

MARÍA ALEJANDRA MENDEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO Nº 238117

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 6 días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta y los doctores Mariano H. Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, en esta FTU **25173/2014/1/1/CFC1 "MEDINA, Francisco Daniel s/recurso de casación"**, de cuyas constancias RESULTA:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, con fecha 26 de febrero del 2016, resolvió: "1) REVOCAR el punto 11 de la resolución de fs. 18/24, debiendo el Sr. Juez a-quo proseguir con el trámite de la causa, conforme se considera" (cfr. resolución que obra en copia a fs. 12/14vta.).

Contra ese pronunciamiento, la defensa oficial de Medina interpuso recurso de casación, el que denegado, motivó la presentación directa a la que esta Sala hizo lugar, por lo que consecuentemente el remedio fue mantenido (fs. 16/30vta., 31/32vta., 34/43, 44/46 y 48, respectivamente).

2º) Luego de argumentar acerca de la admisibilidad del recurso interpuesto, la impugnante encarriló su presentación con base a los dos supuestos previstos en el art. 456 del ritual.

En primer término, cuestionó la decisión por

carecer de la fundamentación que exige el art. 123 CPPN, tachándola de arbitraria, toda vez que se resuelve "...*criminalizar* la conducta de [su] asistido, simplemente porque la droga fue habida en el penal, no por otra razón, lo cual es un absoluto error de razonamiento", y por ello consideró que "...la autonomía de voluntad del interno tiene un margen de libertad en cuanto al desarrollo de su vida dentro del ámbito penitenciario, aun cuando su libertad esté restringida: la condena privativa de libertad *recae* sobre su libertad ambulatoria, pero no sobre su autonomía de *voluntad*...".

Con ese marco, entendió que ante el hallazgo de estupefacientes en la celda de un interno, en vez de iniciar una nueva causa judicial, el Estado debería poner a disposición del consumidor los recursos necesarios para su tratamiento. Añadió que la acción atribuida es personalísima, donde su defendido expuso ser consumidor, que lo hace en la intimidad sin invitar a nadie. Al respecto concluyó que en base al razonamiento del tribunal, si Medina hubiera consumido fuera del penal, ya estsría absuelto, siendo que lo hace más de 15 años, y que tal elección se encuentra al amparo de la Carta Magna.

En segundo lugar, cuestionó la errónea interpretación del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, por considerar inconstitucional la norma al violentar el principio de autonomía consagrado en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, invadiendo la esfera de libertad individual. Así, manifestó que el Estado no puede intervenir legítimamente en las acciones privadas de los hombres, y por ende coniidró acertado al caso la aplicación de la doctrina del fallo "Arriola" del cimero tribunal.



MARIA ALICIA ANDRAMENDEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

Por otra parte, señaló que, conforme surge de autos, su defendido fue requisado sin que estuviera consumiendo, y que la materia estupefaciente fue hallada en el bolsillo del pantalón que vestía.

Finalmente, entendió vulnerados el principio de reserva, lesividad y doble instancia.

En suma, solicitó se haga lugar al recurso articulado, se case la sentencia en crisis resolviendo conforme a derecho, o bien se declare la nulidad de la misma y se remita a la Alzada para su substanciación. Hizo reserva de caso federal.

3º) A fojas 64 se dejó debida constancia de la realización de la audiencia prevista a los fines dispuestos en el artículo 454, en función del 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación, oportunidad en la que la Defensora Pública Oficial ante esta Cámara presentó las breves notas obrantes a fs. 61/63, en las que desarrolló los planteos formulados en el recurso de casación.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Figueroa, Gustavo M. Hornos y Mariano H. Borinsky.

La **señora jueza doctora Ana María Figueroa** dijo:

1º) De manera preliminar, y tal como tuviera ocasión de sostener a fs. 44/46 de esta causa, si bien la decisión que revocó la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, 2do. párrafo de la ley 23.737 y por ende, el

sobreseimiento dictado respecto de Francisco Daniel Medina, no reviste en principio el carácter de sentencia definitiva, en el caso sometido a control jurisdiccional corresponde ingresar al tratamiento del recurso planteado por la defensa del imputado.

Ello es así, toda vez que se encuentran afectadas garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso y en observancia a la obligación impuesta a este Tribunal, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal", conforme la teoría del máximo rendimiento, la que exige "que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar" (C. 1757. XL.;

"Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-", rta. el 20/09/2005, Fallos: 328:3399).

2º) Previo a ingresar al tratamiento del remedio articulado por la defensa del imputado, considero pertinente señalar que las presentes actuaciones se iniciaron en circunstancias del recorrido de rutina por parte del personal penitenciario en la Unidad n° 1 del Servicio Penitenciario de Villa Urquiza, ocasión en que "...se le secuestro a Francisco Daniel Medina siete envoltorios con marihuana que se encontraba en el interior del bolsillo derecho del pantalón que vestía, con un peso de 6,41 gramos según pericia..." (cfr. fs. 18 del principal).

3º) Analizadas las constancias del expediente y estudiada la cuestión traída a control jurisdiccional de esta Cámara, he de adelantar que entiendo que la conducta

MARIA ALEJANDRA MENDEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA*Cámara Federal de Casación Penal*

desplegada por Francisco Daniel Medina debe ser analizada y resuelta en igual sentido que lo hiciera el Juzgado Federal de Primera Instancia de Tucumán nº 2, el que resulta concordante con el que tuve ocasión de sostener en diversos precedentes como integrante de esta Cámara Federal de Casación Penal al considerar que hechos como los ventilados en estas actuaciones deben ajustarse a la doctrina sentada en el fallo "Arriola, Sebastián y otros s/recurso de hecho" (Fallos: 332:1963), emitido por nuestro más Alto Tribunal (cfr. Sala I causa 298/13 "Lopez Brez, Javier Antonio y Medina, Carlos Alberto s/recurso de casación", reg. nº 24461, rta. el 18/2/15; Causa Nº 16.933 "Martínez, Carlos Fausto, s/recurso de casación", reg. nº 23.80'7, rta. el 25/6/14).

En dichas ocasiones concluí por los argumentos allí desarrollados, que "la circunstancia de encontrarse privados de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para privar a los imputados de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal y que el estupefaciente por sí solo, en las condiciones y circunstancias de su tenencia, no genera peligro para terceros", por lo que asiste razón a la recurrente de que dicha doctrina resulta de aplicación al caso sometido a análisis de esta Sala.

Ello es así, toda vez que no puede soslayarse que el punto sobre el que se zanja la decisión del a quo radica precisamente en que el material estupefaciente

habido en poder de Francisco Daniel Medina fue detectado en virtud de una requisita en el interior del Penal de Villa Urquiza y que "...quien se encuentra alojado en una celda de un establecimiento carcelario y sometido, por tanto, a un régimen de conducta para internos en prisión, el cual no autoriza la tenencia de droga en el interior de una institución penitenciaria, en donde se comparten diversos espacios comunes con otros internos" (cfr. fs. 53 del expte. principal) sin advertirse, como bien señala el juez de grado, que el imputado haya exhibido públicamente la sustancia incautada, y declarando además -en oportunidad de lo previsto en el art. 294 del rito- que la sustancia incautada era suya, que la compraba dentro del penal para consumir de manera personal, siendo que lo hace desde los 12 años, en su celda sin presencia de terceros ni invitando a nadie, y solicitando un tratamiento de rehabilitación y desintoxicación para superar su adicción (cfr. fs. 7/8vta.).

He tenido ocasión de sostener respecto a los reclusos dentro de un establecimiento que "con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos" (aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°). En el mismo sentido, los artículos 5.1 de la C.A.D.H. y 10.1 del P.I.D.C.y P. disponen que toda persona privada de libertad "será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Como lo ha indicado la Corte IDH al analizar el art.5 de la CIDH, respecto de los detenidos se "produce

v.º, AL FUNDAMENTO,
F.º DE*Cámara Federal de Casación Penal*

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

Ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "Los prisioneros son [...] 'personas' titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso" ("Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus", Fallos 318:1894).

Al respecto, he sostenido que la situación de encierro de un sujeto importa la limitación del ámbito de disponibilidad de la persona y la extensión de su privacidad, pero que 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

evilentemente necesario por el hecho del encarcelamiento (Re;. 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 si, en la forma de control de aquello que un individuo que se encuentra en una dependencia penitenciaria tiene en su poder, sino de la finalidad de esa injerencia que debe estar dirigida a mantener y preservar la seguridad de ese y de todos los demás internos, lo que se vería amenazado por ejemplo, por la tenencia de armas de cualquier tipo pero no por una escasa cantidad de marihuana.

De esta manera, debo aproximarme al caso traído a estudio con aplicación del precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto estableció que "...los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la *Constitución Nacional* de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de *injerencias* arbitrarias o *abusivas* en su vida privada (artículo 11.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; artículo 5° de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; artículo 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y artículo 17.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*)". Y también que "...el desenvolvimiento del ser humano no queda *sujeto* a las iniciativas y cuidados del poder público. *Bajo* una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en



MARIA ALEJANDRA MENDEZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las *agresiones* que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y *desecha* tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse *bajo* un supuesto afán de beneficiar al sujeto, *establecer* su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

A partir de ello, y con la premisa de que el contexto de encierro no determina por sí, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal trascienda la esfera de intimidad de la persona y por lo tanto, tampoco implica la automática afectación al bien jurídico protegido por la norma, considero que debe evaluarse si en el caso concreto se ha verificado trascendencia del estupefaciente fuera de ese ámbito de intimidad o si se han afectado derechos de terceros como destinatarios de un eventual peligro.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que a Medina se le secuestró una escasa cantidad de estupefacientes (6,41 gramos de marihuana), situado en el bolsillo derecho del pantalón que llevaba puesto en el momento del

registro, ajeno a la vista de otras personas.

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

De tal manera, y toda vez que, la sola circunstancia señalada por la Alzada en punto a que la tenencia de la droga fue hallada dentro del establecimiento carcelario, no constituye por sí sólo motivo suficiente de distinción para privar al imputado de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal; y que el estupefaciente por sí solo, en las condiciones y circunstancias de su tenencia, no genera peligro para terceros; corresponde dar favorable acogida al reclamo defensorista.

4º) Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial y dejar sin efecto la resolución de fecha 26 de febrero de 2016 de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, obrante en copia a fs. 12/14vta., y, en consecuencia, estar al sobreseimiento dictado a respecto de Francisco Daniel Medina, sin costas.

Tal es mi voto.

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

I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquéllas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 458 del C.P.P.N.), los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de



MARÍA ALFONDRAMÉNDEZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del código ritual.

II. El análisis que se reclama en esta instancia se centra en decidir si resultó arbitraria la sentencia impugnada por la cual se resolvió revocar la resolución del Juzgado Federal Nº 2 de Tucumán, provincia homónima, en la cual se sobreseyó a Francisco Daniel Medina en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, 2do. párrafo, ley 23.737); o si por el contrario, el pronunciamiento recurrido se encuentra ajustado a derecho.

En el caso bajo examen, el tribunal a quo destacó que el material estupefaciente –cannabis sativa–, con un peso total de 6,41 gramos, fue habido en poder de Medina, quien se encontraba alojado en una celda de un establecimiento carcelario “... y sometido, por tanto, a un régimen de conducta para *internos* en prisión, el cual no autoriza la tenencia de droga en el interior de una institución penitenciaria, en donde se comparten diversos espacios comunes con otros internos...” (cfr. fs. 14). Asimismo ponderó, de manera desfavorable, las circunstancias de tiempo y modo en que se produjo el hallazgo: en oportunidad de ser requisado el nombrado en el interior del Penal de Villa Urquiza, en la provincia de Tucumán.

Estos parámetros condujeron al tribunal de la instancia anterior a descartar prima facie que la tenencia

de droga por parte de Medina fuera para consumo personal, lo que motivó que se revocara el sobreseimiento dispuesto en favor del interno por parte del Juzgado Federal. nº 2 de Tucumán.

Frente a la resolución del tribunal, la Defensa Oficial del interno interpuso el recurso de casación por considerar que la decisión impugnada era arbitraria toda vez que la condena privativa de la libertad recae sobre la libertad ambulatoria de la persona, pero no sobre su autonomía de voluntad.

En ese contexto, afirmó que ante el hallazgo de estupefacientes en la celda de Medina, en vez de iniciar una nueva causa judicial, el Estado debería poner al alcance del interno los recursos necesarios para su tratamiento, ya que el mismo dijo ser consumidor hace más de 15 años y esa conducta se haya amparada por la Constitución Nacional por tratarse de una acción personalísima. En suma, consideró correcto la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Arriola" al caso de su defendido y su consecuente sobreseimiento.

III. En cuanto al fondo de la cuestión planteada por la defensa, debo recordar que he sostenido con anterioridad que en el caso "Arriola" -que viene citado-, 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



RAMENDEZ

Cámara Federal de Casación Penal

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.

Al respecto, también he señalado que la prohibición y consecuente sanción de la tenencia de estupefacientes en un establecimiento carcelario, aún cuando sea para el propio consumo, aparecería como razonable, pues en esas condiciones no sería posible descartar que esa conducta no trajera aparejado ningún riesgo para derechos o bienes de terceros (cfr. causa Nro. 12.279 "Salinas, Daniel I. s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.234.4, rta. el 12/07/11; causa Nro. 12.982 "Mercado, Maximiliano D. s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.629, rta. el 22/09/2011, entre otros).

Me ha tocado en diversas oportunidades reflexionar sobre un punto interpretativo de carácter constitucional, lo que me ha llevado a cambiar mi posición, muchas veces, basado en la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico vinculados a la materia.

En este sentido, he venido postulando invariablemente que la interpretación relativa a la mejor tutela efectiva de los derechos de calidad constitucional debe ser dinámica y flexible, así como también abarcadora

de las especificidades del caso concreto y los derechos sustanciales de las partes (Cfr. "RUIZ", res. N° 189/95 y "REY MILLAN", res. N° 191/97, ambas de esta Cámara, entre otras).

Así entonces, a la luz esta visión del derecho como una materia dinámica y flexible, a partir del contacto con la realidad carcelaria, y al trabajo que se viene realizando desde el Sistema Interinstitucional de Control de Unidades Carcelarias que presido desde su creación en el año 2013, he de reflexionar sobre mi posición sobre el punto traído a estudio en esta instancia jurisdiccional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "ARRIOLA, Sebastián y otros s/ causa N° 9080", A. 891. XLV, del 25/08/2009 (ya citado), 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.

He sostenido, y lo mantengo, que en tanto el control de constitucionalidad en nuestro sistema es de carácter difuso, y la norma aplicada se encuentra en vigencia, las razones que permitieron la desincriminación en el precedente de Corte ya citado, no pueden asimilarse automáticamente a la situación de personas privadas de su libertad. Ello por cuanto, hechos como los que dieron inicio a las presentes actuaciones y los sucesos que motivaron el precedente de la Corte, revisten características disimiles. No es posible, desde una óptica racional, pretender asimilar la situación de personas que se encuentran en la vía pública, y que gozan con plenitud de sus libertades individuales, con la de personas



MARÍA ALEJANDRA MERUEZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

detenidas que, como consecuencia, sufren determinadas y razonables restricciones a sus derechos.

Sentado cuanto precede, sin embargo, considero que la 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.

Así de la lectura de la citada jurisprudencia del Máximo Tribunal (cuyo profuso análisis he efectuado con anterioridad en la causa "ALMONACID, Gustavo Yartín s/recurso de casación", rta. el 3 de septiembre de 2015, reg. Nº 1665/15.4 de esta Sala IV, a la cual me remito *in totum*, en honor a la brevedad y por resultar de aplicación al presente caso) puede destacarse 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 lo tanto debe declararse 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...*" (confr. voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36; voto del juez Lorenzetti, consid. 18, el resaltado me pertenece). Asimismo, que la conducta bajo examen que involucra "un claro componente de autonomía personal *en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible*, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter *preeminente* al señorío de la persona *-siempre que se descarte un peligro cierto para terceros- [...]*" (voto del juez Fayt, consid. 16, el resaltado me pertenece).

Finalmente, vale aquí señalar la aclaración efectuada en el voto concurrente de la jueza Argibay de que ni la decisión de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema ahora superada (Fallos: 313:1333), ni la actual que la ha revisado en el caso "Arriola", han querido examinar en abstracto la compatibilidad con el art. 19 C.N. de la figura legal que conmina la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Y en esa dirección se concluyó que "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



MARIA ALFONDRÁ MENDEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

condiciones tales que trajó aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le *quiten* al *comportamiento* el carácter de una acción privada *protegida* por el artículo 19 de la Constitución Nacional" (ibídem).

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

La aplicación de los principios emanados de esta doctrina a casos como el de autos, el relevamiento de la realidad carcelaria y la **defensa que procuramos allí hacer del valor dignidad en la persona humana privada de su libertad**, hacen que no sea posible presumir, como 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.

El mencionado artículo del texto constitucional, y los tratados internacionales de derechos humanos que 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 aseguran 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, *Ética y Derechos Humanos*, 2º 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 en modo alguno que no se encuentren amparados por el derecho a la intimidad ni que



MARIA ALEJANDRA MENDEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

carezcan de toda posibilidad de autodeterminación personal de la que gozan por su mera condición de persona.

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

En dicho precedente se estableció que "...el ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de la leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional". Y se consagró la idea de que "...la constitución declara punible toda medida que, por voluntad expresa, o bajo pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los delincuentes más allá de lo que la seguridad exige".

En líneas generales del citado precedente del Máximo Tribunal podría recogerse la idea central de que "Los prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso". Y a su vez que "...el código procesal respectivo deposita en el juez de ejecución el control de que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República

Argentina, en el trato de los condenados, presos..." (Art. 493, inc. 1°).

En esta misma línea de pensamiento recientemente se ha pronunciado la Procuradora General de la Nación al dictaminar en el caso SC, F 289 L.L. "F.V., S. D. c/s/causa 338/2013 el 5 de marzo de 2014, cuando sostuvo que "en la medida que no es limitado por la circunstancia del encierro y las exigencias del régimen carcelario, los reclusos conservan un ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional".

Así consideró, "que no es posible presumir que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno siempre afecta los derechos de otras personas. Por el contrario, entiendo que la Doctrina sentada por la Corte Suprema en "Arriola" obliga a determinar esta circunstancia en el caso particular (...). Esta exigencia no se satisface por la mera invocación de un peligro abstracto para la seguridad de la prisión o la resocialización de los condenados."

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



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

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 moto 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 el. 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.

Es frente al marco desarrollado que debe entonces evaluarse la conducta atribuida a Francisco Medina.

En esa dirección, del acta de procedimiento surge que en circunstancias en que el personal del Servicio Penitenciario de Villa Urquiza realizaba un recorrido de rutina "al llegar a Unidad n° 1 y el comedor observan a Francisco Daniel Medina que ante la presencia de estos comienza a actuar de una manera inusual, emprendiendo veloz carrera hacia la cuarta reja de dicha unidad, donde es interceptado por el personal del penal, se le secuestró a Francisco Daniel Medina siete envoltorios con marihuana que se encontraba en el interior del bolsillo derecho del pantalón que vestía, con un peso de 6,41 gramos...".

De lo expuesto no puede colegirse que el imputado haya efectuado ostentación de la sustancia estupefaciente incautada ni que la tenencia del mismo se hubiera realizado en condiciones tales que implicara un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros. Ello, aunado a la circunstancia de la escasa cantidad del material incautado (6,41 gramos de marihuana), conduce a la revocación de la resolución impugnada por aplicación de la doctrina del precedente Arriola desarrollada precedentemente, Y a la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, 2º párrafo, de la Ley 23.737 y, consecuentemente, al sobreseimiento de Francisco Medina en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 336, inc. 3º del C.P.P.N.).

IV. Lo hasta aquí dicho de ningún modo implica "legalizar el consumo de marihuana" dentro de los establecimientos penitenciarios siempre que no se



COMISION FEDERAL DE CASACION PENAL

Cámara Federal de Casación Penal

demuestre afectación a terceros. Al respecto, no debe soslayarse que la conducta reprochada no pueda ser susceptible de una sanción disciplinaria dentro del marco administrativo del sistema penitenciario, y con respeto a las normas que hacen al debido proceso de las mismas - establecidas en la Recomendación Nº II/2013 del Sistema Interinstitucional De Control De Unidades Carcelarias- .

En tal 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...".

V. Finalmente, advirtiéndose 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

nº 14.449, "CÓRDOBA, Jorge Raúl y otro s/recurso de casación", reg. nº 2663/12, rta. el 28/12/2012, causa nº 14.792, "VERGARA, Miguel Ángel s/recurso de casación", reg. nº 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; aun 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).

Por otro lado, 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 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.

VI. En definitiva en orden a lo expuesto adhiero a las consideraciones efectuadas por la Dra. Ana María Figueroa en su voto y a la solución que allí se propone.

El señor juez doctor Mariano H. Borinsky dijo:

Por coincidir sustancialmente con el voto de la Dra. Ana María Figueroa, que ya cuenta con la adhesión del Dr. Gustavo M. Hornos, y de conformidad con cuanto sostuve al votar en la causa nro. FBB 1123/2014/1/1/CFC1, "ÁLVAREZ, José Manuel s/recurso de casación", Sala IV, rta. el 22/12/2015, Reg. Nº 2412/15.4, adhiero al voto que



Cámara Federal de Casación Penal

lidera el acuerdo y expido el méo en idéntico sentido. Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial, **DEJAR SIN EFECTO** la resolución de fecha 26 de febrero de 2016 de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, obrante en copia a fs. 12/14vta., y en consecuencia, **ESTAR AL SOBRESEIMIENTO** dictado a respecto de Francisco Daniel Medina, **SIN COSTAS** en la instancia (arts. 470, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordadas C.S.J.N. Nº 15/13, 24/13 y 42/15).

Remítase la causa a su procedencia, y si va la presente de atenta nota de envío.-

Dra. ANA MARIA FIGUERCA

MARIANO H. BORINSKY

Uste...'

GUSTAVO M. HORNOS

MARÍA ALEJANDRA MENDEZ
SECRETARIA DE CÁMARA

