

## **Salvini: una sentencia (in)trascendente sobre tenencia de estupefacientes en recintos penitenciarios**

**Resumen:** El artículo toma un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que importa un cambio de postura en cuanto a la tenencia de estupefacientes en recintos penitenciarios. Tiene por objeto analizar tanto, el delito desde la dogmática penal; como prever el poder persuasivo que puede tener un precedente sentado por el máximo tribunal, cuando el voto determinante es de un conjuez. Además, se busca abarcar el poder persuasivo del precedente cuando la minoría no se ha expresado en virtud del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Para finalmente, sentar posición respecto de dichos temas.

**Palabras claves:** estupefacientes, recintos penitenciarios, precedente, conjuez, *certiorari*.

### **I- Introducción**

El objetivo de este trabajo es analizar una sentencia reciente de la Corte Suprema que versa sobre la tenencia de estupefacientes en recintos penitenciarios: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Marcelo Daniel Salvini en la causa Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario”.

El 30 de agosto del 2022 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia que nos lleva a plantear ciertas cuestiones, tanto con respecto al derecho de fondo como en relación con el funcionamiento y las costumbres del tribunal.

En primer lugar, desarrollaré brevemente los hechos y el *iter* procesal para comprender la causa y cómo se llega al tribunal supremo. En segundo lugar, analizaré si la celda puede catalogarse como un ámbito privado del interno. Seguidamente desarrollaré el peso que tendrá esta sentencia en clave de precedente. Por último, concluiré con una breve reflexión.

### **II- Los hechos y los antecedentes de la causa**

Como adelanté, comenzaré con una breve descripción de los hechos y del procedimiento judicial: el imputado es Marcelo Daniel Salvini, quien se encuentra privado de su libertad y cumple su condena en la Unidad Penal N° 7, pabellón 2 de la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos. Durante una inspección de rutina se le incautaron un celular y ocho cigarrillos de marihuana, cuyo peso total era de 1,078 gramos. Los cigarrillos estaban envueltos en una bolsa negra dentro de su boca.

Frente a tales circunstancias, se inició un proceso judicial en su contra, por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal<sup>1</sup>, que recayó en el Juzgado Federal n° 1 de Paraná, Provincia de Entre Ríos. Dicho tribunal resolvió condenar a Salvini a dos meses de prisión. La defensa interpuso recurso de casación. La causa cayó en manos de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal.

La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia por dos votos contra uno. El juez Gemignani, en disidencia, votó por absolver de culpa y cargo al imputado, con el argumento de que su conducta, a la luz del precedente “Arriola”<sup>2</sup> era atípica. Además, sostuvo que la tenencia de estupefacientes, por su escasa cantidad y por las circunstancias verificadas, no constituía peligro ni provocaba un daño que la eximieran del amparo de la esfera privada protegida en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Se atuvo a los lineamientos que los ministros Argibay y Fayt habían desarrollado en el precedente mencionado.

En contraposición, conformaron la mayoría la juez Catucci y el juez Rafael Riggi, cada uno por su voto. La primera comenzó por evaluar las cuestiones apeladas por la defensa en cuanto a la valoración de la prueba, y tuvo por acreditada la validez del procedimiento. Luego, analizó el encuadre del precedente citado por la defensa y Gemignani. Sostuvo que “Arriola” no era aplicable al caso, ya que el espacio físico de la tenencia de los estupefacientes ameritaba una distinción: el establecimiento carcelario implica un traspaso del ámbito privado y queda, entonces, fuera de la protección del artículo 19 —argumento que, como desarrollare más adelante, pero anticipo, comparto. Incluso, arguyó que la tenencia de los estupefacientes en entornos carcelarios puede afectar la salud y la resocialización de otros internos. Es decir, dicha tenencia atentaría contra la salud y la seguridad de la población carcelaria. Por ello, y al considerar acertada la pena establecida por el tribunal anterior, voto por confirmar la sentencia apelada. Seguidamente, el juez Riggi citó dos precedentes de la Cámara<sup>3</sup> y expresó que compartía las consideraciones de su compañera de tribunal, por lo que adhirió a su propuesta.

### **III- La sentencia de la Corte Suprema**

---

<sup>1</sup> Ley 23.737, artículo 14 párrafo segundo.

<sup>2</sup> (Fallos: 332:1963)

<sup>3</sup> Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, “Cáceres, Cristian Adrián s/recurso de casación” registro n° 1363/13; y Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, “Yramain-Jiménez, Alejandro Daniel s/recurso de casación” registro n° 2992/14.

Contra esta sentencia se interpuso recurso extraordinario, que fue resuelto por los cuatro ministros que conforman el tribunal<sup>4</sup>: Maqueda, Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti. Al no haber la cantidad de votos necesaria para alcanzar la mayoría absoluta en la decisión como requiere la ley<sup>5</sup>, se designó un conjuez<sup>6</sup>: Guillermo Alberto Antelo, presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala Civil y Comercial Federal III. Además de la intervención de un conjuez, esta sentencia cuenta con otra particularidad: tanto Maqueda como Rosatti denegaron el recurso por la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>7</sup>, también conocido como *certiorari*.

Por su parte, tanto Rosenkrantz como Lorenzetti citaron sus respectivas disidencias en un caso precedente<sup>8</sup>: “Rodríguez, Héctor Ismael”<sup>9</sup>, dictado menos de un año antes. Antelo firmó junto con Rosenkrantz.

#### IV- El precedente “Rodríguez”

En “Rodríguez”, se habían encontrado ocho cigarrillos de marihuana dentro del colchón del imputado. Rosenkrantz argumentó, en dicha oportunidad, que la tenencia de estupefacientes en

---

<sup>4</sup> Recordemos que, luego de la renuncia de la doctora Highton de Nolasco, es una incógnita quién llenará esa vacante; y no parecen haber buenos aires para poder designar el reemplazo.

<sup>5</sup> Decreto ley 1285/58, texto según Ley N°16895. Artículo 26: “Facúltase a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo al reglamento que a tal efecto dicte. Hasta que el mismo no esté en vigencia, las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad.”

<sup>6</sup> El conjuez es un instituto que funciona como una especie de jueces suplentes que funcionan como ministros de la Corte cuando no se llega al *quorum* necesario para entender en el caso, según el artículo 5 de la Ley 27, o ante la falta de mayoría absoluta para decidir.

<sup>7</sup> Art. 280. - Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula.

El apelante deberá presentar memorial dentro del término de DIEZ (10) días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso.

Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos.

En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos.

<sup>8</sup> La palabra “precedente” en este caso, y a lo largo de este trabajo, está siendo utilizada en un sentido laxo, refiriéndose a una sentencia anterior del tribunal. Ya que, para hablar estrictamente de precedente, este debería ser obligatorio. Como en el *common law* que aplican la doctrina del *stare decisis* por el cual el tribunal inferior tiene el deber de aplicar los criterios del tribunal superior. En tal sentido, el profesor estadounidense, Randy J. Kozel, de la University of Notre Dame dice: “Even when some justices have called a precedent into doubt, the lower courts must keep on treating as binding unless and until the Supreme Court instructs otherwise”. Randy J. Kozel (2017). *Settled vs. Right: a theory of precedent*. Cambridge University Press.

<sup>9</sup> Fallos: 344:2409, 2021

establecimientos carcelarios no está, *per se*, fuera del amparo constitucional del artículo 19, ya que la celda del interno es su ámbito privado. Además, citó al exjuez de la Corte, Petracchi, para sostener que la pena privativa de la libertad para adictos a estupefacientes es inútil, ya que solo les permite conocer modos de vida criminales, y por lo tanto es irrazonable. La claridad de su postura es notable: sostuvo que la Corte ha interpretado, en “Arriola” y en “Montalvo”, que el castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en escasa cantidad es inconstitucional porque perpetra una intromisión del Estado en el ámbito de privado de las personas, sin una justificación que parezca razonable. Y fue más allá, manifestó que *no es relevante el lugar de la tenencia* —ya sea público o privado—, siempre que sea escasa cantidad e invisible. Defendió, también, la relación entre la privacidad y la autodeterminación, apegándose a la idea de los jueces Belluscio y Bacqué expresada en “Bazterrica”: el Estado no debe imponer ideales de vida, sino ofrecer libertades para que las personas elijan cómo vivir. De esta forma, para amparar la privacidad de los internos<sup>10</sup>, explicó que estos no pierden la totalidad de sus derechos, fundamentando su postura en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales reconocen el derecho de todo sentenciado a una pena privativa de la libertad a ser tratado con el respeto a la dignidad humana<sup>11</sup>. Por lo tanto, todos los prisioneros cuentan con los derechos constitucionales, tal como han acordado los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano<sup>12</sup>. Agregó que todo prisionero tiene derecho a pedir que se reconozca su derecho a la privacidad. Finalmente, reiteró que no puede criminalizarse una acción por el mero hecho de que sea cometida en un establecimiento penitenciario. Por ello, propuso dejar sin efecto la sentencia apelada.

En un voto disidente, coincidente con la postura de Rosenkrantz, votó Lorenzetti en “Rodríguez”. Argumentó que la simple circunstancia de que la tenencia sea en un espacio carcelario no supone una mayor propagación de peligro derivado de la propia tenencia. Luego, se dispuso a analizar el caso bajo los lineamientos propuestos por la Corte en “Arriola” y en “Bazterrica”: entendió que se estaba juzgando un delito de peligro abstracto, por ende, mientras no se probase la afección a terceros, no pasaba satisfactoriamente el *test* de constitucionalidad —siguiendo, como Gemignani, a Fayt y Argibay. Para concluir, agregó que el colchón en

---

<sup>10</sup> Término que él mismo explica en el considerando 7 como: “aquellas personas que se encuentran bajo la custodia del Estado en prisiones y otros establecimientos con la libertad ambulatoria restringida”.

<sup>11</sup> Artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>12</sup> Fallos: 318:1894, 1995

donde el imputado guardó los estupefacientes formaba parte de sus objetos personales, puesto que iba a ser trasladado a otro penal junto con él.

En resumen, los votos del caso en cuestión quedaron de la siguiente forma: el voto en conjunto de Rosenkrantz y Antelo, con la argumentación expuesta por el expresidente de la Corte en “Rodríguez”; Lorenzetti, de forma concurrente, con su argumentación en el mismo precedente; y tanto Maqueda como Rosatti no se expresaron en virtud del *certiorari*.

En definitiva, la regla que podemos extraer de la disidencia del caso “Rodríguez”, que ahora pasó a ser mayoría en “Salvini” es que: **la tenencia de estupefacientes para consumo personal en establecimientos carcelarios está amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional**. En otras palabras, aquellos privados de su libertad, en razón de la justicia penal, cuentan con privacidad dentro de sus celdas; ergo, “Arriola” es aplicable.

#### **V-    Ámbito de privacidad en los establecimientos carcelarios.**

Ríos de tinta ha escrito la doctrina acerca de si la tenencia de estupefacientes para consumo personal es una acción privada amparada por la Constitución Nacional, e incluso de si está bien considerarla delito. Esta disyuntiva ha llevado a varios idas y vueltas jurisprudenciales que han quedado zanjados tras “Arriola”, donde la Corte sostuvo que la segunda parte del artículo 14 de la ley 23.737, que penalizaba la tenencia de estupefacientes para consumo, era inconstitucional, en aquellos casos en que la tenencia se configuraba dentro del ámbito de privacidad.

Ahora bien, a partir de los hechos de “Arriola”, era indiscutible que la tenencia se había realizado en un ámbito privado: el domicilio del imputado. Pero esto no quedaba tan claro en “Salvini”. Sin embargo, la argumentación dada por la Corte en “Salvini” en cuanto a la privacidad de la tenencia parece insuficiente, e incluso, pareciera más satisfactoria la desarrollada por Catucci en la instancia de casación; que el establecimiento penitenciario traspasa el ámbito de privacidad. En efecto, Rosenkrantz, Antelo y Lorenzetti sostuvieron que el hecho de que la tenencia se produzca en un establecimiento penitenciario no excluye la conducta del artículo 19 de la Constitución Nacional. Lorenzetti, por su parte, arguyó que la tenencia en prisión no suponía una mayor propagación del peligro propio de la tenencia; lo cual es criticable, si se tiene en cuenta el contexto de una cárcel: la tenencia de estupefaciente por parte de uno o más reclusos, puede afectar a otros no solamente en su salud, sino también en su reinserción social. En definitiva, la tenencia afectaría al tenedor, a sus compañeros de celda, al

pabellón e, incluso, al conjunto social, si tenemos en cuenta que entorpecería la reinserción como finalidad de la pena.

Claro está que un establecimiento penitenciario es un lugar público, cuyo ingreso y egreso está regulado en virtud del cumplimiento de su fin. Pero, la celda del recluso, ¿es un lugar privado? O ¿queda, por analogía, abarcada por el carácter público de su contexto? ¿Conviene entender a la celda como un ámbito privado del interno? A primera vista, parecen cuestiones un tanto difíciles de resolver. En primer lugar, se debe tener en consideración lo que argumentaron los jueces votantes en “Salvini”, principalmente Rosenkrantz: el estar privado de la libertad no quita el resto de los derechos constitucionales. Ello es indiscutible, los presos no dejan de ser personas a quienes se debe el respeto de su dignidad. Ello implica colocar dentro de los derechos inherentes el de la privacidad, que el vicepresidente de la Corte entiende como el derecho de ser dejado solo. El problema que advierto es que, si una persona fue recluida en un recinto penitenciario con el objeto de su resocialización; está justificada, y resulta necesaria, la intromisión del Estado en su privacidad mientras cumpla su condena. En segundo lugar, tanto en “Rodríguez” como en “Salvini”, se descubre la tenencia de los estupefacientes en controles rutinarios de la celda. Entonces, si se hacen controles rutinarios del espacio *privado* de los internos: ¿no serán, acaso, estos controles rutinarios inconstitucionales? Si con las requisas en la celda se vulnera un derecho constitucional, ¿acaso no requerirán permiso del reo? O para el caso de que no lo dé ¿será necesaria una resolución fundada que lo autorice, de modo similar a como procede un allanamiento?<sup>13</sup>

Si bien el Código Procesal Penal de la Nación autoriza la requisas personal cuando haya circunstancias razonables<sup>14</sup>, este caso trasciende de la requisas, ya que se inspecciona la celda, lo cual se acerca a un allanamiento. Pero pareciera que no es equivalente a ninguna, ya que no es necesaria una resolución fundada por el juez, y dicha “vulneración” a la *privacidad* queda comprendida dentro de la pena. Los internos esconden aquellas sustancias y cosas susceptibles de secuestro ya que son conscientes de que no pueden considerar privado a un lugar que se encuentra diariamente sometido a supervisión estatal. Por lo tanto, no se puede entender la celda

---

<sup>13</sup> Pareciera ser que no, ya que solo el domicilio cuenta con protección constitucional en cuanto a su inviolabilidad. Artículo 18 Constitución Nacional.

<sup>14</sup> Ley 23.984. Artículo 230 bis.

como un lugar privado del recluso. En otras palabras, “Arriola” no debería ser aplicable al caso.<sup>15</sup>

El voto mayoritario en ese precedente justifica la tenencia como una acción privada, bajo el precepto de que el imputado se encontraba dentro de su domicilio —el espacio privado por excelencia—; diferente es “Salvini”, en donde la celda —independientemente de si la consideramos un lugar privado a no— suele estar habitada por más de un interno, aumentando la propagación del riesgo del consumo. Lo mismo se podría argumentar en cuanto a que Arriola solo sería aplicable cuando en el domicilio viva solo el imputado. La diferencia es que el recinto penitenciario es propiedad del Estado, y este designa quien lo habita. El poder del recluso con respecto a la organización y distribución dentro de la propia celda se ajusta a lo que el Estado dictamine por medio de sus funcionarios. Además, como las celdas pueden ser habitadas por más de un solo interno, el peligro de propagar el riesgo de consumo no es el equivalente al de la tenencia de estupefacientes en un domicilio particular, sino exponencialmente mayor. El establecimiento penitenciario es, en definitiva, sustancialmente diferente a un domicilio particular. Excede, claramente, el ámbito de privacidad. Si no, sería equivalente a la tenencia de un arma, ya que mientras permanezca en su *esfera de privacidad* y no suponga un riesgo concreto contra un tercero, no podría ser juzgado por ello. Lo cual parece a simple vista ilógico, cuando se tiene en cuenta el nivel de peligrosidad, violencia y sobrepoblación de los recintos penitenciarios argentinos.

Por lo tanto, la restricción al derecho constitucional a la privacidad parece razonable dentro del contexto de un establecimiento penitenciario argentino, en vistas a la prevención de posibles delitos o efectos negativos sobre otros internos, que impidan la reinserción social<sup>16</sup>.

## **VI- La tenencia de estupefacientes y el peligro abstracto.**

---

<sup>15</sup> Además, el Estado es garante de los derechos de los reclusos, como reiteradamente ha sostenido la Corte IDH, con lo cual está obligado a requisar y revisar el establecimiento penitenciario para asegurarse de que no exista peligro. Fallos: Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay; Lori Berenson Mejía vs. Peru; García Asto y Ramírez Rojas vs. Peru; Yvon Neptune vs. Haití; Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Para mayor profundidad ver: Florencia Ratti Mendaña, Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales ISSN 0718-0195 · Vol. 19 · Núm. 2 · 2021 · pp. 3-37

<sup>16</sup> La ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, recepta la teoría de la prevención especial positiva (artículo 1). El objetivo es la resocialización del autor del delito. Por lo tanto, a la hora de tratar el tema de la tenencia de estupefacientes en recintos carcelarios, es de vital importancia tener en cuenta el efecto que estas sustancias tienen en el fin de la pena establecido por la ley

Uno de los argumentos principales en los votos bajo análisis en, “Arriola”, es que la tenencia de estupefacientes no es un delito de peligro concreto, sino abstracto: abarcan aquellas conductas presuntamente peligrosas que ni vulneran, ni ponen en peligro evidente al bien jurídico protegido por la norma, pero que el legislador considera idóneas para afectarlo<sup>17</sup>. De modo que, estos delitos son una ficción jurídica: la mera peligrosidad de la acción y la gran posibilidad de que dicho peligro se consuma, llevan al legislador a considerar punible la conducta, a pesar de que no haya una vulneración concreta al bien jurídico protegido.

La barrera principal de los delitos de peligro abstracto es justamente el artículo 19 de la Constitución porque consagra, además del principio de legalidad, el de reserva que considera a la exteriorización de la conducta como una condición necesaria para su punibilidad. Este principio comparte líneas con el de lesividad, el cual establece que las conductas punibles son solo aquellas que afectan al bien jurídico protegido. Llevada la dogmática al caso concreto donde se discute la tenencia de estupefacientes como delito, el bien protegido es la salud pública. Según Zaffaroni, si no hay, al menos, una lesión parcial concreta al bien jurídico, es inadmisibles la intervención punitiva del Estado<sup>18</sup>.

Más allá de la crítica que puede hacerse a los delitos de peligro abstracto por su constitucionalidad —que a mi punto de vista quedó zanjada tras “Stancanelli”<sup>19</sup> en donde la Corte consideró que el delito de asociación ilícita es constitucional— debemos ponderar el delito sobre el cual versa la sentencia bajo análisis: la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El daño a la salud pública que implica la tenencia de estas sustancias fuera del ámbito privado es equivalente al que provoca en la tranquilidad pública la existencia de un grupo de personas organizadas con el fin de cometer delitos. La tenencia de estupefacientes es un delito que siempre ha sido objeto de críticas, discusiones y cambios legislativos, y lo será mucho más en estos tiempos donde el liberalismo social está en auge. Sumado a esto, la Corte no se expide, en “Rodríguez” ni en “Salvini”, sobre los problemas que pueden suscitar los delitos de peligro abstracto, sino que se limita a afirmar que si la tenencia es en un ámbito público y a la vista

---

<sup>17</sup> Gino Gianoli. Sobre los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad. Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), noviembre de 2021, No. 406 [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

<sup>18</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General* (segunda edición, primera reimpresión). Editorial EDIAR.

<sup>19</sup> Stancanelli, Néstor E. y otro s/inc. de apel.” (LL 2001-F, 834); Fallos 324:3952. Allí la Corte plantea que el artículo 210 del Código Penal de la Nación, asociación ilícita, a pesar de no ser una *lex certa* como requiere el artículo 19 de la Constitución; es constitucional siempre y cuando se determine puntualmente la afección al orden público (bien jurídico protegido por el delito), entre otros requisitos propios del tipo en cuestión.

afecta a la salud pública. En tales circunstancias, el quid de la cuestión es claro: determinar si las celdas de los establecimientos penitenciarios son ámbitos privados o no.

Otro asunto a analizar es si la tenencia para consumo personal tiene entidad suficiente para seguir siendo punible. Es inobjetable su carácter de delito, así se establece en el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737; sin embargo, se debate es si es constitucional entenderla como una acción típica, antijurídica y culpable. Es menester mencionar que la ley anterior de estupefacientes, la 20.771 de 1974, penaba la tenencia de estupefacientes “aunque estuvieran destinados a uso personal”. En 1986 la CSJN dictó “Bazterrica”<sup>20</sup>. Allí hizo una interpretación amplia sobre el amparo de las acciones privadas de los hombres, y sentenció en favor de la legitimidad de la tenencia para consumo personal. Más tarde, en 1989, se sancionó la actual ley de estupefacientes actual en la cual el legislador decidió mantener el régimen anterior, penar la tenencia incluso cuando “inequívocamente sugiere que es para consumo personal”<sup>21</sup>. De aquí se desprende, según la letra y el espíritu de la ley, que la tenencia es una acción peligrosa que pone en peligro el bien jurídico, a pesar de lo dictado por la Corte. No quiero dejar de destacar, que la ley vigente permite alternativas a la pena privativa de la libertad en sus artículos 17 y 18. Por lo tanto, cabe preguntarse, por qué en vez de imponer una pena de dos meses de prisión, no se estableció un tratamiento curativo que ayude a su reinserción social.

Si bien jurisprudencialmente ha habido oscilaciones acerca de si la tenencia para consumo personal está amparada por las acciones privadas de los hombres mientras no sea en un lugar público, “Arriola” desencadenó una aparente derogación material del delito, pues los fiscales suelen no impulsar la acción penal correspondiente. Independientemente de ello, al no ser derogado formalmente por el Congreso, parece ser que el legislador sigue considerando a la tenencia para el consumo personal como un flagelo de la salud pública y por ende evalúa que es necesaria su punibilidad.

## **VII- ¿Un precedente sin valor?**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el tribunal jurisdiccional supremo del Estado argentino. Por ello, cada una de sus decisiones trascienden el caso concreto y constituyen, prácticamente, una regla para los tribunales inferiores, a pesar de que la Constitución Nacional nada menciona acerca del seguimiento de las sentencias de la Corte por parte de los tribunales inferiores.

---

<sup>20</sup> “BAZTERRICA, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes” (Fallos: 308:1392)

<sup>21</sup> Segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737

La Constitución de 1949 determinaba que la interpretación que hiciera el máximo tribunal de los artículos de la Constitución era obligatoria, en su artículo 95; pero como sabemos, fue derogada durante la llamada “Revolución Libertadora”. Sin embargo, fue que el tribunal quién tomó la iniciativa delimitando las reglas respecto a la obligatoriedad de seguir sus sentencias por parte de los tribunales inferiores. En el fallo “Santín”<sup>22</sup> sostuvo que un tribunal inferior puede no adherir a los criterios del tribunal siempre y cuando controviertan sus argumentos. Más tarde, y para acabar con toda la incertidumbre, algunos idas y vueltas, el tribunal ratificó la doctrina en el famoso fallo “Cerámica San Lorenzo”<sup>23</sup>, donde dejó sin efecto la sentencia de Cámara por considerar que se había apartado de la interpretación asignada por la Corte, explicando que: los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las interpretaciones hechas por la Corte. A esta doctrina, el doctor Santiago Legarre, la denomina “obligatoriedad atenuada”<sup>24</sup>.

Ahora bien, ¿qué trascendencia puede tener esta sentencia? Para poder responder esta pregunta debemos contemplar dos aspectos: cómo se integran las mayorías, y quiénes las integran.

En primer lugar, es imperioso recordar que de los cuatro miembros que hoy integran el tribunal — tras la renuncia de Highton de Nolasco y la falta de consenso político para llenar su vacante — dos no han expresado su opinión en virtud de que consideraban que el caso era intrascendente, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial. Esto es un aspecto al cual no se debe hacer la vista gorda ya que no contamos, a ciencia cierta, con la posición de la mitad del tribunal. Solo conocemos la de Rosenkrantz y Lorenzetti (y la de un conjuez). Es menester cuestionar entonces si el hecho de que dos de los jueces intervinientes no hayan expresado su opinión le quita obligatoriedad para los tribunales inferiores, es decir, si le quita valor como precedente. Alberto Bianchi y Santiago Legarre sostienen:

[...]En otras palabras, mas allá de la justicia del reclamo del peticionante, el tribunal sólo decide actuar cuando se encuentra frente a un caso que considere de importancia decidir. De ello se deduce, inmediatamente, que la denegación del certiorari no tiene valor como

---

<sup>22</sup> Santín, Jacinto c/Impuestos Internos. 1948. Fallos (212:51)

<sup>23</sup> “Cerámica San Lorenzo”. 1985. Fallos (307:1094)

<sup>24</sup> Para mayor desarrollo ver: Santiago Legarre (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

precedente. Si el caso es rechazado, el tribunal no sienta precedente alguno, ni compromete opinión sobre el punto. [...] <sup>25</sup>

En tal sentido, es claro que “Rodríguez” no constituiría un precedente ya que la sentencia apelada fue dejada firme, debido a que la mayoría se expidió por el rechazo del recurso. Incluso la Corte en el fallo “Vidal” <sup>26</sup> sostiene que la aplicación del 280 no implica que se esté de acuerdo con el fallo de casación. Pero no aclara el panorama sobre la trascendencia de “Salvini” respecto a su aplicación como principio a seguir por los tribunales inferiores.

Corresponde analizar los supuestos en los cuales, según el Código Procesal Civil y Comercial <sup>27</sup>, es aplicable el *certiorari*, para poder comprender su invocación por Maqueda y Rosatti. Los supuestos enunciados en la norma son la falta de agravio federal suficiente, y cuando las cuestiones son insustanciales o carentes de trascendencia. Si los jueces invocaron el *certiorari* en virtud de la “carencia de trascendencia”, se desprendería la irrelevancia de juzgar la tenencia de estupefacientes en establecimientos penitenciarios. Sin embargo, si esa fuera su conclusión, la hubieran expresado en su voto, ya que al callar dejan firme la sentencia condenatoria del tribunal superior de la causa. Incluso, parece difícil que la Corte considere irrelevante una pena privativa de la libertad que debe ser aplicada, siempre, con criterio restrictivo.

El problema que sucinta “Salvini” es que los jueces que han utilizado el *certiorari* han quedado como minoría, en oposición al caso “Rodríguez”; por lo cual, podemos concluir que este no constituía un precedente a seguir. El *quid* está en determinar la conveniencia de que quien modifica la mayoría de la Corte que había considerado el intrascendente una cuestión, sea un conjuer, quien impone un parecer sobre una cuestión controvertida, por encima de los criterios que viene aplicando casación. También, es menester cuestionar por qué una vez abierto el debate Rosatti y Maqueda siguen sin pronunciarse sobre el fondo.

Si se tienen en consideración estos aspectos mencionados, ¿qué fuerza vinculante o persuasoria puede tener “Salvini” para sentar precedente? Es preciso, entonces, recordar las palabras de María Angélica Gelli:

---

<sup>25</sup> Bianchi, Alberto B. Legarre, Santiago (1993). El "Certiorari" En Acción (Hacia un Control de Constitucionalidad Basado en la Trascendencia). *LA LEY*. Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 739. Cita on-line: TR LALEY AR/DOC/19684/2001.

<sup>26</sup> Fallos: 138:313, 2021.

<sup>27</sup> Por otro lado, corresponde cuestionar si es correcta la utilización de una norma procesal civil y comercial en una causa penal. La realidad es que la Corte la utiliza.

La fuerza vinculante o persuasiva de una sentencia de la Corte Suprema a futuro depende, además, de la mayoría que el Tribunal haya logrado acerca de los fundamentos de la decisión. Si el conflicto que se resuelve tiene aristas ríspidas o es muy controversial para la sociedad, una mayoría robusta en los fundamentos de la decisión le otorga mayor perdurabilidad.<sup>28</sup>

Clara muestra de lo dicho por la grandísima jurista citada es “Arriola”. Su dictado en 2009 por unanimidad<sup>29</sup> supuso, como he mencionado, una derogación material del tipo penal establecido en el segundo párrafo de la ley 23.737. Entonces, una sentencia cuya mayoría está conformada por dos votos de los ministros de la Corte, que llegan a la mayoría absoluta con un conjuez; y en la cual el resto de la Corte no se pronuncia al respecto, parecería que no va a tener gran fuerza vinculante como para asentar un precedente el cual seguir a futuro.

No está abierto a discusión la integridad o capacidad de ninguno de los jueces que han conformado la mayoría, Rosenkrantz, Lorenzetti y Antelo. Sin perjuicio de esto, sí puede ponerse bajo la lupa el cómo se designan los conjueces al momento de llenar vacantes. En teoría el sorteo entre los presidentes de las cámaras federales es lo más conveniente, pero la práctica muestra que lleva a que un juez en lo civil y comercial resuelva, por ejemplo, un caso de naturaleza criminal. Y lo habilita no solo a ir en contra de lo establecido por la Cámara Federal de Casación de forma tan ligera; sino también en contra de lo dicho por la misma Corte en cuanto a la intranscendencia del asunto<sup>30</sup>. Dichas circunstancias, aunque no signifiquen la inoperancia del conjuez, pueden debilitar la fuerza persuasiva de la sentencia, a diferencia de aquellas en donde la materia del caso y la especialidad del presidente de cámara sorteado coinciden. Esto lleva a pensar si el congreso debería reformular la norma para la actuación de conjueces, y realizar el sorteo entre los presidentes de las cámaras de la materia del caso.

Es criticable que el presidente de la Cámara Civil y Comercial Federal es quien da el voto necesario no solo para cambiar la postura de la Corte, sentada con menos de un año de

---

<sup>28</sup> María Angelica Gelli (2015). La jurisprudencia de la Corte Suprema y el Control de Constitucionalidad [sesión de conferencia]. XXII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina. <https://aadconst.org.ar/xxii-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional/>

<sup>29</sup> Si bien todos los jueces de la Corte no votaron en conjunto, sino que votan Highton de Nolasco y Maqueda en conjunto y Lorenzetti, Fayth, Petracchi, Zaffaroni y Argibay, por su voto; todos declararon la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo.

<sup>30</sup> Para el análisis de un caso similar en cuanto a la ruptura de un criterio por la participación de un conjuez ver: Florencia Ratti Mendaña. “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”. Revista Jurídica Austral | Vol. 1, N° 2 (diciembre de 2020): 585-626. 4.1

anterioridad, sino para dejar sin efecto lo establecido por la Cámara de Casación Penal Federal. Por ello, es necesario rever y repensar el instituto de conjuez o buscar una solución alternativa<sup>31</sup>.

### **VIII- Conclusión**

El debate sobre la tenencia de estupefacientes en establecimientos penitenciarios no ha quedado zanjado. El ruido provocado por esta sentencia se debe al cambio resolutivo de la Corte con respecto a un caso análogo anterior. Personalmente, considero erróneo entender a la celda de un interno como su ámbito privado, por las consecuencias nocivas que puede traer, tanto para el propio interno como para sus compañeros de celda y pabellón. Esto conllevaría problemas no solo en cuanto a los estupefacientes, sino a cualquier otro tipo de tenencia de elementos peligrosos.

Por lo desarrollado a lo largo de este trabajo, podemos esperar otra sentencia de la temática que, espero, marque un precedente con el fin de acabar con la incertidumbre jurídica de que, en el lapso de un año y medio, dos personas que realizaron acciones análogas, tengan consecuencias distintas. En dicha sentencia anhelo que todos los jueces de la Corte expresen su opinión, ponderen la situación del interno, la situación carcelaria actual en nuestro país, y recuerden el objetivo de la penal para realizar un análisis integral de los efectos que las sentencias tienen en estos recintos.

Para finalizar, el conflicto político que se vive a nivel país tiene consecuencias palpables. Una de ellas es contar con una Corte Suprema incompleta. Candidatos no faltan, falta consenso. El problema es netamente político y sus efectos se extrapolan a lo económico, lo jurídico y lo social. En nuestro país abundan cerebros brillantes dedicados al mundo jurídico, capaces de cumplir el rol requerido con la diligencia y excelencia necesaria. Es la incompetencia política, por la pelea de egos y la política agonía, la que carcome poco a poco el trabajo de las instituciones que están al servicio de los argentinos.

---

<sup>31</sup> Caminando por los pasillos de la Universidad Católica Argentina charlábamos junto a Florencia Ratti Mendaña y Nicolás Pérez Trench distintas posibles variantes a la regla de conjueces. La Dra. planteaba el método de la corte estadounidense, ante falta de mayoría queda vigente la sentencia de cámara; mientras que el Dr. planteó el método utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el voto del presidente tiene mayor valor y decide ante paridad.

## Fallos

“Recurso de hecho deducido por la defensa de Marcelo Daniel Salvini en la causa Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario” 30 de agosto de 2022.

“Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Rodríguez, Héctor Ismael s/ incidente de recurso extraordinario” 9 de septiembre de 2021 Fallos: 344:2409

“BAZTERRICA, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes” (Fallos: 308:1392)

“Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ INF. LEY 20.771”

"Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080" (Fallos: 332:1963)

Stancanelli, Néstor E. y otro s/inc. de apel.” (LL 2001-F, 834); Fallos 324:3952

Santín, Jacinto c/Impuestos Internos. 1948. Fallos (212:51)

“Cerámica San Lorenzo”. 1985. Fallos (307:1094)

## Bibliografía

Esteban Righi (2019). *Derecho Penal: Parte General* (segunda edición, cuarta reimpresión). Abeledo Perrot.

Zaffaroni, Alagia, Slokar (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General* (segunda edición, primera reimpresión). EDIAR.

Gino Gianoli. Sobre los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad. Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Noviembre de 2021, No. 406 [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

Santiago Legarre (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

María Angelica Gelli (2015). La jurisprudencia de la Corte Suprema y el Control de Constitucionalidad [sesión de conferencia]. XXII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina. <https://aadconst.org.ar/xxii-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional/>

Florencia Ratti Mendaña. “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”. Revista Jurídica Austral | Vol. 1, N° 2 (diciembre de 2020): 585-626.

Lorena Laura Andrea Padován. La pena constitucional y su determinación. Revista pensamiento penal. Septiembre de 2014.  
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39850-pena-constitucional-y-su-determinacion>

Gabriel Iezzi. *Consumo de drogas en contextos de encierro: el difuso límite en el derecho interno y el deber del Estado*. El fallo de la Corte Suprema de la Nación ha logrado que esta vieja contradicción tome una centralidad pocas veces vista en la temática de la seguridad pública. Infobae. 18 de septiembre de 2022.  
<https://www.infobae.com/opinion/2022/09/18/consumo-de-drogas-en-contextos-de-encierro-el-difuso-limite-en-el-derecho-interno-y-el-deber-del-estado/>

Randy J. Kozel (2017). *Settled vs. Right: a theory of precedent*. Cambridge University Press.

Florencia Ratti Mendaña, Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales ISSN 0718-0195 · Vol. 19 · Núm. 2 · 2021 · pp. 3-37.