



Cámara Federal de Casación Penal

Registro Nro.463/22

///Buenos Aires, a los 28 días del mes de abril de dos mil veintidós, integrada la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal por los señores jueces doctores Diego G. Barroetaveña -Presidente-, Daniel Antonio Petrone y Ana María Figueroa -Vocales-, reunidos de conformidad con lo establecido en las Acordadas 24/21 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y 5/21 de esta Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en el presente legajo **FPA 8233/2017/3/CFC1** del registro de esta Sala I, caratulado "**BERÓN, Pablo Hernán s/recurso de casación**", del que **RESULTA:**

1) Que, en fecha 21 de octubre de 2020, el Juzgado Federal nro. 1 de Paraná resolvió: "**I) DESESTIMAR los planteos de nulidad e inconstitucionalidad introducidos por el defensor técnico. II) DECLARAR a PABLO HERNÁN BERÓN, cuyos datos filiatorios y demás condiciones personales son de figuración en autos, autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefaciente para consumo personal, previsto y reprimido en el art.14, 2º parte de la ley N° 23.737. III) CONDENAR a PABLO HERNÁN BERÓN, a la pena de DOS (2) MESES de PRISIÓN de CUMPLIMIENTO EFECTIVO, por el delito que fuera juzgado en infracción al art. 14, 2º parte de la ley N°23.737**" (el destacado es del original).



Que, contra esa decisión, la defensa particular de Pablo Hernán Berón interpuso recurso de casación, el que fue concedido por el tribunal de mérito el 9 de noviembre de 2020, y mantenido luego por la defensa ante esta instancia.

2) Que, la parte recurrente fincó sus agravios en las previsiones del artículo 456, inciso primero, del Código Procesal Penal de la Nación -CPPN-.

Planteó en primer término, en orden a la admisibilidad del recurso interpuesto, la inconstitucionalidad del art. 459 inciso 1ro del CPPN, por resultar violatorio de su derecho de defensa.

Señaló que tal disposición, en cuanto limita el recurso de casación por el monto de condena, contraviene la previsión contenida en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), referido al derecho a recurso. Citó para sostener su criterio jurisprudencia nacional -CSJN, fallos "Girolodi" y "Nardelli"- e internacional -Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Mohamed vs. Argentina"-.

En cuanto a los motivos de agravio respecto de la condena, el recurrente expuso que en la sentencia impugnada no se valoraron las circunstancias del caso conforme el criterio asentado por la Corte Suprema en el fallo "Arriola", en relación a la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para su consumo personal.

En línea con el precedente citado, planteó la inconstitucionalidad, para el caso, del art. 14, párrafo 2





Cámara Federal de Casación Penal

de la Ley 23737 -siempre que no afecte a terceros-, por resultar violatorio del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional (CN).

Destacó que "cualquier adulto, e inclusive aquél que esté sujeto a una pena privativa de la libertad, es dueño de sí mismo, siendo soberano para decidir sobre todo acto que afecte su ámbito de libertad personal, no pudiendo el Estado -ni ninguna otra persona- intervenir en él".

Señaló que a la luz de las circunstancias de autos, el Sr. Berón realizó una actividad privada, que de manera alguna pudo afectar los derechos (salud, en el presente caso) de terceros (los compañeros de la celda en la que reside).

Expresó que el hecho de que su ahijado procesal esté atravesando el cumplimiento de una condena en un establecimiento carcelario, en nada influye para desvirtuar el carácter de privacidad que tiene la conducta por la cual fue imputado en autos. Ello, por cuanto, conforme el mandato constitucional, el único derecho que pierde temporalmente una persona condenada a prisión es el de la libertad ambulatoria, mas no el de privacidad e intimidad, pues éstos son inherentes a la dignidad humana.

En cuanto a la presunta lesividad de la conducta llevada a cabo por su defendido, señaló que la tenencia para consumo personal de la marihuana hallada por el



personal penitenciario no resultaba dañosa para las demás personas con las que Berón convive en aquel recinto.

Fundamentó tal extremo en la circunstancia en que el tóxico fue encontrado entre los efectos personales de Berón: en un bolsillo de uno de sus pantalones, que se encontraba guardado en su celda particular. Es decir, ajeno a un contacto directo por parte de otros internos con él.

Destacó que, en tal sentido, no se registró que en forma alguna esta conducta se excediera de su ámbito -reducido- de privacidad, propagándose a otros reos y afectándolos. En esa inteligencia, encuadró la conducta de Berón como una de aquellas acciones privadas aludidas en el art. 19 de la CN, ajenas a la intervención de los jueces.

Afirmó el recurrente que, según los partes médicos obrantes en la causa, su pupilo es un consumidor ocasional de marihuana. Asimismo, que no se registró en la causa que tal consumo haya dañado interés alguno, siquiera mínimamente, de la población carcelaria.

Planteó que, no hallándose vulnerado el principio de lesividad, no puede criminalizarse la conducta, la que en todo caso puede ser, a lo sumo, objeto de evaluación por el derecho administrativo disciplinario, en los términos de la Ley 24660.

Por todo lo expuesto, solicitó se case la sentencia atacada y se absuelva a su pupilo por inexistencia de delito.





Cámara Federal de Casación Penal

De otra parte, se agravó asimismo en cuanto a la imposición de costas, con argumento en la insolvencia de su asistido.

Formuló reserva del caso federal.

3) Que, en la oportunidad prevista por el art. 466 del CPPN, se presentó el fiscal general ante esta instancia, Raúl O. Pleé, quien solicitó el rechazo del recurso de la defensa, con fundamento en que la doctrina del precedente "Arriola" del más alto Tribunal no resulta aplicable a la conducta en juzgamiento, dadas las circunstancias distintas que existen entre ambos hechos.

Argumentó que si bien el ingreso a una prisión, en calidad de detenido, no despoja al hombre de la protección de la Constitución Nacional y de las leyes, sin embargo son legítimas ciertas restricciones a la privacidad con la finalidad de mantener el orden y la seguridad en ese especial contexto.

En tal sentido, planteó que la prohibición de la tenencia y consumo de sustancias tóxicas en prisiones constituye una restricción legítima y no se evidencia irrazonable, máxime tomando en cuenta la posición de garante que ejerce el Estado en establecimientos penitenciarios.

Así, justificó la diferencia entre el presente caso y el precedente "Arriola", toda vez que la cárcel no es un ámbito privado y porque el Estado, a través de sus agentes penitenciarios, tiene la potestad y el deber de



imponer reglas que no podría hacer observar, por ejemplo, en un domicilio particular. Por ello, destacó que la prohibición penal de poseer sustancias prohibidas dentro de un ámbito en el que la privacidad personal se encuentra legítimamente limitada, no conlleva la afectación de derechos fundamentales.

Con cita de jurisprudencia y diversos dictámenes de la Procuración General de la Nación, postuló el rechazo del remedio casatorio en estudio.

4) Que, durante la etapa prevista por el art. 468 del mismo cuerpo legal, el defensor particular de Berón presentó breves notas, oportunidad en la que reiteró los planteos efectuados en se recurso, particularmente aquel referido al derecho a la privacidad que le asiste a toda persona, incluso a aquellas que se encuentran privadas de su libertad.

En esa línea, postuló que procede en el caso la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el precedente "Arriola".

Asimismo, ahondó en su planteo previo en orden a que la conducta de Berón no fue dañosa respecto de intereses de terceros, dada la escasa cantidad de sustancia incautada y el espacio íntimo en que fue hallada.

Aunado a ello, reiteró su impugnación contra la imposición de costas contra su asistido, dada su notoria insolvencia.

Finalmente, peticionó la absolución de Berón, e hizo reserva del caso federal.





Cámara Federal de Casación Penal

5) Superada dicha etapa procesal, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo correspondiente para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ana María Figueroa, Daniel Antonio Petrone y Diego G. Barroetaveña.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1) Que el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Pablo Hernán Berón resulta admisible, en tanto el mismo satisface las exigencias de admisibilidad y fundamentación, al haberse introducido agravios de conformidad con los motivos previstos por el art. 456 del CPPN, en las condiciones del art. 463 del mismo texto legal, y ha sido deducido contra uno de los pronunciamientos definitivos previstos en el art. 457, por lo que corresponde dar respuesta a los planteos traídos a estudio por la parte (conf. arts. 465 y 468 del CPPN).

Debe destacarse que resulta acertada la declaración de inconstitucionalidad del art. 459 inciso 1º del CPPN, resuelta por el *a quo*, a efectos de garantizar el derecho al recurso consagrado en el art. 8, inciso 2º, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, conforme el criterio sentado por la CSJN *in re* "Giroldi" (Fallos: 318:514).

En tal sentido, este tribunal de casación debe hacer una revisión amplia de la sentencia, de acuerdo a los parámetros establecidos por la CSJN *in re* "Casal" (Fallos:



328:3399) en el sentido de que *"...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular...; y que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación..."*.

2) Sentado cuanto antecede, previo a ingresar al tratamiento de los agravios planteados por el recurrente, resulta conveniente señalar que, conforme lo reseñado por el tribunal a quo, *"[l]as presentes actuaciones se originan en fecha 26 de junio de 2017, a raíz de una requisa de rutina en el pabellón N° 1, concretamente en el patio "B", realizado por personal de la Unidad Penal N° 1 de ésta ciudad capital.*

En éste contexto, el personal interviniente constató en poder de Pablo Hernán Berón un envoltorio de nylon, de color blanco, con sustancia vegetal en forma de picadura en una bermuda tipo de jean.

Lo anterior es conteste con el parte comunicativo y el acta de secuestro labrados por el personal del Servicio Penitenciario de Entre Ríos a fs. 1/2 y 4, respectivamente, como así también en el acta de intervención de la Dirección Toxicología de la Policía de Entre Ríos de fs. 3.





Cámara Federal de Casación Penal

(...) a fs. 16/20 obra el peritaje químico N°5.855, elaborado por Gendarmería Nacional Argentina, el cual concluye que la muestra de sustancia vegetal identificada como M1 se trata de Cannabis Sativa (marihuana), con un peso neto de 6,90 gramos y una concentración de THC del 2,06%, lo que equivale a 40,61 dosis umbrales.

A fs. 44/vta. comparece a prestar declaración testimonial Luis Alfredo Robaina, quien manifestó: `...Que el material estupefaciente fue hallado en el bolsillo de una bermuda de jean...´.

A su turno, a fs. 45/vta. el testigo José Gabriel May declaró: `...Que lo que recuerda de los hechos es que ese día, en ocasión de practicarse una requisa en el pabellón primer patio B de la Unidad, el Oficial Robaina que estaba a cargo de la misma llamó para que participara como testigo diciéndole que se habían encontrado unos envoltorios en la celda de alojamiento del interno Berón. Por lo expuesto, se hizo presente ya que se encontraba en el taller de carpintería y al llegar pudo ver los envoltorios que estaban en poder de Robaina y al interno Berón quien se hizo cargo de los mismos...´.

Que, a fs. 58/59 comparece a prestar declaración indagatoria Pablo Hernán Berón. En dicha oportunidad, se le enrostra el siguiente hecho: `...Que el día 26 de junio de 2017, aproximadamente a las 7:30 horas, en circunstancias que el personal de la Unidad Penal N°1 procedió a practicar la requisa de rutina en el pabellón 1, en patio



'B', se constató en la celda habitada por Pablo Hernán Berón (celda N° 11) la tenencia en su poder de sustancia estupefaciente marihuana en la cantidad total de 6,90 gramos; la misma se encontraba acondicionada en un envoltorio de nylon color blanco que fue hallado en un short de jean...´.

(...) a fs. 86 la Dirección Criminalística comunica que en la muestra de orina colectada a Berón se detectó la presencia de metabolitos indicadores del consumo de marihuana.

El médico de Cámara dictamina a fs. 91/92 que el sindicado no presenta índices médico psicológicos de tener una conducta adicta al consumo de estupefacientes pero sí de ser un consumidor ocasional.

Por resolutorio de fecha 4 de febrero de 2019, obrante a fs. 95/100, se decide procesar a Pablo Hernán Berón por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto y reprimido en el art. 14, 2º parte de la ley N° 23.737, en carácter de autor, de conformidad a los arts. 306 y 308 del C.P.P.N.”; resolución que fuera confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones local.

Continuó memorando el tribunal que, en ocasión de expedirse en la oportunidad prevista en el art. 346 del CPPN, “...el titular de la vindicta pública se expide a fs. 125/127 y, respecto de la configuración del tipo objetivo de la figura que le fuera endilgada, considera que ha quedado suficientemente evidenciada la relación de





Cámara Federal de Casación Penal

disponibilidad de Berón sobre la sustancia secuestrada, toda vez que ella se encontró oculta dentro de su short en la celda que aquél ocupa.

Por otra parte, entiende adecuadamente acreditado que la tenencia lo era inequívocamente a los fines de su consumo personal, atento la escasa cantidad de estupefaciente hallado y a la presencia de metabolitos indicativos de su ingesta detectados en la orina del encartado".

3) Al momento de resolver, el titular del Juzgado Federal de Paraná consideró acreditados la materialidad del hecho y la autoría de Berón.

En cuanto a la valoración jurídica del suceso, consideró que "[e]n orden a la finalidad de consumo con la que era detentado el tóxico, resultan de especial relevancia el peritaje químico realizado a la sustancia (fs. 16/20), el análisis de orina del imputado (fs. 86), el informe médico (fs. 91/92) y, asimismo, los propios dichos vertidos por los testigos José Gabriel May y Edgardo Alfredo del Valle (45/vta. y 50/vta.). Así, de las probanzas mencionadas se desprende que la cantidad de material estupefaciente hallado no es significativa (6,90 gramos de marihuana), que en su orina se detectaron metabolitos indicadores del consumo del tóxico en cuestión y que se trata de un sujeto que presenta índices médico-psicológicos de ser un consumidor ocasional de estupefacientes.



Ergo, si se armoniza adecuadamente esta información, debería encuadrarse el presente caso como tenencia de estupefaciente para consumo personal, encontrando apropiado asidero normativo en las previsiones del art. 14, 2º parte, de la ley N° 23.737.

...es dable señalar que el interno en el establecimiento carcelario no tiene el mismo ámbito de privacidad que tiene una persona libre, siendo ello una consecuencia de su privación de la libertad.

...el Máximo Tribunal resolvió en el citado precedente "Arriola", la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte, de la ley N° 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.

El fundamento de la citada declaración de inconstitucionalidad se encuentra dado, en lo sustancial, por la violación del principio de reserva (art. 19 de la C.N.) en aquellos casos en los que la conducta criminalizada quede dentro de ese ámbito y, por consiguiente, no afecte derechos de terceros.

De lo expuesto surge claro que el tipo en cuestión puede ser interpretado de un modo armónico con nuestra Constitución Nacional en el sentido que criminaliza la tenencia para uso personal, sólo y en la medida en que la misma se realice en condiciones tales que traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos





Cámara Federal de Casación Penal

o bienes de terceros (en este sentido, véase el voto de la Dra. Carmen Argibay en la citada causa "Arriola").

En otras palabras, la conducta realizada en privado no es punible, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros. Ello así, cuando no exista tal afectación y, por tanto, el comportamiento se mantenga dentro del ámbito de reserva amparado por el art. 19 de la C.N., habrá de concluirse que es atípico, por cuanto no se encuentra criminalizado, siendo esta la única interpretación constitucionalmente aceptable. En apoyo a la postura aquí sostenida, cabe agregar que tampoco hay afectación al bien jurídico protegido, esto es la salud pública, entendido éste en el sentido limitador del tipo garantía. En otras palabras, no puede haber delito sin afectación al bien jurídico so pena de vulnerarse el principio de lesividad (art. 18 de la C.N.).

La afectación al bien jurídico protegido por el tipo (salud pública) está dado por la trascendencia que tiene frente a terceros el consumo de estupefacientes en lugares públicos (Abel Cornejo, "Estupefacientes" Segunda Ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2009, pág. 278), (En igual sentido Santiago Inchausti, Juan Mercau "Ley 23.737 de Estupefacientes, los delitos y la investigación" Ed. Lexis Nexos, Buenos Aires 2008, pág. 76/77)".



Asimismo, señaló el a quo que “...las personas privadas de su libertad conservan el derecho a la intimidad, pero el Estado puede imponer ciertas restricciones a ese ámbito de intimidad en aras a la seguridad del establecimiento carcelario (art. 18 in fine de la C.N.) y en su condición de garante de la vida e integridad física de las personas allí alojadas. Es así que la ley N° 24.660 prevé como sanción disciplinaria de carácter grave, la tenencia de sustancias tóxicas (art. 85, inc c).

...debe atenderse al contexto en que se detectó la tenencia del material estupefaciente en el presente caso, esto es al efectuarse una requisita de las pertenencias del interno Berón en dependencias de la Unidad Penal N° 1 de la ciudad de Paraná.

Es que el ámbito donde se produjo el secuestro dota de connotaciones específicas a la tenencia del tóxico. Surge evidente que la esfera de privacidad de un interno no goza de la dinámica propia de un domicilio particular, pues si se repara en las condiciones en que se cumple una pena privativa de libertad, el riesgo de difusión, suministro y la posibilidad de compartir la sustancia prohibida, convierte este acontecimiento en una acción que, si bien vislumbra su destino privado, no puede ocultar su idoneidad propalativa.

Por ello, atendiendo al contexto en que el hecho delictivo tuvo lugar, es dable suponer un grado mayor de “propagación de riesgo”, importando la presunta tenencia





Cámara Federal de Casación Penal

de estupefacientes de Berón un daño o peligro concreto a terceras personas, por lo que su punición no contraría garantía constitucional alguna.

Efectivamente, la privacidad se ve mermada por la situación de alojamiento en una unidad penitenciaria y ello por las especiales características del encierro que conllevan inevitablemente la reducción de las esferas de libertades de los propios reclusos, aumentándose así el peligro concreto a terceros".

4) Sentado ello, resulta pertinente ingresar a analizar los agravios traídos a estudio por la defensa particular de Pablo Hernán Berón.

En tal sentido, analizadas las constancias del expediente y estudiada la cuestión traída a control jurisdiccional de esta Cámara, he de adelantar que entiendo que la conducta desplegada por Pablo Hernán Berón debe ser analizada y resuelta en sentido inverso al que lo hiciera el Juzgado Federal nro. 1 de Paraná, es decir, 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.

No puede soslayarse que el punto sobre el que se zanja la decisión del *a quo* radica precisamente en que el recurrente se encontraba, al momento de ser detectada la tenencia de estupefacientes, en una unidad carcelaria, en la que se hallaba alojado cumpliendo una pena privativa de la libertad, y ello no ha de ser un dato menor al momento



de analizar la relevancia penal del comportamiento que se le atribuye.

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”* (aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°). En el mismo sentido, los artículos 5.2 de la CADH y 10.1 del PIDCyP 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 CADH, 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...”* (cfr. Sentencia del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, rta. el 2-9-2004, párrafo 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.





Cámara Federal de Casación Penal

Ha afirmado la CSJN 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" ("Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus", Fallos: 318:1894).

En efecto, si bien es cierto que la situación de encierro de Berón 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" (Res. 45-111 Asamblea General de las Naciones Unidas, ya citada).

No puede desatenderse entonces 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 tal manera, se impone a esta Cámara aproximarse al caso traído a estudio mediante el análisis de sus circunstancias en los términos de la doctrina sentada en el precedente “Arriola” de la CSJN, donde consideró 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)”*.

Asimismo, debe ponderarse 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 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*





Cámara Federal de Casación Penal

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 previsto en 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 Berón se le secuestró una muy escasa cantidad de estupefacientes (6,90 gramos de marihuana) que, de acuerdo con lo que surge del acta secuestro de fs. 4 y de las declaraciones de los testigos Robaina (fs. 44/vta.) y May (fs. 45/vta.), se encontraba en el bolsillo de un pantalón que se hallaba guardado en su celda -Nº 11, patio "B", pabellón 1-, ajeno a la vista y contacto de otras personas y fuera de su alcance personal en ese instante, dado que el encartado se encontraba en otro sitio -en el taller de carpintería- al momento de la requisita.

Asimismo, de acuerdo al relato de las circunstancias del hallazgo de la droga conforme fueran relatadas por el personal del servicio penitenciario, a la



escasa cantidad de sustancia y su acondicionamiento, surge en forma inequívoca que la tenencia de la misma por parte de Berón era a los fines de su consumo personal, extremo que no se encuentra controvertido en autos.

Ello resulta conteste con el resultado del análisis de orina practicado a Berón (fs. 86), en el cual se detectó la presencia de metabolitos indicadores del consumo de marihuana, el que en su caso sería ocasional, conforme el informe médico de fs. 91/92.

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.

Tampoco debe el Estado resolver desde la injerencia del derecho penal a través de la amenaza de imposición de pena a la persona, en violación al principio de *última ratio*, una eventual permeabilidad de los controles de los elementos que ingresan a la unidad carcelaria. Es evidente que si Berón tenía en su poder 6,90 gramos de marihuana, es porque de alguna manera esa sustancia había sido ingresada a la unidad, pero no por ello su mera tenencia resulta un supuesto excluido de las consideraciones realizadas por nuestro Máximo Tribunal en el citado precedente "Arriola", en términos del ámbito de privacidad resguardado por el art. 19 de la CN.

Allí sostuvo la Corte, con sustento en "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), 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*





Cámara Federal de Casación Penal

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 tal manera, la circunstancia de encontrarse privado de su libertad no constituye motivo suficiente de distinción para privar al imputado de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal, y el estupefaciente por sí solo, en las condiciones y circunstancias de su tenencia, no genera peligro para terceros.

Finalmente, debe señalarse que la CSJN se ha expedido en forma reciente en el marco de un recurso extraordinario contra una condena por tenencia de estupefacientes para consumo personal por una persona detenida (FPA 8956/2016/2/1/1/RH1, "Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente recurso extraordinario", rta. 6/9/2021), donde, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso articulado por la defensa -en orden a lo previsto por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, dejando así firme la condena dictada por la Sala IV de esta CFCP.

Al respecto, debe recordarse que una decisión en esos términos no importa una resolución de la Corte federal sobre el fondo de la cuestión planteada. En el caso



referido, la mayoría de la Corte no analizó los agravios planteados ni se abocó al tratamiento de la controversia de fondo y sus implicancias de naturaleza constitucional.

Sin perjuicio de ello, es dable destacar que la minoría del Alto Tribunal –conformada por los votos de los ministros Rosenkrantz y Lorenzetti- abonó a la admisión del remedio extraordinario, con fundamento central en que el derecho a la intimidad y a la privacidad, consagrados en el art. 19 de la CN, se mantienen vigentes en el caso de personas privadas de libertad en establecimientos carcelarios; y que la tenencia de estupefacientes para consumo personal en ese contexto, en pequeña cantidad y ajena a la vista y contacto de terceros, importa una acción privada de aquellas cuya protección contra la injerencia estatal se prevé en el citado precepto constitucional (conf. precedente “Arriola”), tal como se sostiene en el presente sufragio.

De otra parte, debe señalarse que las particulares constancias del caso aquí en estudio difieren de aquellas consideradas por la Corte para declarar inadmisibile el recurso extraordinario en la causa referida, por lo cual sus conclusiones no resultan aplicables al *sub examine*.

En razón de lo expuesto, corresponde **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** la sentencia recurrida y, en consecuencia, **ABSOLVER** a Pablo Hernán Berón por el hecho por el que fuera condenado, sin costas (arts. 470, 530, 531 y ccds. del CPPN).





Cámara Federal de Casación Penal

Tal es mi voto.

El señor juez Daniel Antonio Petrone dijo:

Que, frente a las particulares circunstancias del caso y por compartir, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas en el voto de la colega que lidera el Acuerdo, doctora Ana María Figueroa, adhiero a la solución propuesta y emito mi sufragio en igual sentido.

El señor juez Diego G. Barroetaveña dijo:

Que, respetuosamente, hemos de disentir con la solución propuesta por los colegas que nos preceden en el orden de votación, toda vez que por las particulares circunstancias que rodearon el hecho sometido a inspección de esta Cámara, el caso bajo examen, desde nuestra óptica, no se ajusta a los lineamientos de la doctrina del fallo "Arriola" (Fallos: 332:1963), habida cuenta de que, en aquella ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sustento en el fallo "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), sostuvo que *"(e)l 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 [...]"*.



Así, del citado precedente se colige que es necesario determinar en cada caso si la acción del imputado se llevó a cabo 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 y cabe traer a colación 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”*.

En esa línea, entendemos que le asiste razón al juez de la instancia anterior cuando sostiene que *“(1) la privacidad se ve mermada por la situación de alojamiento en una unidad penitenciaria y ello por las especiales características del encierro que conllevan inevitablemente la reducción de las esferas de libertades de los propios reclusos, aumentándose así el peligro concreto a terceros [...]”*.

En tales condiciones, consideramos que, sin perjuicio de la escasa cantidad de *cannabis sativa* que se





Cámara Federal de Casación Penal

secuestró en la esfera de custodia del interno Pablo Hernán Berón, el entorno carcelario donde fue incautada la droga permite afirmar que la conducta que se investiga ha trascendido el ámbito privado amparado por el art. 19 de la Carta Magna.

Tal particularidad permite inferir que su comportamiento lejos está de constituir una acción privada sin trascendencia a terceros, sino que, por lo contrario, se está ante una conducta susceptible de generar riesgo suficiente para el bien jurídico tutelado por la norma.

En este sentido, es útil traer a colación lo dictaminado por el Procurador General interino, doctor Eduardo Ezequiel Casal en "S, Dante Exequiel s/ infracción Ley 23.737" FPA 2940/2016/3/RH1 en cuanto a que, en primer lugar, *"(1) 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 n° 24.660 [...]).

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, consideramos que el peligro generado por la conducta no redunda sólo en la afectación de la salud de la población penitenciaria, sino también agravia la seguridad de aquélla -por un lado, por la





Cámara Federal de Casación Penal

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-.

En ese sentido, 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 (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>).

Vemos 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.

De tal modo, tal como se advierte en el artículo bibliográfico recientemente citado, 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.

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.

A más de todo lo expuesto, no resulta ocioso señalar que, recientemente, nuestro máximo Tribunal desestimó -por mayoría- la queja por recurso extraordinario federal denegado contra la condena dictada en orden al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal en un centro penitenciario (cfr. expediente FPA 8956/2016/2/1/1/RH1, "Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente recurso extraordinario", rta. 6/9/2021).

Ello nos permite afirmar, sin desentendernos de las prevenciones brindadas en materia de interpretación sobre el alcance de las inadmisibilidades dispuestas con remisión al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial *in re* "Vidal", fallos: 344:3156 CSJN, que en un caso análogo al aquí en estudio, la Corte Suprema cuanto menos no advirtió un agravio federal suficiente, o cuestiones sustanciales o de trascendencia que habilitaran su jurisdicción.





Cámara Federal de Casación Penal

En definitiva, el escenario descrito precedentemente nos lleva a concluir que el presente caso no se ajusta a los lineamientos establecidos por el cimerio Tribunal en el precedente "Arriola" (ver en lo pertinente y aplicable de esta Sala I las causas FCR 8633/2018/CFC1, caratulada "Mustafá, Awad Jonathan s/recurso de casación", Reg. 1239/20, rta. el 16/09/20 y FCR 15730/2019/1/CFC1, "Rodríguez, Daniel Alejandro s/ recurso de casación", Reg. 404/21, rta. el 31/03/21).

Por lo demás, en relación con el agravio vinculado a la imposición de costas, entendemos que los argumentos genéricamente esgrimidos respecto a la vulneración del derecho de propiedad, no alcanzan en el caso para conmovir el principio objetivo de la derrota establecido por el ordenamiento procesal (art. 531 CPPN).

Por lo expuesto, consideramos que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pablo Hernán Berón, con costas (arts. 456, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

Es nuestro voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa del encartado, **CASAR** la sentencia recurrida y, en consecuencia, **ABSOLVER** a Pablo Hernán Berón por el hecho por el que fuera condenado, sin costas (arts. 470, 530, 531 y ccds. del CPPN).



Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital. Sirva la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Diego G. Barroetaveña, Daniel Antonio Petrone y Ana María Figueroa. Ante mí: Walter Daniel Magnone.

