



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

REGISTRO N° 337/18.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 88/93 vta. de la presente causa nro. **FPA 2940/2016/CFC1** del registro de esta Sala, caratulada **"SOSA, Dante Exequiel s/ recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos, resolvió con fecha 3/10/17, en lo que aquí interesa, *"1) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 10, párrafo segundo, de la Ley S-1644 (conf. DJA antes Ley 23.737 <art. 14 segundo párrafo>) en cuanto incrimina la tenencia 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.*

*2) Disponer la absolución de **Dante Exequiel Sosa**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, haciendo saber que la existencia de la presente no implica afectación de su buen nombre y honor (Arts. 334, 336, inc. 3° del Código Procesal Penal de la Nación)"* -fs. 82/86 vta.-

II. Contra dicha decisión, el Ministerio Público Fiscal, interpuso recurso de casación (fs. 88/93 vta.), el que fue concedido a fs. 94 y mantenido en esta instancia a fs. 103.

III. El recurrente basó su planteo en el arts. 456 - inciso primero - del C.P.P.N.

Luego de discurrir sobre la procedencia del recurso, efectuó una reseña de los antecedentes de la causa y desarrolló los fundamentos que lo llevaron a



recurrir la decisión del *a quo*.

En primer lugar, expresó que no se aplicó la normativa vigente en la materia y se realizó un análisis equivocado del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Seguidamente, consideró que en el presente caso no se cumple el requisito de "escasa cantidad" y que la conducta del encartado acarreó un peligro concreto para su salud con posibilidad cierta de generar daños a terceros.

Asimismo, alegó la legitimidad de ciertas restricciones a la vida privada de las personas que se encuentran en prisión.

De igual modo, sostuvo que los hechos de la sentencia recurrida sucedieron en un establecimiento de detención, por lo que difieren con los que motivaron el precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, para sustentar su postura citó jurisprudencia.

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del código adjetivo, se presentó el doctor Raúl Omar Pleé, Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, para compartir y ampliar los fundamentos expuestos por su colega de la instancia anterior en el recurso de casación (cfr. fs. 105/108 vta).

En este sentido, explicitó que lo resuelto por el *a quo* no se ajusta a derecho y a las constancias de la causa, por lo que tachó de arbitraria la sentencia recurrida.

Hizo reserva de caso federal.

V. Que en la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., conforme fs. 114, las partes optaron por no informar oralmente y el Dr. Nestor Darío Pereyra, ejerciendo la defensa técnica de Dante Exequiel Sosa, presentó breves notas (fs. 111/113).

VI. Que superado el mencionado estadio





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

I. El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 457 del C.P.P.N., la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla -art. 458 del C.P.P.N.-, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Sorteado el test de admisibilidad, recordaré las circunstancias fácticas del caso de autos para luego abocarme a responder los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal.

Así, el hecho investigado habría ocurrido el día 12 del mes de abril del año 2016, a 11:55 hs, en el Sector Unidad Familiar de la Unidad Penal N° 8 de la ciudad de Federal, provincia de Entre Ríos, cuando al interno Dante Exequiel Sosa se le habría encontrado sustancia vegetal color verde con un peso de 18 gramos, ubicado dentro de un porta termo de cuero color marrón con doble fondo (cfr. actas de secuestro y constatación obrante en fs. 1/2).

Realizada la correspondiente pericial química, arrojó que el material secuestrado se correspondía con Cannabis Sativa (marihuana) en un peso de 16,72 gramos (fs. 9/12).

Remitida al juez instructor, decretó el procesamiento de Dante Exequiel Sosa *"...por considerarlo 'prima facie' y por semiplena prueba autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes, para consumo personal, previsto y*



reprimido por el artículo 10, segunda parte, de la ley S-1644 (conf. DJA antes ley 23.737 art 14)" (fs. 53/55).

Apelado el decisorio por la Defensa Pública Oficial (fs. 56/59), la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná confirmó la resolución (cfr. expte. por cuerda FPA 2940/2016/2/CA1, fs. 22/25) y, posteriormente, el fiscal requirió la elevación a juicio (fs. 71/73).

Seguidamente, elevada la causa, el Juzgado Federal N° 2 de Concepción del Uruguay resolvió, en lo que aquí interesa, *"...declarar la inconstitucionalidad del artículo 10, párrafo segundo, de la Ley S-1644 (conf. DJA antes Ley 23.737 <art. 14 segundo párrafo>)"* y *"disponer absolución de Dante Exequiel Sosa..."* (cfr. fs. 82/86 vta.)

Dicha resolución motivó el recurso de casación del Ministerio Público Fiscal que se encuentra bajo estudio de esta Alzada (fs. 88/93 vta.).

III. Sentado cuanto precede, habré de adelantar que el planteo esgrimido por el recurrente en esta instancia no habrá de prosperar.

En efecto, el Fiscal Federal Ad - Hoc estimó que ningún lugar de detención habitado por numerosos internos podría ser considerado un ámbito de privacidad o intimidad y, por esta razón, habría peligro cierto de generar un daño a la salud de terceros.

Asimismo, aseveró que en el presente caso no se cumple el requisito de "escasa cantidad", lo cual impide aplicar el precedente "Arriola".

En el mismo sentido, y durante el término de oficina, el Fiscal General ante esta instancia consideró que la conducta del señor Sosa trascendió el ámbito privado protegido por el artículo 19 de la ley fundamental.

Por ello, entendió que la resolución recurrida resulta arbitraria y no reúne los caracteres





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

de un pronunciamiento válido (fs. 105/108 vta.).

Sin embargo, de las circunstancias de modo, tiempo, lugar y cantidad de estupefaciente que habría portado Sosa, entiendo correcta la solución cuestionada.

Es que, en el caso de marras -tal como ya he tenido oportunidad de resolver en reiteradas ocasiones- considero que no puedo apartarme de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal, en el mencionado fallo "Arriola, Sebastián y otro s/causa N° 9080", A. 891 XLIV, rta. el 25 de agosto de 2009, en el cual se consagró *"...que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefacientes para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños o bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitucional Nacional (o no)..."* -Voto de la juez Argibay- (conforme esta Sala IV de la C.F.C.P., causas N° 16.507 "FABIA CERDA, Luis Antonio y otro s/ recurso de casación", Reg. Nro. 2118/2013, rta. el 30/10/2013; causa N° 224/2013 "HUENTEMIL, Víctor Daniel s/ recurso de casación", Reg. Nro. 2115/2013, rta. el 30/10/2013; entre muchas otras).

En esa línea, tengo por cierto que al haber sido calificada la conducta del encartado como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737, sumado al hecho de que el comportamiento del imputado, en modo alguno colocó en peligro concreto o causó daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, línea demarcadora que sólo de ser sobrepasada consentiría la intromisión judicial, se impone aquella solución. Cabe recordar que la marihuana incautada constituía una escasa cantidad -16,72 grs. (cfr. fs. 9/12)- y el imputado la detentaba en el interior de un porta termo con doble fondo, siempre dentro de la esfera de protección del



artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, el caso en estudio se encolumna detrás de otros en los que el Máximo Tribunal decidió la desincriminación de la conducta pesquisada, a saber: Fallos: 310:294 y 312:2475; ocasiones en las que se precisó que “... una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra [...] un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible...”, no importa relevancia jurídico-penal, ya que “...toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto arco de una acción autorreferente [...] No hay lugar para plantear (una cuestión penal) cuando la conducta personal no afecta a los intereses de ninguna otra...” (confr. voto del Ministro. Fayt, del precedente “Arriola” arriba citado); “...en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, está amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional [...] La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional [...] Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionada con la existencia de actos de exhibición en el consumo [...] Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder la/el imputada/o...” (vid. sufragio de la juez Argibay, siempre del antecedente de cita).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

De este modo, sabido es 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 C.S.J.N. en el precedente "Bazterrica" y su correlativo "Arriola". Así, *"Sólo 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"* (del voto del juez Petracchi, confr. precedente "Bazterrica" -Fallos: 308:1392-).

En ese sentido, del análisis del recurso traído a estudio, advierto que no se pudo acreditar en el caso la trascendencia a terceros y la consecuente afectación a la salud pública, por lo que sostener lo contrario implica partir de argumentos meramente especulativos, cuando lo cierto es que no existe elemento probatorio alguno que permita sostener tal tesis.

En definitiva, observado que el imputado tenía en su poder material estupefaciente en escasa cantidad, en una cuantía factible de ser detenida para el propio consumo y que aquella sustancia prohibida no fue ostentada a terceros, me inclino por rechazar el recurso del fiscal, por los motivos precedentemente expuestos.

Así las cosas, y orientado a la función que compete a este tribunal de revisar el razonamiento seguido por el *a quo*, no advierto que la sentencia recurrida adolezca de vicios que la resientan como un acto jurisdiccional válido y, por lo tanto, debe ser confirmada.

IV. Por todo lo expuesto, propongo al



acuerdo: I. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.).
II. **TENER PRESENTE** la reserva del caso federal.

Así voto.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

Llegado el momento de emitir mi opinión, comparto los argumentos y las conclusiones exteriorizadas por el señor juez preopinante en cuanto rechazó los planteos articulados por el representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso (cfr. fs. 88/93vta.).

En cuanto a las circunstancias particulares del caso, me remito en honor a la brevedad a lo desarrollado en el voto precedente.

Cabe destacar que, recientemente, el Máximo Tribunal del país ha tenido por desistido un recurso de queja interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal contra un pronunciamiento en el que se había aplicado la doctrina judicial emanada del fallo "Arriola" a una persona que se encontraba detenida en un establecimiento carcelario [CSJN, 289/2014 (50-F)/CS1 "Funes Vallejos, Sebastián David s/ causa N° 338/2013", del 19/05/15].

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

En el marco de la citada causa "Funes Vallejos", la entonces Procuradora General de la Nación consideró aplicable expresamente la doctrina del fallo "Arriola" a un supuesto similar al que es objeto de estudio en esta oportunidad. De esta manera,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

la política criminal del órgano mismo encargado de la persecución penal fue consistente con calificar como lícitas a conductas como la aquí analizada.

En el caso particular bajo análisis, los presupuestos fácticos que se encuentran acreditados en las presentes actuaciones -hallazgo de 16,72 gramos de marihuana que detentaba Dante Exequiel Sosa en el interior de un termo con doble fondo- evidencian que dicho accionar no comportó, en el caso de autos, la existencia de un daño a derechos o bienes de terceros o un peligro concreto real, siquiera lejano, para la salud y seguridad pública o la subsistencia de la familia, la nación o la humanidad toda, en los términos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "Arriola, Sebastián y otros s/recurso de hecho- causa n° 9080"*. En consecuencia, la conducta atribuida al interno no trascendió a terceros, por lo que encuentra amparo en el principio de reserva (art. 19 C.N.).

Al respecto, me he pronunciado en igual sentido en diversos precedentes (cfr. "Eccli Armando Adrián s/ recurso de casación", causa n° 51243/2013/1/1/CFC1, reg. N° 2196/15.4, rta. 18/11/2015; "Donaire Roberto Reynaldo s/ recurso de casación", causa n° 51880/2013/1/1/CFC1, reg. N° 2187/15.4, rta. 18/11/2015; "Jerez Enrique Alberto s/ recurso de casación", causa n° 4929/2014/1/1/CFC1, reg. N° 2562/15.4, rta. 30/12/2015; "Sosa Miguel Ángel s/ recurso de casación", causa n° 24788/2014/1/1/CFC1, reg. N° 936/16, rta. 14/7/2016; "Dure Martín s/ recurso de casación", causa n° 174903/2015/1/CFC1-CA1, reg. n° 519/17.4, rta. 16/5/2017, todos de esta Sala IV de la C.F.C.P., entre muchos otros, de aplicación al caso en lo pertinente).

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



Así las cosas, por coincidir sustancialmente con lo expuesto en el voto precedente, habré de adherir a la solución allí propiciada por el distinguido colega que lidera el Acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani.

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

I. El recurso de casación interpuesto resulta formalmente procedente en tanto se dirige contra una sentencia de las enumeradas en el art. 457 del C.P.P.N., ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 458 del C.P.P.N.), con invocación fundada de los motivos previstos por el art 456 del citado código.

II. Que doy por reproducidos los hechos del caso, y habré de adherir, por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas por el señor juez Juan Carlos Gemignani en su voto, a la solución propuesta de rechazar el recurso de casación interpuesto.

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

Ahora bien, y conforme a lo que he sostenido





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

en la oportunidad de emitir mi voto en la causa "Almonacid" (rta. el 3 de septiembre de 2015, reg. N° 1665/15.4 de esta Sala IV), considero que las conclusiones a la que ha arribado el máximo Tribunal en los precedentes "Arriola" (ya citado) y anteriormente en "Bazterrica" (308:1392) pueden ser tomadas, como base interpretativa para las situaciones en la que se pretende evaluar si la conducta de los internos que detenten en su poder material estupefaciente con fines consumistas, se ve amparada por el principio de lesividad previsto en el artículo 19 de nuestro ordenamiento constitucional.

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

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

Se trata de una visión antropocéntrica del Derecho.



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

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

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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

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

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

En 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"*.

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

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

El mencionado sistema, que se encuentra



conformado por la Comisión de Ejecución Penal de esta Cámara; su Subcomisión, compuesta por Magistrados de distintas instancias, la Procuración General de la Nación representada por la Procuradoría contra la Violencia Institucional; la Defensoría General de la Nación -Comisión de Cárceles-; la Procuración Penitenciaria de la Nación; y, en carácter de miembros consultivos por la sociedad civil, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Centro de Estudios Legales y Sociales. La cual tiene como objetivo fundamental instar y desarrollar acciones orientadas a asegurar la vigencia concreta de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad (arts. 5.1 C.A.D.H. y 10.1 P.I.D.C.yP.; Principios básicos para el tratamiento de reclusos, Naciones Unidas, pto. 5º), destacando el valor de la persona humana -que no pierde por su detención la protección de la Constitución Nacional y las leyes-, como objeto de tutela.

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

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

Finalmente la doctrina elaborada a lo largo de esta ponencia, pone de manifiesto que el Estado tiene el deber de asegurar a los internos el disfrute, en la medida de lo posible, de todos aquellos derechos que no hayan sido específica y razonadamente limitados (en el caso a estudio la intimidad), y lo dicho





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

encuentra sustento en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto con carácter constitucional, que imponen la obligación de que toda persona privada de su libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y por cuyo incumplimiento el Estado deberá responder.

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

En el mismo sentido, los arts. 5.2 de la C.A.D.H. y 10.1 del P.I.D.C.yP. disponen que toda persona privada de libertad *"será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*. De este modo a partir de estas pautas internacionales ha quedado establecido explícitamente que en la ejecución de las penas no se puede adoptar por vía de hecho ni jurídica ninguna conducta que implique menoscabar la dignidad de la persona.

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

En base a todo lo hasta aquí expuesto, desde una mirada dinámica y flexible del derecho como ciencia antropocéntrica cuyo principal objeto de análisis y estudio es la conducta humana en interferencia intersubjetiva; considero que no es posible afirmar que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por parte de un interno dentro del establecimiento penitenciario, *per se*, cause o



pueda causar un daño a bienes o derechos de terceros de modo tal que siempre sea considerado un delito. Sin que ello implique una violación al principio de lesividad consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y al derecho a la intimidad con la que cuenta todo individuo. Por el contrario en cada caso, si se pretende su punibilidad, se deberá demostrar de qué modo en el caso concreto dicha tenencia *trajo aparejada un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.*

En base a lo expuesto, y como se destaca en la decisión atacada, no existen en la causa elementos suficientes para sostener que la acción atribuida a Sosa haya trascendido el ámbito de autonomía personal protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional, ni ha generado una situación de daño o peligro a derechos o bienes de terceros.

En virtud de lo expuesto, entiendo que la sola afirmación del señor Fiscal en el sentido de que Sosa llevaba oculto el material estupefaciente -16,72 gramos de marihuana- en el interior de un termo con doble fondo, no logra demostrar que el comportamiento que se le imputa, hubiese colocado en peligro concreto o causado daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, línea demarcadora que protege constitucionalmente el hecho investigado (art. 19 de la C.N.), así como tampoco permite suponer que el destino del estupefaciente secuestrado fuera otro que el de su consumo.

III. Lo hasta aquí dicho de ningún modo implica "legalizar el consumo de marihuana" dentro de los establecimientos penitenciarios siempre que no se demuestre afectación a terceros. Es que de lo sentado no se infiere que la conducta reprochada no pueda ser susceptible de una sanción disciplinaria dentro del marco administrativo del sistema penitenciario, y con respeto las normas que hacen al debido proceso de las mismas - establecidas en la Recomendación N° II/2013 del Sistema Interinstitucional De Control De Unidades





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FPA 2940/2016/CFC1

Carcelarias- . Así es que en ese sentido, la ley 24.660 prevé como infracción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas (cfr. art. 85, inc. c).

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

IV. Finalmente advirtiendo que los adictos a sustancias estupefacientes que se encuentran alojados en unidades de detención, constituyen un grupo que se encuentra en extrema situación de vulnerabilidad, [Conforme las “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” -Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008-, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación -Acordada Nro. 5/2009- y cfr. mi voto en la causa n° 14.449, “CÓRDOBA, Jorge Raúl y otro s/recurso de casación”, reg. n° 2663/12, rta. el 28/12/2012, causa n° 14.792, “VERGARA, Miguel Ángel s/recurso de casación”, reg. n° 2391/12, rta. el 13/12/2012, entre otras] y sobre el cual el Estado tiene el deber -como garante de la vida, la salud, la seguridad y la integridad física de los internos- de establecer y garantizar medidas de seguridad para la desintoxicación y rehabilitación del interno que dependa física o psíquicamente de estupefacientes; y también en forma compulsiva en caso de que la conducta del drogadependiente genere peligro para sí o para terceros. (cfr. en similar sentido la causa Nro. 2095: “Portillo, Diego Sebastián s/ recurso de casación”, registro Nro. 2995, rta. el 16 de noviembre de 2000, de esta Sala).

A su vez, es menester resaltar que el hecho



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

V. En definitiva en orden a lo expuesto propongo al acuerdo: **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 88/93 vta. **SIN COSTAS** en la instancia (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

En virtud del resultado habido en el Acuerdo que antecede el Tribunal

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 88/93 vta. por el Ministerio Público Fiscal, sin costas en la instancia (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

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

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí:

