

Tenencia de estupefacientes por el interno penitenciario  
a la luz del caso “Arriola”.

Por Hedelsio Luis Román Villarroel\* .

SUMARIO: I) Introducción. II) Principios constitucionales y convencionales. II.1) Principio de reserva penal. II.2) Principio de lesividad. II.3) Principio de mínima suficiencia. II.4) Igualdad de trato ante los tribunales. II.5) Principio pro homine. III) La sanción frente al tratamiento. IV) Los bienes jurídicos “salud pública” y “ordenada convivencia”. V) Extensión del derecho a la intimidad en el establecimiento penitenciario. VI) Medidas preventivas. VII) Conclusión. VIII) Bibliografía. VIII.1) Obras y notas. VIII.2) Jurisprudencia.

I) Introducción.

Con fecha veinticinco de agosto de dos mil nueve la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio a conocer el fallo “Arriola”, en el cual declara la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que castiga la tenencia de estupefacientes que por su cantidad y calidad sean inequívocamente para consumo personal y no para su comercialización, en la medida que se invade la esfera de libertad de la persona reservada exclusivamente a su libertad de autodeterminación constituyendo un ámbito impenetrable para cualquier autoridad pública.

El derecho penal disciplinario penitenciario (regulado por la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad) en su art. 85 inc. “c” prescribe como falta grave a la misma conducta pero con una redacción distinta ya que se incluye en el mismo artículo a una multiplicidad de supuestos; en lo que nos atañe a nuestro propósito de parangonar normas, dispone: “Tener (...), poseer, ocultar, (...), estupefacientes, (...)”<sup>1</sup>. Esta posesión u ocultamiento de estupefacientes por parte del interno se puede realizar en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, ni afecten el orden público como ha ocurrido en “Arriola”.

Objeto de la presente ponencia es analizar si la infracción disciplinaria arriba señalada es inconstitucional en base a los mismos argumentos expuestos en “Arriola” o si por el hecho de encontrarse la conducta inserta en el marco de un régimen de ejecución de pena privativa de la libertad queda al margen de la doctrina judicial reseñada.

---

\* Abogado, adscripto a la cátedra “C” de Derecho Penal I y adscripto a la cátedra “A” de Derecho Penal II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). E-mail: luisvillarroel\_hlr@hotmai.com

<sup>1</sup> Con idéntica redacción en el orden de la provincia de Córdoba se sanciona el mismo supuesto en el art. 5 inc. “c”, anexo I, de los decretos reglamentarios N° 343/08 (internos procesados) y N° 344/08 (internos condenados) como falta grave, ya que, la ley 24.660 ha establecido dichas faltas graves dejando a la legislación provincial la determinación de las faltas medias y leves. Por esta correspondencia, es que todas las reflexiones y conclusiones que se hagan respecto del art. 85 inc. “c” de la ley 24.660 valen para estas normas.

Para esbozar una respuesta satisfactoria será necesario responder previamente a lo siguiente: 1) ¿la infracción viola los principios de reserva penal, lesividad, mínima suficiencia, igualdad de trato ante los tribunales y principio pro homine?, 2) ¿qué inclina definitivamente la balanza, la necesidad de administrar un tratamiento o de sancionar?, 3) ¿los bienes jurídicos que protegen dichas normas –salud pública y ordenada convivencia– son capaces de influir decididamente como para dar respuestas punitivas diferentes a la misma conducta?, 4) ¿cuál es la extensión de la esfera o ámbito de intimidad que disfruta el interno penitenciario? y, 5) ¿qué medidas se deben adoptar por parte de la autoridad penitenciaria al detectar esta conducta?.

## II) Principios constitucionales y convencionales.

### II.1) Principio de reserva penal.

El principio de reserva penal consagrado constitucionalmente en el art. 19 de la C.N. se lo suele ver simplemente como la contracara del principio de legalidad (art. 18 C.N., art. 9 C.A.D.H. y art. 84 de la ley 24.660 –en su acepción disciplinar penitenciaria-), así, carecería de sentido (por su redundancia) ya que sencillamente se trataría de la misma cosa expresada en modos diversos.

El principio de legalidad es la garantía que tiene el pueblo de que toda conducta amenazada con sanción penal esté claramente descripta de modo específico por una ley anterior al hecho que de lugar al proceso, así como también, la sanción que corresponderá aplicar en su especie y cantidad. La garantía implica que toda conducta que no haya ingresado a este catálogo de delitos quedará al margen del interés del Estado en perseguirlas y castigarlas. Como reverso del mismo, el principio de reserva penal, pareciera estatuir exactamente lo mismo pero en sentido inverso: todo aquello que no este determinado como delito por la ley queda reservado a una esfera de libertad personal y exenta de la autoridad de los magistrados.

Lejos de ello, el principio de reserva penal es mucho más. Si el principio de legalidad es en esencia: primero, un permiso al poder legislativo para que en forma exclusiva prescriba delitos; segundo, una orden hacia el poder judicial para que sólo persiga estos delitos previamente catalogados y; tercero, una prohibición para el poder ejecutivo para que se abstenga de determinar delitos. El principio de reserva penal instituye, además, una prohibición para el propio poder legisferante al ponerle un coto a su actividad al impedirle prescribir como delito aquellas actividades que se dan en un marco de privacidad (o de libertad inocua, en sentido más amplio) ya que no afectan de manera alguna a terceros u ofendan el orden o la moral pública, en puridad, que no causen un daño o un riesgo,

constituyendo un núcleo pétreo de libertad irrenunciable de la persona que se encuentra antes que el derecho penal mismo<sup>2</sup>.

La Corte advierte<sup>3</sup> que la tenencia de estupefacientes para consumo personal responde a una libre elección de la persona que no afecta a ningún tercero ni al orden público y cuya moralidad no puede ser objeto de un juicio axiológico que se vea plasmado en norma prohibitiva. La sociedad democrática reclama para su propia dinámica participativa ciudadanos maduros que sean capaces de dirigir los actos de su vida privada sin que el Estado les esté imponiendo ideas o conductas que deban adoptar en este ámbito de autodeterminación.

Desde este punto de vista, la tenencia de estupefaciente por un interno constituye una conducta desarrollada al amparo de la esfera de reserva penal respondiendo exclusivamente a su libre determinación y sin necesidad de responder o dar cuenta a nadie sobre lo que haga. Si se declaró la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes en condiciones tales que no afecten los derechos o bienes de terceros paralelamente se la incluye entre las actividades permitidas<sup>4</sup> y por lo tanto no puede una norma penal disciplinar sancionarla a la misma vez.

No existe razón lógica ni jurídica para sostener que dicha conducta no se despliega al amparo del principio de reserva penal. La única diferencia es que esta *tenencia* acaece en un establecimiento penitenciario y por una persona sujeta a un régimen disciplinar particular, en todo caso habrá que evaluar estos aspectos.

## II.2) Principio de lesividad.

Tener, poseer u ocultar estupefacientes son conductas que en sí carecen de naturaleza lesiva. La ley penal no puede castigar acciones que no afecten o perjudiquen los derechos o bienes de terceros, el orden y la moral pública. Si bien, el consumo de sustancias estupefacientes puede ser considerado inmoral, existe una clara diferenciación entre el derecho y la moral, el criterio de lesión es dirimente para distinguir aquello que debe ser objeto del *ius puniendi* de lo que no. En todo caso, la única víctima es el propio consumidor.

Como lo sostiene la Corte el bien jurídico *salud pública* no se ve afectado por la simple tenencia que inequívocamente tenga como destino el consumo personal, sin embargo,

---

<sup>2</sup> Cfr. CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición, Bs. As., Ed. Astrea, 1996, p. 54. Creus llama inmarcesibilidad de la esfera de libertad personal a aquellas acciones privadas de los hombres que se desenvuelven en este margen irreducible por la ley.

<sup>3</sup> Haciendo recepción de la doctrina otrora sentada en fallos “Bazterrica” (L.L. 1986 –D, 550) y “Capalbo” (L.L. 1986 –D, 582). La desincriminación de la tenencia de estupefacientes tuvo un corto periodo de vigencia, ya que con fecha 11/12/1990 en el fallo “Montalvo” (L.L. 1991 –C, 80), la Corte –con la disidencia de Belluscio y Petracchi– retoma la postura adoptada en fallos “Colavini” (L.L. 1978 –B, 444) y “Valerio” (L.L. 1981 –D, 320) criminalizando nuevamente la tenencia de sustancias estupefacientes para consumo personal.

<sup>4</sup> No obstante, veremos en el punto III que la obligación del Estado en proporcionar un ambiente sano para la eficiente administración de tratamiento impide que se permita la conservación de este tipo de material por parte del interno, independientemente que éste no admita voluntariamente someterse a tratamiento alguno.

podría predicarse que la tenencia de estas sustancias si lesionan o, al menos, ponen en riesgo el bien jurídico *ordenada convivencia* protegido por todo el régimen disciplinar de la ley de ejecución de la penal privativa de la libertad (ver punto IV).

Además, el considerar la simple tenencia de estupefacientes por el interno en las condiciones señaladas como una conducta permitida ¿no conspira contra los esfuerzos de tratamiento de la ejecución penitenciaria? (ver punto III).

### II.3) Principio de mínima suficiencia.

No hay que desconocer que la tenencia de estupefacientes por los internos puede generar algún grado de conflictividad o, como decíamos antes, poner en riesgo el orden en el penal. Las sustancias estupefacientes son idóneas para colocar al consumidor en estados de prolongada relajación o por el contrario en estados de euforia aptos para desencadenar un peligro concreto para los demás internos y para el personal de seguridad.

No obstante ello, hay que deslindar lo que sería una actitud preventiva y si es posible reparadora, de una actitud sancionadora. Una cosa es secuestrar dichas sustancias, evitar su ingreso, castigar a quienes las introducen en el penal para su comercialización y, eventualmente, disponer medidas cautelares sobre quién se encuentre en un estado de arrebatos y violencia como consecuencia de haber consumido; y otra muy distinta es castigar a quién simplemente las posee u oculta para su posterior consumo. El verdadero *conflicto* objeto del derecho penal (en su aspecto represivo) debe ser la introducción y comercialización de estos elementos dentro del penal y no la víctima que padece una adicción o se encuentra en proceso de adoptarla.

El principio de subsidiariedad como derivación del principio de mínima suficiencia<sup>5</sup> establece que el derecho penal a fin de proteger los derechos fundamentales deberá optar por los medios menos lesivos para obtener el resultado deseado, es por ello que una sanción al adicto resulta desproporcionada en relación con la articulación de medios inocuos de prevención por los cuales se obtendrá el mismo resultado sin afectar al interno, en este sentido Ferrajoli señala que “*deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos de carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales (...). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena*”<sup>6</sup> (o sanción).

### II.4) Igualdad de trato ante los tribunales.

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia” reza el art. 14 ap. 1 del P.I.D.C.P, ello quiere decir que el imputado será tratado igual que cualquier otro,

---

<sup>5</sup> BONETTO, Luis María – PIÑERO, José R. “Derecho penal y constitución”. *Derecho Penal. Parte general*. LASCANO (H), Carlos Julio (dirección), Córdoba, Editorial Advocatus, 2002, p. 117.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Ed. Trotta, 1997, p. 477.

toda vez que, no puede establecerse categorías de personas (art. 16 de la C.N.). Es así, que desde un punto de vista jurídico, los tribunales de la república no pueden otorgar un tratamiento diferente a personas por el desarrollo de una misma conducta. El sólo hecho de estar privadas de su libertad no constituye una diferencia que lo justifique, ¿qué autoriza a castigar a un interno y a absolver a un particular por el mismo hecho de tener estupefacientes? La ejecución de la pena privativa de la libertad sólo limita la libertad ambulatoria, los condenados disfrutan de todos los derechos no afectados por la condena, la ley o por las reglamentaciones (aunque aquí sostenemos que se ha excedido la facultad reglamentaria), esto es garantizado por el principio de reserva en su faz penitenciaria (art. 2 de la ley 24.660).

En esto radica la igualdad. Debe existir una igualdad de tratamiento por parte de los tribunales de justicia, “*la justicia no puede detenerse a las puertas de las cárceles*”<sup>7</sup> también debe ingresar dentro del penal, la manera más ostensible de lograrlo es reconocer a los internos los mismos derechos que a los demás ciudadanos no restringidos por la pena. Una cosa es aplicar una sanción (castigo) y, otra muy distinta, es simplemente impedirles la tenencia de estupefacientes<sup>8</sup> por ir en franca colisión con los esfuerzos del tratamiento.

#### II.5) Principio pro homine.

La Corte interpreta en “Arriola” que cada vez que esté en juego la extensión de los derechos fundamentales se preferirá la que sea menos restrictiva, ampliando en el supuesto la zona de reserva penal con soberanía de la autodeterminación personal (art. 29 C.A.D.H. y art. 5 P.I.D.C.P.); así, en base a una hermenéutica integral de los supuestos que acaecen en idénticas condiciones y con fundamento en “Arriola”, no se debe castigar la tenencia de estupefacientes por el interno, sino por el contrario, se deben adoptar medidas no represivas que apunten a ayudar al adictos y a afianzar el tratamiento.

#### III) La sanción frente al tratamiento.

La finalidad de la pena privativa de la libertad es procurar la adecuada reinserción social del interno en donde adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, para ello el sistema penitenciario se vale de un tratamiento interdisciplinario que resulte adecuado a este propósito<sup>9</sup>. Este tratamiento es individualizado en razón de las cualidades y problemáticas que presente cada interno y, además, es voluntario<sup>10</sup> porque sería inútil compelerlo a que realice

---

<sup>7</sup> “Cambell y Fell”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28/06/1984.

<sup>8</sup> Como el art. 85 inc. “c” de la ley 24.660 también sanciona a quien tiene, posee u oculta sustancias tóxicas, es factible ampliar todas las reflexiones y conclusiones a la situación del interno que posee pegamentos sintéticos, disolventes de pinturas, etc., que son inhalados para obtener efectos estimulantes ya que quedan comprendidos aquí.

<sup>9</sup> Art. 5 ap. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 10 ap. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1 de la ley 24.660.

<sup>10</sup> Art. 2 de la ley provincial N° 8878.

actividades a las que se niega sin que pueda comprender el beneficio que le acarreará una vez en libertad<sup>11</sup>.

Si el interno se encuentra bajo un tratamiento en aras de una finalidad socializadora que legitima todo el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad, resulta paradójico e inútil también, que se sancione a quien posee estupefacientes para consumo propio porque esta persona se encuentra en una situación de específica vulnerabilidad al padecer una adicción que, se espera, el Estado sepa resolver en especial si lo tiene a su disposición durante todo el lapso de la condena.

Nada conspira más contra los esfuerzos de tratamiento que la problemática de adicción en los penales, sin embargo, para luchar contra ello, la autoridad debe evitar el ingreso de este material al penal que es puesto a disposición de los internos y redireccionar el poder punitivo estatal en atención de castigar a quienes introducen o facilitan el tráfico de estupefacientes dentro del establecimiento. Sancionar a la víctima no resuelve el problema ni coadyuva con el tratamiento, al egreso del penal, el interno tendrá a su alcance los estupefacientes y podrá consumirlos sin riesgo de castigo.

En efecto, castigar a la víctima (eslabón final de una cadena de tráfico) es tan ridículo como pretender afianzar su tratamiento por medio de sanciones sin dotarlo de posibilidades concretas de crecimiento. Es por ello que el Estado está obligado a proporcionar un medio ambiente sano y libre de estupefacientes utilizando, si es necesario, su poder punitivo. La Corte reconoce que sancionar a la víctima es un medio inidóneo para combatir el narcotráfico y el único resultado posible es la revictimización, concluye: *“no parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización”*<sup>12</sup>.

Vale una aclaración, según la Corte la tenencia de estupefacientes para consumo personal es una conducta permitida en nuestro sistema constitucional, de esta manera, no se le puede aplicar una sanción al no ser prohibida. Ahora bien, la tenencia de estupefacientes dentro del penal no debe ser considerada una conducta permitida, en miras del destino que tiene el tratamiento la misma se torna no permitida, lo que no significa que se deba aplicar una

---

<sup>11</sup> “Si entendemos que la pena de prisión constituye la privación de la libertad ambulatoria, no resulta posible sostener en un Estado de Derecho, que imponga coactivamente a los internos una forma determinada de actuar o de pensar”. CESANO, José Daniel – PERANO, Jorge. *El derecho de ejecución penal*. Lyllan LUQUE (colaboradora), Córdoba, Ed. Alveroni, 2005, p. 25.

<sup>12</sup> “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, C.S.J.N., 25/08/2009, consid. 19°, L.L., Sup. Esp. Tenencia de estupefacientes para consumo personal 2009 (setiembre), p. 56. Además, en su considerando 5°, en lo que respecta a la ejecución de la pena privativa de la libertad, sostiene que en ninguna convención la Argentina se ha comprometido a sancionar la tenencia para consumo personal y que los consumidores de estupefacientes son los más indicados para recibir un tratamiento alternativo a la prisión según un informe de Naciones Unidas.

sanción, en todo caso, lo que corresponde es proporcionar al interno un medio ambiente adecuado a su eficiente tratamiento<sup>13</sup>.

#### IV) Los bienes jurídicos “salud pública” y “ordenada convivencia”.

¿La diferencia de bienes jurídicos que se lesionan es idónea para determinar una respuesta no punitiva en un caso y punitiva en el otro frente a idéntica conducta? La única respuesta posible es no.

El régimen que nos ocupa es de naturaleza penal disciplinario<sup>14</sup>. Los bienes jurídicos sólo se clasifican pero no se desdoblan para originar resultados punitivos diversos; siendo su naturaleza penal, penalmente hay una respuesta, no es concebible dos consecuencias penales contradictorias.

Esta naturaleza penal tiene como efecto necesario la extensión estricta de todos los principios constitucionales que le son de aplicación al derecho penal común. El art. 79 de la ley 24.660 dispone todo el régimen disciplinario en beneficio de la protección de la ordenada convivencia en el establecimiento elevándolo a la categoría de bien jurídico protegido. Sin embargo, dicho régimen no puede ser considerado ilimitado con base en la relación de sujeción especial<sup>15</sup> en la que se encuentra inserto el interno; si ello fuera posible, nos encontraríamos frente a un “*ámbito libre al derecho, en donde los poderes públicos puedan actuar sin sometimiento a normas jurídicas*”<sup>16</sup>.

La diferenciación de bien jurídico: salud pública, en la ley de estupefacientes; ordenada convivencia, en el régimen disciplinar de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, no tiene la suficiente trascendencia para generar respuestas diversas por parte del Estado. Ambas son de naturaleza penal y buscan exactamente lo mismo: punir la conducta.

---

<sup>13</sup> Vemos que podría responderse que si el sometimiento a tratamiento es voluntario, al no querer el interno someterse a él se tornaría permitida su tenencia, pero, el tratamiento también supone un estadio precedente a la determinación del interno a su tránsito, que es, que el Estado proporcione los medios adecuados para ello aun prescindiendo de cuál sea la respuesta del interno, es por esta finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad que toda tenencia, posesión y ocultamiento de sustancias estupefacientes es no permitida; aunque también, es no sancionable, puesto que la falta bajo examen es contraria a los principios constitucionales. Con el simple secuestro de las sustancias y con una firme política de extremar los controles para evitar el ingreso de este material, se logrará a la vez, respetar los principios constitucionales y afianzar el tratamiento.

<sup>14</sup> Cfr. CESANO, José Daniel. *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*. Córdoba, Ed. Alveroni, 2002, pp. 23 a 26.

<sup>15</sup> Bacigalupo describe esta tesis como aquella referida “particularmente a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como a las que existen entre el Estado y los funcionarios o los sometidos a la prestación del servicio militar. La consecuencia de esta teoría es que ‘el ciudadano, que esta en una especial relación de sujeción, es incluido en el ámbito administrativo con el resultado de que los derechos fundamentales y la reserva de ley –que sólo determinan la relación genérica del Estado con el ciudadano– no tienen validez; la administración tiene en sus manos la regulación, mediante prescripciones administrativas (reglamentos internos del establecimiento), de las relaciones dentro de tales situaciones’”. CESANO, José Daniel. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>16</sup> CESANO, José Daniel. *Op. cit.*, p. 42.

El catálogo de faltas previsto por este régimen no tiene como finalidad castigar aquellos hecho cuya gravedad y trascendencia pública superen el destino de mantener la ordenada convivencia dentro del penal<sup>17</sup>. Esta previsión (tenencia de estupefacientes) supera ampliamente esto último, tan es así, que la ley de estupefaciente lo prevé –por su especificidad e importancia– junto con toda una serie de mecanismos aptos para la eficiente lucha contra el narcotráfico. Sino fuera así, podría sancionarse disciplinariamente al interno que mate a otro o que abusare sexualmente de otro, sin embargo, para esto se dispone el derecho penal común; de ocurrir algo semejante la autoridad sólo deberá disponer las medidas adecuadas para evitar la consecución o reiteración de dichas conductas, no obstante ello, se abrirá el proceso penal indicado para aplicar la ley penal que corresponda.

Para comprender que esta falta disciplinaria es inconstitucional por las mismas razones expuestas en “Arriola”, es factible parangonar este problema con el de la doble persecución que se genera cuando a un interno se lo persigue por violar el art. 14, segundo párrafo, de la ley de estupefacientes y paralelamente se lo pretende sancionar por las normas aquí cuestionadas de inconstitucionalidad. El juez de ejecución penal, José Cesano, al evaluar el elemento causa de la pretensión penal, sostuvo: *“tengo comprometida opinión a favor a una interpretación amplia con relación a tal elemento. En efecto, he dicho (...) que una inteligencia (...) restrictiva del principio eadem causa petendi no se conforma (...) con el espíritu de nuestra Constitución. Si el objeto del proceso es la aplicación de una sanción, como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción contravencional, de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria. No se puede pretender sancionar a una persona dos veces por el mismo hecho (...). Siempre que se trate de la búsqueda de una sanción (penal), del tipo que sea (esto es: penal común, penal administrativo o penal disciplinario), comienza a operar el principio non bis in idem a través del requisito eadem causa petendi”*<sup>18</sup>.

Si bien aquí no se trata la cuestión de la doble persecución por la tenencia de estupefacientes (el que por cierto carecerá de actualidad con el correr del tiempo porque las actuaciones obrantes en el fuero federal se archivarán con base a los sentados por la C.S.J.N. en el fallo traído a análisis), nos sirve a fin de advertir que estamos hablando de un mismo

---

<sup>17</sup> Cfr. “Revocan una sanción disciplinaria por configurar doble persecución”. *Comercio y justicia*, opiniones, Lunes 29 de junio de 2009, p. 17.

<sup>18</sup> “Churquina, Javier Alejandro s/Ejecución de pena privativa de libertad”, Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de la ciudad de Córdoba, 30/04/2009, consid. 6°.

hecho que genera imputaciones jurídicas distintas fundadas sobre calidades jurídicas diferenciales pero que desde un punto de vista penal deben ser tratadas como idénticas<sup>19</sup>.

Si se declara la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley de estupefacientes por ser violatorio de principios constitucionales y convencionales también resulta inconstitucional el art. 85 inc. “c” de la ley 24.660, en tanto, ambas figuras buscan exactamente lo mismo.

#### V) Extensión del derecho a la intimidad en el establecimiento penitenciario.

El interno penitenciario disfruta del derecho a la intimidad o privacidad dentro del establecimiento penal, sobre ello no puede caber duda alguna. El art. 11 ap. 2 de la C.A.D.H. incluye a este derecho como un presupuesto de la dignidad del hombre, negarle al interno en el plano jurídico toda porción de intimidad es negarle su calidad de hombre, sobre todo cuando el art. 10 ap. 1 de P.I.D.C.P. expresamente establece que a toda persona privada de su libertad se le otorgará el debido respeto a su dignidad<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> La *causa* de la pretensión se descompone en el *hecho* con trascendencia jurídica idóneo para ser pasible de condena y la *imputación jurídica* que se haga sobre él. Si consideramos al hecho (tenencia de estupefacientes para consumo personal) en forma abstracta, puesto que no estamos hablando de derecho procesal (sino planteando una inconstitucionalidad), se pueden extraer dos imputaciones jurídicas: sobre la base de las previsiones del ley 23.737 y sobre la base de la ley 24.660. Ambas imputaciones son idénticas dada su naturaleza penal y que tiene como sujeto a la misma persona, así, quedan alcanzadas por los principios constituciones y convencionales que invalidan ambas imputaciones jurídicas. Es necesario una aclaración, un accidente de tránsito (hecho) puede generar varias imputaciones jurídicas sobre distinta base normativa: así, en contra del conductor habrá responsabilidad subjetiva (art. 1109 Cód. Civil), en contra de su principal encontraremos responsabilidad objetiva por el hecho de su dependiente (art. 1113 Cód. Civil) y, en contra del dueño del vehículo, suponiendo que es el mismo conductor, también habrá responsabilidad objetiva (art. 1113 Cód. Civil). Pero todas estas imputaciones se hacen sobre una base normativa diversa (o sea en calidad jurídica distinta) no siendo idéntica la pretensión que se les dirige, sino causalmente indiferente. El conductor (y dueño del vehículo) responderá por una doble calidad, pero ésta halla su fundamento en un factor de atribución subjetivo y otro objetivo, en el caso del interno, se le impondría dos sanciones que emergen de un factor subjetivo de atribución. Por otro lado, un empleado público puede ser sorprendido solicitando dinero al dueño de un local bailable para no controlarlo, por esto se le imputará el delito correspondiente en virtud de las normas del Código Penal y, a la vez, se lo sancionará con la exoneración de la administración pública en aplicación de normas de derecho administrativo. Si bien es un mismo sujeto al que hacen dos imputaciones jurídicas diversas y con factor de atribución subjetivo, su naturaleza varía (en el primer caso es penal y en el segundo administrativa), no existiendo identidad de causa, mientras que en el caso bajo examen ambas imputaciones son de naturaleza penal (derecho común en un caso y disciplinario en el otro). En definitiva, una persona puede responder por un hecho en virtud de calidades jurídicas diversas pero siempre que sólo una de estas imputaciones se haga sobre un factor de atribución subjetivo y las demás en factores objetivos o, puede responder por revestir calidades jurídicas distintas y con factor de atribución subjetivo pero que emanen de normas de naturaleza distintas (v.gr. administrativo y penal).

Para mayor ilustración sobre tema ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, primera parte, Ed. Rubinzal Culzuni, Santa Fe, reimpresión 2008, pp. 102 a 106 el que sugiero sea relacionado con la obra de CESANO, José, op. cit., pp. 23 a 26.

<sup>20</sup> Concluye Ekmekdjian: “...entendemos que el ámbito de intimidad, derivación directa del derecho a la dignidad que tiene todo ser humano, no puede ser una pura fórmula, con el contenido que quiera imponerle alguno de los poderes del Estado. De otro modo, el art. 19 sería una mera tautología (24), ya que significaría tanto como: las acciones privadas que no se hagan públicas por la intervención del Estado están reservadas... etc. De tal modo, reiteramos, la garantía carecería de contenido, sería puramente formal”. EKMEDJIAN, Miguel Ángel. “Los límites a la intimidad”. La ley, 1986 –D, p. 547.

Sólo queda por indagar cuál es la extensión que este derecho adquiere en condiciones de encierro. Todo lo que ocurre dentro del fuero íntimo de interno no es susceptible de interferencias por parte de la autoridad, ya que materialmente no puede acceder a él, pero no se reduce a ello la vigencia de este derecho, sino que el interno puede realizar todas aquellas actividades que no pongan en peligro la normal convivencia dentro del penal y menos aún que lesionen dicho bien. En consideraciones de orden público se haya el límite a este derecho.

La simple tenencia de sustancias estupefacientes queda incluida en el plano de las acciones privadas de los hombres, ésta no sólo incluye a los actos o estados interiores, sino también, a los exteriores que no sean actos de justicia, es decir no susceptibles de afectar a terceros<sup>21</sup>. En cuanto a la posible afectación del orden y la moral pública, el art. 19 C.N. no sólo protege el fuero íntimo sino también aquellas emanaciones de actos desarrollados en esta esfera a pesar de tener proyecciones comunitarias, de otro modo el Estado no encontraría obstáculo alguno a su intervención y se disociaría a la persona en su interior y exterioridad lo que es imposible, además, de negarse toda libertad exterior protegida de la actividad estatal<sup>22</sup>.

La tenencia de estupefacientes por parte del interno siempre que opere dentro de las condiciones reseñadas, o sea, sin que implique ostentación o incitación al consumo, no vulnera la ordenada convivencia y operará en este marco protegido por los tratados internacionales, es sólo una ineludible exteriorización de una acción privada.

## VI) Medidas preventivas.

¿Qué hacer entonces? Es la pregunta que obligadamente se desprende de lo hasta aquí reflexionado. En primer lugar, es claro que no se puede castigar al interno que posee estupefacientes para su personal consumo porque la infracción que la castiga es inconstitucional en atención a las razones antes expuestas; sin embargo, ello no quiere decir que se trate de una conducta permitida. Consideraciones de tratamiento obligan a la autoridad penitenciaria a eliminar todo vestigio de sustancias que puedan perjudicar su normal desarrollo, es por esto, que se debe proceder a su inmediato secuestro (por constituir elementos no autorizados art. 18, anexo I, de los decretos reglamentarios provinciales N°

---

<sup>21</sup> “... No perjudicar a un tercero’ es la definición de acción justa dada por Aristóteles y que Ulpiano, según ya quedó advertido, recogió en su definición del derecho con la tajante locución: ‘alterum non laedere’... En conclusión, establecido que el art. 19 de la Constitución Nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera ‘acciones privadas de los hombres’ no sólo a las acciones interiores, sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes, lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia...’ (Sampay, A., op. cit., ps. 37/38). Esto quiere decir que no se pueden sancionar penalmente acciones que sólo se refieran a la moral individual, y que es requisito para la intervención de la ley penal, que se afecten bienes jurídicos privados o colectivos, incluidos en el orden de la justicia, según el sentido aristotélico”. voto de Petracchi, consid. 7º, “Bazterrica” (L.L. 1986 –D, 550).

<sup>22</sup> Cfr. voto de Petracchi, consid. 8º, “Bazterrica” (L.L. 1986 –D, 550).

343/08 y N° 344/08). En definitiva, no se trata más que cambiar una alternativa represiva por una preventiva.

Empero, puede ocurrir que el interno ya haya consumido estupefacientes al ser detectado por personal del servicio penitenciario. En este caso, si el interno ha ingerido o se ha inyectado sustancias que sólo producen un estado de relajación no habrá mayores problemas, pero no obstante, debe recibir atención médica. Ahora bien, puede suceder que el consumo hayan causado un estado de euforia o violencia idóneo para poner en peligro a los demás internos, al personal penitenciario y al mismo consumidor; en este último supuesto, procederá inmediatamente una medida de aislamiento provisional (art. 19, anexo I, de los decretos reglamentarios provinciales N° 343/08 y N° 344/08) con certificación médica mediante, además de suministrarse la atención médica adecuada en procura de su salud.

En este estado de exaltación el interno puede cometer diversas faltas como ser, por ejemplo, impedir una requisita en sus pertenencias, en este caso, será responsable disciplinariamente por infringir la correspondiente norma y deberá ser sancionado exclusivamente por esto y no por la tenencia o consumo de estupefacientes. Sin ánimo de entrar en un tema que nos desborda, podrá alegarse por la defensa del interno, suponiendo que se reúnan los presupuestos necesarios, que dicha acción se desarrolló en un estado de inconciencia (art. 34 inc. 1 Cód. Penal) que obstaría a su culpabilidad.

Por otro lado, y como se apunto más arriba, la tenencia de estupefacientes es una conducta no permitida por ir en contra del tratamiento por lo que se debe dar la debida cuenta mediante informe al Servicio Criminológico para que se actualice el tratamiento individualizado si lo creyere pertinente.

## VII) Conclusión.

El interno no puede recibir una sanción en virtud del art. 85 inc. “c” de la ley 24.660, en efecto, la constitucionalidad de esta norma se invalida toda vez que reprime la tenencia, posesión y ocultamiento de estupefacientes que inequívocamente sean para consumo personal en circunstancias tales que no afecten los derechos de terceros o la ordenada convivencia dentro del penal, en tanto es violatoria de los principios y derechos constitucionales y convencionales de: reserva penal, lesividad, mínima suficiencia, subsidiariedad, igualdad de trato, principio pro homine y de derecho a la privacidad. Además, de no constituir una infracción que satisfaga la teleología propia del régimen disciplinar en resguardo de la ordenada convivencia dentro del establecimiento.

Sin embargo, ello no quiere decir que estemos frente a una conducta permitida, la posesión de estupefacientes es una conducta que se encuentra en franca contradicción con la

eficiencia del tratamiento predispuerto (finalidad constitucional de la pena), desde esta óptica, constituye una conducta no permitida, aunque no sancionable.

Como alternativa a la aplicación de la sanción se deba administrar respuestas no punitivas, como son: a) el simple secuestro de lo detectado y la pertinente requisita en procura de más material; b) si ha consumido, proporcionarse atención médica; c) si se encuentra en un estado de violencia, ordenar el aislamiento provisorio (sin obviar la atención médica) y; d) como medida reparadora, rediseñar el tratamiento adecuado para eliminar la adicción o evitar su futura adquisición.

## VIII) Bibliografía.

### VIII.1) Obras y notas.

1. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, primera parte, Ed. Rubinzal Culzuni, Santa Fe, reimpresión 2008.

2. BONETTO, Luis María – PIÑERO, José R. “Derecho penal y constitución”. *Derecho Penal. Parte general*. LASCANO (H), Carlos Julio (dirección), Córdoba, Ed. Advocatus, 2002.

3. CESANO, José Daniel. *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*. Córdoba, Ed. Alveroni, 2002.

4. CESANO, José Daniel – PERANO, Jorge. *El derecho de ejecución penal*. Lyllan LUQUE (colaboradora), Córdoba, Ed. Alveroni, 2005.

5. CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición, Bs. As., Ed. Astrea, 1996.

6. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. “Los límites a la intimidad”. *La ley*, 1986 –D, p. 547.

7. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Ed. Trotta, 1997.

8. “Revocan una sanción disciplinaria por configurar doble persecución”. *Comercio y justicia*, Lunes 29 de junio de 2009.

### VIII.2) Jurisprudencia.

1. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, C.S.J.N., 25/08/2009, La Ley, Sup. Esp. Tenencia de estupefacientes para consumo personal 2009 (setiembre), p. 56.

2. “Bazterrica, Gustavo M.”, C.S.J.N., 29/08/1986, La Ley 1986 –D, p. 550.

3. “Cambell y Fell”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28/06/1984.

4. “Capalbo, Alejandro C.”, C.S.J.N., 29/08/1986, La Ley 1986 –D, p. 582.

5. “Churquina, Javier Alejandro s/Ejecución de pena privativa de libertad”, Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de la ciudad de Córdoba, 30/04/2009.

6. “Colavini, Ariel O.”, C.S.J.N., 28/03/1978, La Ley 1978 –B, p. 444.

7. “Valerio, Ricardo A.”, C.S.J.N., 25/08/1981, La Ley 1981 –D, 320.