

Comisión: Derecho penal, parte general

Tema: Delitos de tenencia

Título de la ponencia: La tenencia de estupefacientes para consumo personal en establecimientos carcelarios: problemas constitucionales, dogmáticos y político-criminales de su punición.

Autores:

José Luis Ennis, Abogado UNLP, Especialista en Derecho Penal y Criminología, JTP Derecho Penal I, Cát. I, FCJyS – UNLP.

Héctor Fernando Salvador, Abogado UNLP, Alumno de la Especialización en Criminología UNQ.

Abstract: En la ponencia se analizan los problemas dogmáticos y constitucionales que plantea la punición de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal en nuestro ordenamiento jurídico, desde el particular ángulo que ofrecen una serie de casos jurisprudenciales en los que, con criterios divergentes, se han tratado estos problemas cuando la tenencia de las sustancias se da en el ámbito carcelario, destacando en particular los alcances de la restricción de la privacidad que el encierro carcelario importa y los alcances, generalmente desproporcionados, de la respuesta punitiva en estos casos.

La tenencia de estupefacientes para consumo personal en establecimientos carcelarios: problemas constitucionales, dogmáticos y político-criminales de su punición.

I. Introducción.

El objeto de esta breve ponencia es reflexionar sobre la problemática general de los *delitos de tenencia* a partir del análisis de un tipo específico –la figura de tenencia de estupefacientes para consumo personal del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737- y de una serie de casos judiciales en los que se ha discutido su aplicación y que presentan en común el lugar o el ámbito en el que ocurrieran los hechos, que no es otro que el del encierro carcelario.

Entendemos que esta particularidad –la del ámbito penitenciario como contexto en el que se tuvieron por configuradas las conductas típicas- enriquece el análisis en dos aspectos que estimamos interesantes: por una parte, las condiciones particulares del encierro carcelario –como dato objetivable a los fines del análisis teórico- potencian algunas objeciones constitucionales que en general podría formularse respecto de la figura analizada; por otra, los casos seleccionados –efectivamente ocurridos y procesados por las agencias del sistema penal- nos permiten eludir el complejo y habitual ejercicio de la dogmática penal consistente en imaginar las más absurdas e improbables hipótesis de aplicación de un tipo a los fines de validar o descalificar construcciones teóricas.

II. Breve reseña casuística y jurisprudencial.

No viene al caso reproducir aquí la serie de pronunciamientos de la Corte Suprema sobre el punto. Simplemente, nos limitaremos a indicar que después de “Bazterrica” (1986) y antes de “Montalvo” (1990), la Corte se pronunció en una serie de oportunidades restringiendo los alcances del primero¹. En 2009, la doctrina de “Bazterrica” fue retomada por el alto tribunal en “Arriola”, remitiéndose específicamente al voto del Dr. Petracchi y optando, de este modo, por un criterio amplio de incompatibilidad de la figura en cuestión con el art. 19 del CN². En esta oportunidad, la Corte Suprema consideró que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 es contrario al artículo 19 de la Constitución Nacional "en la medida que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales" y declaró "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"³.

Sí nos detendremos en una serie de casos posteriores a la última de las sentencias de la Corte Suprema citadas, en los que se analizó la constitucionalidad del tipo de la tenencia para consumo personal en el ámbito carcelario.

El 11 de abril de 2014 la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió que el hecho de que la imputación de tenencia de estupefacientes para consumo personal esté dirigida a una persona

¹Una reseña completa en Alegre (2011:132).

²Compartimos, en este punto, las consideraciones de Alegre (cit.), en cuanto indica que “Arriola” potencia los alcances liberales de “Bazterrica” y no es, como se plantea desde otras posturas, un pronunciamiento más restringido (vgr. Gullco 2010: 439 y ss.).

³CSJN, Fallos: 332:1963, considerando 36°.

detenida en un establecimiento penitenciario, no implica por sí solo que se haya producido un daño a bienes o derechos de terceros, agregando que para determinar esa afectación resulta también necesario realizar un examen sobre las particulares circunstancias del caso. Destacó que no se había invocado en el caso ninguna circunstancia que demuestre que la conducta atribuida al imputado hubiera ocasionado -en concreto- un daño o peligro a derechos o bienes de terceros. Asimismo, advirtió que de las constancias de la causa se desprendía que la escasa cantidad de estupefaciente que fuera hallada en la celda se encontraba dentro del ámbito de privacidad, derecho que no puede ser negado aún en el ámbito carcelario-"⁴.

Unos meses después, el 5 de septiembre de 2014 la misma sala revocó, por mayoría, el procesamiento de los imputados dictado por la Cámara Federal de General Roca. Consideró la mayoría de la Sala -integrada por los Dres. Slokar y Ledesma- que era aplicable el precedente "Arriola" de la Corte Suprema en el caso de un detenido, indicando que "La circunstancia de que la tenencia de estupefacientes para consumo personal esté dirigida a una persona detenida en un establecimiento penitenciario, no implica por sí sola que se haya producido un daño a bienes o derechos de terceros... La titularidad de derechos no se detiene frente a los muros de los establecimientos carcelarios", porque "lo contrario sería admitir una zona de 'no derecho', ajena a la juricidad". En su disidencia, la Dra. Catucci destacó que "sin perjuicio de la escasa cantidad de droga secuestrada, el ámbito carcelario donde fue incautada permite afirmar que la conducta que se investiga ha trascendido el ámbito privado protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional"⁵.

El 22 de diciembre del mismo año la Sala IV de ese tribunal adoptó, también por mayoría, un criterio opuesto, afirmando que la tenencia de estupefacientes dentro de un establecimiento penitenciario es una conducta que necesariamente trasciende los límites de la privacidad y proyecta sus consecuencias negativas sobre toda la población carcelaria, afectando negativamente, además, el debido ejercicio del servicio de penitenciaría que lleva adelante el estado, dirigido a la resocialización de los internos. El Dr. Geminiani, en disidencia, postuló convalidar el sobreseimiento por entender que el imputado tenía en su poder material estupefaciente en escasa cantidad, en una cuantía factible de ser considerada detenida para el propio consumo y que aquella sustancia prohibida no fue ostentada a terceros⁶.

En el ámbito de la justicia federal también es importante destacar el dictamen de la Procuradora General de la Nación del 5 de marzo de 2015, en una causa en la que el Juzgado Federal de Río Grande había desestimado las actuaciones seguidas por infracción al artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, porque consideró que la tenencia de 0,6 gramos de marihuana para consumo personal en una cárcel no constituía delito. Esa decisión fue impugnada por el fiscal y la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia declaró inconstitucional la figura y sobreseyó al imputado con fundamento en los precedentes "Bazterrica" y "Arriola", decisión contra la que se alzó el Fiscal General interviniente. Radicada la causa en la Corte y remitida a la Procuración General, la Dra. Gils Carbó indicó en su dictamen que la cuestión a dilucidar en el caso era si la doctrina sentada en el fallo "Arriola" -que reseñó más adelante- era aplicable a la tenencia de

⁴“Capandeguy, Cristian Ariel s/rec. de casación” causa n° 499/2013

⁵“Maiz, Leonardo y otros s/rec. de casación” causa n° 108/2013.

⁶“Yramain-Jiménez, Alejandro D. s/rec. de casación” causa n° 408/2013.

estupefacientes para consumo personal por parte de una persona detenida en un establecimiento carcelario. Tras recordar que las personas encarceladas están sujetas a estrictas reglas de conducta que restringen considerablemente su libertad personal, en función del interés estatal en el orden y la seguridad intramuros que justifica ciertas injerencias en los derechos de los reclusos que no serían admisibles en el medio libre, afirmó que "...eso no significa que los presos carezcan de toda posibilidad de autodeterminación personal protegida constitucionalmente", para concluir que "...en la medida en 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".

Con este marco se separó del criterio del fiscal recurrente, pues "...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 cada caso particular... Esta exigencia no se satisface con la mera invocación de un peligro abstracto para la seguridad de la prisión o la resocialización de los condenados", descartando que en el caso la conducta imputada fuera idónea para lesionar o poner en peligro concreto a terceros ni, menos aún, que esa circunstancia haya ocurrido efectivamente.

Con esos fundamentos, y tras destacar que el criterio adoptado "en modo alguno implica legalizar la droga" en las cárceles (conf. Fallos 332:1963, considerando 27)", desistió del recurso interpuesto.⁷

Por último citaremos, un caso de la justicia provincial bonaerense, originado por el resultado de la requisita realizada a una persona detenida en una unidad penitenciaria luego de haber recibido visitas, en la que se constató que llevaba "dentro de un bolso, ocultos dentro de un rollo de cocina, dos preservativos... y dentro de estos objetos se encontraba sustancia estupefaciente, consistente en tres trozos de marihuana" de unos 62 gramos de peso en total, determinándose luego el destino de esa sustancia para el consumo personal del imputado, quien fue condenado a la pena de dos meses de prisión de efectivo cumplimiento y declarado reincidente.

Apelada la decisión, la Cámara de Apelación y Garantías de Dolores indicó, tras reseñar lo resuelto en "Arriola", que si bien las personas privadas de libertad pueden ejercer todos los derechos no afectados por la condena (art. 2 ley 24660) y que tienen derecho a conservar sus garantías fundamentales, lo cierto es que al estar encarceladas su ámbito de privacidad se halla limitado o restringido (art. 9 de la ley 12256). Se destacó además que el Estado como garante de la vida y de la salud física y psíquica de las personas que se encuentran sometidas a encierro en establecimientos carcelarios impone a través de reglamentos y de normas disciplinarias restricciones al ámbito de privacidad de quienes allí se alojan, que sin importar el desconocimiento de los derechos humanos básicos que tienen los reclusos, si resultan ser restricciones necesarias impuestas a la libertad personal para mantener la disciplina en los centros penitenciario, agregando que las normas prevén como infracción disciplinaria de carácter grave la tenencia, posesión u ocultamiento de estupefacientes. Se trajo a colación el art. 11 de la ley 23.737, señalando que establece distintas agravantes de los tipos penales previstos por dicha norma, y entre ellas una que se refiere a cuando el delito se cometiere en el lugar de detención. Con esos fundamentos se

⁷Dictamen en causa F. 289 L. L "F V, S D s/ causa n 338/2013" del 5 de marzo de 2015.

confirmó la decisión del Juez de mérito, señalando que la cárcel no es un ámbito privado en el sentido al que alude el fallo “Arriola”, y que el consumo de estupefacientes por parte de un recluso en un establecimiento penitenciario, por el lugar donde se realiza, conviviendo con otros internos y personal penitenciario, no puede ser llevado a cabo de manera que se descarte plenamente que esa conducta no tiene aptitud para generar riesgo a terceras personas.

III. El tipo del art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737. Dificultades dogmáticas.

Como anticipáramos en la introducción, el tipo de tenencia de estupefacientes para consumo personal es pasible de las objeciones formuladas, en general, respecto de los delitos de tenencia.

a) Se ha dicho, analizando el contenido de aquellos tipos en los que la fórmula legal se estructura a partir del verbo *tener*, que la tenencia constituye el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa, que permite al sujeto activo usar y disponer libremente de ella, sin requerir un contacto físico o material, sino una sujeción a la voluntad de quien la detenta (Gallo 2010:125 y ss.).

Partiendo de esta caracterización, es conocida la postura crítica de Struensee (1998:108 y ss.) que, tras identificar a los delitos de tenencia como un traspié legislativo, afirma que la expresión *tener* no describe ninguna conducta.

La afirmación es acertada en la medida que consideremos que la conducta, en términos jurídico penales, consiste en la realización de un movimiento físico determinado, mas deja de serlo si admitimos un concepto más amplio, que incluya todas aquellas manifestaciones de la personalidad que se exteriorizan con consecuencias hacia terceros, concepto que podemos compatibilizar perfectamente con las exigencias del art. 19 de la CN. En este punto es preciso señalar que la construcción de un concepto de acción pretípico –en términos sistemáticos y constructivos- impone la necesidad de buscar fundamentos ontológicos –y en este punto difícilmente podamos concluir que la tenencia no es una forma de manifestación de la personalidad exteriorizada- y sortear límites constitucionales, hecho lo cual corresponderá estar al concepto de acción que satisfaga las necesidades impuestas por la construcción dogmática de un sistema de interpretación de la ley penal.

b) La doctrina acuerda en forma unánime que el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal es un *delito de peligro abstracto*, en el que no es necesario constatar la existencia de un peligro efectivamente corrido por un bien jurídico de un tercero, sino que ello se sustituye por una presunción del legislador, fundada en una regla de experiencia que indica que la conducta es “normalmente” peligrosa para un bien jurídico determinado.

Hay autores que niegan de plano la constitucionalidad de un tipo penal que releve un peligro abstracto, afirmando que por imperativo constitucional, se debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre se debe aludir a una situación de riesgo de lesión en el mundo real (Zaffaroni 2002:491).

Enfocando la interpretación del tipo que aquí nos interesa desde este ángulo, la inconstitucionalidad declarada para el caso concreto en “Arriola” adquiere una extensión notable, pues sería difícil imaginar situaciones de tenencia para consumo personal que impliquen peligro concreto para terceros –podríamos imaginar, ahora sí aventurando hipótesis de laboratorio, a un docente

consumiendo estupefacientes frente a su clase, o situaciones similares, en las que habría que analizar además el desplazamiento de la figura por otras más específicas⁸.

Pero más interesante es destacar que esta misma objeción impide considerar válida la incriminación incluso admitiendo la justificación de la existencia de tipos de peligro abstracto sobre la base del riesgo general o estadístico: la estadística indica que la tenencia para consumo personal genera riesgo de consumo personal, y que el consumo personal genera –salvo excepcionalísimas circunstancias- daño a quien consume⁹ y no a terceros.

Esto permitiría establecer, incluso entre quienes admiten la constitucionalidad de los tipos de peligro abstracto, una clara distinción entre el analizado y otros tipos de *tenencia* que sortearían aquellas objeciones, como son las tenencias de estupefacientes destinada al comercio, o de armas de uso civil o de guerra, en los que la presunción de peligro para terceros contaría con un sustento estadístico más consistente, con base en una posibilidad de lesión a terceros como consecuencia normal del acto “peligroso” seleccionado. En estos casos podríamos asumir, sorteando momentáneamente las objeciones que la expansión del derecho penal merece en general, que el “adelantamiento de la punición” hasta el límite que implica la mera tenencia de un objeto podría encontrar una razonable explicación en el uso habitual o normal de los mismos para cometer delitos en los que la lesión de un tercero es concreta, mas ello no ocurre –como anticipáramos- en el tipo bajo análisis.

Se ha dicho, en este sentido, que las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son: a) la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y b) el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado, indicando el mismo autor –con cita de W. von Rohland- que “si falta una de esas dos notas, falta también el peligro... El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción” (Corigliano, 2011).

En el caso de la tenencia de estupefacientes es claro que el peligro que estadísticamente podríamos asociar a la conducta descrita en el tipo es el peligro de autolesión –por daño a la salud del consumidor-, mas resulta prácticamente imposible vincular causalmente a esa conducta, por vía del peligro generado, con una lesión a la salud pública que, como lo analizaremos con algún detalle más adelante, no puede ser otra cosa que la salud de otras personas, no identificadas ni determinadas en número pero determinables (Rodríguez Monatñes 1994:32).

Volvamos ahora al restringido objeto de este trabajo para descartar, con base en las objeciones dogmáticas antes señaladas, una conclusión que se filtra en alguno de los pronunciamientos jurisdiccionales analizados, pues tener estupefacientes para consumo personal en el ámbito carcelario no es “necesariamente” peligroso para terceros. La imposibilidad de consumir en un ámbito privado equiparable a los que pueden darse en el medio libre no impide que ese consumo

⁸En principio, la tenencia en un lugar público o de acceso público fue considerada como una situación que excedía la protección constitucional de la privacidad, tanto en las sentencias posteriores a “Bazterrica” antes citadas como en pronunciamientos posteriores a “Arriola”.

⁹Tampoco puede estimarse irrefutable esta afirmación, como lo ponen de manifiesto los múltiples usos medicinales de sustancias que nuestra ley considera estupefacientes. Restaría analizar, por otra parte, la vinculación entre el concepto de salud individual y los usos artísticos, recreativos, experimentales, etc. de esas sustancias.

se realice sin trascendencia lesiva para terceros, perdiendo el tipo el anclaje necesario en la “normalidad” estadística antes mencionada.

c) En el contexto antes descrito el análisis del tipo subjetivo asume particular relevancia, pues al conocimiento de los elementos del tipo objetivo descritos expresamente por la norma -que incluyen a la intención o tendencia interna trascendente del destino específico de la tenencia-, debería sumarse el de aquellas particulares circunstancias que transforman a una conducta inocua –al menos para terceros- en un comportamiento conflictivo, que pone en peligro bienes ajenos. Es que en este caso, el conocimiento de la ofensividad de la conducta integra el dolo y no puede ser desplazado hacia estadios posteriores de análisis, puntualmente la culpabilidad.

Es decir que, superadas las objeciones de los apartados a) y b), las exigencias subjetivas del tipo le impondrían un limitadísimo ámbito de aplicación.

IV. Problemas constitucionales: lesividad, razonabilidad y proporcionalidad.

Son conocidas las dificultades que plantea la figura en cuestión frente al principio de **ofensividad o lesividad** que surge de la primera parte del art. 19 de la CN¹⁰. De hecho, podrían ubicarse en este apartado todas las referencias previas a los problemas dogmáticos vinculados a las características de este *tipo de tenencia*, pues involucran en definitiva problemas de lesividad.

Sin embargo, dedicaremos el apartado exclusivamente al análisis del bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro –concreta o abstracta- pretende relevar el legislador en el caso, a partir de un juicio de inferencia que vaya desde el tipo hacia la norma a través del bien jurídico.

En este punto coincide la doctrina nacional en que la *salud pública* es el bien jurídico que el legislador pretende tutelar a través de las normas penales que incluye la ley de estupefacientes, entre ellas, la que reprime la tenencia para consumo personal (Falcone y Capparelli 2002:174).

La salud pública constituye un bien colectivo, pero claramente se trata de un bien en el que se reúnen la suma de las saludes individuales, no de un bien que pertenezca al colectivo como tal¹¹. Descartada la autolesión –que puede revestir distintas entidades- no se aprecia de qué modo puede verse afectada la salud de terceros y, en consecuencia, sin posibilidad de conectar a la tenencia con la salud concreta de uno o más individuos –incluso indeterminados-, la posibilidad de encontrar un conflicto lesivo subyacente desaparece.

Podría agregarse que en este caso el argumento del “adelanto” de la protección jurídica a través de un tipo que sanciona conductas alejadas en el tiempo de las efectivamente lesivas que

¹⁰En nuestro ordenamiento jurídico el contenido de esa cláusula constitucional define, por la afirmativa la pregunta sobre la relevancia del postulado de que el Derecho penal debe quedar limitado a la protección de bienes jurídicos para definir la constitucionalidad y, con ello, la validez jurídica de un precepto penal, que podría discutirse en otros ordenamientos (v. Roxin, 2013:1 y ss.).

¹¹Cerezo Mir (2001:723 y ss.) distingue entre bienes jurídicos colectivos y supraindividuales, según respondan a un enfoque antropocéntrico o no. La salud pública se ubicaría entre los primeros, pues se refiere a la protección jurídica de la vida y la integridad física y psíquica de las personas. Sería entonces un bien jurídico colectivo con referente individual. De todos modos se ha dicho, en términos generales, que “Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo.” (Frister, citado por Roxin cit. pág 01:06).

probablemente le seguirán tampoco es atendible: la tenencia para consumo no es más que el acto previo al consumo que, como tal, no constituye más que un acto autolesivo, impune en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, y en el marco de su propio ordenamiento jurídico, señala Roxin (2013:7) que la punibilidad de la posesión de determinadas drogas para el consumo propio constituye “...un caso en el que también está ausente toda afectación de otros y cuya impunidad es demandada por ello por los representantes de un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación”.

Habría que plantearse, en todo caso, si la punición de la tenencia para consumo no constituye, en realidad, la punición de actos posteriores al comercio ilícito de estupefacientes –cuya lesividad parecería estar fuera de discusión-, llegando al absurdo de contar con un tipo de peligro abstracto basado no ya en la estimación de riesgos futuros sino de conductas lesivas previas atribuibles a terceros.

En la doctrina de la Corte federal se suman a las objeciones constitucionales antes mencionadas aquellas que pueden formularse desde el atalaya de la **razonabilidad republicana**, inherente a la forma de gobierno adoptada por nuestra constitución (art. 1° CN)¹².

En esta línea, una primera aproximación desde el sentido común se hace en “Bazterrica”, al destacar “la escasa capacidad disuasoria de la pena en acciones como el consumo de estupefacientes, para las cuales el hecho mismo de su prohibición puede no sólo ser insuficiente motivador de la abstención, sino funcionar de modo contrario”, afirmación que estimamos razonable –más allá de la dificultad de constatar objetivamente sus premisas, circunstancias que nos han llevado a ubicarla en el plano de la experiencia general o el sentido común y no en el de las comprobaciones científicas-.

Un segundo argumento, que si se apoya en datos concretos y constatables, se empieza a desarrollar en “Bazterrica” y se profundiza en “Arriola”: la punición de la tenencia para el consumo personal no ha arrojado como resultado una disminución del consumo de estupefacientes y, en consecuencia, no aparece como un instrumento útil para combatir indirectamente al narcotráfico. En particular, en el considerando 14) de “Arriola” se indica cómo refleja la crónica de los 18 años transcurridos desde “Montalvo” el fracaso de la política de persecución del consumo como técnica indirecta para la prevención y represión del narcotráfico.

Estas objeciones –tanto las vinculadas a la ofensividad como a la razonabilidad de la opción punitiva en este caso- bastan a nuestro entender para no tener que ocuparnos de las ya tradicionales objeciones anti-utilitaristas a la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (Alegre 2011:124): si la conducta descrita no puede vincularse a una efectiva lesión o puesta en peligro de la salud pública y tampoco es posible establecer una razonable vinculación entre la persecución de ese comportamiento y la reducción del tráfico ilícito de estupefacientes como objetivo estatal deseable, la opción entre intereses básicos de las personas (su intimidad, su autonomía) y objetivos sociales o comunitarios no aparece como una disyuntiva real.

¹²Es cierto que las objeciones en uno y otro plano no se “complementan”, pues es preciso descartar aquellas que se vinculan con los alcances de la interferencia estatal sobre la libertad individual para considerar siquiera argumentos de “eficacia” (cfr. Varacalli 2009:27)

Finalmente, nos interesa sumar a estas consideraciones las vinculadas al principio de **proporcionalidad** de la respuesta punitiva, que adquieren en el caso de la tenencia para consumo en el ámbito carcelario una particular entidad.

La figura tiene prevista una pena de un mes a dos años de prisión. De este modo, se habilita la imposición de una pena privativa de la libertad de corta duración que, en particular en los casos de condenas por tenencia para consumo en el ámbito carcelario, puede ser de efectivo cumplimiento. Damos por reproducidas aquí las objeciones que desde von Liszt en adelante se han formulado respecto de este tipo de sanciones penales.

En términos generales y en particular cuando la condena pueda implicar la reincorporación al medio carcelario de una persona por un período breve de tiempo -con todas las consecuencias negativas que conlleva en el ámbito familiar, laboral y personal para el imputado-, atenta contra el principio de mínima proporcionalidad de la pena con la magnitud de la lesión generada por el conflicto sobre cuya base opera, en el caso, la criminalización (Zaffaroni 2002:123).

Ya señalamos que es difícil sostener la existencia de un peligro concreto de lesión que de sustento a la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, mas es de toda evidencia que, en todo caso, el peligro que -por fuera del peligro de autolesión no punible- pudiera importar esa tenencia de sustancias siempre resultará ínfimo frente a ese tipo de reacción punitiva (salvo, claro está, que se establezca una extensa, improbable e improbable cadena causal que vincule a ese evento con el futuro de la especie humana toda como alguna vez lo hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

En efecto, la posibilidad de imponer una pena de prisión de efectivo cumplimiento importa una afectación de derechos groseramente desproporcionada frente a la magnitud de la lesividad -nula o remota- de la conducta atribuida al agente. En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"son incompatibles con la Constitución las penas [...] que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad y extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional"* (CSJN "Pupelis").

Una tradición dogmática que estimamos equivocada prescinde del tramo de la fórmula legal dedicado a la sanción propiamente dicha y se ocupa, exclusivamente, de la descripción de la conducta, técnica que nos impediría proyectar en este caso las consecuencias de la estructura típica seleccionada al análisis de la validez constitucional de la fórmula legal completa.

Restaría señalar en este plano de análisis constitucional de la proporcionalidad de la respuesta punitiva asociada a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, que esa circunstancia constituye una falta grave en el marco de la ejecución de las penas privativas de la libertad (arts. 85 inc. c ley 24.660 y 47 inc. c ley 12.256) cuyas consecuencias trascienden el plano administrativo pues puede ser considerada -y lo ha sido en concreto¹³- como un obstáculo para acceder a

¹³Puede verse Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sent. del 6 de febrero de 2012 en causa n° 48.826 "Quevedo, Anselmo del Valle s/recurso de casación", que casó el resolutorio que había denegado la excarcelación en los términos de libertad asistida al imputado por haber sido sancionado por tenencia de estupefacientes en la unidad en la que se encontraba detenido.

beneficios de las etapas finales del régimen progresivo de ejecución. La posibilidad de una doble punición que se abre frente a esta situación pone en evidencia la desproporción señalada y amerita el análisis de la cuestión a la luz de la prohibición que consagra el art. 8.4 de la CADH.

V. Consideraciones político criminales

Es difícil pensar en alguna hipótesis en la que la tenencia de estupefacientes para consumo personal supere todas las objeciones constitucionales planteadas, circunstancia que nos lleva a un ámbito de discusión diferente, pero necesariamente vinculado: la decisión política de punir la tenencia para consumo debe ser revisada, reduciendo el ámbito de operatividad de la respuesta punitiva y priorizando otras opciones, en el ámbito educativo o terapéutico.

La idea no es novedosa -se discute incluso si la prohibición en cuestión es un *resabio premoderno* o un adelantamiento de la respuesta punitiva propio de la sociedad de riesgo (Toro 2009:137)-, pero no ha tenido aún éxito en el ámbito nacional, seguramente porque seguimos alineados en este aspecto con la política criminal de los Estados Unidos de Norteamérica en América latina, que ha marcado claramente a la opción del prohibicionismo como la única plausible, desplazando alternativas como las políticas de restricción de consumo -que a nivel global se aplican para el consumo del tabaco y en algunos países para el consumo de alcohol- (De Souza Santos 2009:482). En esta línea cabría preguntarse si puede afirmarse hoy que existe en nuestra sociedad un “consenso fundamental” acerca de la necesidad de punir el consumo de estupefacientes, cuando es claro que se trata en general de una conducta que no lesiona bienes jurídicos de terceros.

Pero, además, en el funcionamiento concreto del sistema penal en el plano de la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal es claro cómo la habilitación de la respuesta punitiva a través del tipo penal (criminalización primaria) tiene como consecuencia un ejercicio de criminalización concreta o secundaria altamente selectivo por parte de las fuerzas de seguridad¹⁴. Algo similar ocurre en el ámbito carcelario con la tenencia de estupefacientes para consumo personal, donde es sabido que la única tenencia reprimida es la no autorizada informalmente por los propios agentes estatales.

Estas consideraciones no se modifican, en principio, respecto de la tenencia para consumo en el ámbito carcelario: basta con el control administrativo, pues, como ya indicáramos, las objeciones a la respuesta punitiva antes señaladas no hacen más que potenciarse en estos casos.

VI. Conclusiones

Las consideraciones expuestas hasta aquí nos permiten afirmar que las objeciones que cabe formular en general respecto de los tipos de tenencia –como forma de adelantamiento del ámbito de aplicación de la respuesta punitiva- se potencian cuando se trata de una prohibición que recaer sobre un comportamiento que, como la decisión de consumir voluntariamente una sustancia

¹⁴En este plano, claramente, pueden ubicarse las objeciones que formula Alegre (2011:126) cuando afirma “...que las normas que penalizan la tenencia para consumo son atacables constitucionalmente por violentar el ideal de la igualdad democrática”.

determinada sin poner en riesgo a terceros, queda comprendido en el ámbito de la autonomía personal que el art. 19 de la CN.

La posibilidad de recurrir a esta figura para criminalizar y punir la tenencia de estupefacientes en el ámbito carcelario en nada modifica la cuestión, pues el hecho de estar privado de la libertad ambulatoria en un contexto en el que la “privacidad” se encuentra reducida a expresiones mínimas, no convierte en lesivos a los actos que no lo son, ni torna razonable una respuesta ineficaz y desproporcionada frente al imaginado conflicto.

Por el contrario, la desproporción de la respuesta aumenta en estos contextos y eso hace aún más objetable el recurso a una estructura típica que presenta tantas objeciones constitucionales.

Sumamos, entonces, la reflexión aquí desarrollada al camino que estimamos corresponde transitar hacia respuestas alternativas a la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Bibliografía

Alegre, Marcelo “Arriola, Bazterrica y la igualdad democrática” en *Lecciones y Ensayos*, UBA N° 89, 2011, pags. 121/139.

Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Cerezo Mir, J. “Los delitos de peligro abstracto” en *Revista de derecho penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales II*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 719/746.

Corigliano, Mario E. “Delitos de peligro. Hacia una definición político criminal y sistemática” en *Revista Derecho penal on line*. ISSN 1853-1105, artículo incorporado el 7/6/2011.

Falcone, R. y Capparelli, F. *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.

Gulco, Hernán “Diálogo sobre el caso Arriola”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, 439/444).

Gallo, Patricia “Enfoque crítico de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en el derecho penal argentino” *RJUAM*, n° 22, 2010-II, págs. 125-143.

Nino, Carlos S. “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las ‘acciones privadas de los hombres’?” *LL*. 1979-D-743.

Rodríguez Montañés, Teresa *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, 1994.

Roxin, Claus “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, núm. 15-01, p. 01:1-01:27.

Struensee, Eberhard “Los delitos de tenencia” en *AAVV Problemas capitales del derecho penal moderno* Hammurabi, Buenos Aires, 1998, págs. 108/117.

Toro, María Cecilia “Delitos de peligro abstracto. La tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el código penal argentino y en la legislación española” en *De Iure*. Revista de investigación y análisis de la U. de Dolima (Mx), 2009, págs. 130/157.

Varacalli, Daniel C. “Principio de reserva versus argumentos de eficacia en Arriola” en *Suplemento La Ley*. Penal y procesal penal. 18/9/2009, págs. 22/27.

Zaffaroni, Alagia y Slokar *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2002.