

“S , Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737”.

FPA 2940/2016/3/RH 1.-

Suprema Corte:

—I—

De las constancias del legajo surge que Dante Exequiel S , detenido en la Unidad Penal n° 8 de la ciudad de Federal, provincia de Entre Ríos, habría sido sorprendido en posesión de marihuana en el Sector Unidad Familiar de ese establecimiento. Tramitado el sumario y elevada la causa a juicio, el titular del Juzgado Federal n° 2 de Concepción del Uruguay, de la citada provincia, resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley n° 23.737 y absolver a S por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal previsto en esa norma (fs. 3 y 3vta.).

Esta sentencia fue recurrida en casación por el fiscal y tomó intervención la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, cuyos integrantes, con fundamento en que resultaba aplicable al caso la doctrina sentada por V.E. *in re* "Arriola" (Fallos: 332:1963), resolvieron rechazar el recurso (fs. 2/10vta.).

En prieta síntesis, para resolver como lo hicieron los magistrados consideraron que no se había podido acreditar que la conducta imputada a S —la tenencia, en la cárcel, de 16,72 gramos de marihuana en el interior de un porta termo con doble fondo— hubiese colocado en peligro concreto o causado daños a bienes jurídicos o derechos de terceros, así como tampoco que el destino del estupefaciente fuera otro que el de su consumo (fs. 4, 6 y 9vta.). Pero también agregaron que ello de ningún modo implicaba legalizar el consumo de marihuana dentro de un establecimiento penitenciario cuando no se demostrara afectación a terceros, pues la conducta podía así y todo ser susceptible de una sanción disciplinaria dentro del marco administrativo del sistema penitenciario (fs. 6 y 9vta.).

Contra este pronunciamiento el fiscal general ante ese tribunal interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 11/23) que, declarado inadmisibile (fs. 24), motivó la presente queja (fs. 25/27vta.).

–II–

Coincido con el fiscal recurrente en que la apelación es formalmente procedente, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de una norma federal (artículo 14, párrafo segundo, de la Ley n° 23.737) y la sentencia apelada –que pone fin al pleito– es contraria a ella (artículo 14, inciso 1°, de la Ley n° 48).

Además, la cuestión debatida se halla indisolublemente ligada a la interpretación que se haga de esa norma federal en aspectos relacionados con la estructura y características de la conducta que tipifica, y la decisión ha sido contraria a la pretensión favorable a la constitucionalidad de la norma citada en el párrafo anterior que el recurrente ha fundado en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la Ley n° 48).

Por otra parte, dado que los argumentos en que se basa la tacha de arbitrariedad se encuentran inescindiblemente unidos a la mencionada cuestión federal, estimo que corresponde tratarlos de manera conjunta (Fallos: 321:703; 329:201 y 330:2206, entre muchos otros).

Por último, es menester recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales que le asigna el artículo 14, inciso 3°, de la Ley n° 48, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 320:1602; 323:1406 y 1566, entre otros).

–III–

En cuanto al fondo del asunto, también comparto los reclamos formulados por el recurrente.

En este sentido, lo primero que estimo preciso aclarar es que los delitos de peligro abstracto, en este caso, el tipo de tenencia ilegítima de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segunda parte, de la Ley n° 23.737), no son en sí mismos incompatibles con los principios de reserva y de lesividad, es decir, que no hay razón para considerar, *ab initio*, a esta categoría de delitos como inconstitucional.

“S , Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737”.

FPA 2940/2016/3/RH 1.-

En efecto, su legitimidad se halla ampliamente reconocida en el derecho europeo-continental, en cuya tradición se inserta nuestra legislación penal, y su constitucionalidad ha sido admitida tácitamente en la propia jurisprudencia de la Corte, que en reiteradas oportunidades ha interpretado que ciertos delitos son de peligro abstracto, por ejemplo, la tenencia de armas de guerra y de uso civil (Fallos: 319:567; 323:3289 y 3619 y 327:5161), la guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes (Fallos: 302:111 y 327:991) y el almacenamiento o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (Fallos: 321:160; 323:3486, entre muchos otros), o bien, ha resuelto diversas cuestiones precisamente en función del carácter de peligro abstracto que le reconoció a delitos tales como los relacionados con el uso y comercialización de medicamentos (Fallos: 310:112; 327:3648 y 5173) y la tenencia de explosivos (Fallos: 326:90 y 328:4696), entre otros tantos ejemplos.

También es importante señalar que si bien los delitos de peligro abstracto son asociados usualmente con los delitos de tenencia, no se agotan, ni mucho menos, en ellos, sino que incluyen dentro de su ámbito otros tantos tipos penales emblemáticos respecto de los cuales nadie dudaría de su constitucionalidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de cohecho (artículos 256 y 258 del Código Penal), que no requiere para su configuración que el normal y correcto funcionamiento de la administración se haya visto afectado efectivamente, ni tampoco siquiera que haya corrido un peligro concreto, sino que se satisface con el peligro remoto que supone la mera existencia del pacto, o incluso del ofrecimiento, en el cohecho activo (artículo 258), es decir, con un peligro abstracto. Y, por supuesto, es lo que también sucede en los delitos de tráfico de influencia y de dádivas en los que la distancia con la afectación o, incluso, la puesta en peligro concreto del bien jurídico es mayor aun (artículos 256 *bis* y 259). También el delito de falso testimonio (artículo 275 del mismo código) es de peligro abstracto y, según la opinión de un sector de la jurisprudencia, lo son asimismo los delitos del artículo 55 y siguientes de la Ley de residuos peligrosos n° 24.051, entre otros.

Pero la nota distintiva de los delitos de peligro abstracto, y que los diferencia, precisamente, de los delitos de peligro concreto, es que no requieren la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico; la peligrosidad característica que cabe predicar en general de la conducta es sólo la razón por la cual el legislador sanciona el comportamiento, pero no es un elemento del tipo cuya existencia deba ser comprobada por el juez en el caso particular.

De allí que los jueces incurran en arbitrariedad cuando pretenden justificar su declaración de inconstitucionalidad en la ausencia de peligro concreto en el caso particular. En efecto, en primer lugar, una interpretación de esa índole no sólo desvirtúa y torna inoperante la norma del artículo 14 de la Ley n° 23.737, en tanto exige un requisito ausente por definición en la clase de delito que regula. Además, aplicada de modo coherente, conduce a que deban ser considerados inconstitucionales todos los delitos de peligro abstracto, sin excepción, contrariando de ese modo el principio según el cual no cabe presumir que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión; pues no otra cosa podría significar afirmar que desde hace cien años se viene echando mano de una categoría delictiva que es incompatible con la Constitución Nacional. También luce infundada en tanto desatiende, sin hacerse cargo de ellos, los antecedentes jurídicos en sentido contrario, antes mencionados, que avalan la compatibilidad de las figuras de peligro abstracto con los principios constitucionales del derecho penal moderno del que participa la legislación nacional. Por último, pierde de vista que no sólo los delitos de tenencia del artículo 14, sino también los delitos de siembra, cultivo, fabricación, comercio, suministro y demás variantes del artículo 5 de la Ley n° 23.737 son de peligro abstracto, de modo que si fuese cierto que la lesividad se satisface sólo con lesión o peligro concreto, entonces la inconstitucionalidad debería proyectarse asimismo sobre todos esos tipos penales, conclusión ésta que no se corresponde en absoluto con el estándar interpretativo jurisprudencial y doctrinario vigente en la materia.

“S , Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737”.

FPA 2940/2016/3/RH 1.-

Lo que debería a esta altura quedar claro, por ello, es que lo único que ha sido considerado inconstitucional es la aplicación del segundo párrafo del artículo 14 de la Ley n° 23.737 cuando la tenencia para consumo personal fue realizada en condiciones de privacidad que la ponen al amparo del principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional; es decir, no toda la categoría jurídica de los delitos de peligro abstracto, y ni siquiera tampoco el tipo penal de tenencia para consumo con carácter general, sino únicamente en los casos particulares en los que la incriminación colide con aquel principio constitucional.

Es con este alcance, como sinónimo de "acciones privadas", que, a mi modo de ver, debe entenderse la expresión "acciones que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros", con la que se suele caracterizar a las conductas respecto de las cuales se predica que quedaría invalidada la incriminación penal. Es decir, en un sentido que excluye a las acciones privadas del contenido legítimo del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal, pero no descalifica la aplicación del tipo penal por su mera condición de delito de peligro abstracto.

A tal punto ello es así que la propia Corte, vigente la doctrina sentada en el fallo "Bazterrica" restablecida ahora en "Arriola", resolvió caso a caso si la conducta sometida a juzgamiento podía ser considerada una acción privada, y sólo cuando la respuesta era afirmativa declaró inconstitucional la aplicación del tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal, previsto en el artículo 6 de la Ley n° 20.771, y ahora en el artículo 14, segundo párrafo, de la Ley n° 23.737. En tal sentido, en el fallo "Arriola", la juez Argibay efectuó una instructiva reseña de los casos en los cuales la Corte, por aplicación de la doctrina sentada en "Bazterrica", decidió en uno u otro sentido (consid. 12° de su voto en el citado fallo).

En definitiva, como se señala con claridad en el voto de esa magistrada, la adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica" y "Arriola" implica que los jueces de la causa deben analizar, en el caso concreto, si la tenencia de estupefaciente para

consumo personal se realizó o no en condiciones tales que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

–IV–

Precisamente, lo 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, y a este respecto adelanto que no comparto el criterio mantenido en el dictamen emitido el 5 de marzo de 2015 en la causa F. 289; L. L., "Funes Vallejos, Sebastián David c/s/causa 338/2013", a partir de la consideración de aspectos que, a mi modo de ver, resultan esenciales para discernir la cuestión y que fueron entonces omitidos.

En primer lugar, 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.

Sin embargo, esto no es así, y la razón para ello se debe a que la limitación a la autonomía de la voluntad que conllevan esas prohibiciones tiene fundamento en el mandato de reforma y readaptación social que establecen los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660.

En efecto, 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

“S , Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737”.

FPA 2940/2016/3/RH 1.-

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 «c», y 144 de la Ley n° 24.660) se justifica en el mandato legal y constitucional de resocialización, y 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.

En este punto, debo señalar que no paso por alto que el principio que rige la materia es el de la voluntariedad del tratamiento (artículo 5 de la Ley n° 24.660), pero ello no quita que, para lograr la pregonada readaptación y reinserción, el Estado no pueda utilizar los medios apropiados para esa finalidad que no dependen de la voluntad activa de la persona, sino tan sólo de su tolerancia pasiva, como sucede con las medidas mencionadas (cf., por ej., artículos 1 y 14 de la Ley n° 24.660).

Adviértase, en este sentido, que la abstención del consumo de estupeficientes –y, por tanto, también de su tenencia– es asimismo una de las reglas de conducta obligatorias para el condenado en libertad condicional, y que puede imponerse también a quien recibe una condena en suspenso y, hasta incluso, al imputado que se beneficia con la suspensión del juicio a prueba; en los tres casos, con fundamento una vez más en la prevención especial (artículos 13, inciso 2°, 27 *bis*, inciso 3°, y 76 *ter* del Código Penal).

Pero, además, en segundo lugar, a lo expresado con anterioridad se 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 aun, 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).

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

Por último, habla también en contra de la posibilidad de caracterizar a la conducta en cuestión como una acción privada, que no trasciende a terceros, el peligro de que la presencia de estupefacientes en el establecimiento carcelario termine favoreciendo el surgimiento de relaciones de poder y dominio de unos sobre otros, con

“S , Dante Exequiel s/infracción Ley 23.737”.

FPA 2940/2016/3/RH 1.-

perjuicio para la seguridad y la buena organización de la vida en común en el establecimiento y menoscabo, en definitiva, para la eficacia del tratamiento resocializador, que también depende de ello. Obsérvese que a tal punto ello es así que por razones similares la ley tampoco permite, en principio, la tenencia irrestricta de dinero a las personas detenidas en el establecimiento, en el entendimiento de que así también podrían verse comprometidos esos intereses (artículo 68 de la Ley n° 24.660).

Por ello, tampoco es correcto el argumento por el cual se aduce, en ocasiones, en favor de la postura contraria que el diseño legal y constitucional de la ejecución de la pena garantiza a los condenados y procesados el ejercicio de todos sus derechos fundamentales no afectados directamente por el cumplimiento de la pena. Ese argumento pierde de vista que —como fue expresado— la privacidad es, justamente, uno de los derechos afectados directamente por el cumplimiento de la pena, en razón de la reducción de los ámbitos de reserva, o sea, sin trascendencia a terceros, que caracteriza a instituciones como la carcelaria, y confiere intersubjetividad a conductas que en otros contextos podrían constituir acciones privadas.

Pero de las razones expuestas también se deriva que la cantidad de la sustancia poseída, que en otros contextos es tomada en cuenta como un dato trascendente, en la concreta situación que se presenta en el *sub lite* carece de relevancia, pues cualquiera sea, la tenencia de droga en establecimientos carcelarios nunca es una acción privada.

Por último, no puedo dejar de señalar que, en línea con las directrices trazadas por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (artículo 3, apartado 5, inciso «g»), la Ley n° 23.737 dispone, en su artículo 11, inciso «e», un agravamiento de la pena de los delitos previstos en los artículos precedentes a ése “cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un [...] lugar de detención...”. Pues si bien es cierto que esa disposición no es aplicable a los delitos de tenencia del artículo 14, también lo es que el fundamento de la mayor gravedad del hecho, y de la pena, se vincula con el

mismo efecto nocivo para la resocialización que, en el caso de la tenencia, opera ya no como agravamiento, pero sí como una de las razones que impiden considerarla como una acción privada sin trascendencia para los demás.

Sólo me queda señalar que si bien las constancias del legajo podrían sugerir que un pronunciamiento en el *sub lite* pudiera ser inoficioso frente a una eventual prescripción de la acción penal, no es posible soslayar que el *thema decidendum* del presente caso –la controversia acerca de la validez constitucional de la incriminación de la tenencia de droga en las cárceles– es recurrente en otras numerosas causas en trámite ante los tribunales nacionales y también ante estos estrados, y es posible aseverar que tal situación habrá de mantenerse hasta tanto no exista un pronunciamiento del máximo Tribunal sobre el fondo del asunto.

Esta reiteración, a la que se suma la indudable trascendencia constitucional de la cuestión planteada –por sí misma, en tanto precisión de la doctrina sentada en "Bazterrica" y "Arriola", y porque además, el caso atañe centralmente al funcionamiento del sistema penitenciario–, más lo exiguo del plazo de prescripción de la acción para el delito por el que tramitan estas causas, me persuaden para proponer a V.E. que, de ser necesario, haga aplicación del criterio excepcional de Fallos: 310:819 y 324:4061, también aplicado al resolver el 13 de julio de 2007 *in re* "Bussi" (causa B. 903, XL). En definitiva, ante la razonable expectativa de que continuarán generándose impugnaciones sobre la cuestión federal aquí discutida, y por la índole y trascendencia de los aspectos que involucra, no cabe duda, a mi modo de ver, acerca de la utilidad de una decisión de la Corte que ponga fin a la controversia.

–V–

Por todo lo expuesto, y los demás fundamentos vertidos por el señor Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, mantengo la presente queja

Buenos Aires, 3 de octubre de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación