

# Discusiones acerca de si es aplicable, o no, la doctrina “Arriola” dentro de la cárcel

## A propósito de los fallos “Rodríguez” y “Salvini” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Marcos Fernández Ocampo<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- El precedente “Arriola” y su alcance; II.- El fallo “Rodríguez”: La Corte no toma el caso; III.- El Fallo “Salvini”. La Corte resuelve que la doctrina “Arriola” es aplicable dentro la cárcel; IV.- Distintas posiciones –ajenas a las de la corte-; V.- Algunas posturas en favor de la vigencia del principio de reserva; VI.-La plena vigencia de la Constitución Nacional dentro de las cárceles. Fundamentos de nuestra posición

**RESUMEN:** El autor plantea el debate sobre la aplicación de los lineamientos sentados por la CSJN en el fallo Arriola, y anteriormente en Bazterrica, a la situación de personas que se encuentran privadas de su libertad. Esta discusión ha sido objeto de tratamiento reciente por parte del máximo Tribunal que en un lapso menor a un año ha dictado dos fallos considerables “leading-case” en sentido opuesto: “Rodríguez” y “Salvini”.

**PALABRAS CLAVE:** Drogas – Cárceles - CSJN.

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en derecho penal (UBA). Funcionario de la Cámara Federal de Casación Penal. Profesor universitario de grado y postgrado de derecho procesal penal (UCA - USI).

*“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”*<sup>2</sup>

El 25 de agosto de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del fallo “Arriola”<sup>3</sup> consideró, en líneas generales, que la tenencia de estupefacientes para consumo personal (prevista y reprimida por el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737), en la medida que sea realizada en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, se encuentra amparada por el la reserva al poder punitivo del Estado establecida como mandamiento en el citado artículo de la Constitución Nacional. Ese precedente retomó la anterior jurisprudencia del Máximo Tribunal sentada en el fallo “Bazterrica”<sup>4</sup> del 29 de agosto de 1986.

En tanto el control de constitucionalidad argentino es de carácter difuso, y el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, está en vigente, todavía se inician actuaciones judiciales en donde en donde se imputa, en carácter de delito, la tenencia de estupefacientes para el propio consumo. Uno de los casos más recurrentes dentro del sistema penal de imputación de tenencia de droga para el consumo propio es el de las personas privadas de su libertad en un establecimiento carcelario.

El interrogante que nos convoca a la redacción de este trabajo es si los lineamientos sentados por la Corte Suprema en el fallo Arriola, y anteriormente en Bazterrica, resulta aplicable, o no, a la situación de personas que se encuentran privadas de su libertad.

Esta discusión ha sido objeto de tratamiento reciente por parte del máximo Tribunal que en un lapso menor a un año ha dictado dos fallos considerables “leading-case” en sentido opuesto: “Rodríguez”<sup>5</sup> y “Salvini”<sup>6</sup>.

## **I.- El precedente “Arriola” y su alcance**

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario había condenado a cinco personas como autores del delito de tenencia de estupefacientes para

---

<sup>2</sup> Constitución de la Nación Argentina. Artículo 19.

<sup>3</sup> Fallos: 332:1963

<sup>4</sup> Fallos: 308:1392

<sup>5</sup>Fallos: 344:2409

<sup>6</sup> Fallos: 345:869

consumo personal (art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), cuatro de ellos tenían tres cigarrillos de marihuana cada uno, y otro uno solo. La Cámara de Casación Penal rechazó los recursos de la defensa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en virtud del recurso queja, por extraordinario denegado, de la defensa y resolvió hacer lugar a la impugnación, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 y dejar sin efecto la condena dispuesta

La sentencia fue dictada de manera unánime por sus entonces siete integrantes a partir de distintos votos concurrentes que, lo pertinente, a continuación se reproducen:

Los jueces Highton y Maqueda en su voto conjunto refirieron “... que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos”.<sup>7</sup>

El juez Fayt indicó que “una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra -como se dijo- un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter preeminente al señorío de la persona -siempre que se descarte un peligro cierto para terceros-...”.<sup>8</sup>

El juez Petracchi, se remitió a su voto en “Bazterrica”, sin otras consideraciones adicionales. En aquel precedente, en el que estaba en cuestión la constitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771 (antecedente de la posterior ley 23.737). En aquella ocasión el juez había sostenido que la disposición resultaba inconstitucional “pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida

---

<sup>7</sup> voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36

<sup>8</sup> voto del juez Fayt, consid. 16.

en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales”.<sup>9</sup>

El juez Zaffaroni argumentó que “en el conflicto de normas planteadas en la presente causa, el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el artículo 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el primero garantiza. Por lo tanto, sólo cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal”<sup>10</sup>

Por su parte el juez Lorenzetti refirió que “[e]l artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.” Y en base a ello concluyó que “...no cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”, y que por lo tanto “La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”.<sup>11</sup>

Finalmente, la jueza Argibay postuló que “cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional”<sup>12</sup>

De los votos concurrentes se infiere que la Corte Suprema declaró de modo general y abstracto la incompatibilidad del mencionado art. 14, segundo párrafo, de

---

<sup>9</sup> voto del juez Petracchi en “Bazterrica” consid. 27

<sup>10</sup> voto del juez Zaffaroni consid. 23

<sup>11</sup> voto del juez Lorenzetti, consid. 11 “a”, “c” y “d

<sup>12</sup> voto del jueza Argibey, consid. 13

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 traiga aparejado un peligro o daño concreto a derechos o bienes de terceros

En esa línea, la pregunta que motiva este trabajo, y a la que la Corte le ha dado reciente respuesta es: ¿Resulta asimilable, desde un punto de vista jurídico, el alcance del principio de reserva o autonomía personal de las personas que se encuentran en libertad y que gozan con plenitud de sus derechos individuales, con la de personas detenidas legalmente que, como consecuencia, sufren determinadas restricciones?

## **II.- El fallo “Rodríguez”: La Corte no toma el caso**

El 09 de septiembre de 2021, en el fallo “Rodríguez”, con invocación al artículo 280 del CPCCN la mayoría integrada por los jueces Maqueda y Rosatti y la jueza Highton rechazó la queja por recurso extraordinario denegado, y dejó firme un pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal que, por mayoría, había rechazado el recurso de casación deducido por un interno que había sido condenado a la pena de dos meses de efectivo cumplimiento por infracción al art. 14, 2º párrafo, de la Ley 23.737.<sup>13</sup>

En el caso se había acreditado que el señor Rodríguez “...tenía el material estupefaciente -cigarrillos de marihuana por un peso total de 4,14 gramos-, que se encontrara, en circunstancias de una requisita efectuada por personal de la Unidad Penal Nro. 2 de Gualeguaychú sobre las pertenencias del nombrado, dentro de la goma espuma del colchón que le había sido asignado al interno...”.

En aquella ocasión los jueces Lorenzetti y Rosenkrantz, cada uno por sus fundamentos, disintieron con la solución mayoritaria e hicieron lugar al recurso extraordinario deducido por la defensa. Su voto será analizado al tratar el caso “Salvini” cuyos fundamentos remiten a estas disidencias.

¿Puede sostenerse que en “Rodríguez” la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en contra de la aplicación de la doctrina Arriola dentro de un establecimiento penitenciario? Pareciera que no.

El art. 280 del CPCCN, en base al cual, la corte desestimo la impugnación de Rodríguez establece, en lo pertinente, que *“La Corte, según su sana discreción, y con la*

---

<sup>13</sup> FPA 8956/2016/2/CFC1, Reg. 2191/20.4 del 30/10/20 voto mayoritario de los jueces Borinsky y Carbajo; disidencia del juez Hornos.

*sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.*

Lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la invocación del art. 280 del CPCCN no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. Que la conclusión que cabe extraer de un pronunciamiento fundado en ese precepto legal, es que el recurso deducido no ha superado el examen propio de la Corte encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá.<sup>14</sup>

### **III.- El Fallo “Salvini”. La Corte resuelve que la doctrina “Arriola” es aplicable dentro la cárcel**

Con fecha 30 de agosto de 2022 la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió el criterio sentado por la mayoría en “Rodríguez” y con voto mayoritario de los jueces Rosenkrantz, Lorenzetti y Antelo –juez de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial sorteado para actuar como conjuez de la CSJN- declaró procedente el recurso extraordinario y revocó un fallo de la Sala III de la CFCP que había confirmado una condena por hechos sustancialmente análogos a los de “Rodríguez”.<sup>15</sup>

En el caso se había hallado en la celda donde se alojaba Marcelo Daniel Salvini ocho (8) cigarrillos de marihuana que arrojaron peso total de poco más de un gramo.

Huelga aclarar que ninguno de los jueces del Máximo Tribunal modificó su posición sino que la jueza Highton que había conformado la mayoría en “Rodríguez” renunció y en su lugar, a efectos de entender en este caso, fue sorteado el juez Antelo que coincidió con quienes suscribieron la disidencia en aquel precedente.

Más allá de los motivos que fueran los cierto es que en “Salvini” la Corte Suprema fue contundente respecto de la plena vigencia del principio de reserva o autonomía personal de los detenidos en un establecimiento penitenciario y de la

---

<sup>14</sup> Fallos: 330:496 y sus citas de Fallos: 322:3217; 323:86; 325:2431 y 2432; 327:5395 y 5448; reciamente reiterado en Fallos: 344:3156

<sup>15</sup> FPA 9510/2017/3/CFC. Reg. 1016/21.3 del 30/6/21 voto mayoritario de los jueces Catucci y Riggi; disidencia del juez Gemignani.

consecuente aplicación de la doctrina del fallo “Arriola” a internos que detenten en su poder material estupefaciente para su propio consumo.

En lo medular el juez Rosenkrantz, a cuyos fundamentos adhirió Antelo, cimentó su posición en los siguientes fundamentos:

- **derecho a la privacidad:** “...dicho derecho protege un ámbito de libertad personal de alguna manera ligado a la auto-determinación que debe estar fuera del alcance del reproche estatal. La caracterización más perspicua de esa idea aparece en las palabras del juez Petracchi, que conviene citar nuevamente: toda persona —goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado. [...] Este derecho responde, tal como lo enfatizaron los jueces Belluscio y Bacqué en su voto en —Bazterricall (considerando 12) —a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos los elijan. En la visión de estos jueces el derecho a ser dejado a solas es un derecho instrumental para la realización de la autonomía. [...] En otras palabras, de acuerdo a la doctrina aceptada por esta Corte en los precedentes mencionados, el derecho a ser dejado a solas —es decir, la existencia de un ámbito protegido de la observación, del escrutinio y, sobre todo, del reproche del Estado— es un requisito imprescindible para poder vivir nuestras vidas con dignidad...”

- **vigencia del derecho a la privacidad de los internos:** “...los internos no pierden todos sus derechos por el hecho de haber sido privados de su libertad. Los artículos 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos claramente disponen que toda persona privada de su libertad —será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...) los prisioneros son...titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso... La restricción innecesaria de los derechos de los internos no es aceptable en virtud del mandato insertado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional de evitar toda mortificación que no sea necesaria para la seguridad de los reos (...) “...los internos pueden reclamar, como cualquier otro ciudadano, que su derecho a la privacidad sea reconocido. Por consiguiente, si el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en pequeña cantidad y no ostensible fuera del establecimiento penitenciario, cuando no están afectados los bienes jurídicos que la norma penal apunta a preservar (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico), constituye una intromisión inadmisibles por parte del Estado al ámbito de la privacidad garantizado

por nuestra Constitución, el mismo tipo de castigo a la tenencia de estupefacientes dentro de dicho establecimiento constituye también una intromisión inadmisiblesalvo que se muestre que hay algún grado de afectación a los bienes jurídicos mencionados...”

Por su parte el juez Lorenzetti –que votó concurrentemente- fundó su posición en los siguientes motivos:

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

- “Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”
- “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.
- “La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”
- “Que la legitimidad de la aplicación del tipo penal (...) al caso tampoco puede encontrar sustento en la circunstancia de que la tenencia de estupefacientes para consumo haya tenido lugar dentro de un establecimiento carcelario. Pues aunque resulta evidente que la privación de libertad conlleva, necesariamente, una restricción a la autonomía personal y al derecho a la privacidad de las personas que la sufren, en modo alguno puede considerarse que importe la pérdida definitiva de dichos derechos”.

En definitiva en ambas posiciones, de exégesis constitucional, se concuerda en que el artículo 19 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes el derecho a un ámbito de privacidad, que las personas privadas de su libertad también gozan también de ese derecho y que, por lo tanto, en la medida en que la acción juzgada haya sido llevada a cabo dentro de ese ámbito de privacidad

constitucionalmente protegido -sin trascendencia-, no puede ser alcanzada por el Estado; ello en estricto resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional.

#### **IV.- Distintas posiciones –ajenas a las de la corte-**

Algunas posturas en favor de la posibilidad de criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal dentro de un establecimiento penitenciario:

En esta posición tal vez la postura más relevante, por el cargo institucional que detenta, es la expresada por el Procurador General de la Nación interino Eduardo E. Casal.<sup>16</sup>

Concretamente, Casal sostiene la validez constitucional de la incriminación penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal de los internos en base a dos fundamentos medulares.

El primero de ellos podría resumirse en que los derechos no son absolutos y que resulta razonable la limitación establecida por la ley a la autonomía personal de los detenidos en aras de que el Estado garantice que no haya drogas en las cárceles.

De acuerdo al Ministerio Público Fiscal esta limitación "...tiene fundamento en el mandato de reforma y readaptación social que establecen los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad...".

Sostiene el procurador que "...el legislador ha partido de la base de que la adopción de esas medidas para evitar el consumo, el hábito o, incluso, la dependencia que podrían resultar del contacto con esas sustancias forma parte de las tareas que el Estado puede legítimamente realizar para asegurar el presupuesto psicofísico mínimo necesario para la eficacia de cualquiera de las demás medidas del tratamiento interdisciplinario, como también, en particular, para remover los factores derivados de los efectos negativos físicos, psíquicos y sociales, asociados al consumo de esas sustancias, que podrían constituir un futuro obstáculo para una adecuada integración y desenvolvimiento en el ámbito laboral, familiar y social. En otras palabras, la expectativa de que el establecimiento penitenciario sea un espacio libre de alcohol y drogas (cf., por ej., artículos 58, 65, 85, inciso «O»), y 144 de la Ley n° 24.660) se justifica en el mandato legal y constitucional de resocialización, y

---

<sup>16</sup> Dictamen PGN ante la CSJN en causa "Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737". FPA 2940/2016/3/RH 1.

la trascendencia a terceros que impide considerar acciones privadas a la tenencia y al consumo de esas sustancias deriva primeramente de que conspira contra esa finalidad.”

El segundo argumento de la Procuración podría resumirse en que no existiría posibilidad de que la tenencia de estupefaciente en un ámbito compartido como lo es una establecimiento penitenciario no trascienda a terceros; por lo que la conducta no estaría amparada en la reserva consagrada por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En palabras exactas de Casal “...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...”

En la sentencia revocada por la Corte Suprema en “Salvini” la mayoría de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por los jueces Riggi y Catucci hizo hincapié en el segundo de los fundamentos expuestos por Casal y concluyó que la conducta desarrollada dentro de un ámbito común y compartido, como lo es el carcelario, trasciende necesariamente la privacidad y tiene potencial afectación a terceros; por lo que la conducta no estaría abarcada por la reserva protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Concretamente la magistrada Catucci en un voto al que adhirió el juez Riggi, con cita a sus propios precedentes<sup>17</sup>, fundamentó que “...sin perjuicio de la escasa cantidad de droga secuestrada, el ámbito carcelario donde fue incautada permite afirmar que la conducta de Salvini ha trascendido el ámbito privado protegido por

---

<sup>17</sup> Causas: “Montes, Vargas, Roberto Ismael s/rec. de casación” c/nº 11.913, reg. 694/10 rta. el 13/05/2010

“Cáceres, Cristian Adrián s/rec. de casación” c/nº 352/2013  
Reg. nº 1363/13 rta. 13/08/2013

el artículo 19 de la ley fundamental (...). En efecto, las personas que se encuentran detenidas comparten su lugar de alojamiento con otros internos, muchas veces en lugares comunes donde desarrollan sus actividades, por lo que no puede ignorarse la posibilidad de que resulten afectados en su salud e incluso en su resocialización, por lo que en casos como el presente se encuentran involucradas razones de salud y seguridad de la población carcelaria que el Estado debe garantizar”.

## **V.- Algunas posturas en favor de la vigencia del principio de reserva**

La posición actual del Ministerio Público Fiscal, expresada en la voz de su autoridad de más alta jerarquía, varió luego del cambio de autoridades en ese organismo público.

La ex Procuradora General de la Nación Alejandra Gils Carbó al dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Funes Vallejos”<sup>18</sup> consideró aplicable expresamente la doctrina del fallo “Arriola” a un supuesto similar a los casos que son objeto de estudio en este trabajo. En dicha ocasión, 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 esa misma causa se pronunció en idéntico sentido la Procuración Penitenciaria de la Nación<sup>19</sup> en oportunidad de presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación como “Amigo del Tribunal”. Allí su director, Ariel Cejas Meliare sostuvo que *“...el encierro en un institución total no puede ser un argumento que habilite la persecución penal y condena de una persona presa, por unos hechos que no son considerados delito cuando son realizados por una persona en libertad...”*

---

<sup>18</sup> CSJN, causa 289/2014 (50-F)/CS1 “Funes Vallejos, Sebastián David s/ causa N° 338/2013”, dictamen del 19/05/15.

<sup>19</sup> CSJN, causa 289/2014 (50-F)/CS1 “Funes Vallejos, Sebastián David s/ causa N° 338/2013 Nota de “Amicus Curiae” N° 2966/DGPDH/14 del 20/11/14

Un punto particular de este dictamen es que el organismo pretende sacar del eje de la persecución penal al interno consumidor y se requiere que se investigue cómo ingresó la droga a la cárcel. Puntualmente se enfatiza que “...en este caso debería ser objeto de investigación por parte de la fiscalía el modo de ingreso al penal de sustancias estupefacientes, más que someter a imputación a un detenido por la tenencia para consumo personal de una cantidad insignificante de marihuana.”

A su vez en esta posición se destaca la posición de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal que se expresaron en disidencia en los fallos “Rodríguez” y “Salvini” impugnados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuyo objeto de estudio constituye este trabajo.

En “Rodríguez” –que viene citado- en la Sala IV el juez Hornos propuso en su voto que se haga lugar al recurso de casación de la defensa, se declare la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, se revoque la condena y se lo absuelva en orden al delito imputado.

Sopesó 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.

Hizo hincapié en 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 legal y específicamente 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 carezcan de toda posibilidad de autodeterminación personal de la que gozan por su mera condición de persona.

Así concluyó 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...”

En “Salvini” –que viene citado- el juez Gemignani también propuso hacer lugar al recurso de su defensa y absolverlo de culpa y cargo.

Precisó que era aplicable al caso la doctrina emanada del precedente “Arriola”. Fundamentó que “...el comportamiento del condenado, 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...”. Así sin perjuicio del ámbito penitenciario en el cual había sido encontrada la droga sostuvo que “...no se pudo acreditar 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 tesitura.”

## **VI.- La plena vigencia de la Constitución Nacional dentro de las cárceles. Fundamentos de nuestra posición**

Desde un punto de vista fáctico resulta evidente que el contexto en el cual se desarrollaron los hechos de los casos “Arriola” y “Bazterrica” no son asimilables a la situación de personas privadas de su libertad que sufren determinadas restricciones a su ámbito de intimidad en aras de la seguridad del establecimiento carcelario de acuerdo art. 18 *in fine* de la Constitución Nacional.

Sin embargo el contexto exterior en el cual se desarrollaron los diversos casos estudiados no hace al holding de la doctrina emanada. En “Bazterrica” la droga estaba en el domicilio del imputado, en “Arriola” los imputados la llevaban consigo en la vía pública.

Los fundamentos de la doctrina de la Corte Suprema exceden el marco de “privacidad” clásico, que podría definirse como lo que uno hace fuera del alcance de otros. Más bien se vinculan con el derecho a la autonomía personal. Podría leerse de la doctrina de la Corte que el artículo 19 de la Constitución Nacional garantiza a los habitantes un conjunto de derechos y libertades tales que se asegura que cada individuo pueda decidir autónomamente en los asuntos privados de su vida. Veamos:

En Bazterrica el juez Petracchi sostuvo que la Constitución garantizaba el derecho a la autonomía personal dentro de un marco al que llamó un esquema de ordenada libertad y que era integrado por los derechos básicos de los individuos en el cual la libertad individual estaba protegida de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido (art. 28 de la Constitución Nacional). Respecto del derecho a

la privacidad, Petracchi sostuvo que debía ser concebido como un **derecho a ser dejado a solas** para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella.<sup>20</sup>

En ese mismo precedente los jueces Belluscio y Bacqué enfatizaron que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos los elijan.<sup>21</sup>

El llamado derecho a ser dejado a solas es un derecho aún más básico y fundamental en tanto protege, tal como lo refieren los jueces Carrió y Fayt en su voto conjunto en “Ponzetti de Balbín”<sup>22</sup>, un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, reservados al propio individuo.

En síntesis, tal como enseña Nino, el criterio definitorio de lo que constituye el ámbito “privado” de la vida no está constituido, ciertamente, por una circunstancia espacial: no refiere únicamente a que lo hacemos en privado. Antes bien, el término refiere al derecho de cada uno a la elección de sus propios planes de vida o ideales de excelencia humanos.<sup>23</sup>

En esta línea, definido el alcance de la reserva del artículo 19 como el derecho a la autonomía personal, debemos preguntarnos si ese derecho, constitucionalmente protegido, rige dentro de las cárceles para las personas legamente privadas de su libertad por el Estado.

Los detenidos, evidentemente, tienen restringido su derecho a la libertad ambulatoria, y si bien se encuentran sujetos a determinadas restricciones que exceden esa limitación, ello no implica que no estén amparados por el derecho a la intimidad ni que carezcan del citado derecho a la autodeterminación personal; que es propio de la condición humana.

Esta es la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema. Lo dicho, en el fallo “Dessy”<sup>24</sup>, donde la mayoría del Tribunal resolvió que las personas

---

<sup>20</sup> Considerando 9°

<sup>21</sup> Considerando 13°

<sup>22</sup> Fallos 306:1892

<sup>23</sup> Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 2° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, páginas 413-446.

<sup>24</sup> Fallos: 318:1894

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 el Alto Tribunal sostuvo 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”. Allí enfatizó también 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 esa línea entendemos que más allá de los fines positivos que creemos que pudiera tener una política real de desintoxicación en las cárceles de la Nación; lo cierto es que el Estado se encuentra vedado, por el mandato del artículo 19 de su Constitución, para castigar penalmente una conducta que fue llevada cabo en el marco de la esfera íntima de la persona en ejercicio de su autonomía personal.

También creemos que, con el norte de una mejor política de resocialización y de reinserción social, no resulta perspicaz que el Estado concentre sus recursos en perseguir y condenar a los internos consumidores, que sin dudas constituyen el último eslabón de la cadena del tráfico de drogas. Por el contrario la política criminal del Estado, en cabeza del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción pública, debiera estar enfocada en investigar, prevenir y sancionar el modo en que las drogas son introducidas a un ámbito de estricta seguridad, con exhaustivos controles como lo son las instituciones penitenciarias.