Con cita de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, rta.2-9-2004, parágrafo 152.

está sujeto a esa medida privativa de la libertad ambulatoria, aparece como garante y custodio de la propia integridad y del resto de la población penitenciaria<sup>52</sup>.

Lo expuesto, de manera alguna confronta con la doctrina del caso “Arriola”, resultando en consecuencia evidente que aquellos otros casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realicen de una manera susceptible de generar un peligro concreto –y más aún un daño– a los derechos de terceras personas no quedan abarcados en la declaración de inconstitucionalidad formulada por el Alto Tribunal. Y a la luz de todo cuanto se reseñó, entendió que 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 penitenciaria que lleva adelante el Estado, dirigido a la resocialización de los internos alojados en los respectivos establecimientos.

Asimismo, sostuvo que las personas privadas de libertad conservan el derecho a la intimidad, pero el Estado puede imponer ciertas restricciones a ese ámbito de intimidad en aras de la seguridad del establecimiento carcelario y en su condición de garante de la vida e integridad física de las personas allí alojadas. Es así que en la ley 24.660 se ha previsto como infracción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas. En ese marco, la prohibición de la tenencia de estupefacientes en un establecimiento carcelario, aún cuando sea para el propio consumo, aparece como una restricción razonable al ámbito de intimidad, pues en esas condiciones no es posible descartar que esa conducta no apareje ningún riesgo para derechos o bienes de terceros. Todo ello es así, habida cuenta que la referida restricción reglamentaria –amen de su inequívoca razonabilidad–, sin duda alguna obedece a razones de salud y seguridad de la población carcelaria, que tiene el Estado expresamente a su expreso cargo y debe garantizar.

En tales condiciones, apreció el juez Riggi que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en casos como el que se analiza no afecta los postulados del principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional, que garantiza que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”

Para finalizar, recordó lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa “Montalvo”, ocasión en la que se pronunció –en relación a la expresión “de ningún modo”, contenida en el citado artículo 19 de la Ley Suprema, y también frente a la problemática derivada de la validez constitucional del delito de tenencia de

---

<sup>52</sup> Con cita de la Corte IDH precitada, párr 153-154.

estupefacientes para consumo personal, aunque en aquella ocasión en el marco de una causa sin las particularidades que presenta esta, conforme ya fueran relevadas— que la misma

...tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales —en el sentido indicado— en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que ‘de algún modo’, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que ‘de algún modo’, trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente<sup>53</sup>.

También en contra de la aplicación del precedente “Arriola” se halla el juez Diego G. Barroetaveña. En tal sentido, dijo que, aunque la cantidad de material estupefaciente secuestrado en poder del imputado, la que podría considerarse escasa, el caso bajo examen no se ajusta a los lineamientos de la doctrina del Fallos: 332:1963 (“Arriola”).

Así, del citado precedente se coligió que es necesario determinar en cada caso si la acción del imputado se realizó en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento analizado el carácter de acción privada protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional. A tal efecto, resulta ilustrativo el voto de la doctora Carmen Argibay, quien manifestó que

13) [...] si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional.

El juez resaltó que, sin perjuicio de la poca cantidad de droga secuestrada, el ámbito carcelario donde fue incautada permite afirmar que la conducta que se investiga ha trascendido el ámbito privado amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Tal particularidad permite inferir que su comportamiento lejos está de constituir una acción privada sin trascendencia a terceros, sino que, por el contrario, se está ante una

---

<sup>53</sup> Véase Fallos 313:1333. Causa M. 114. XXIII. Montalvo, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771. Rta. 11/12/1990.

conducta susceptible de generar riesgo suficiente para el bien jurídico tutelado por la norma<sup>54</sup>.

Agregó que resulta así que la situación particular de convivencia y cohabitación de los internos trae aparejada la posibilidad real de trascendencia del estupefaciente con el consecuente peligro para terceros, contexto en el que, además, no es indiferente la posición de garante que el Estado tiene. En ese andarivel, consideró que el peligro generado por la conducta no redundaba sólo en la afectación de la salud de la población penitenciaria, sino también agravia la seguridad de aquélla –por un lado, por la transgresión inherente a la consecución del tóxico y, por otro, por los efectos que el consumo de dichas sustancias acarrea en sus consumidores en el ámbito de convivencia intramuros–.

Además, mencionó que es útil tomar en cuenta que la conducta en cuestión también lesiona el fundamento teleológico de la sanción, el cual por mandato del bloque de constitucionalidad es la reinserción social de los penados<sup>55</sup>. Vio así que el tratamiento penitenciario individual, herramienta específica a través de la cual el legislador ha previsto se procure la adecuada reinserción social del condenado, resulta diseñado para actuar por sobre una persona que no se encuentra bajo los efectos de estupefacientes autogestionados.

---

<sup>54</sup> De seguido expuso que, en este sentido, es útil traer a colación lo dictaminado por el Procurador General interino, doctor Eduardo Ezequiel Casal en “S, Dante Ezequiel s/ infracción Ley 23.737” FPA 2940/2016/3/RH1 en cuanto a que, en primer lugar, “(l)o que está en discusión en el sub lite es si esa tenencia por parte de personas detenidas en un establecimiento penitenciario puede ser considerada o no una acción privada [es decir] si verdaderamente se tratara de una acción privada, ello excluiría no ya que pudiera ser punible, sino que pudiera siquiera ser prohibida por los reglamentos carcelarios; no podría ser objeto de ninguna prohibición, quedaría ‘sólo reservada a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados’, es decir, librada a la autonomía de la voluntad [...]”. En segundo lugar, “(s)e le agregan las particulares características del lugar de comisión del hecho. En este sentido, no es posible soslayar que en el caso de los establecimientos carcelarios no se trata de cualquier edificio público frecuentado por personas que pueden entrar y salir voluntariamente, sino, muy por el contrario, de establecimientos destinados al alojamiento obligado de personas que deben convivir en espacios compartidos, es decir, en condiciones tales que hacen que sea prácticamente imposible que la tenencia, y más aún, el consumo de estupefacientes puedan no tener trascendencia a terceros. Esta reducción de los ámbitos de privacidad es justamente una de las notas distintivas de las instituciones totales, que, en el caso de la cárcel, por sus características y limitaciones fácticas actuales, halla una de sus mayores expresiones, y explica las injerencias y restricciones en sus derechos a que son sometidos los internos por razones de seguridad, pero también de orden y buena organización de la vida en común en el establecimiento (artículo 70 de la Ley nº 24.660) [...]”.

<sup>55</sup> Para ello citó el artículo de: Pérez Roller, M.I., Pérez Roller M. y Charni, T. H. “Consumo de estupefacientes en establecimientos carcelarios A propósito del fallo “Rodríguez” de la CSJN” (2022. Marzo. Revista Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89912-consumo-estupefacientes-establecimientos-carcelarios-proposito-del-fallo-rodriguez>).

De tal modo, aseveró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal se proyecta en el ámbito intramuros de forma pluri-ofensiva. Por un lado, socaba la posibilidad de que el tratamiento penitenciario resulte una instancia habilitante de responsabilización subjetiva y, por el otro, expone la salud del conjunto de internos, lo que al mismo tiempo pone en evidencia el fracaso de la seguridad de la institución que debe programar su resocialización. Pues, no se trata del ámbito inescrutable amparado por el derecho a la intimidad, que debe ser tutelado aún en el contexto de privación de libertad, sino de una conducta ilícita que, desde la casuística que se presenta, conlleva daño a bienes jurídicos de titularidad ajena y, en consecuencia, trasciende la esfera de la privacidad y, a nuestro entender, habilita la intervención estatal.

Así las cosas, afirmó que el tratamiento penitenciario individual, herramienta específica a través de la cual el legislador ha previsto se procure la adecuada reinserción social del condenado, resulta diseñado para actuar por sobre una persona que no se encuentra bajo los efectos de estupefacientes autogestionados. En definitiva, el escenario descrito precedentemente nos lleva a concluir que el presente caso no se ajusta a los lineamientos establecidos por el cimero tribunal en el precedente “Arriola”.

En consecuencia, esta postura jurisprudencial es propensa a suscribir los fundamentos de la fiscalía para punir a las personas privadas de su libertad que se le secuestra material estupefaciente dentro de la prisión.

### **3.2. Posición amplia: aplicación de “Arriola”**

Desde esta tesis jurisprudencial se afirmó que los casos en donde se secuestró material estupefaciente dentro de la esfera de privacidad, aun cuando sea dentro de la penitenciaria, se debe aplicar el precedente “Arriola” de la Corte Suprema. Aunque, no está demás mencionar que, en cumplimiento del fallo de la Corte, se condicionó su aplicación en las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se halló el estupefaciente. Ello, debido a que el alto tribunal no declaró la inconstitucionalidad en todos los casos de la tenencia de estupefacientes para consumo personal solo cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente que la tenencia de estupefacientes es para uso personal.

Asume esta postura el juez Alejandro Slokar, quien afirmó que la aplicación de la doctrina que emerge del precedente “Arriola” debido a que advirtió que 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, conforme la doctrina del fallo citado. Nótese, por un lado, la escasa cantidad de material estupefaciente y, de otra parte, la esfera de privacidad en que fue habido, derecho que, desde luego, no puede ser negado aún en el ámbito carcelario.

Pues, más allá de la descalificación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la doctrina de la “relación de sujeción especial” como criterio restrictivo de derechos (Fallos: 327:388), bien es cierto que su invocación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos guarda referencia al terreno de injerencia cuando el estado se constituye en garante y custodio de la vida e integridad física de la población penitenciaria. Va de suyo, por tanto, que la titularidad de derechos no se detiene frente a los muros de los establecimientos carcelarios, desde los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –instituida no solo como cabeza del Poder Judicial de la Nación, sino como intérprete último de las leyes federales y guardián supremo de la Constitución. En suma, concluyó que la mera circunstancia de encontrarse privado de libertad no constituye un motivo bastante para impedir que en la especie gobierne la doctrina de “Arriola”, lo contrario sería admitir una zona de “no derecho”, ajena a la juridicidad, en tanto y en cuanto siquiera se ha intentado demostrar de modo preciso una mínima trascendencia a terceros.

Por su parte, aseveró la jueza Ángela Ledesma que en estos casos se puede seguir los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arriola” (Fallos, 332:1963). En este orden de ideas, sobre la tipicidad de la conducta reprochada, interesa señalar que la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por la norma (salud pública) impone determinar si la sustancia estupefaciente incautada fue ostentada públicamente por el imputado y si se generó un daño o peligro con trascendencia a terceros. Ello, con independencia de si se encuentra, como en el caso, dentro de una unidad carcelaria.

Así, cabe recordar que el principio de lesividad proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto. En esta línea, Ferrajoli señaló que “...el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica judicial precisamente la carga de tal demostración. La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos”<sup>56</sup>. En esta línea, conviene recordar que el principio de mínima intervención o última ratio, en el sentido amplio, es una regla de eficacia y como tal constituye un límite interno a la política criminal<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> El Juez citó en abono a su postura a Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 467. De seguido sostuvo que lo cual conlleva a entender este principio con tres características principales: “...a) [que] el estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad” (ZAFARONI -ALAGIA -SLOKAR, , 2011, 127).

<sup>57</sup> De seguido expuso que, según esa regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de conflictos es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio del poder que históricamente más peligrosamente se ha acercado a formas brutalmente abusivas, hasta el presente. Por el contrario, la idea expansiva del uso del



En función de lo expuesto, cuando la sustancia estupefaciente incautada no está siendo ostentada frente a otras personas, ni tampoco constó que se haya 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. En ese contexto, los eventuales peligros de la conducta reprochada a la persona imputada solo pueden ser sostenidos desde un plano meramente conjetural y no en circunstancias comprobadas en la causa que la droga estaba siendo exhibida u ostentada ante terceros.

También en este orden de ideas, se ubicó el juez Juan Carlos Gemignani quien sin hesitación aplicó la doctrina de “Arriola”. En este orden de ideas, se puede extraer la opinión del magistrado que sostuvo que cuando el comportamiento del imputado en modo alguno coloca en peligro concreto o causa daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, línea demarcadora que solo de ser sobrepasada consentiría la intromisión judicial ya que es una conducta cubierta por la esfera de protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, se impone que la conducta sea calificada como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737.

Asimismo, precisó con cita de Fallos: 310:294<sup>58</sup> y 312:2475<sup>59</sup> que una conducta como la que involucra un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, no importa relevancia jurídico-penal, ya que toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto arco de una acción autorreferente. No hay lugar para plantear (una cuestión penal) cuando la conducta personal no afecta a los intereses de ninguna otra, en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, está amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional.

De este modo, expuso que es sabido que las personas alojadas en las diferentes Unidades Penitenciarias del país se encuentran sometidas a un estricto régimen de control, lo cual deriva en una razonable restricción de la libertad personal de los detenidos. No obstante, de ningún modo puede afirmarse que dichas personas no gocen del resguardo del artículo 19 de la ley suprema y, en todo caso, para relajar válidamente dicha protección se debe superar, como mínimo, el exigente test de constitucionalidad expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Bazterrica” y su co-

---

poder penal ha tenido éxito en ocultar la importancia y omnipresencia de este principio, verdadera piedra angular de toda política criminal republicana y democrática (BINDER, 2014, 221 y 228).

<sup>58</sup> Véase causa N. 25. XXI. Noguera, María Marta y otra. Rta. 17/02/1987.

<sup>59</sup> Véase causa R. 487. XXII. Rossi, Emilio Fabián psa. inf. ley 20.771. Rta. 19/12/1989.

rrelativo “Arriola”. En tal sentido, solo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentre en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual<sup>60</sup>.

En consecuencia, concluyó que, si en el caso no se pudo acreditar la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública, de ningún modo se puede sostener lo contrario a partir de argumentos meramente especulativos, la conducta resulta ser atípica.

La jueza Ana María Figueroa también adhirió en estos casos resolverlos de conformidad con el precedente “Arriola”. En efecto, sostuvo que corresponde recordar que, sobre la tenencia de estupefacientes en una unidad carcelaria, los principios básicos para el tratamiento de reclusos expresan que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”<sup>61</sup>.

A su vez, como lo indicó la Corte Interamericana, al analizar el artículo 5 de la Convención Americana, respecto de los detenidos se “produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades”<sup>62</sup>. De aquí que la injerencia estatal en esferas que consideramos propias de la persona se vea ampliada, pues no solo ejerce control sobre la persona sujeta a encarcelamiento, sino que es también el Estado garante y custodio de la propia integridad.

Asimismo, la jueza afirmó que, si bien es cierto que la situación de encierro importa la limitación del ámbito de disponibilidad de la persona y la extensión de su privacidad, no es menos cierto que las personas aún en la situación de encierro carcelario mantienen un ámbito de intimidad constitucionalmente resguardado, si bien reducido o limitado en orden a aquello que es evidentemente necesario por el hecho del encarcelamiento<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Con cita del voto del juez Petracchi del precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) de la Corte Suprema.

<sup>61</sup> Aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, apartado 5°. En el mismo sentido, los artículos 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen que toda persona privada de libertad “será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

<sup>62</sup> Cfr. Sentencia del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, rta.2-9- 2004, párr. 152.

<sup>63</sup> Con cita de Res. 45-111 Asamblea General de la Naciones Unidas, ya citada).

En estas condiciones, 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 el alojado 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.

De esta manera, la doctora Figueroa expuso que se debe aplicar el precedente “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto estableció que “...los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos –y en lo que aquí interesa– el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”<sup>64</sup>.

A partir de ello y con la premisa de que el contexto de encierro no determina por sí, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal trascienda la esfera de intimidad de la persona y, por lo tanto, tampoco implica la automática afectación al bien jurídico protegido por la norma. De tal manera, la situación de que la persona se encuentra privada de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para excluir de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal *in re* “Arriola” y “Bazterrica”.

Por su parte, el juez Gustavo M. Hornos consideró que las conclusiones a la que ha arribado el máximo Tribunal en los precedentes “Arriola” (ya citado) y anteriormente en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) pueden ser tomadas, como base interpretativa para las situaciones en la que se pretende evaluar si la conducta de los internos que detentan en su poder material estupefaciente con fines consumistas, se ve amparada por el principio de lesividad previsto en el artículo 19 de nuestro ordenamiento constitucional.

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

---

<sup>64</sup> Con cita del artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez, dijo que la aplicación de los principios emanados de esa doctrina a casos concretos a resolver, el relevamiento de la realidad carcelaria y la defensa 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. Por lo tanto, si se pretende criminalizar la conducta, deba demostrarse una afectación concreta a derechos o bienes de terceros, porque de otro modo se estaría violando el principio de lesividad consagrado en el texto constitucional.

Entendió que aun encontrándose alojado en una unidad penitenciaria y aun viendo reducido su espacio de autonomía personal, el individuo privado de su libertad goza de la protección a un ámbito de privacidad, amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Y en ese orden de ideas es preciso recordar que las personas detenidas en un establecimiento carcelario gozan de todos los mismos derechos que los demás ciudadanos, a excepción de los que hayan sido específica y legalmente limitados. Las personas privadas de su libertad, claro está, tienen restringido su derecho a la libertad ambulatoria y si bien se encuentran sujetas a determinadas normas de conducta que restringen su ámbito de privacidad, eso no significa de ningún modo que no se encuentren amparados por el derecho a la intimidad ni que carezcan de toda posibilidad de autodeterminación personal de la que gozan por su mera condición de persona. En suma, la zona de reserva, con la que todos los individuos tenemos el derecho de contar, no se pierde por el hecho de que una persona se encuentre privada de su libertad, ya que esta garantía es ambulatoria y acompaña a la persona a donde quiera que vaya<sup>65</sup>.

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

---

<sup>65</sup> En efecto, sostuvo que lo dicho, es a luz de lo entendido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Dessy" (318:1894), donde la mayoría del Tribunal resolvió que las personas privadas de su libertad gozan del derecho a la inviolabilidad de su correspondencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En esta misma línea de pensamiento recientemente se ha pronunciado la Procuradora General de la Nación al dictaminar en el caso SC, F 289 L.L. "F.V., S. D. c/s/causa 338/2013 el 5 de marzo de 2014, cuando sostuvo que "en la medida que no es limitado por la circunstancia del encierro y las exigencias del régimen carcelario, los reclusos conservan un ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional".

**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

En base a todo lo hasta aquí expuesto, desde una mirada dinámica y flexible del derecho como ciencia antropocéntrica cuyo principal objeto de análisis y estudio es la conducta humana en interferencia intersubjetiva; consideró que no es posible afirmar que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por parte de un interno dentro del establecimiento penitenciario, per se, cause o pueda causar un daño a bienes o derechos de terceros de modo tal que siempre sea considerado un delito. Sin que ello implique una violación al principio de lesividad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y al derecho a la intimidad con la que cuenta todo individuo. Por el contrario, en cada caso, si se pretende su punibilidad, se deberá demostrar de qué modo en el caso concreto dicha tenencia trajo aparejada un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

Sin perjuicio de todo lo expuesto y en otro orden de ideas, todo lo afirmado según el Juez Hornos de ningún modo implica “legalizar el consumo de marihuana” dentro de los establecimientos penitenciarios siempre que no se demuestre afectación a terceros. Es que de lo sentado no se infiere que la conducta reprochada no pueda ser susceptible de una sanción disciplinaria dentro del marco administrativo del sistema penitenciario y con respeto las normas que hacen al debido proceso de estas. Así es que, en ese sentido, la ley 24.660 prevé como infracción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas.

Para finalizar, advirtió que los adictos a sustancias estupefacientes que se encuentran alojados en unidades de detención, constituyen un grupo que se encuentra en extrema situación de vulnerabilidad, y sobre el cual el Estado tiene el deber –como garante de la vida, la salud, la seguridad y la integridad física de los internos– de establecer y garantizar medidas de seguridad para la desintoxicación y rehabilitación del interno que dependa física o psíquicamente de estupefacientes; y también en forma compulsiva en caso de que la conducta del drogodependiente genere peligro para sí o para terceros.

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

En consecuencia, esta postura jurisprudencial es amena a los fundamentos que presenta la defensa de las personas privadas de su libertad y que se le secuestra material estupefaciente dentro de la prisión.

Por último, en este andarivel de ideas, el juez Mariano Borinsky sostuvo que en estos casos resultaba de aplicación la doctrina del precedente “Arriola”. En este orden de

ideas, expuso que cuando los presupuestos fácticos que se encuentran acreditados evidencien que la conducta no comportó la existencia de un daño a derechos o bienes de terceros o un peligro concreto real, siquiera lejano, para la salud y seguridad pública o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad toda, en los términos de la sentencia “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 332:1963); en consecuencia, se puede afirmar que la conducta atribuida no trascendió a terceros, por lo que encuentra amparo en el principio de reserva (artículo 19 de la Constitución Nacional)<sup>66</sup>.

No obstante, aclaró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por personas detenidas en una unidad penitenciaria no está excluida *per se* del amparo constitucional de la garantía de autonomía personal prevista en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En efecto, afirmó la existencia de un peligro para terceros en función que se tenía el estupefaciente en cuestión, fraccionado y acondicionado en varios cigarrillos armados y listos para su inmediato consumo, al momento de la requisa. Ello reveló que las circunstancias relevantes del hecho objeto de imputación en las presentes actuaciones no pueden ser consideradas análogas a las que motivaron la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arriola” y, por consiguiente, no corresponde su aplicación para resolver el caso de autos<sup>67</sup>.

### 3.3 Posición vicariante

Si bien con la descripción de los anteriores jueces se desprendió en forma prístina la adopción de una posición restringida o amplia en aplicar o no “Arriola”; no lo es menos que, se dificulta en situar, en una determinada posición, a los jueces Daniel Antonio Petrone y Javier Carbajo. Por lo tanto, al no poder el suscripto situar en una de las posiciones anteriores, en forma arbitraria, los situó en una posición vicariante.

El distinguido magistrado Petrone en un primer momento adhirió a los votos de Barroetaveña en los casos “Barcaza” (2019) y “Mustafa” (2020)<sup>68</sup>, en donde el juez último

---

<sup>66</sup> Sostuvo esta doctrina, por ejemplo, en “Jara” (2019).

<sup>67</sup> Sostuvo esta doctrina, por ejemplo, en “Rodríguez, Héctor” (2020).

<sup>68</sup> Aquí una cuestión en particular. En el caso “Mustafa” (2020) votó la doctora Ana María Figueroa quien adhiere a una “posición amplia” en donde aplica “Arriola”, además falló Diego G. Barroetaveña quien adhiere a una “posición restringida” en donde no aplica “Arriola”. Pero también se expidió Daniel Antonio Petrone quien lo situó en una “posición” que adoptó diversos puntos de vistas. Al respecto, en el caso reseñado sostuvo que “...atento a las particulares circunstancias del caso y en el entendimiento de que asiste razón al Fiscal en cuanto a que de éstas no surge con meridiana claridad que aquella sustancia se hallare inequívocamente destinada a su consumo personal, no ajustándose por tanto el presente a los lineamientos de la doctrina del fallo “Arriola” (Fallos: 332:1963), habré de adherir a la solución propuesta por el colega que lidera el Acuerdo, doctor Diego G. Barroetaveña, y expedir mi sufragio en igual sentido”. Así dadas las cosas, en mi opinión, en el caso “Mustafa” (2020) existió una ausencia de mayoría. En efecto, la Corte Suprema sostuvo que la sentencia debe constituir una unidad lógico-jurídica, cuya validez depende no solo de que la mayoría convenga en lo atinente a la parte dispositiva, sino que también os-

nombrado no consideró aplicable la doctrina del precedente “Arriola” a los casos de secuestro de material estupefaciente en la cárcel dado que el juez Barroetaveña afirmó que “...más allá de la cantidad de material estupefaciente secuestrado en poder el imputado, la que podría considerarse escasa, el caso bajo examen no se ajusta a los lineamientos de la doctrina del fallo “Arriola” (Fallos: 332:1963)”<sup>69</sup>.

De seguido, en una segunda etapa, se alejó de esa postura y empezó a desestimar el recurso del fiscal debido a que no había rebatido todos los fundamentos de la sentencia que se recurrió, como por ejemplo en “Silveira” (2021) y “Rodríguez, Daniel” (2021).

Sin embargo, en una tercera fase, por último, pasó a adherir al voto de la juez Figueroa en el caso “Verón” (2022), mediante la cual la juez consideró que los casos aquí tratados resultan aplicables el precedente de la Corte Suprema de Justicia reseñado anteriormente debido a que expuso que la conducta “...debe ser analizada y resuelta... con aplicación al caso de la doctrina sentada en el fallo “Arriola, Sebastián y otros s/recurso de hecho” (Fallos: 332:1963), por nuestro más Alto Tribunal”<sup>70</sup>.

En síntesis, si bien el juez Petrone en un primer momento no aplicó “Arriola”, no lo es menos que con posterioridad sí lo considero aplicable, pasando obviamente por una transición de rechazar el recurso del fiscal. En virtud de ello, la última postura congenió con la posición amplia.

En segundo término, el juez Javier Carbajo se expidió en la causa “Rodríguez, Alejandro” (2019) en donde advirtió que en el caso la tenencia de estupefacientes, más allá de su escasa cantidad, no puede considerarse una conducta inocua e incapaz de generar riesgos concretos para derechos de terceros.

Con posterioridad, en los casos “Jara” (2019) y “Acosta” (2020) adhirió a la postura adoptada por el juez Hornos, en donde éste aplicó la doctrina de “Arriola”.

Al contrario de ello, en “Rodríguez, Héctor” (2020), adhirió al voto del juez Borinsky, donde en prieta síntesis, consideró en virtud de las condiciones de hallazgo del material estupefaciente no aplicable la doctrina de la Corte Suprema en “Arriola”.

---

tente una sustancial coincidencia en los fundamentos que permitan llegar a una conclusión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del tribunal (Fallos: 308:139; 312:1058; 313:475). Ello es así, pues las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas (Fallos: 321:2738).

<sup>69</sup> Como por ejemplo en el voto del juez Barroetaveña en el caso “Mustafa” (2020).

<sup>70</sup> Como por ejemplo en el voto de la juez Figueroa en el caso “Verón” (2022).

Por su parte, en “Conturso Álvarez” (2021) no hubo controversia entre lo esgrimido por la defensa y fiscalía, pero se aplicó “Arriola” debido a que en el recurso del fiscal se resaltó que

...leer ‘Arriola’ como si autorizara a reprimir cualquier tenencia de estupefacientes que no lo sea en un ámbito físico de exclusión de terceros, como puede ser dentro de un establecimiento penitenciario donde conviven otros internos, significa privar de sentido al principio básico del art. 19 CN. La intimidad y la zona de reserva no se pierden porque una conducta se realice en determinados lugares no cerrados (por ejemplo, dentro de un establecimiento penitenciario), sino que aquéllas acompañan al individuo donde vaya.

Para finalizar, el juez Carbajo resolvió “Coronel” (2021) que esta vez adhirió al voto de la juez Ángela Ledesma, quien aplicó la doctrina de “Arriola” debido a que afirmó “...que – inequívocamente– el estupefaciente secuestrado era para consumo personal, lo que representa un obstáculo para afirmar la existencia del alegado daño con trascendencia a terceros, por lo que corresponde anular la sentencia impugnada”.

En síntesis, del recorrido se desprende que, si bien el juez Carbajo en un primer momento no aplicó “Arriola”, en un segundo momento sí lo empleó. Aunque, de seguido, no lo entendió aplicable y con posterioridad volvió aplicarlo.

#### **4. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA OPINIÓN DE LOS JUECES DE LA CASACIÓN EN ATENCIÓN AL CASO “ARRIOLA” Y SUS PROYECCIONES**

Ahora bien, en este acápite, pasaré a esbozar una crítica de los distintos argumentos que desarrollaron los jueces de la casación, tanto de la tesis restringida, como amplia y vicariante, en torno a la temática. Vale aclarar que, en este punto, presento los argumentos en forma esquemática y resumida a los fines de no agotar aún más al lector con su desarrollo. Y demás esta mencionar en que ellos están dirigidos a que, según las circunstancias del caso, se pueda declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 de conformidad con el precedente de Fallos: 332:1962 (“Arriola”).

##### **4.1. El argumento relativo a la no aplicación de “Arriola”**

Como vimos existen jueces de la Cámara Federal de Casación Penal que no consideran aplicable “Arriola” dentro de la cárcel, debido a que, con mis palabras, entienden que está estructurado y esbozado para las personas que se encuentran en libertad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado “Arriola” afirmó, con sustento en “Bazterrica”, que



**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

...el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

De esa simple lectura de la resolución del fallo, la Corte expresó que “...el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 [...] conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional” debido a que “...incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”, pero no aclaró el ámbito fáctico de la tenencia para consumo. Por lo tanto, en atención a que la Corte Suprema tuvo la posibilidad de acotar el margen de aplicación de ese precedente y no lo hizo, el intérprete no puede hacer lo que no realizó el Alto Tribunal para, en definitiva, no aplicar ese precedente.

Como una muestra de ello, nótese que la Corte Suprema cuando declaró la inconstitucionalidad de una ley explicó sus alcances y sus límites. Por ejemplo, en el precedente de Fallos: 329:3680 (“Gramajo”<sup>71</sup>) declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal; sin embargo allí aclaró que en esa causa no se ventiló la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el artículo 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados. En suma, especificó que no declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal en todos los casos, sino en las hipótesis del artículo 52 que involucran delitos de menor gravedad o mediana gravedad<sup>72</sup>. También se puede traer a colación el precedente de Fallos: 330:2361 (“Rosza”<sup>73</sup>), en donde resolvió que el régimen de subrogaciones de jueces aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura no se adecuaba a los parámetros constitucionales por lo que era inconstitucional; sin perjuicio de ello, esclareció que lo expuesto no implicaba en modo alguno cuestionar el funcionamiento y eficacia de las actuaciones

---

<sup>71</sup> Véase: G. 560. XL. Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa -causa n° 1573-. Sentencia del 5 de septiembre de 2006.

<sup>72</sup> En efecto, sostuvo que correspondía declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el artículo 75, inciso 22 de nuestra Ley Fundamental.

<sup>73</sup> Véase: R. 1309. XLII. Rosza, Carlos Alberto s/recurso de casación. Sentencia de 23 de mayo de 2007.

que se hubieren iniciado o se hallaren aún en trámite bajo el sistema de subrogaciones, aquí tachado de inconstitucional y, definitiva, la autoridad institucional de esta sentencia no privará de validez a los actos procesales cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor. En resumen, explicó que, si bien el régimen de subrogancia es inconstitucional, mantenía validez todos los actos procesales que habían realizado.

En suma, cuando la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una norma detalló los contornos de esa invalidez constitucional, cuestión que no hizo en el precedente “Arriola” con respecto al ámbito fáctico dónde se secuestró el material estupefaciente.

Todo ello, en un primer momento, se vio robustecido con la disidencia de la Corte Suprema en el Fallos: 344:2409 “Rodríguez”<sup>74</sup>, que consideró aplicable el caso “Arriola” a personas que se encontraba en prisión<sup>75</sup> y, de seguido, en segundo término, con una mayoría endeble, en Fallos 345:869, “Salvini”<sup>76</sup>, donde cimero Tribunal razonó que el artículo 14 de la ley 23.737 era inconstitucional por conculcar la privacidad protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional y, a su vez, afirmó que la aplicación del tipo penal al caso no puede encontrar sustento en la circunstancia de que la tenencia de estupefacientes para consumo haya tenido lugar dentro de un establecimiento carcelario, en tanto aunque resulta evidente que la privación de libertad conlleva, necesariamente, una restricción a la autonomía personal y al derecho a la privacidad de las personas que la sufren, en modo alguno puede considerarse que importe la pérdida definitiva de dichos derechos<sup>77</sup>.

En resumen, lo esgrimido en “Arriola” guarda relación con lo resuelto en la disidencia de “Rodríguez” y, en especial, con la mayoría de “Salvini” de la Corte que aplicó la doctrina que emerge de “Arriola”. Aún, cuando no había una analogía fáctica (libertad/cárcel) pero sí jurídica (artículo 14, inciso 2°).

No resulta ocioso destacar que, no se desprendió de los fallos del alto Tribunal que sea constitucionalmente inobjetable la tenencia de drogas para consumo personal en todos los supuestos, sino que es necesario establecer aquilatar en cada caso si la acción de la persona se realizó en condiciones tales que trajo aparejado un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento analizado el carácter de acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

---

<sup>74</sup> Véase: FPA 008956/2016/2/1/1/RH001. Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente de recurso extraordinario. Sentencia de 9 de septiembre de 2021.

<sup>75</sup> Aunque la mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario.

<sup>76</sup> Véase: FPA 009510/2017/3/1/1/RH001. Salvini, Marcelo Daniel y Otro s/ incidente de recurso extraordinario. Sentencia del 30 de agosto de 2022.

<sup>77</sup> Aunque, la minoría resolvió declarar inadmisibile el recurso extraordinario.

En otro orden de ideas, con la premisa de la no aplicabilidad de “Arriola” a estos casos, se creó una categoría de personas exentas de la aplicación de ese precedente por el solo componente de estar privado de su libertad y con total prescindencia de si la conducta de poseer estupefacientes, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente de que era para uso personal. Ello, no solo viola el derecho a la privacidad, sino que también vulnera la igualdad ante la ley puesto que crea una excepción que despoja a la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza de estar entre rejas. O sea, no se brindan en las sentencias aquí analizadas razones objetivas que permitan efectuar una diferenciación para excluir de la aplicación de “Arriola” a las personas que se encuentran privadas de su libertad.

De conformidad con el buen uso de los precedentes, no es posible conocer la razón por la cual la cuestión referida a que “la tenencia se origina en la cárcel” debería autorizar a no aplicar las pautas establecidas en el precedente “Arriola”, en tanto y en cuanto no surge de allí que esa haya sido la regla o un parámetro por parte de la Corte Suprema para limitar el alcance del principio de privacidad y de autonomía personal que posee la persona que se encuentra en un Complejo Penitenciario.

#### **4.2. El argumento relativo al derecho a la privacidad**

Previo a todo, al momento de interpretar una norma constitucional, es de hacer notar que uno de los principios que forman parte de la constelación internacional es aquél que impone la interpretación más favorable de toda norma que importe restringir derechos fundamentales –*pro homine*–, pauta que, además, la Corte Suprema reconoció, entre muchos otros, en el precedente registrado en Fallos: 336:1024 (“Carranza Latrubesse”)<sup>78</sup>.

El derecho a la privacidad y su protección frente a injerencias arbitrarias fue consagrado a nivel nacional<sup>79</sup> e internacional<sup>80</sup>.

Destaco que se presenta una diferencia entre el concepto de intimidad y el de privacidad. La intimidad se definió como la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros, mientras que por privacidad se entendió la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros), que se cumplan a la vista de

---

<sup>78</sup> Véase: C.568.XLIV. Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut. Sentencia del 6 de agosto de 2013.

<sup>79</sup> De conformidad con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

<sup>80</sup> Por ejemplo, en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos V, IX y X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

los demás y que sean conocidas por estos. Por otra parte, un grupo de autores reducen la intimidad a un ámbito reservado para unos pocos autorizados y amplían la privacidad hasta el límite de lo público. La privacidad, de esa manera, sería entonces por oposición lo no público, aquello que está exento del poder público, que en el lenguaje genial de Alberdi, está reservado a Dios y exento del juicio de los magistrados (artículo 19 de la Constitución Nacional). Hay que tener en cuenta que el concepto de lo no público ha variado a través de los años y cada vez se reduce a un ámbito más pequeño. Hoy en día se ha producido una inflación del avance de lo público en detrimento del espacio personal, cada vez más pequeño (Travieso, 2019).

En este orden de ideas, resultó ilustrativo el voto de la jueza Carmen Argibay, que su considerando 13°) manifestó que:

...si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional.

La Corte Interamericana expresó que el derecho a la intimidad (reconocido por el artículo 11 de la Convención Americana) está integrado por un ámbito de la privacidad que se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público<sup>81</sup>.

En efecto, el artículo 19 de la Constitución Nacional constituyó una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata solo 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. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. Por lo tanto, no cabe penali-

---

<sup>81</sup> Véase: Corte IDH, caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina ya citado, párrafo 48. Véase también sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), caso de las "Masacres de Ituango c. Colombia", Serie C No. 148, párrafo 193, donde se afirma que "el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada" (párrafo 194); y caso "Tristán Donoso c. Panamá" ya citado, párrafo 55, donde se extiende la protección del derecho a la intimidad a las conversaciones telefónicas a pesar de no estar mencionadas expresamente por el artículo 11 CADH.

zar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Además, los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.

En suma, la conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros cabe concluir que cuando la conducta del penado no trasciende a terceros, mantiene plena vigencia el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, motivo por el cual resulta de aplicación, la doctrina emergente de los precedentes “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) y “Arriola” (Fallos: 332:1963) de esa Corte Suprema<sup>82</sup>.

Asimismo, se enfatizó que los internos (aquellas personas que se encuentran bajo la custodia del Estado en prisiones y otros establecimientos con la libertad ambulatoria restringida) no pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad. Los artículos 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos claramente dispusieron que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano<sup>83</sup>, de modo coincidente con lo establecido en la Convención, afirmaron que los prisioneros son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. La restricción innecesaria de los derechos de los internos no es aceptable en virtud del mandato insertado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional de evitar toda mortificación que no sea necesaria para la seguridad de los reos<sup>84</sup>.

En ese marco, resulta claro que los internos pueden reclamar, como cualquier otro ciudadano, que su derecho a la privacidad sea reconocido. Por consiguiente, si el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en pequeña cantidad y no ostensible fuera del establecimiento penitenciario, cuando no están afectados los bienes jurídicos que la norma penal apunta a preservar (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico), constituye una intromisión inadmisibles por parte del Estado al ámbito de la privacidad garantizado por nuestra Constitución, el mismo tipo de castigo a la tenencia de estupefacientes dentro de dicho

---

<sup>82</sup> Véase: Considerando 4°) del voto en disidencia del ministro Lorenzetti en el precedente “Rodríguez” (Fallos: 344:2409).

<sup>83</sup> Del voto concurrente de Fallos: 318:1894.

<sup>84</sup> Véase: Considerando 7°) del voto de Rosenkrantz del precedente “Rodríguez” (Fallos: 344:2409).

establecimiento constituye también una intromisión inadmisiblesalvo que se muestre que hay algún grado de afectación a los bienes jurídicos mencionados<sup>85</sup>.

Así las cosas, la legitimidad de la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 14, 2° párrafo de la ley 23.737 tampoco puede encontrar sustento en la circunstancia de que la tenencia de estupefacientes para consumo tuvo lugar dentro de un establecimiento carcelario. Pues, aunque resulta evidente que la privación de libertad conlleva, necesariamente, una restricción a la autonomía personal y al derecho a la privacidad de las personas que la sufren, en modo alguno puede considerarse que importe la pérdida definitiva de dichos derechos<sup>86</sup>. Por lo tanto, por el respeto debido a la privacidad protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, no se puede justificar en este caso la criminalización de la conducta imputada por el mero hecho de que haya ocurrido dentro de un establecimiento carcelario. El artículo 14 de la ley 23.737 es, por consiguiente, en las presentes circunstancias, inconstitucional<sup>87</sup>.

Pero a su vez se esgrimió que las personas que se encuentran dentro de la cárcel no poseen un derecho a la privacidad, como si tienen, al contrario, las personas que se encuentran en libertad. Sin embargo, en el precedente “Dessy” la Corte Suprema afirmó que “[l]os prisioneros son [...] 'personas' titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso”<sup>88</sup>; por lo tanto, la analogía está satisfecha con los casos aquí tratados; o sea, existió semejanza con el precedente “Dessy” debido a que la persona se le niega el derecho a la privacidad por estar detenido. En tal sentido, nótese que en “Dessy” la Corte deslegitimó que la autoridad penitenciaria pueda revisar las cartas<sup>89</sup> que las personas que se encuentran privadas de su libertad envían o reciben de sus familiares puesto que vulnera el secreto de las comunicaciones amparado en el derecho a la privacidad. Si la Corte en ese precedente sostuvo que los internos poseen derecho a la privacidad<sup>90</sup>, no hay razones para alejarse

---

<sup>85</sup> Véase: Considerando 7°) del voto de Rosenkrantz del precedente “Rodríguez” (Fallos: 344:2409).

<sup>86</sup> Véase: Considerando 7°) del voto en disidencia del ministro Lorenzetti en el precedente “Rodríguez” (Fallos: 344:2409).

<sup>87</sup> Véase: Considerando 7°) del voto de Rosenkrantz del precedente “Rodríguez” (Fallos: 344:2409).

<sup>88</sup> Véase, CSJN, Fallos: 318:1894. “Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus”. Doctrina reiterada, por ejemplo, en el precedente registrado en Fallos: 327:388 “Romero Cacharane”.

<sup>89</sup> En efecto, se dijo que “...se abren en presencia del interno las cartas que recibe, con el objeto de verificar que no contengan elementos peligrosos” del Considerando 1° del voto concurrente de los Ministros Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano.

<sup>90</sup> En forma patente, se sostuvo que “...La intromisión en la correspondencia epistolar traduce una de las fracturas más graves del ámbito de libertad y privacidad de los hombres. La carta es vehículo del pensamiento, y el pensante su exclusivo señor. Solo él puede disponer la exteriorización de su pensamiento, y sólo él puede escoger al destinatario. La carta es relación de uno con otro. Pero sobre quién sea ese otro, sólo el uno puede disponer. Violar sin más ese vehículo es, por tanto, violar dicho señorío” (del Considerando 1°).

de esa confirmación, al menos desde la jurisprudencia de la Corte, también en los casos aquí tratados.

En otro orden de ideas, se sostuvo que el consumo llevado a cabo dentro de la cárcel no es privado e inocuo, sino ostensible y potencialmente perjudicial para los terceros que se encuentran interactuando en el ámbito de encierro con el tenedor de la sustancia —compañeros de celda y de pabellón, guardiacárceles, visitas de toda edad, médicos, etc.— quienes se ven afectados pasivamente por la conducta criminosa del interno que consume. Además, es evidente además el serio riesgo que conlleva en un establecimiento carcelario la cohabitación con personas que se encuentran bajo los efectos de las drogas, constituyendo un peligro cierto contra el mantenimiento del orden y el resguardo de la integridad física de todos sus ocupantes, en un marco donde cualquier indisciplina de los internos —aún involuntaria por haberla concretado bajo los efectos de estupefacientes— puede tener derivaciones imprevisibles y afectar la conducta de los restantes compañeros y del personal encargado de su resguardo (GÓMEZ, 2014)

Sin embargo, no debe presuponerse que los actos que uno lleva a cabo y que implican daños sobre uno mismo impliquen necesariamente la producción de daños sobre otros. Lamentablemente, la Corte presumió tal conexión (entre daños sobre uno mismo y daños sobre terceros) en sus fallos más restrictivos en la materia (por ejemplo, en “Montalvo”), manteniendo que el consumo personal conllevaba necesariamente el daño a terceros -hecho que, contra lo que ellos dicen, debería probarse en cada caso y no presumirse-. Esta presunción es criticable, por lo demás, porque ella implica tomar a las personas como irracionales, como incapaces de escoger por sí mismas, como arrastradas inevitablemente a desarrollar “comportamientos imitativos” del tipo “Dado que él consume estupefacientes, entonces yo también debo hacerlo”. Es decir, no debemos aceptar la idea -promovida por la Corte en su momento- de que el consumo de estupefacientes genera inevitables, irrefrenables, “comportamientos imitativos”, que por lo tanto convierten al sujeto consumidor en alguien que “daña” al que lo imita (GARGARELLA, 2009)<sup>91</sup>.

---

rando 5° del voto concurrente de los ministros Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano).

<sup>91</sup>. De seguido agregó que “Es importante notar, además, que en muchos casos la conducta que uno realiza tiene alguna conexión causal con la producción de daños sobre terceros, pero ella es muy débil, o al menos no es lo suficientemente fuerte como para ser perseguida: la presunción, en estos casos, debe ser pro-libertad. Por lo tanto, lo que debe hacerse es explorar la fortaleza de la conexión causal del caso, e intervenir sobre la conducta impugnada sólo si entre ella y la generación de daños relevantes hay una correlación muy sólida. Por ejemplo, puede ocurrir que entre beber y golpear a alguien exista una conexión causal. Pero dicha conexión no es fuerte: alguna gente bebe y causa daños, y mucha otra bebe, y

En suma, no se debe presumir que, para obturar el derecho constitucional a la privacidad, el consumo de (cualquier) estupefaciente se correlaciona con la producción de daños.

Aún más, nótese que en virtud del precedente “Raschini” la Corte Suprema afirmó que aun la tenencia compartida de estupefacientes para consumo personal entre adultos también resulta una de las acciones privadas alcanzadas por el principio de reserva, aunque ese Tribunal con anterioridad nunca lo había sostenido y, es más, en tiempo de “Bazterrica”, en los casos en que aparecía una situación de consumo compartido entre sujetos adultos, negó su aplicación sin mayor análisis (Inchausti – Mercau, 2014)<sup>92</sup>.

En tal sentido, a mayor abundamiento, en cuanto a que en un lugar de detención se encuentra habitado por numerosas internas/os por lo que no puede ser considerado un ámbito de privacidad o intimidad y, por esta razón, habría peligro cierto de generar un daño a la salud de terceros, es una frase conjetural aplicada sin más a cualquier caso omitiendo ponderar el lugar, el modo o cómo se obtuvo y las circunstancias del caso. Nótese que la terapia intensiva de la clínica Ipenza de la ciudad de La Plata se encontraba habitada por otras personas y la Corte Suprema no le negó el derecho a la privacidad al doctor Ricardo Balbín<sup>93</sup>, sino que lo afirmó.

La privacidad constituye el espacio para el libre ejercicio de la autonomía de las personas y el artículo 19 de la Constitución Nacional no hace ningún distingo para los individuos que se encuentran en una prisión.

En consecuencia, la privación de libertad obliga al interno a tener que adecuar su vida en un ámbito donde su libertad se encuentra restringida, el Estado no puede agravar esta condición, desconociendo que aún en una celda tiene una esfera de privacidad donde desarrolla sus acciones privadas, aun cuando se trate del consumo de estupefacientes (Gorra, 2011).

### **4.3. El argumento relativo a la ostentación**

Por otro lado, en los votos de los jueces de la casación se hizo gala del argumento de “ostentación” para imputar el delito de estupefacientes (o al menos afirmar su constitu-

---

bebe mucho, sin dañar a nadie. Por ello no basta con que alguien o algunos, alguna vez, bajo los efectos del alcohol, golpeen a alguien, para justificar una restricción en el consumo o la venta de alcohol”.

<sup>92</sup>. Con cita de Fallos 311:2721 (“Gerstein”) y 311:2228 (“García”). La parquedad con que se describieron los hechos de ambos casos impide sacar conclusiones sobre qué base consideró la Corte para considerar que existió una trascendencia peligrosa a terceros, máxime si se lo compara con los dictámenes de los procuradores D’Alesio y Malamud Goti, que consideraron que era de aplicación “Bazterrica”.

<sup>93</sup> Véase: Fallos: 306:1892. Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios. Sentencia del 11 de diciembre de 1984.



cionalidad), sin perjuicio que la figura del artículo 14, segundo párrafo (y el primero) no exige tal requisito, sino que surge, por ejemplo, del artículo 12 de la ley de estupefacientes<sup>94</sup>.

En tal sentido, el legislador de la ley 23.737 previó una punición autónoma y con penas duras para los casos de tenencias o usos trascendentes a terceros. Por ejemplo, el suministro a título gratuito para consumo<sup>95</sup> o el uso ostensible del tóxico<sup>96</sup>. Estos fueron los supuestos en que el legislador vio una afectación a la salud pública por trascendencia, mientras que la proyección que entendió ínsita en la tenencia venía dada por el efecto “contagio” y la integración -por vía de consumo- de la cadena de tráfico (Pampliega, 2009).

El artículo 12 de la ley 23.737 no hizo referencia al mero consumo en lugares expuestos al público, sino que exige para su adecuación típica que tal consumo sea realizado con ostentación y trascendencia, lo que implica introducir en la figura la exigencia de un determinado resultado, o sea, la trascendencia al público y una modalidad de conducta: con ostentación, entre los cuales existe una indudable relación ya que trascenderá al público la conducta que de alguna manera se haya realizado ostentosamente. Así las cosas, los comportamientos que resultaban aptos para provocar una afectación a terceros en los términos antes referidos se encuentran contemplados en otras disposiciones penales de la ley 23.737 distintas a la aquí aplicada.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene reseñar que “ostentar” significa según el Diccionario de la Real Academia Española lo siguiente: 1. tr. Mostrar o hacer patente algo. 2. tr. Hacer gala de grandeza, lucimiento y boato. 3. tr. Tener un título u ocupar un cargo que confieren autoridad, prestigio, renombre, etc. Ostenta el récord del mundo. Ostenta la dirección del partido<sup>97</sup>. En base a esa definición sobre qué es ostentar, no exige esfuerzo de interpretación y debe ser aplicado directamente, sin atender a otras consideraciones o a consideraciones dogmáticas<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> En tal sentido, dicha norma reza: “Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos; b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público”.

<sup>95</sup> En el último párrafo del artículo 5° “la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión”.

<sup>96</sup> Del inciso b) del artículo 12 que es “reprimido con prisión de dos a seis años”.

<sup>97</sup> Consultado el 1° de agosto de 2022 del sitio web: <https://dle.rae.es/ostentar>.

<sup>98</sup> En tal sentido, la Corte Suprema sostuvo que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió. Así lo ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte Suprema (Fallos: 316:2695, entre muchos) como también que, cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con

En tal sentido, de la definición mencionada solo se podrá demostrar que se está ostentado cuando la persona haya exhibido o mostrado la sustancia públicamente. Ese extremo debe ser probado en cada caso concreto, para poder afirmar la afectación a terceros y, por ende, la del bien jurídico protegido por la norma (salud pública). El solo tener el material estupefaciente en la cárcel, de dicha conducta, no se puede traducir en que ostentó dicha sustancia, al menos desde la óptica de la definición de la palabra.

En ninguno de los casos reseñados en este trabajo<sup>99</sup> existió ostentación en un lugar o espacio común, como, por ejemplo, el patio, el lugar donde se estudia o donde se ejercitan, etcétera. Por lo que no concurrió la posibilidad de generar peligros a terceros, circunstancia acorde al precedente “Arriola” para su punición. O sea, no se probó en ningún caso que las personas que poseían el estupefaciente estuvieran detentando o exhibiendo dicho material.

Por lo tanto, los eventuales peligros de la conducta reprochada a la persona son esgrimidos desde un plano meramente conjetural y no en circunstancias comprobadas de los casos reseñados, de los cuales surge claramente que la droga fue incautada en una zona de reserva y sin que el personal del servicio penitenciario Federal haya consignado que la droga estaba siendo exhibida u ostentada ante terceros.

En consecuencia, considero que el artículo 19 de la Constitución Nacional vedó a la ley penal castigar a quien tiene droga para consumo propio, limitación que solo cede cuando esa tenencia trasciende la esfera del autor para afectar o poner el peligro la salud de terceros, que puedan ser inducidos al consumo, de conformidad con el precedente “Arriola”. En suma, la aserción a la ostentación de la tenencia de estupefacientes de estupefacientes no tiene más base jurídica que la afirmación dogmática de quienes la afirman.

A todo evento, en otro orden de ideas, tampoco estamos en presencia de las conductas reprimidas por el artículo 12 de la ley 23.737, en cuanto reprimió: a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos<sup>100</sup>.

---

prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contemplado en la norma (Fallos: 311:1042).

<sup>99</sup> Véase “ANEXO”. Tabla de casos referenciados de la Cámara Federal de Casación Penal.

<sup>100</sup> En cuanto a la difusión o preconización se sostuvo que “...Preconiza `el que encomia su uso personal en forma general’ (Núñez), esto es, ensalzar los beneficios de su uso y no explicar los modos de utilización (que puede encuadrar en la figura 2° párrafo del art. 28 de la ley). Difunde el que divulga de persona en persona. Según Núñez cualquiera de las formas comisivas `deben realizarse de manera pública por el lugar en que se ejecutan o la posibilidad de personas indeterminadas a ese lugar’. Induce el que persuade a otro al consumo de estupefacientes, no basta la simple insinuación sino que debe persuadirlo, para esta forma típica no se requiere la realización pública; se diferencia de la instigación (art. 45 CP) en que ésta requiere la creación en el instigado de la idea de la comisión del injusto y la ejecución o inicio de ejecución del mismo por parte de éste” (Balcarce, 2016).

**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

En efecto, ninguna conducta de las juzgadas por la casación<sup>101</sup> surgió que las personas que detentaban el material estupefaciente lo tuvieran a los fines de conseguir adherentes, adeptos, consumidores, usuarios, espectadores, etcétera.

No hay lugar a dudas que las conductas de preconización o difusión del uso de estupefacientes, como la inducción a terceros para la consumición de estos, así como la impartición de instrucciones para la producción, elaboración, fabricación o uso de sustancias prohibidas, ponen en riesgo la salud pública, al momento que dichas conductas pueden hacerse efectivas públicamente, es decir cuando llegan a un número indeterminado de personas. Pero nada de ello, se verificó en los casos aquí tratados.

A mayor abundancia, en cuanto a que el secuestro se produjo en una unidad carcelaria no es sinónimo de ostentación ni tampoco de preconización y las conductas no pasan de ser una acción privada. En síntesis, no existió un indicativo de una actitud de ostentación en los casos que resolvió la Casación sino todo lo contrario.

Para finalizar, no solamente corren la vaya del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 para agregar requisitos extratípicos para que no llegue la persona imputada a quedar comprendida dentro de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, como, por ejemplo, es echar mano a la “ostentación” sino que también, se agrega el tema de la “adicción” como en “Mustafa” (2018)<sup>102</sup>. En tal sentido, para que resulte aplicable el artículo 14, párrafo segundo, no requiere que la persona sea efectivamente un “adicto”, puesto que si sería de ese modo tornaría inoperante la disposición del artículo 21 de la ley 23.737<sup>103</sup>. Aunque deja latente de aplicación el artículo 17<sup>104</sup> en el caso de ser dependiente.

---

<sup>101</sup> Obvio la referencia en particular.

<sup>102</sup> Al respecto, en el recurso del fiscal se desprendió que “...Destacó que si bien la cantidad de cocaína secuestrada -2,02 gramos (5,8 dosis umbrales)- podría llegar a considerarse como de “escasa cantidad”, extremo que no comparte, ello solo no basta para que pueda afirmarse que el material secuestrado resulte ser únicamente para consumo del imputado. Señaló que ello debe ser leído en consonancia con la falta de acreditación del carácter de adicto de Mustafa Awad –circunstancia que no se probó en autos, atento a que el imputado no prestó declaración indagatoria y el informe médico respectivo indicó que no presentaba sintomatología compatible con la calidad de adicto– por lo que el segundo presupuesto contemplado en aquella norma no se encuentra corroborado en estos actuados”.

<sup>103</sup> El artículo 21 reza que “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley. a sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente Ley, cuando éstos lo requiriesen. Si

#### 4.4. El argumento relativo al orden y seguridad de las prisiones

En los votos de las sentencias de la Cámara de Casación se esgrimió el argumento del orden y seguridad de las cárceles para restringir el ámbito de privacidad. En tal sentido, se sostuvo que el Estado puede imponer ciertas restricciones al ámbito de intimidad en aras de la seguridad del establecimiento carcelario (como por ejemplo en palabras del juez Riggi) y, a su vez, la reducción de los ámbitos de privacidad es justamente una de las notas distintivas de las instituciones totales, que, en el caso de la cárcel, por sus características y limitaciones fácticas actuales, halla una de sus mayores expresiones lo que explica las injerencias y restricciones en sus derechos a que son sometidos los internos por razones de seguridad, pero también de orden y buena organización de la vida en común en el establecimiento (como por ejemplo en palabras del juez Barroeta-veña). En suma, en virtud de la premisa del orden y seguridad de las prisiones se explicó que la persona que se encuentra en prisión posee un ámbito de privacidad que el Estado supuestamente puede restringir.

Ahora bien, en primer lugar, los que echan mano al argumento de orden y seguridad no especifican cuál sería el ámbito de privacidad en donde el Estado no puede entrometerse e imponer una determinada regla moral de conducta. Tampoco explican el motivo por el cuál la autoridad penitenciaria tendría legitimidad para disponer de derechos constitucionales y restringirlos, máxime cuando el derecho a la privacidad se encuentra en la parte pétrea de la Constitución Nacional y no es disponible o modificable por medio de la ley 24.660.

Pero a su vez, en segundo orden, no se puede sostener que la tenencia de estupefacientes para consumo personal afecta el orden y la seguridad de las prisiones sin más. En tal sentido, el hecho aislado de poseer estupefacientes con la finalidad reseñada no demuestra una relación directa e inmediata que existe entre tal posesión y mantener el orden y la seguridad de las prisiones. En efecto, no se demostró cómo el detentar material estupefaciente<sup>105</sup>: en la boca (“Salvini”, 2021), pegado con cinta adhesiva en los glúteos (“Fretes”, 2019), en el interior del mate (“Montenegro”, 2021), en un porta

---

concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia”.

<sup>104</sup> El artículo 17 dispone que “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última”.

<sup>105</sup> Tomo en cuenta el momento y lugar de hallazgo del material estupefacientes.

termo (“Sosa”, 2018), etcétera, pone en jaque el orden y la seguridad de las cárceles. Máxime cuando de los casos que se recopilaban no se evidenció que hubiera habido, por la tenencia de estupefacientes, motines en la cárcel, reyertas entre los presos o entre estos y el servicio penitenciario federal, etcétera.

El mayor recelo que se debe tener en relación con el orden y seguridad de los establecimientos carcelarios revela una preocupación, pero no la existencia de una acción típica, antijurídica, culpable y punible de quien posee material estupefaciente para su consumo. De hecho, en ningún caso quedó demostrado que la tenencia puso en jaque el orden y la seguridad del establecimiento carcelario. Por su parte, no descartó que existan situaciones muy específicas en donde se pueda agravar el orden y la seguridad de la cárcel<sup>106</sup>, pero debe ser demostrado en cada caso en particular y no presumido *iure et de jure*.

En tal sentido, en los casos aquí analizados se puede afirmar que quedó descartado el riesgo potencial para la salud pública (que podría fundamentar la punibilidad de ese tipo de hechos), debido a) a la exigua cantidad de estupefaciente incautado; b) a la ausencia de elemento alguno que permita imputar la finalidad de desarrollar un consumo que haya trascendido a un número indeterminado de personas; c) a que el hallazgo no fue producto de un acto de exteriorización sino de una injerencia estatal debido a que, en casi<sup>107</sup> la totalidad de los casos, fue secuestrado en el marco de una requisa; y, d) el material estupefaciente fue localizado en un espacio estrictamente privado, fuera del alcance y/o de la vista de terceras personas, cuya existencia o utilización nadie que no fueran las personas imputadas conocía.

La aplicación inflexible de la norma del artículo 14 de la ley 23.737, que no admite prueba en contrario, da por cierto extremos sin acreditar que éstos existan e impone a los jueces incurrir en arbitrariedades.

No se sigue ni lógica ni experimentalmente que de la tenencia de drogas para autoconsumo se derive daño para la seguridad de las penitenciarías, por más que se recurra a

---

<sup>106</sup> Al respecto, en parte estoy de acuerdo con lo esgrimido por Francisco DIVITO en cuanto a que “...no se puede pasar por alto que la presencia de estupefacientes en establecimientos penitenciarios puede incluso favorecer el surgimiento de relaciones de poder y dominio de unos sobre otros, con perjuicio para la seguridad y la buena organización de la vida en común en el establecimiento y menoscabo, en definitiva, para la eficacia del tratamiento resocializador” (Divito, 2020) Véase: ¿Es constitucional la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo en establecimientos penitenciarios? Publicado en: RDP 2020-6, 05/06/2020, 7. Cita: TR LALEY AR/DOC/835/2020); sin embargo, debe ser demostrado en cada caso y no presumido sin admitir prueba en contrario. Harina de otro costal es lo del menoscabo a la “...eficacia del tratamiento resocializador”.

<sup>107</sup> Digo casi porque en el caso de “Pérez” (2020) se lo observó picando la sustancia, aunque se encontraba en su celda, aunque se secuestró el estupefaciente por medio de una requisa.

que se va a proteger la salud pública o el difuso orden administrativo<sup>108</sup>. Aún más, el orden y seguridad de las prisiones no fue objeto de pleito por las partes, extremo debe ser probado en cada caso y discutido por las partes, sino lo que se juzgó fue la tenencia para autoconsumo y no las supuestas consecuencias jurídicas del consumo de las personas sancionadas.

Validar la punición en atención al dogma del orden y seguridad de las prisiones se traduce en una mera afirmación dogmática que omite la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del caso y, en definitiva, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de las causas reseñadas.

A todo evento, el solo argumento de conservar el orden y la seguridad de las prisiones pareciera ser un argumento comodín que se puede utilizar para justificar cualquier situación de restricción de derechos fundamentales. Bastaría con alegar ese mentado orden de conservar la seguridad de las prisiones para obturar o limitar cualquier derecho constitucional de los presos. El argumento abstracto y antojadizo relativo al orden y seguridad de los establecimientos carcelarios no pueden anteponerse a la autonomía de la persona, al derecho a la privacidad y el derecho a no padecer injerencias arbitrarias.

No resulta ocioso destacar que, todo lo hasta aquí señalado, no implica en modo alguno que no se deba extremar la investigación respecto del modo en que el material ilícito fue introducido en un ámbito de máxima seguridad, con exhaustivos controles, como lo es una institución penitenciaria. Nótese que, nada más como ejemplo, la Cámara de Casación condenó<sup>109</sup> a una persona que intentó ingresar estupefacientes a la prisión para proveérsela a un interno<sup>110</sup>. Aunque se me podría achacar que sería una contradicción aceptar la tenencia de estupefacientes de la persona que se encuentra adentro de la cárcel e incriminar al o la que la proporciona desde el exterior. No obstante, sin temor a equivocarme, estaríamos en la misma situación que se encuentran las personas

---

<sup>108</sup> Que más adelante criticaré.

<sup>109</sup> No voy a discutir los fundamentos de la sentencia sino solo citarla.

<sup>110</sup> En tal sentido, la Sala 1° de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa FCT 17000068/2013/TO1/CFC1, caratulada "Zarate, Mónica Elizabeth s/recurso de casación", sentencia de 28 de marzo de 2018, confirmó -por mayoría- la condena de la imputada debido a que se demostró que "...entregó una bolsa de plástico de color blanco semitransparente en cuyo interior se hallaban ropas varias para el interno José Maximiliano Encina, quien se encontraba alojado en la Unidad n° 6 -San Cayetano- y previo a ser entregado, se efectuó el registro reglamentario del bulto, hallando camuflado entre la ropa un envoltorio plástico transparente en cuyo interior se podía observar una sustancia vegetal picada que a la postre resultó ser marihuana, con un peso total de tres (3) gramos. Sentado ello, se encuentran acreditados los elementos requeridos por el tipo penal de suministro gratuito de estupefaciente, agravado por haberse cometido en un lugar de detención, como estipula el art. 11 inc. e) de la ley 23.737 (Unidad n°6)".

en libertad puesto que esa persona que consume no sería punible por el caso “Arriola”, sin embargo, la persona que le vendió el estupefaciente es punible, también, por el caso “Arriola”<sup>111</sup>. O sea, el consumo no tiene relevancia penal (dependiendo las circunstancias) y la venta o suministro de estupefacientes si es punible. Ese obstáculo que se da tanto en las personas que se encuentran en libertad como privadas de ella, debido a que en la República Argentina no existe como en la República Oriental del Uruguay un sistema donde las farmacias participan en la venta legal de marihuana recreativa.

En suma, en ningún caso se evidenció la existencia de una relación directa e inmediata entre las normas constitucionales y convencionales aplicables al caso con el mantener el orden y la seguridad de los establecimientos carcelarios. A todo evento, se puede cumplir con ambos mandatos a la vez sin desprestigiar uno con respecto al otro.

#### **4.5. El argumento relativo a la readaptación social**

Como otro argumento para rechazar la tenencia para consumo en la cárcel se recurrió en forma frecuente, tanto en la doctrina como en los votos de los jueces de la casación, al principio de la readaptación social de la pena. En tal sentido, como ejemplo, se afirmó que “...la limitación a la autonomía de la voluntad que conllevan esas prohibiciones tiene fundamento en el mandato de reforma y readaptación social que establecen los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660”<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> En ambas situaciones, excluyo el autocultivo debido a que, desde 1989, la ley 23.737 sanciona penalmente el cultivo de la planta de cannabis y determinadas conductas vinculadas a algunos de sus derivados. En lo que aquí importa, en su artículo 5°, la ley castiga con pena de prisión a quien “sin autorización o con destino ilegítimo” siembre o cultive plantas de cannabis o guarde cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes incluso cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal (inciso a y penúltimo párrafo). Aunque sería discutible si la persona privada de su libertad podría pedir una autorización para poder realizar esa acción, pero ello no es objeto de este trabajo.

<sup>112</sup> En similar sentido, confrontar: DIVITO, Francisco, ¿Es constitucional la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo en establecimientos penitenciarios? Publicado en: RDP 2020-6, 05/06/2020, 7. Cita: TR LALEY AR/DOC/835/2020. En tal sentido, sostuvo que “...en supuestos de hecho como el aquí estudiado, la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal es constitucional a la luz del mandato de reforma y readaptación social que debe perseguir la pena de prisión y, a su vez, porque estas conductas —realizadas en el ámbito de un establecimiento penitenciario— no pueden quedar amparadas por la privacidad del art. 19 de la CN, pues siempre tienen trascendencia sobre terceros —y, según la Corte, ello excede de una acción privada en los términos de dicha disposición constitucional—. Sin perjuicio de ello, aunque esto merecería un estudio de igual o mayor extensión que el presente, sería interesante analizar si la conclusión sería la misma en el caso de una persona que se encuentra detenida en arresto domiciliario. Esto es, alguien sobre quien el Estado aún tiene un mandato de reforma y readaptación en los términos de los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP, pero cuyo accionar —llevado a cabo en el ámbito de su domicilio— sí parecería quedar protegido por la privacidad que garantiza el art. 19 de la CN”(Divito, 2016).

Si bien no hay dudas que el Estado tiene la obligación de garantizar que la finalidad de pena privativa de la libertad sea la reforma y la readaptación social de las personas condenadas<sup>113</sup>. No lo es menos que, se aseveró que el concepto de readaptación social o resocialización, cuyo significado no ha constituido otra cosa más que un sistema autoritario, militarizado y moralizante, que pretende la imposición de valores y pautas de conducta en el ámbito económico, social y cultural a los individuos sometidos a su instancia de control (ANZIT GUERRERO, 2014, 8)<sup>114</sup>. La reinserción social, como uno de los objetivos fundamentales del tratamiento penitenciario, es imposible, en lo general, dentro de las condiciones materiales, sociales y culturales actuales de la sociedad, por eso es por lo que vemos como las personas que egresan del sistema carcelario vuelven a delinquir reiteradas veces. Es muy difícil pensar en una recuperación efectiva del delincuente, cuando dentro de las cárceles actuales se encuentran con las mismas condiciones que generaron que delinca. Cuando no existe un programa de tratamiento ordenado y riguroso y cuando no hay una metodología a seguir basada en la valorización humana, la cárcel va a seguir estando invariablemente desde su creación aislada del contexto social y seguirá siendo inútil para el fin que fue creada (ANZIT GUERRERO, 2014, 25-26).

Más allá de lo expuesto, no voy a ahondar en el concepto de readaptación o reinserción social, puesto que la posición ideológica influye y desde la óptica de la teoría criminológica que se adopte variará o se pondrá en duda o se descartara el fin resocializador de la pena. Delinear con rigor científico lo recién expuesto, reitero y vuelvo a echar mano, excedería el objeto del presente trabajo.

Ahora bien, se esquivo la aplicación de “Arriola” con el argumento concerniente a que las penas deben cumplir con la finalidad de la *reforma y readaptación social*.

Sin embargo, pongo en duda que dicha premisa se pueda aplicar a la totalidad del universo de casos que son resueltos por la Cámara Federal de Casación Penal. Ello, debido a que no todas las personas que fueron sorprendidas con estupefacientes en la cárcel estaban allí a los fines de cumplir una pena privativa de libertad, como por ejemplo los casos de “Villar” (2019) y “Carro” (2020).

En efecto, ese argumento soslayó por completo la situación que privado de la libertad puede estar una persona bajo arresto preventivo como también en cumplimiento de

---

<sup>113</sup> Véase Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No 441, párr. 326.

<sup>114</sup> A su vez, aclaró el autor que “...el tratamiento no es obligatorio expresamente, puesto que el condenado que observa regularmente las normas de conducta no está obligado a culminar sus estudios, concurrir a talleres laborales, someterse a un tratamiento psicológico o intentar recomponer sus relaciones familiares y sociales, pero so pena de que el régimen deje de ser progresivo y le impida el ingreso a diversas fases... y a institutos de soltura anticipada” (véase: p. 14).



una pena. Como así también, se podría argüir que, en cumplimiento de la pena, se puede encontrar en su casa bajo la modalidad de prisión domiciliaria o en la prisión del Estado.

En este orden de ideas, el criterio de la *reforma y readaptación social* aplicado a una persona privada de su libertad bajo prisión preventiva infringe el estado de inocencia. Ello debido a que los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad están dirigidos a las personas que cumplen pena por una condena firme, salvo que adopten o ingrese al régimen de penado voluntario<sup>115</sup>. O sea, si es válido el criterio de la *reforma y readaptación social* (de los condenados) entonces ese discernimiento no alcanza a las personas que se encuentran dentro de la cárcel en prisión preventiva.

En suma, se aplicaría “Arriola” en la cárcel cuando la persona se encuentra privada de su libertad bajo el título de prisión preventiva y no se emplea, bajo esta teoría, cuando cumple la pena de prisión por una condena firme.

Por otra parte, no solamente lo expuesto, expongo algunas incongruencias que se llega con la afirmación de esta teoría. Para ello, pongo como ejemplo, una persona que es condenada a cuatro (4) años de prisión, bajo el manto sagrado de la *reforma y readaptación social* quedaría cubierta la situación de la persona desde el día 1 hasta el día 1460 (365 días x 4 años). Ahora bien, me pregunto, en ese caso concreto, es idéntica la situación de la persona en prisión al día 365 (1 año) que al día 1095 (3 años), cuando a los 970 días (2 años y 8 meses) recuperó la libertad por medio de la condicional<sup>116</sup>. Los

---

<sup>115</sup> El Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria (R.E.A.V.) otorga la posibilidad de recibir el mismo tratamiento que una persona condenada en lo que respecta a transitar las distintas fases o períodos del Régimen de Progresividad. Esto le posibilita iniciar el recorrido de los diferentes períodos sin esperar la sentencia. Sin embargo, la incorporación al R.E.A.V. no implica perder su estado de inocencia. A todo evento, destaco que no puede ser obligatorio el tratamiento penitenciario puesto que se trata de una incorporación voluntaria por parte del condenado y, por lo tanto, no puede ser valorado como un elemento negativo el no estar sometido a dicho tratamiento. Si esto sucede, se deberá poner en conocimiento del juez de ejecución. No toda persona por ser condenada necesita un tratamiento y no toda persona que necesita un tratamiento debe ser obligada a realizarlo. El Estado no puede imponerle al condenado un ideal de ciudadano. Por consiguiente, el derecho a la progresividad alcanza tanto a los condenados que hayan querido someterse al tratamiento penitenciario como a los que no. Si el Servicio Penitenciario pretende, obligatoriamente, someter a una persona a un tratamiento penitenciario estaría vulnerando el artículo 19 de la Constitución Nacional. Lo mismo sucedería si el Servicio Penitenciario retrasa el avance en el sistema progresivo o dictamina en forma negativa para los beneficios de liberación definitiva, libertad condicional o asistida, basándose en que el condenado no se sometió al tratamiento penitenciario (Véase, *Manual Práctico para defenderse de la cárcel*, p. 44. Consultado el día 28 de noviembre del 2022 del sitio web: <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Pr%C3%A1ctico-para-Defenderse-de-la-C%C3%A1rcel.pdf>).

<sup>116</sup> Valdría el mismo ejemplo, mutatis mutandi, para el caso de libertad asistida.

que adoptan la situación de sacralizar la *reforma y readaptación social*, para obturar la aplicación de “Arriola”, deberían concluir que sí, en sendas situaciones –en la cárcel y en libertad- no se debería aplicar el precedente de mención debido a que en ambas situaciones está cumpliendo pena, tanto en la cárcel como bajo libertad condicional. Esto último debido a que la persona se encuentra al control judicial del cumplimiento de la pena, es decir, continúa cumpliendo bajo otra modalidad morigerada de ejecución<sup>117</sup>.

Dicho de otro modo, si es válido el argumento relativo a “...la limitación a la autonomía de la voluntad que conllevan esas prohibiciones tiene fundamento en el mandato de reforma y readaptación social”, sin ruborizarse se debería llegar a la conclusión que aun la persona en libertad -en el ejemplo dado, en libertad condicional- no se debe aplicar el caso “Arriola” de la Corte Suprema. Por lo que entiendo que se arriba a una afirmación dogmática de una solución jurídica, desprovista del debido examen razonado de las circunstancias del caso.

Para finalizar, a todo evento, no existen estadísticas relativas a que el tratamiento individual que posee cada persona con condena firme se desprograme o distorsione por la tenencia para consumo de estupefacientes<sup>118</sup>. Además, no existe ningún caso, al menos en la jurisprudencia relevada, que demuestre que ese preso “ideal”<sup>119</sup>, por el consumo de estupefacientes, haya inobservado el tratamiento penitenciario. En suma, no pasa de ser un pronóstico o conjetura acerca de la posibilidad de incumplimiento del tratamiento en un futuro, sobreentendiendo una “peligrosidad criminal” no readaptable.

En definitiva, para los que afirmar el argumento de la “reforma y readaptación social” para no aplicar el fallo “Arriola”, deben afirmar que no se aplica el precedente de la Corte Suprema cuando la persona se encuentra privada de su libertad dentro de la cárcel, pero también cuando está solo en su casa (bajo libertad condicional) y, a la par de ello, también se deriva que sí sería aplicable el precedente “Arriola” cuando se encuentra en la cárcel en prisión preventiva debido a que esta no responde a la reinserción social sino

---

<sup>117</sup> De tal modo y a todo evento, según el artículo 15 del Código Penal se entendió que ese tiempo debía ser considerado pena ya que se encuentra en una etapa dentro de la ejecución penal, aunque se disminuyan las restricciones a su libertad. En tal sentido, el texto legal dice “La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad”.

<sup>118</sup> En sentido contrario, se dice que “...el tratamiento individual se desprograma y distorsiona con los efectos de las sustancias psicoactivas que se obtienen y consumen al abrigo de la clandestinidad” (PÉREZ ROLLER - PÉREZ ROLLER – CHARNI, 2022). Artículo que fuera citado por el voto en disidencia del doctor Diego Barroetaveña, en la causa FPA 8233/2017/3/CFC1 del registro de la Sala I, caratulada: “Berón, Pablo Hernán s/recurso de casación”, sentencia del 28 de abril de 2022 (registro nro. 463/2022).

<sup>119</sup> De los casos reseñados, en todos se verificó la tenencia de estupefacientes en una persona de sexo masculino.

a los fines de aventar riesgos procesales. En mi opinión, esta tesis conduce a conclusiones irrazonables.

#### **4.6. El argumento relativo a la relación de sujeción especial**

Por otro lado, se recurrió a la premisa de la “relación de sujeción especial” para limitar los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad y así negarles el derecho a la privacidad y autonomía con su consecuente punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Como fundamento de ello se citó a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay<sup>120</sup>.

A los fines de acercar una definición precisa, se sostuvo que con el concepto de relaciones de especial sujeción se alude a aquellos supuestos en los que la relación de sometimiento o sujeción del ciudadano respecto de la Administración tiene una especial intensidad (funcionarios, presos, militares, etcétera) y el interés fundamental de tal categoría estribaría en que a su través se podría justificar una rebaja en las garantías jurídicas para ese ciudadano. Conviene subrayar, ya desde el primer momento, que lo que es “especial” no es tanto la relación en sí, cuanto la intensidad de la sujeción, que no es la común de los restantes ciudadanos. Es fácil comprender que ello conlleva, en lo que aquí fundamentalmente interesa, una posibilidad mayor de restricciones a los derechos fundamentales (Brage, 2002).

Destaco que el detenido o privado de libertad se encuentra en las manos del Estado en una relación de sujeción especial, que lo coloca en una situación de vulnerabilidad que constriñe al Estado a dedicarle protección, hasta el punto de convertirse en su garante. En función del objetivo de procurar condiciones de igualdad material, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las legislaciones nacionales reconocen la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos cuya condición les impide alcanzar los niveles de goce de los derechos fundamentales que tiene el resto de la población (Llera, 2012).

El estado de vulnerabilidad del privado de libertad y la posición de garante del Estado en la articulación de ambos conceptos otorga una nueva dimensión a la noción de “relación de sujeción especial”, no ya para conferir espacios de discrecionalidad o habilitar abusos de la administración, sino para llenar de contenido el menú de derechos del condenado, de límites y garantías que constituyan diques de contención a los riesgos de la vida en la prisión. Desde esa óptica, lo que acaece dentro de una prisión es responsabilidad de las autoridades penitenciarias, que deben acostumbrarse a rendir cuentas y a

---

<sup>120</sup> Véase, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, nro 112.

explicar a la comunidad las decisiones que toman o los procedimientos que aplican, de forma de no dejar espacio a la negligencia, la omisión o la intención directa de causar daño a los privados de libertad (Llera, 2012).

Ahora bien, el Tribunal Interamericano sostuvo que, en un primer lugar, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. No obstante, en segundo término, expuso que, ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Específicamente, véase, los párrafos: “151. Este Tribunal ha establecido que quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. 152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. 153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar. 154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática. 155. La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el

La relación e interacción especial de sujeción que se establece entre el interno y el Estado conlleva a que este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para que gocen de aquellos derechos que en ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. A su vez, resulta perverso utilizar esa institución y el fallo de la Corte Interamericana para restringir derechos constitucionales, cuando en realidad lo que el tribunal precitado es reconocerles más derechos a las personas privadas de su libertad contra el Estado.

En este orden de ideas, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todo individuo “tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV) y el Estado se le impone obligaciones en el cumplimiento de las condiciones de prisión que resulten compatibles con el respeto de la dignidad humana.

Así, reitero, el ingreso a una prisión no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

A su vez, el Tribunal Constitucional español afirmó que las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre las personas recluidas en el mismo y la Administración Penitenciaria, tienen naturaleza de relación especial de sujeción. En tal sentido, señaló que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres. Esa relación de sujeción especial que, en todo caso, debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el

---

derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad”.

valor preferente de los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso<sup>122</sup>.

El Estado puede regular las pautas de convivencia dentro de la prisión, aunque deben responder al principio de legalidad y ser razonablemente proporcionales a la infracción cometida, sin caer en exceso de punición. La teoría de la relación de sujeción especial no otorga una licencia ilimitada a favor del Estado para obturar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad<sup>123</sup>. Ello, máxime cuando no se demostró que esa tenencia provoque una afectación al buen funcionamiento de las prisiones que mengua el poder del Estado dentro de ellas. Además, toda restricción de los derechos constitucionales es la excepción y la libertad (de cualquier derecho) es el principio.

Aunque, no está demás mencionar que, la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia empleó dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales. Sin embargo, en relación con el sistema penitenciario la relación especial de sujeción traspasa el marco disciplinario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulados o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional. Por estas razones, el empleo aquí de esta teoría se torna si cabe más grave y criticable. Una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de supremacía de la Administración. La Administración Penitenciaria solo está legitimada a restringir los Derechos Fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de libertad. Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social

---

<sup>122</sup> Véase: Sala Primera. Sentencia 18/2020, de 10 de febrero (BOE núm. 59 de 09 de marzo de 2020). Recurso de amparo 3185-2018. A lo que agregó que “De ese entramado destaca, a los efectos que a este amparo interesa, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos (art. 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria [L.O.G.P]), y art. 1 del Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo (por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario [R.P.]), de garantizar y velar como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria (arts. 18, 22.3, 26 d], 29.2, 36.3, 41.1, 43.4, 45, 51.1, L.O.G.P; 76, 80, 89, 97, 104, 112.4, 182 c], 183.3, 254 R.P.) por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento [arts. 4 b) L.O.G.P. y 7 b) R.P.]”.

<sup>123</sup> Sobre todo cuando se sostuvo que la variedad de ámbitos en los que surge una relación de sujeción, la disparidad de sanciones y de procedimientos a los que se encuentra sometida desborda cualquier pretensión sistematizadora (MAPELLI CAFFARENA, 1993, 298).

del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los Derechos Fundamentales restringidos por la imposición de la pena (Solar Calvo, 2019, 801)<sup>124</sup>.

Para finalizar, a todo evento, por la teoría de la relación de sujeción especial se restringen derechos sin ninguna base legal y la persona privada de su libertad queda sometido al antojo de la autoridad administrativa y judicial lo que socaba el principio de legalidad (taxatividad y seguridad jurídica) y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario. No es posible reducir el alcance del principio de legalidad, la reserva de ley y el límite que suponen los derechos fundamentales con la simple afirmación de que se está en una relación de sujeción especial debido a que resulta incompatible con los principios básicos del Estado de Derecho.

En este sentido, las relaciones especiales de sujeción corren el peligro de convertirse en una especie de legitimación global que puede emplearse por la administración penitenciaria tanto para resolver según sus propias necesidades aspectos no contemplados por las normas penitenciarias como hacer de ellas interpretaciones más estrictas o extensivas. Su propia indeterminación favorece su uso como una auténtica teoría del poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes (Solar Calvo, 2019, 800).

En definitiva, considero que no se puede echar mano a la teoría de la relación de sujeción especial para limitar los derechos constitucionales de las personas privadas de su libertad.

#### **4.7. El argumento relativo a la violación de la pauta de conducta establecida en el artículo 27 bis del Código Penal**

Previo a todo aclaro que las pautas establecidas en el artículo 27 bis del Código de fondo son las que establecen en la sentencia anterior de la que motivo las causas que se reseñan en el presente trabajo, como verdad de Perogrullo, cuando la persona resultó condenada. De ello, considero que las imposiciones de las pautas se deberían discutir ahí en ese momento y no en uno posterior debido a que hizo cosa juzgada, aunque su revocación si cabría discutir las en un momento posterior.

Como otro argumento se esbozó que la punición de las personas que tienen en su poder material estupefacientes para su consumo personal dentro de una prisión conlleva

---

<sup>124</sup> SOLAR CALVO, María del Puerto, Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma. En Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, p. 801. También véase: MAPELLI CAFFARENA, Borja, Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario. En Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, Nº. 16, 1992-1993, pp. 325-326.

la violación de las pautas de conductas establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal.

En primer lugar, ante esa afirmación, reitero que no todas las personas que se encuentran en prisión lo están a los fines de cumplir una pena, sino que, la inmensa mayoría, se encuentra privado de su libertad a los fines cautelares. En tal sentido, en los aquí tratados se pueden ver los casos ya reseñados “Villar” (2019) y “Carro” (2020). Ellos, se encontraban en prisión preventiva al momento que se les secuestró el material estupefaciente, por lo que quedaría afuera de las previsiones del artículo 27 bis del Código Penal.

No obstante, en segundo orden, las pautas repercuten en la minoría de personas privadas de su libertad, quienes se encuentran en la cárcel a los fines de cumplimiento de una pena.

En tal sentido, el artículo 27 bis del Código Penal estableció que “[a]l suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos” y, en lo que aquí interesa, estipuló en el inciso 3°: “Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas”. Para concluir que

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> En puridad, estableció que “Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato. 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas. 3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas. 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida. 5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional. 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia. 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad. 8. Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo. Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia”.



Nótese que en la práctica judicial su establecimiento se realiza en forma automática cuando se dicta una sentencia condenatoria y ni siquiera se fundan las pautas que se escogen en el caso concreto para cumplir con el fin de prevenir un delito.

No obstante, cuando se estipula la regla de “Abstenerse de usar estupefacientes”, considero que, también, debe realizarse bajo los parámetros de lo esgrimido por la Corte Suprema en “Arriola” (y sus proyecciones) debido a que, el consumo de estupefacientes es una acción privada de la persona y, como tal, salvo que perjudique a terceros u ofenda la moral pública, se encuentra exenta de la autoridad de los magistrados. En efecto, si esa premisa es verdadera, me pregunto: ¿cómo puede establecerla un magistrado por medio del 27 bis? y además sin fundamento. Por obvia la respuesta no la brindo.

Más allá que no pasa por el tamiz constitucional, establecer como regla una conducta exenta de la autoridad de los magistrados, dicha pauta le acarrea a la persona condenada consecuencias graves puesto que se le niega la autonomía de su voluntad y su incumplimiento provoca que “...el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia”.

Sin perjuicio de lo expuesto que no es una interpretación aislada de un inciso, paso a otro para verificar su constitucionalidad y verificar que tampoco procede su aplicación automática.

En tal sentido, nótese que la regla establecida en el inciso 6° en donde la persona condenada debe “Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia”, va en contra de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente de Fallos: 335:799 (“Albarracini Nieves”)<sup>126</sup>, en donde estableció que no resulta constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. Una conclusión contraria significaría convertir al artículo 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que solo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas con-

---

<sup>126</sup> Véase, A. 523. XLVIII. REX. Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias. Sentencia del 1° de junio de 2012.

ductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior<sup>127</sup>.

En definitiva, con sustento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, afirmó la Corte Suprema que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa”.

A todo evento, hasta se podría afirmar que la obligatoriedad de establecer un tratamiento psicológico vulnera la garantía contra la autoincriminación<sup>128</sup>.

En otro orden de ideas, con independencia del sentido paternalista de las pautas (verbi-gracia, entre otras, 4°, 5°, 6° y 7°) que sellaría su suerte constitucional, la regla de conducta de “Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas” debe ser impuesta (como las demás) con el norte de que resulte adecuada “para prevenir la comisión de nuevos delitos”.

Consecuentemente, cuando el artículo 27 bis del Código Penal estableció que el juez, en los casos de suspender condicionalmente la ejecución de la pena privativa de libertad, debe imponer temporalmente todas o algunas de las reglas de conducta que enumera, agrega una frase que explica claramente el sentido de la norma: “en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos”. Es decir que debe mediar una relación entre el hecho cometido y la regla de conducta que se elige, de modo tal que ésta

---

<sup>127</sup> A mayor abundancia, ante un precedente de la Corte Suprema que marcan la relación privacidad orden público, se sostuvo que “...Como cierre de estas reflexiones y su efectiva dinámica jurisdiccional pueden ponerse en relación dos fallos de la Corte que dan consistencia a buena parte del análisis precedente. Por un lado, estas consideraciones se aprecian en el contenido del principio de autodeterminación, incluso en aquellas situaciones más extremas, como son las relacionadas con el cuerpo, la vida y la salud. Así ha quedado explicitado por la CSJN en el precedente “Albarracini Nieves” donde la cuestión se relacionaba con la decisión de una persona, Testigo de Jehová, que había dejado expresada formalmente su voluntad de no recibir transfusiones de sangre y ahora, sin poder manifestarse, el padre —contra las manifestaciones de la esposa del paciente- pretendía que los médicos concretaran esa medida para salvarle la vida. Al respecto y en lo que aquí interesa, la Corte señaló que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico —por ejemplo por razones religiosas o espirituales- hace a la “autodeterminación y autonomía personal” pues los pacientes “tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes”. Solo cuando esa decisión no hubiera sido dada con pleno discernimiento o afectara directamente derechos de terceros justificaría una resolución judicial contraria a esa voluntad” (Yacobucci, 2016).

<sup>128</sup> Me eximo de su desarrollo debido a que excede el objeto del presente trabajo.

sea idónea para contener al condenado, hacerlo reflexionar sobre el hecho cometido, ayudarlo a fin de evitar que reincida en el delito, bajo apercibimiento de revocarle la condicionalidad de la pena impuesta. La elección e imposición de las reglas de conducta del artículo 27 bis del Código Penal debe, en cada caso, coadyuvar a la función preventiva especial que persiguen, para lo cual la correlación entre la regla y el delito que en particular se juzga debe ser indiscutiblemente útil y adecuada a las circunstancias que impulsaron al autor a su comisión<sup>129</sup>.

En puridad, las pautas compromisorias no son más que un modo de contralor estatal sobre el penado, con el objeto de “prevenir nuevos delitos”, por lo que no se puede aplicar en forma automática y en forma aislada del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se debe interpretar el artículo 27 bis del Código Penal a la luz de la Constitución Nacional y no la carta magna bajo la óptica del artículo del código de fondo. No se puede tergiversar el modo de interpretación para avasallar los derechos de las personas condenadas.

A su vez, menciono que el solo incumplimiento frecuente (“Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento”) de las pautas establecidas en el artículo 27 bis puede originar la revocación de la condicionalidad y aún ante la habitualidad o reiteración es facultativa del juez (“podrá revocar la condicionalidad de la condena”). De ello, se deduce que, ante un caso aislado de tenencia de estupefaciente dentro de la cárcel no conlleva, como acto reflejo, el incumplimiento de la regla de conducta.

En definitiva, no considero que sea un argumento plausible para negar el consumo de estupefacientes a las personas privadas de su libertad el echar mano al artículo 27 bis del Código Penal para avasallar derechos constitucionales.

#### **4.8. El argumento relativo a la sanción disciplinaria**

En relación con este argumento en los distintos votos de la Cámara Federal de Casación Penal, por ejemplo, no agota el muestreo, a favor de la inconstitucionalidad en el caso “Rodríguez, Alejandro” (2019) el juez Hornos o en favor de la constitucionalidad en “Heredia” el juez Riggi mencionaron que la conducta de poseer estupefacientes en la cárcel es una infracción disciplinaria de carácter grave: la tenencia de sustancias tóxicas (según el artículo 85, inciso c de la ley 24.660)<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Véase, por ejemplo, Sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, Buenos Aires, autos caratulados: “Ruiz Díaz, Ramón s/ Infracción Ley 13944”, sentencia del 27 de agosto de 1998 (Nro. Interno: P92614). Cita Online: Id SAJ: FA98013588.

<sup>130</sup> Es de resaltar que en la disidencia del ministro Rosenkrantz en “Rodríguez”, en el Considerando 7º) in fine, afirmó que “La necesidad de estos establecimientos de disuadir las conductas que afecten el bienestar de los internos, el buen funcionamiento de la institución (e.g. el orden, la seguridad o la disciplina en

El artículo 85, inciso “c”, indicó que el incumplimiento de las normas de conducta a que alude el artículo 79<sup>131</sup> constituye una infracción disciplinaria y, en especial, grave la cual es: “c) Tener dinero u otros valores que lo reemplacen, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros”.

En tal sentido, la norma estableció como infracción a. “Tener dinero u otros valores que lo reemplacen”, b. “poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos”, c. (poseer, ocultar, facilitar o traficar) “medicamentos no autorizados”, c. (poseer, ocultar, facilitar o traficar) “estupefacientes”, d. (poseer, ocultar, facilitar o traficar) “alcohol”, e. (poseer, ocultar, facilitar o traficar) “sustancias tóxicas” y f. (poseer, ocultar, facilitar o traficar) “explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros”. O sea, el artículo 85, inciso “c”, de la ley 24.660 prevé específicamente como infracción la de poseer, ocultar, facilitar o traficar “estupefacientes”, por lo que llama la atención que se eche mano a la premisa de poseer, ocultar, facilitar o traficar “sustancias tóxicas” como sanción disciplinaria.

Si la cuestión es el de poseer, ocultar, facilitar o traficar “sustancias tóxicas”, aquí la cuestión sería sencilla: ¿qué sería sustancias tóxicas? Poseer un cigarrillo de tabaco, tener alcohol, detentar la bebida que suele generarse dentro de los centros penales en base a fermentación y que se conoce como “pajarito”<sup>132</sup>, etcétera. Ese inciso es muy difuso y para el intérprete no posee un término estricto y unívoco, lo que afecta el principio de legalidad<sup>133</sup>. A todo evento, tampoco se remite a un listado que estipule cuáles

---

el penal) o que dificulten su reinserción social —objetivos que de hecho aparecen invocados en la ley 24.660 en sus arts. 1, 69 y 70— podría justificar, por lo tanto, que los reglamentos carcelarios impongan sanciones disciplinarias por la tenencia o el uso de estupefacientes”.

<sup>131</sup> En tal sentido, el artículo 79 reza que “El interno está obligado a acatar las normas de conducta que, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social, determinen esta ley y los reglamentos que se dicten”.

<sup>132</sup> En la denominada “jerga tumbera” se llama “pajarito” a la bebida alcohólica, elaborada clandestinamente por los internos que se está hecha a base de cítricos que se dejan fermentar y luego se los mezcla con alcohol (puro o de quemar) o con pastillas.

<sup>133</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la CADH (Véase Corte IDH “Caso Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafo 121 y “Caso Lori Berenson”, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 125). Asimismo, el

serían las “sustancias tóxicas”, aunque, como ley penal en blanco, dicha remisión, también podría ser tachada de inconstitucional por afectación al mismo principio reseñado.

Sin perjuicio que todos lo catalogan como la infracción de poseer “sustancias tóxicas”, de la simple lectura del artículo de la ley de ejecución, surgió que existe en forma específica el tener “estupefacientes”.

Ahora bien, una determinada conducta que a luz de los principios constitucionales no se considera constitutiva de un delito, tampoco puede ser una infracción administrativa. En tal sentido, si una norma penal es contraria a los derechos fundamentales (privacidad y autonomía personal) de la constitución, no se puede legislar como falta administrativa o echar mano a ella para evitar la censura constitucional. Si el delito penal de 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 es inconstitucional, no se puede sortear ello estipulándolo como una falta administrativa.

En este orden de ideas, se sostuvo que la *ratio* de la impunidad criminal es clara: la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penalmente protegido, esto es, la salud pública. Así las cosas, la *ratio* de la impunidad de esta conducta, si estriba en la ausencia de lesividad, tal ausencia impide el nacimiento de cualquier otra reacción jurídica que pretenda salvaguardar ese mismo bien jurídico, puesto éste no está en juego. Con acierto, se pone en relación la tenencia y/o consumo de drogas con la salud pública, y aunque incorrectamente inserta ésta dentro de la seguridad ciudadana, si la salud pública no se ve afectada por la tenencia bajo la óptica del Derecho Penal, ¿cómo, pues, cabe considerarla menoscabada desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador? Análogamente a lo que sucede con la ausencia del supuesto de hecho, para evitar el *bis in idem*, es decir, un hecho no puede existir para un sector del ordenamiento jurídico y dejar de existir para otro, por muy diversas que sean las ópticas sancionadoras, la criminal y la gubernativa, máxime cuando hay penas significativas en juego, si un bien jurídico protegido no se ve afectado en nada en sede penal, tampoco podrá verse afectado en otros sectores jurídicos sancionadores. Esa falta de afección penal no es indicativa de que, atendidas razones político-criminales de toda índole (imprudencias contra bienes poco relevantes, impunidad creciente de la tentativa, la impunidad de los inimputables), no sea conveniente el castigo que la pena criminal supone. La falta de lesividad supone algo más: la ausencia de antijuricidad, esto es: la ausencia de reproche normativo, de la ausencia penal es prueba, pero no causa. Y las acciones no antijurídicas

---

tribunal internacional ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (Véase “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 124).

cuando no producen consecuencias jurídicamente valoradas (Queralto Jiménez, 2008, 173).

Cambiar el cubilete del derecho penal por el del derecho sancionador, cuando en definitiva juegan con el dado de la conducta privada no resulta apropiado. Tampoco se puede mutar del bien jurídico de la órbita penal salud pública al del ámbito sancionatorio para legalizar una conducta que no pasa por el tamiz constitucional.

Pero, además, la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad exige el respeto de la Constitución Nacional. En tal sentido, reguló en el artículo 2° que

El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone.

Y, en especial, el artículo 3° estableció que

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.

En función de ello, otra vez, el artículo 79 de la ley n° 24.660 se debe interpretar en función del artículo 19 de la Constitución Nacional y no éste último en función del 79. Suplantar la interpretación no convierte en constitucional la tenencia de estupefacientes para consumo personal en las condiciones que delineó la Corte Suprema en “Arriola”.

Las personas privadas de su libertad cuentan con los mismos derechos que los ciudadanos libres en tanto sea compatible con el cumplimiento de la condena de privación de libertad. Sin embargo, en la interpretación normativa, de forma constante, se sitúa por encima la condición de interno antes que su condición de meros ciudadanos privados de su libertad. Ello provoca que, en la resolución de una controversia jurídica sobre la determinación de sus derechos, se acuda primero a la normativa penitenciaria, aunque, como sucede en los casos, solo alcanza rango reglamentario, antes que a la normativa general de carácter legal (SOLAR CALVO, 2019, 805-806).

En definitiva, reitero la manida frase, el ingreso a una prisión no le quita a la persona la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional, de modo que toda situación de privación de la libertad impone al juez o funcionario que la autorice el

deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate.

Para muestra basta un botón. En relación con la preeminencia de la Constitución Nacional por encima de la ley 24.660, dicha situación no fue ajena a la jurisprudencia de la Corte Suprema en virtud que resolvió el precedente de Fallos: 334:1216 (“Méndez”<sup>134</sup>), donde declaró inconstitucional el artículo 121, inciso c, de la ley 24.660. Allí, afirmó que ese artículo

...no solo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, y es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal. No se trata de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, sino que la cuestión planteada en el sub lite, está bajo la jurisdicción de esta Corte, ya que sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias<sup>135</sup>.

A todo evento, en forma general y vulgarmente se diría “quien puede lo más, puede lo menos”, pero éste es un razonamiento de por sí oscuro y generalmente falaz, pues apela a una ilusión cuantitativa para resolver problemas que no son susceptibles de cuantificación. Y, a la par de ello, suele razonarse: si la ley pudo válidamente privar a un individuo de su libertad ambulatoria, que es uno de sus bienes más preciados, ¿cómo no podrá hacerlo de otros bienes que, en definitiva, no son de mayor relevancia? ¡Quién puede lo más, puede lo menos! Frente a este deletéreo plano inclinado –repudiable aun desde la lógica formal–, es preciso reaccionar con vigor, con todo el que proporciona la Constitución Nacional y sus inseparables raíces humanistas, con el peso de todos los derechos y garantías que consagra en el capítulo único de su primera parte, irresistible incluso para las recias puertas de las cárceles. Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Véase, M. 821. XLIII. Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación. Sentencia del 1° de noviembre de 2011.

<sup>135</sup> Véase el Considerando 5°) in fine.

<sup>136</sup> Del Considerando 8°) del Fallos: 318:1894 (“Dessy”) en el voto concurrente de los ministros Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano, con cita de Fallos: 313:1262, disidencia del juez Fayt.

En consecuencia, no se puede recurrir a la ley 24.660 para sortear la vulneración de los derechos constitucionales que poseen las personas que se encuentran privadas de su libertad.

#### **4.9. El argumento relativo al cumplimiento de las convenciones internacionales**

En otro orden de ideas, se mencionó en las sentencias de la Cámara de Casación el argumento relativo a que las Convención Internacionales que firmó la República Argentina para reprimir el tráfico de estupefacientes obliga a la penalización de las conductas aquí tratadas.

Ahora bien, existió una creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación se plasmó en varias convenciones internacionales<sup>137</sup>. Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En efecto, se encuentra la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, a su vez, está el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y, por último, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos. En lo referente a la contención de la demanda, además de la persecución de la oferta, se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que los adictos puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones.

No obstante, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la República Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico<sup>138</sup>, con

---

<sup>137</sup> Véase, Considerando 24º) y 25º) del precedente “Arriola” de la Corte.

<sup>138</sup> Véase: en especial el artículo 3º, inciso 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 que expone “A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”. Por su parte, el artículo 22



lo que las mismas normativas de las Convenciones evidencian sin esfuerzo su respeto por el artículo 19 constitucional.

Sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan al país; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí se hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor. Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero<sup>139</sup>.

Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas sobre Droga y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes<sup>140</sup>.

Para finalizar, en resumen, la circunstancia de tratarse de una causa relacionada con el tráfico de estupefacientes no justifica apartarse de los principios constitucionales. Ello, debido a que hechos de esa índole no constituyen una categoría jurídica distinta que fundamente el apartamiento de las reglas constitucionales aplicables a cualquier ciudadano. En consecuencia, en cualquier caso, los compromisos internacionales de ninguna manera pueden implicar la merma en los derechos de las personas sometidas a proceso penal, los que también cuentan con protección de la superior jerarquía, a más de encontrarse reconocidos desde siempre en nuestra Constitución Nacional.

---

del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 en donde dispone que “A reserva de lo dispuesto en su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio y dispondrá lo necesario para que los delitos graves sean sancionados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”. Y, por último, en el artículo 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes expone que “A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”.

<sup>139</sup> Véase, Considerando 29°) del precedente “Arriola” de la Corte.

<sup>140</sup> Véase: Naciones Unidas Oficina de Droga y Crimen Handbook Basic Principles on Alternatives to Imprisonment, Criminal Justice Handbook Series, New York, 2007).

## 5. REFLEXIONES FINALES

La Corte Suprema al momento de resolver “Arriola” declaró la inconstitucionalidad, en el caso concreto, de la conducta que no haya experimentado un peligro concreto o un daño a derecho o bienes de terceros. Aunque dicho precedente fue resuelto cuando las personas imputadas eran ciudadanos libres, no considero que existan fundamentos válidos para restringir la aplicación de ese precedente a las personas que se encuentran privadas de su libertad. Ello se vio robustecido con las disidencias del precedente de Fallos: 344:2409 (“Rodríguez”) y Fallos: 345:869 (“Salvini”)<sup>141</sup>.

A partir de ello, mi objetivo en estas páginas no fue otro que exponer la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, en relación con la tenencia de estupefacientes para consumo personal cuando se origina dentro de una prisión. Más precisamente expuse qué criterio adoptó cada juez de la casación en forma literal.

No obstante, a los fines de dar una impronta, esboqué una crítica a los fundamentos por medio de los cuales se restringe la aplicación del precedente “Arriola” a estos casos. Para esa tarea, es innegable que quedaron numerosos autores sin tratar, pero confío en que esta contribución haya cumplido, al menos, con las misiones de identificación del problema y planteamiento de las propuestas teóricas que le dan solución.

---

<sup>141</sup> Vuelvo aclarar que este precedente no incidió en la jurisprudencia relevada debido a que se emitió con posterioridad al lapso tratado en este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

Anzit Guerrero, Ramiro, *Ley de ejecución penal de la República Argentina 24.660 comentada. Análisis comparativo con la ley de ejecución penal de Provincia de Buenos Aires 12.256*, Editorial Cathedra Jurídica, 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014

Balcarce, Fabián I., *Lecciones de derecho penal – Parte especial*. Ed. Ipso, T. II, Córdoba, 2016.

Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

Brage, Joaquín, “Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción”. Documento consultado el 13 de octubre de 2022 en el sitio web: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/brage.pdf>. 2002.

Divito, Francisco, “¿Es constitucional la prohibición de la tenencia de estupefacientes para consumo en establecimientos penitenciarios?” Publicado en: RDP 2020-6, 05/06/2020, 7. Cita: TR LALEY AR/DOC/835/2020.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

Garay, Alberto F., “Breve nota a la sentencia dictada en el caso ‘Arriola’”. 2009. Cita: TR LALEY 0003/014694.

Gargarella, Roberto, “Neutralidad, justicia y consumo de estupefacientes”. 2009. Cita: TR LALEY 0003/014371.

Gómez, Antonio G., “Estupefacientes en las cárceles. Legitimación penal”. Publicado en: LA LEY 10/11/2014, 10/11/2014, 11 - LA LEY2014-F, 200. Cita: TR LALEY AR/DOC/3384/2014.

Gorra, Daniel Gustavo, “La tenencia de estupefacientes para consumo personal en el ámbito penitenciario”. Publicado en: Supl. Penal 2012 (febrero), 07/02/2012, 28 - LA LEY2012-A, 175. Cita: TR LALEY AR/DOC/6715/2011.

Inchausti, Santiago – Mercau, Juan, El fallo “Raschini” de la Corte Suprema: un importante mensaje después de “Arriola” respecto de la tenencia compartida de estupefacientes. Publicado en: RDP 2014-10, 03/10/2014, 2068. Cita: TR LALEY AR/DOC/5544/2014.

Legarre, Santiago, “La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis”. Publicado en: SJA 30/10/2013, 30/10/2013, 3 -. Cita: TR LALEY AR/DOC/6525/2013.

Llera, Carlos E., El concepto de “relación especial de sujeción” y los delitos de infracción de deber en el ámbito penitenciario. Publicado en: DPyC 2012 (febrero), 153. Cita: TR LALEY AR/DOC/6721/2011.

*Manual Práctico para defenderse de la cárcel*, p. 44. Consultado el día 28 de noviembre del 2022 del sitio web: <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Pr%C3%A1ctico-para-Defenderse-de-la-C%C3%A1rcel.pdf>.

Mapelli Caffarena, Borja, “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, en Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, Nº. 16, 1992-1993, 1993.

*Naciones Unidas Oficina de Droga y Crimen Handbook Basic Principles on Alternatives to Imprisonment*, Criminal Justice Handbook Series, New York, 2007.

Pampliega, Ignacio M., “Tenencia de estupefacientes para propio consumo. Un retroceso (en el tiempo)”. Publicado en: Sup. Esp. Tenencia de estupefacientes para consumo personal 2009 (setiembre), 01/01/2009, 28. Cita: TR LALEY AR/DOC/3202/2009.

Pérez Roller, María Inés - Pérez Roller, Mariano - Charni, Tomás H., Consumo de estupefacientes en establecimientos carcelarios A propósito del fallo “Rodríguez” de la CSJN. 2022. Marzo. Revista Pensamiento Penal. consultado el día 27 de julio de /2022 en el sitio web: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89912-consumo-estupefacientes-establecimientos-carcelarios-proposito-del-fallo-rodriguez>.

Queralt Jiménez, Joan Josep., *La tenencia de drogas para autoconsumo. Comentario a la STS, 28-9-98, sala III*. En Revista de Derecho Penal 2008-1: delitos de peligro II. Dirigido por Edgardo Alberto Donna. 1º edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 173.

Solar Calvo, María del Puerto, Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma. En Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

Travieso, Juan Antonio, “En busca de la privacidad perdida. ‘Carpenter vs. Estados Unidos’”. Publicado en: LA LEY 22/03/2019, 22/03/2019, 1 - LA LEY2019-B, 717. Cita: TR LALEY AR/DOC/403/2019.

Yacobucci, Guillermo J. “Derecho penal y orden público”. Publicado en: LA LEY 09/11/2015, 1 - LA LEY2015-F, 726 - DPyC 2016 (junio), 107. Cita: TR LALEY AR/DOC/3923/2015.

Zafaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

Referencia Jurídica e Investigación  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia  
Ministerio Público de la Defensa

**ANEXO**

**Tabla de casos reseñados de la Cámara Federal de Casación Penal**

N.	CAUSA	SALA / INTEGRANTES	CANTIDAD Y TIPO DE DROGA	LUGAR DE HALLAZGO	QUÉ SE RESOLVIÓ
1	FTU 11650/2014/2/1/CFC1, caratulada: "M., C.O s/ recurso de casación". Sentencia de 17 de abril de 2018	Sala 2. Ledesma, Figueroa y Slokar.	31 gramos de marihuana fraccionada en 16 envoltorios y el segundo de los envoltorios con 77 pastillas de alprazolam (además de dinero en billetes de baja denominación).	En su celda en un gabinete de verduras.	Por mayoría, anuló la sentencia en cuanto dispuso el procesamiento por el delito de tenencia simple de estupefaciente.
2	FPA 2940/2016/CFC1, caratulada: "S., D.E. s/ recurso de casación". Sentencia de 18 de abril de 2018.	Sala 4. Borinsky, Gemignani y Hornos.	16,72 gramos de marihuana.	En su celda en un portatermo de cuero con doble fondo.	Confirmó la resolución que había declarado inconstitucional el artículo 14, inciso 2°, de la ley 23.737.
3	FCR 13964/2015/TO1/CF C1, caratulada: "R., I.M. s/ recurso de casación". Sentencia de 17 de octubre de 2018.	Sala 3. Mahiques, Catucci y Riggi.	3,26 gramos de marihuana.	Previo al ingreso al pabellón, por una requisita luego de una visita familiar, le hallaron dentro de un termo rojo que se le desenroscó la tapa interior.	Se rechazó el recurso interpuesto por la defensa.
4	FCR 16041/2017/CFC1, caratulada: "M., E.D. s/ recurso de casa-	Sala 3. Mahiques, Catucci y Riggi.	17,93 gramos de marihuana.	En circunstancia de haber finalizado el horario de visita correspondiente y previo al traslado del mis-	Revocó la sentencia que había decretado la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

2023  
Estudios sobre Jurisprudencia

ción”. Sentencia de 7 de noviembre de 2018.

mo a su respectivo pabellón se procedió a la requisa personal sobre el encarado, a los fines de prevenir el ingreso de elementos prohibidos al penal. En ese contexto “...y encontrándose se el imputado desvestido, personal policial le requiere que realice sentadillas, al efectuar la primer sentadilla se desprende desde la cavidad anal un envoltorio color blanco envuelto en cinta color blanco alargado tamaño mediano”.

5	<p style="text-align: center;">FCR 9790/2014/TO1/CFC 1, caratulada: "Principal en Tribunal Oral TO01 – IMPUTADO: V., L. D. s/ infracción Ley 23.737". Sentencia del 14 de noviembre de 2018.</p>	<p style="text-align: center;">Sala 1. Gustavo M. Hornos, Carlos Alberto Mahiques y Ana María Figueroa.</p>	<p style="text-align: center;">17,3 gramos de marihuana y 20 comprimidos de clonazepam.</p>	<p>Al finalizar el horario de visitas y efectuar la requisa personal del nombrado, previa al ingreso a las celdas, se detectó que en un tupper plástico, además de azúcar y yerba, tenía marihuana.</p>	<p>Por mayoría, se rechazó el recurso que fue presentado por la defensa.</p>
6	<p style="text-align: center;">FGR 20661/2015/TO1/CF C1, caratulada: "B.,</p>	<p style="text-align: center;">Sala 1. Diego G. Barroetaveña,</p>	<p style="text-align: center;">54 gramos de marihuana.</p>	<p style="text-align: center;">La sustancia le fue secuestrada en el interior de un termo plásti-</p>	<p>Por mayoría, se rechazó el recurso que fue presentado por la defensa.</p>

**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

	M. s/ recurso de casación". Sentencia de 14 de mayo de 2019.	Daniel Antonio Petrone y Ana María Figueroa.		co en su celda, donde el imputado se alojaba. distribuida en siete bagullos	
<b>7</b>	FCR 12675/2018/CFC1, caratulada: "F., H.M. s/ recurso de casación". Sentencia de 16 de agosto de 2019.	Sala 3. Liliana Elena Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Carlos Alberto Mahiques.	11,62 gramos de marihuana.	Los efectos secuestrados se encontraban pegados con cinta adhesiva entre sus glúteos, tras ser requisado al finalizar el horario de visitas.	Se hizo lugar al recurso del fiscal y se anuló el sobreseimiento decretado.
<b>8</b>	FCR 19549/2018/CFC1, caratulada: "M., J.C. s/ recurso de casación". Sentencia del 3 de septiembre de 2019.	Sala 3. Liliana Elena Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Carlos Alberto Mahiques.	10,37 gramos de marihuana.	Le fueron secuestrados entre sus prendas de vestir -en ocasión de realizársele el palpado preventivo previo a su reingreso al pabellón proveniente del turno de visitas.	Se hizo lugar al recurso del fiscal y se anuló el sobreseimiento decretado.
<b>9</b>	FCR 1211/2019/CFC1, caratulada: "R., A. E. s/ recurso de casación". Sentencia de 18 de septiembre de 2019.	Sala 4. Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Javier Carbajo.	3,22 gramos de marihuana.	Luego de finalizar el horario de visitas de los internos alojados en la Alcaldía Policial se lo requisó y allí se le secuestró la sustancia.	Por mayoría, ss hizo lugar al recurso del fiscal y se anuló el sobreseimiento decretado.

2023  
Estudios sobre Jurisprudencia

<b>10</b>	<p>FPA 9133/2016/2/CFC1, caratulada: “V., C.A. s/ recurso de casación”. Sentencia de 24 de octubre de 2019.</p>	<p>Sala 2. Angela E. Ledesma, Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar.</p>	<p>7 gramos de marihuana.</p>	<p>Siete envoltorios conteniendo marihuana en el interior de un bolígrafo en su celda.</p>	<p>Por mayoría, se hizo lugar al recurso de casación de la defensa, se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, e revocó la decisión anterior y se absolvió.</p>
<b>11</b>	<p>FCR 1504/2018/CFC1, caratulada: “J., D.A. s/ recurso de casación”. Sentencia de 19 de diciembre de 2019.</p>	<p>Sala 4. Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Javier Carbajo.</p>	<p>5,67 gramos de marihuana.</p>	<p>El material estupefaciente fue hallado en la ropa interior cuando se realizó una requisita de los internos en el pabellón comunitario de la Comisaría.</p>	<p>Se rechazó el recurso que fue presentado por el fiscal.</p>
<b>12</b>	<p>FCR 7937/2019/CFC1, caratulada: “A., L.S. s/ recurso de casación”. Sentencia de 28 de julio de 2020</p>	<p>Sala 3. Eduardo Rafael Riggi, Juan Carlos Gemignani y Liliana E. Catucci.</p>	<p>4,4 gramos de marihuana.</p>	<p>Al momento de realizar la inspección de las pertenencias del interno, cuando ingresó al ingresar al pabellón luego de la visita de su madre. Allí, uno de los agentes logra divisar en el fondo del interior de un termo dos envoltorios de nylon transparente.</p>	<p>Por mayoría, se hizo lugar al recurso de casación deducido por la defensa, se casó y anuló la resolución cuanto decretó la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y se sobreseyó al acusado.</p>



Referencia Jurídica e Investigación  
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia  
 Ministerio Público de la Defensa

<b>13</b>	FCR 11528/2016/CFC1, caratulada: "P., C.J. s/ recurso de casación". Sentencia de 31 de julio de 2020.	Sala 2. Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques.	7.43 gramos de marihuana.	Un agente penitenciario mientras recorría el sector externo del Pabellón Nº 1 de la Alcaidía Policial de Comodoro Rivadavia, observó que el interno "picaba una sustancia pardo verduzca por sobre encima de (una) mesa de material lindante y frente a (la) ventana y (la) envolvía en bolsitas de reducido tamaño tipo bochitas" dentro de su celda.	Por mayoría, se hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el fiscal, se casó y anuló el sobreseimiento dispuesto.
<b>14</b>	FCR 8633/2018/CFC1, caratulada: "M., A.J. s/ recurso de casación". Sentencia de 16 de septiembre de 2020.	Sala 1. Ana María Figueroa, Daniel Antonio Petrone y Diego G. Barroetaveña.	2,02 gramos de cocaína.	Al concluirse una visita aquél llevaba adherida con cinta a sus partes íntimas, ajeno a la vista de otras personas y mientras se disponía a regresar a su celda.	Por mayoría, se hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el fiscal, se anuló la sentencia que había dispuesto el sobreseimiento.
<b>15</b>	FCR 17425/2018/CFC1,	Sala 3. Eduardo Rafael	2,58 gramos de marihuana.	Personal de la Alcaidía Policial en	Por mayoría, se hizo lugar al recurso de casación por el fiscal y anuló el sobreseimiento.

2023  
Estudios sobre Jurisprudencia

	caratulada: "R., E.A. s/ recurso de casación". Sentencia de 14 de octubre de 2020	Riggi, Juan Carlos Gemignani y Liliana E. Catucci.		oportunidad de llevar a cabo la requisita en el pabellón y de los internos, ordenaron que imputado exhiba su cuerpo, al realizar un palpado sobre sus prendas de vestir se detectaron dos envoltorios transparentes.	
16	FPA 10914/2018/2/CFC1, caratulada: "A., M. R. s/ recurso de casación. Sentencia de 26 de octubre de 2020.	Sala 1. Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos.	1,65 gramos de marihuana.	Al regresar de cursar en la escuela sita en el establecimiento carcelario, se encontraba en la puerta de un Pabellón sin autorización razón por la cual se lo trasladó al sector de guardia para su requisita personal, de la que resultó que tenía en su poder, dentro de un bolsillo del pantalón, una bolsa de tabaco que contenía en su interior cinco envoltorios.	Se hizo lugar al recurso de la defensa, se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y se absolvió.
17	FCR 12674/2018/CFC1, caratulada: "H., L.N.	Sala 3. Eduardo Rafael Riggi,	2,83 gramos de marihuana.	La sustancia fue hallada dentro de la boca del imputado al ser requi-	Por mayoría, se hizo lugar al recurso del fiscal y se anuló el sobreseimiento decretado.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

	s/ recurso de casación”. Sentencia de 27 de octubre de 2020.	Juan Carlos Gemignani y Liliana E. Catucci.		sado en oportunidad de registrarse el calabozo que habitaba.	
<b>18</b>	FPA 8956/2016/2/CFC1, caratulada: “R., H.I. s/ recurso de casación”. Sentencia de 30 de octubre de 2020.	Sala 4. Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos.	4,14 gramos de marihuana.	A raíz de una requisa efectuada por personal de la Unidad Penal, sobre las pertenencias del imputado, circunstancia en la cual hallaron, dentro de la goma espuma del colchón asignado al interno, 16 cigarrillos armados de manera artesanal.	Por mayoría, se rechazó el recurso de la defensa.
<b>19</b>	FPA 8317/2016/TO1/CFC1, caratulada: “C., C.E. s/ recurso de casación”. Sentencia de 22 de diciembre de 2020.	Sala 2. Guillermo Jorge Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques.	4,46 gramos de marihuana.	Realizaron una requisa general en las celdas, baños y pertenencias de los internos, al revisar la Celda del Pabellón de Autodisciplina, ocupada por varios internos. En esa oportunidad hallaron junto la ventana: un recipiente plástico negro con \$10 en monedas y 10 cigarrillos de armado casero con 4.46 gramos de marihuana, en un rincón de	Por mayoría, hizo lugar al recurso del fiscal, casó y revocó la sentencia.

2023  
Estudios sobre Jurisprudencia

la celda: una riñonera de tela negra con dos paquetes de papelas para armar cigarrillos caseros marca "Smoking", una bolsa de nailon transparente con arroz y 9 envoltorios de nailon blanco con 4.18 gramos de idéntica sustancia; debajo de la cama del interno Carro: una bolsa de nailon blanco con inscripción "Supermercados Gran Rex" con 75 cigarrillos armados con 35.19 gramos de marihuana.

<b>20</b>	<p>FCR 10813/2018/CFC1, caratulada: "C., A.E. s/ recurso de casa- ción". Sentencia de 29 de diciembre de 2020.</p>	<p>Sala 3. Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani.</p>	<p>0,67 gramos de marihuana y 0,22 gramos de cocaína.</p>	<p>No surge como se halló el estupefaciente.</p>	<p>Se hizo lugar al recurso del fiscal y se anuló el sobreseimiento.</p>
<b>21</b>	<p>FCR 17423/2018/CFC1, caratulada: "P., C.A. s/ recurso de casa- ción". Sentencia del 1° de marzo de 2021.</p>	<p>Sala 2. Alejandro W. Slokar, Carlos A. Mahi- ques y Guiller- mo J. Yacobucci.</p>	<p>1,66 gramos de cocaína.</p>	<p>El material fue hallado en el vértice de una pared en su unión con el suelo, entre el sector de la mesa- da y el inodoro de una celda</p>	<p>Por mayoría, se hizo lugar al recurso del fiscal, se casó la sentencia recurrida.</p>

Referencia Jurídica e Investigación  
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia  
 Ministerio Público de la Defensa

individual.

<b>22</b>	FMZ 3029/2019/TO1/CFC 1, caratulada: "C.A., J.A. s/ recurso de casación". Sentencia de 11 de marzo de 2021.	Sala 4. Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Ángela E. Le- desma.	31 gramos de cocaína (se encontraba distribuida en 142 envoltorios pequeños de nylon).	Se la halló por una requisita en la celda del interno.	Por mayoría, hizo lugar al recurso de la defensa y anuló la condena impuesta.
<b>23</b>	FCR 14830/2019/CFC1, caratulada: "S., M.N. s/ recurso de casa- ción". Sentencia de 30 de marzo de 2021	Sala 1. Daniel Antonio Petrone, Ana María Figueroa y Diego G. Ba- rroetaveña.	3 gramos de marihuana.	En circunstancias de una requisita realizada en el pabellón, en la celda del interno, personal policial encuentra en el interior de una media de color blanco y negra tres envoltorios de nylon.	Por mayoría, se rechazó el recurso del fiscal.
<b>24</b>	FCR 15730/2019/1/CFC1, caratulada: "R., D.A. s/ recurso de casa- ción". Sentencia del 31 de marzo de 2021.	Sala 1. Daniel Antonio Petro- ne, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña.	2,2 gramos de marihuana.	La sustancia fue hallada por el personal policial en oportunidad de realizar un control rutinario del pabellón. En efecto, en el interior de la celda ocupada solo por el interno, más precisamente debajo de una caja de cartón sobre una repisa	Por mayoría, se rechazó el recurso de la fiscalía.

**2023**  
**Estudios sobre Jurisprudencia**

				de material murada sobre una pared lateral.	
<b>25</b>	FPA 109/2018/2/CFC1, caratulada: "C., J.R. s/ recurso de casación". Sentencia de 29 de abril de 2021.	Sala 4. Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Angela E. Le- desma.	5,10 gramos de cocaína.	En una requisita de rutina de su celda (que compartía con otros) se encontró sustancia estupefaciente dentro del bolsillo de su Pantalón.	Se hizo lugar al recurso de casación de la defensa, se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, se casó la sentencia y se absolvió.
<b>26</b>	FCR 26685/2018/CFC1, caratulada: "M., A. s/ recurso de casación". Sentencia de 4 de mayo de 2021.	Sala 2. Alejandro W. Slokar, Carlos A. Mahi- ques y Guillermo Jorge Yacobucci.	2,2 gramos de marihuana.	En ocasión de realizar una requisita general de las celdas y en los detenidos, se halló un envoltorio de nylon transparente con una sustancia pardo-verduzca, escondido en el interior del mate.	Por mayoría, se hizo lugar al recurso del fiscal y se anuló la sentencia recurrida.
<b>27</b>	FPA 9510/2017/3/CFC1, caratulada: "S., M.D. s/ recurso de casa- ción". Sentencia del 30 de junio de 2021	Sala 3. Liliana Elena Catucci, Juan Carlos Gemig- nani y Eduardo Rafael Raggi.	1,078 gramos de marihuana.	El condenado la tenía escondida dentro de un envoltorio negro en el interior su boca al momen- to de requisarse sus perte- nencias en ocasión de ingresar al pa- bellón donde se encontra- ba alojado.	Por mayoría, se rechazó el recurso de la defensa.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
**Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia**  
**Ministerio Público de la Defensa**

<b>28</b>	<p style="text-align: center;">FPA</p> <p>9951/2016/2/CFC1,          caratulada: “D.,A. s/          recurso de casación”.          Sentencia de 21 de          septiembre de 2021.</p>	<p style="text-align: center;">Sala 2.</p> <p>Alejandro W.          Slokar, Carlos A.          Mahiques y          Guillermo Jorge          Yacobucci.</p>	<p>1,561 gramos de marihuana.</p>	<p>En ocasión en la que per-          sonal de          guardia del establecimiento          carcelario procedió a          efectuar requisita de rutina          al interno cuando se dirigía          desde el Pabellón hacia el          sector          sanidad, se halló en el          bolsillo izquierdo de su          pantalón un          envoltorio de nylon de          color blanco anudado.</p>	<p>Por mayoría, se rechazó el recurso que presentó          la defensa.</p>
<b>29</b>	<p style="text-align: center;">FCR</p> <p>7291/2018/CFC1,          caratulada: “C., A.E.          s/ recurso de casa-          ción”. Sentencia de 2          de diciembre de          2021</p>	<p style="text-align: center;">Sala 2.</p> <p>Alejandro W.          Slokar,          Carlos A. Mahi-          ques y Guiller-          mo J.          Yacobucci.</p>	<p>2,19 gramos de marihuana.</p>	<p>Finalizado el horario de          visitas y con motivo de una          requisita de rutina en los          calabozos de la comisaría,          en el sector del patio in-          terno, al realizar el interno          un movimiento de sentadi-          lla cayó de sus partes ínti-          mas una bolsa de nylon.</p>	
<b>30</b>	<p>FCR 699/2021/CFC1,          caratulada: “S., P.E.          s/ recurso de casa-          ción”. Sentencia de 9          de marzo de 2022.</p>	<p style="text-align: center;">Sala 3.</p> <p>Eduardo          Rafael Riggi,          Juan Carlos          Gemignani y          Gustavo M.</p>	<p>9,19 gramos de marihuana.</p>	<p>La sustancia la escondía en          el colchón de su celda          unipersonal, la que fue          descubierta por el personal          penitenciario durante un          procedimiento de requisita y</p>	<p>Por mayoría se rechazó el recurso del fiscal.</p>

2023  
Estudios sobre Jurisprudencia

	Hornos.		reubicación.	
31	FPA 8233/2017/3/CFC1, caratulada: "B., P.H. s/ recurso de casa- ción". Sentencia de 28 de abril de 2022	Sala 1. Diego G. Barroetaveña, Daniel Antonio Petrone y Ana María Figueroa	6,90 gramos de marihuana.	Al momento de practicar la requisa de rutina en el pabellón, se constató en la celda habi- tada por el imputado la tenencia en su poder de sustancia estupefaciente; la misma se encontraba acondicio- nada en un envoltorio que fue hallado en un short de jean.  Por mayoría, se hizo lugar al recurso de la defen- sa, se casó la sentencia y se absolvió.