

## **Carátula.**

. Tema al que corresponde el trabajo: Tema III - Proyecto integral de reforma del Código Penal.

. Título de la ponencia: El principio de acto, un límite a la reacción penal.

. Nombre del autor: Santiago López Warriner.

. Universidad o Institución de la que forma parte: Universidad de Buenos Aires.

. Teléfono: 46646416 / 46677889 / 1568843820.

. Dirección: Rosetti 16767 (San Miguel, provincia de Buenos Aires).

. Correo postal: 1663.

. Dirección de correo electrónico del autor: slopezwarriner@hotmail.com

## **EL PRINCIPIO DE ACTO, UN LÍMITE A LA REACCIÓN PENAL.**

“El derecho de prohibir ciertas acciones y de declararlas delito, se atribuye a la autoridad como medio de mera defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno”.

**Francesco Carrara**

### **INTRODUCCIÓN.**

El presente trabajo tiene por objeto comentar dos proyectos de ley<sup>(1)</sup> tratados en sendas cámaras del Congreso de la Nación, mediante los cuales se pretende despenalizar la tenencia de drogas para su uso personal.

Introducidos en el seno legislativo, ambos proyectos reflatán una discusión que se diera a mediados de los años ‘80 y principio de los ‘90 en nuestro país, cuando el máximo Tribunal, por intermedio de los fallos *Bazterrica* y *Montalvo*, virara su posición liberal, propia de nuestra Constitución, hacia una visión conservadora y paternalista del Estado legitimando la punibilidad de la tenencia de drogas para consumo personal.

El parecer de nuestra Corte, favorecido por su intencionada ampliación, y que no ha perdido vigencia legal, pretende ser dejado de lado por varios legisladores nacionales, retrotrayendo las aguas hacia el Estado que pensaran nuestros constituyentes en 1853, es decir, respetuoso de las garantías y libertades individuales, ajeno a la elección del proyecto de vida de sus ciudadanos.

Estos proyectos de ley, sustentados en el ideario liberal de nuestra Constitución, buscan dar vigencia a un artículo largamente olvidado, no sólo por nuestros jueces, sino

también por nuestra más respetada doctrina. El artículo 19 de nuestra Carta Fundamental garantiza un ámbito de reserva donde el ciudadano debe ser *dejado a solas* –evocando a Cooley-, donde pueda planificar su plan de vida, donde el Estado no pueda proyectar sus ideales de conducta, es decir, un espacio donde el ciudadano pueda desarrollar su personalidad e individualidad libremente.

Será materia de este comentario dilucidar si ese campo de acción propio de la persona humana contempla la tenencia de drogas para uso personal o si, por el contrario, el Estado se encuentra legitimado para mandar a prohibir dicha acción en pos de algún bien jurídico tutelado en nuestro ordenamiento penal.

### **TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES. PRONUNCIAMIENTOS**

#### **LEGISLATIVOS.**

El debate comenzó con motivo de la interpretación del párrafo 3ro. del artículo 204 del C.P., el cual hacía punibles a quienes no estando autorizados para la venta, tenían en su poder las drogas referidas por ley, no justificando la razón legítima de su posesión o tenencia.

Más allá de las respuestas jurisdiccionales a dicha ley(2), dos décadas después, con el proyecto Peco, se pretendió reprimir la tenencia de sustancias estupefacientes que “obedezcan a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro”. En esa línea se mantuvo el proyecto de 1960, el cual excluyó del castigo la tenencia de una dosis para uso personal.

Más cerca en el tiempo, nos encontramos con la ley 17.567 sancionada en 1968, por la cual se derogó la reforma al Código Penal introducida por la ley 11.331. De este modo, se modificaba el Código Penal mediante la introducción del artículo 204 párrafo 3ro. que sancionaba al que, sin autorización, tuviere en su poder sustancias estupefacientes en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, haciendo una clara vinculación entre la tenencia en dosis correspondientes al mero consumo personal con las acciones de la esfera de la libertad individual.

El 3 de octubre de 1974 se sancionó la ley 20.771 que, a diferencia de su antecesora, reprimía con prisión al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieren destinados a uso personal(3). Amén de imponer penas de extrema severidad y silenciar la cuestión sobre una política global y sistemática sobre drogas, el control se justificaba para tutelar la seguridad y defensa nacionales pues, entendían aquellos legisladores, se producía una afección al ser humano que provocaba la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad, resultando como imperativo de la defensa nacional la preservación del individuo en todos los aspectos concernientes a su interacción social. Debe destacarse que en la práctica dicha norma tuvo escaso eco, ya que nuestros jueces la aplicaron con mucha prudencia, dejándola en letra muerta.

El 11 de octubre de 1989, y luego del pronunciamiento de la Corte en el fallo *Bazterrica*, se sancionó la ley 23.737, actualmente vigente, originada en el proyecto legislativo del diputado Lorenzo Cortese del bloque radical. El debate parlamentario que se desarrolló por aquel entonces mostró fuertes cruces verbales entre quienes argumentaban que la respuesta punitiva del Estado no contaba con un consentimiento generalizado entre los especialistas y quienes apoyaban el rol fundamental del Estado y el resguardo de la salud pública.

Esta ha sido la última palabra del Congreso respecto al tema. Sin embargo, el presente se muestra auspicioso para el cambio, acompañado por un gobierno y, principalmente, por una Corte que no verían con malos ojos volver a los *viciosos* '80. Como se podrá observar en los párrafos precedentes, la influencia del clima político es decisiva en cuanto a los límites y alcances de la garantía contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, por lo cual toda aquella norma que juegue en los límites de la garantía mencionada, que como se demostrará no son pocas, tendrá mayor o menor aplicación dependiendo del humor político reinante.

#### **DROGAS Y CONTEXTO INTERNACIONAL.**

En 1961 se aprobó el Convenio Unico sobre Estupefacientes de Naciones Unidas, que constituye, aún hoy, la base legal de la mayoría de los países del mundo para sus políticas orientadas a eliminar el cultivo, la producción, el comercio y el consumo de drogas ilícitas.

Este convenio dispuso, en el plano internacional, una política global que pretende eliminar la producción y el consumo de drogas a través de la intervención pura y férrea de los aparatos punitivos de los Estados.

Más tarde se produjeron el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que avanzaron en el mismo sentido, profundizando el carácter represivo y restrictivo de la política global contra las drogas.

Apoyados en el marco normativo internacional, la mayor parte de las naciones aplican la denominada *tolerancia cero*, lo cual implica instaurar normativamente una política de control total del ciclo de la droga. En ese encuadre, la respuesta excluyente al problema de las drogas se halla en el sistema penal, criminalizando a una parte de la sociedad.

Nuestro país no ha adoptado una posición diferente en este sentido. La legislación argentina, relacionada a la problemática de las drogas, ha estado históricamente relacionada a su política exterior en general y a las relaciones con los Estados Unidos en particular. Esta referencia se puede observar con claridad.

La ley 20.771 estuvo influenciada por la primera *guerra a las drogas* impulsada por Richard Nixon en los '70, y tiene como directo e innegable antecedente a los convenios firmados por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación con el gobierno de los Estados Unidos, tan sólo unos meses antes de su sanción.

Por otro lado, en 1982 Ronald Reagan relanza la *guerra a las drogas* y es en 1988 cuando su administración promueve y logra en el seno de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas que las naciones adherentes al mismo se comprometan a establecer como delito la posesión, compra o cultivo

de drogas controladas para fines de consumo personal, no medicinal, a menos que esto fuera en contra de los principios constitucionales y de los conceptos básicos de sus sistemas legales(4).

La realidad es la prueba más incontrastable del fracaso que han tenido las políticas internacionales en materia de drogas. Más allá de los porqué de la ineficiencia, lo cierto es que ella se nos hace palmaria, y nos indica que el camino tomado hasta el momento no es correcto.

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE ACTO.**

La Revolución Francesa de 1789 significó para el mundo moderno un profundo lavado de cabeza. Las ideas del orden imperante a manos de los Borbones sufrieron un profundo cambio en pos de los ideales de libertad, igualdad y fraternidad.

La mayor Revolución de la historia, cuya influencia se propagó por gran parte del mundo, tuvo un marcado efecto en el pensamiento político de los hombres de Mayo, principalmente en la figura de Mariano Moreno. Vientos de liberalismo político y económico llegados desde Europa, primigenias ideas de nacionalidad, impulsadas por las invasiones inglesas, y crecientes deseos de emancipación convergieron en la Revolución de 1810 y la posterior conformación del primer gobierno patrio.

Convocado el movimiento revolucionario nacional básicamente por los hombres ilustrados de la capital, la meta fue la puesta en marcha de un país construido en el ideario liberal, hijo de aquella revuelta europea de la que habían bebido sus ideas.

Los intentos por ver plasmado aquel sueño en un cuerpo normativo fueron muchos, y recién en el año 1860, cincuenta años más tarde, tomó forma definitiva la primera Constitución del país.

Esta Ley fundamental dio nacimiento a la garantía sobre la que prontamente nos abocaremos. El artículo 19 de la Constitución Nacional, al establecer en su primera parte que

“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, sentó las bases para el desarrollo del principio penal de acto, y las consecuencias que de él se derivan(5).

Los fundamentos de la garantía en análisis, construida en el pensamiento de la ilustración, están constituidos por el utilitarismo jurídico y la separación axiológica entre derecho y moral. El criterio de utilidad fue formulado, entre otros, por Grocio, Hobbes, Puffendorf, Beccaria y Bentham, quienes plasmaron la idea de que sólo acciones exteriorizadas podían constituir materia de prohibición penal, pues los actos internos, es decir, aquellos que permanecen *detrás de la piel del autor*, no son perjudiciales hacia terceros, y por tanto, carece de interés su punición(a).

El segundo elemento sobre el cual fue construida la garantía fue el límite entre el derecho y la moral. Esta tesis, desarrollada con lucidez por Ferrajoli, “encuentra en los principios de exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal y de reserva de los actos internos al dominio exclusivo y específico de la moral sus dos derivaciones más relevantes. De hecho, si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo distintivo de la ética moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos, y aún más, de un derecho natural a la inmoralidad, es quizá el principio más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno”(b).

Estas ideas, que dan nacimiento a la figura del ciudadano y a su derecho a contar con un ámbito exento del control estatal, han sido materia de controversias a lo largo de la historia, pues detrás de su aceptación o rechazo se esconde la concepción de Estado de detractores o impulsores, se esconde el espacio que, entienden, el Estado debe dejar para que el ciudadano pueda planificar su propio proyecto de vida. Repasemos algunas opiniones que enriquecen un poco la polémica.

Johann Fichte, considerado como el filósofo del idealismo alemán que más entusiasmo demostró por la Revolución Francesa, publicó un texto titulado *Reivindicación de la libertad de pensamiento*, dirigido a los principales gobernantes alemanes con la intención

de mostrarles sus equivocaciones sobre los fines del Estado. Afirma Fichte, en este escrito, la existencia del derecho al desarrollo de la personalidad y a la libertad, es decir, derecho a disfrutar de aquellas condiciones en que se despliegan su libertad y personalidad, así como a realizar todas aquellas acciones tendientes a ese fin(c). Esta crítica del autor alemán estaba orientada hacia los románticos alemanes, quienes consideraban que el arte y la comunión popular no eran obra de autores individuales, sino más bien de una fuerza impersonal, el *Volk*, especie de autor colectivo y anónimo. Este término, para muchos intraducible, centro de los discursos y proclamas de Heidegger en sus años de militancia nazi, debe entenderse como negación de la existencia de clases sociales, como la transformación de la lucha de clases en la lucha del pueblo contra el enemigo exterior, el resentimiento por el orden establecido.

Siguiendo esta línea argumental, Wilhelm Humboldt teorizó sobre la finalidad a que debe obedecer la institución del Estado en su conjunto y los límites dentro de los cuales debe contenerse su acción. Para este autor, le debe estar permitido a cada individuo el goce de la más completa libertad para desarrollarse por sí mismo y en su propia peculiaridad, siendo reprochable todo esfuerzo del Estado para mezclarse en los asuntos privados de los individuos allí donde no afecten directamente los derechos de terceros, es decir, consagrando el principio de lesividad como límite para la intervención estatal(d).

El utilitarista Stuart Mill también ha arrojado algunas ideas al debate. En su libro *Sobre la libertad*, el autor inglés aspira desarrollar un sencillo principio que regle las relaciones entre sociedad e individuo, afirmando que “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”(e), siendo que su propio bien, físico o moral, no resulta justificación suficiente. Ello, entiende el autor, crea una esfera de acción para la individualidad del ciudadano donde la sociedad sólo posee un interés indirecto, pero, principalmente, conforma un espacio para el desarrollo de la personalidad humana donde el individuo está exento de cualquier injerencia, donde las explicaciones del porqué no se encuentran más que en la propia conciencia.

Este ámbito, culmina Stuart Mill, se encuentra comprendido por el dominio interno de la conciencia, la libertad de pensar y sentir, la libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias o prácticas científicas, morales o teológicas, la libertad de expresar y publicar las opiniones, la libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines y la libertad para trazar el propio plan de vida según nuestro propio carácter, universo de autonomía que concluye en la libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudiciales para los demás.

De la mano con estas afirmaciones encontramos a Max Weber, quien entiende que las formaciones sociales no son otra cosa que desarrollos y entrelazamientos de acciones específicas de personas individuales. En cierto modo, esta posición es apoyada por Jean Paul Sartre, quien niega todo tipo de conciencia colectiva al grupo social y señala que su unidad reside sólo en la praxis y en el propósito común interiorizado por cada uno de sus miembros individuales.

Una posición contraria en este sentido es la que muestra *el contratista* Rousseau, quien considera como tarea primordial del legislador el moldear a su antojo al ciudadano, debiendo transformar a cada individuo, sustituyendo su ser y su moral, y hacerlas acordes con el Estado y con sus fines(f). Juzga al individuo como subordinado al Estado, y desde allí que su personalidad y carácter deban adecuarse a ser parte de un todo, ser un pequeño engranaje de una vasta maquinaria estatal (hago mía una ínfima porción de las reflexiones de Ernesto Sábato).

Aquella teoría de la voluntad general desarrollada por el pensador francés implica la subordinación de las voluntades individuales, donde el interés general se siente como propio del individuo y marcha de acuerdo a la voluntad general.

Más allá de las palabras finales que servirán como conclusión, el espíritu de nuestra Constitución vigente obliga a que el sistema jurídico no deba valorar la personalidad moral de sus agentes en razón de ideales de excelencia humana, debiendo tratar por igual, tal como expresa Nino, al moralmente puro y al depravado, pues sólo *sus acciones* interesan a un estado conformado sobre bases liberales.

## FUENTES NORMATIVAS DEL PRINCIPIO DE ACTO.

Donde primero se puede observar una alusión a la garantía en estudio es en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Allí se establecía que “la ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”.

A su vez, el artículo 157 de la Constitución de Venezuela de 1811 receipta dicha norma, las cuales sirven de base al artículo 194 del Proyecto de Constitución de 1813 elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria. Según entiende Sampay, este artículo pretende expresar que las leyes del estado deben reglar los actos exteriores y públicos de los individuos, calificando de públicos los actos humanos relacionados con el orden de la sociedad.

De allí en más, y en virtud de los sucesivos cambios políticos que sufrió nuestro país, todos los proyectos que tendieron a la elaboración de una Constitución fueron incorporando la garantía que finalmente recayera en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental que rige desde 1853. Así, fue receiptado por el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio de 1817, que mantuvo el texto con la misma enumeración y redacción, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826.

Resulta ilustrativa la discusión abierta sobre la redacción final del artículo. Nos cuenta Sampay en su libro *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional* que en la sesión del 25 de abril de 1853, el constituyente general Pedro Ferré expresó que votaría conforme con el artículo, con una *ligera modificación*; esta era que, en vez de decir el texto al orden público, se pusiera a la moral y al orden público. A pesar de ello, en el escrito definitivo se coloca la frase al orden y a la moral pública.

Sampay considera que esto posibilitó la corrección de una impropiedad filosófica, puesto que “resulta imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de

todas las leyes morales, ya que estas rigen los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir, a aquellas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población”(i).

Me permito una digresión aquí para intentar reflejar el equívoco de haber incorporado los conceptos de orden y moral pública al artículo 19 de nuestra Constitución.

Considero que la enumeración que realiza la norma no resulta más que una sobreabundancia, añadiendo dos términos que bien pueden quedar comprendidos en la fórmula genérica del perjuicio hacia terceros. Podría haberse reducido la enunciación del artículo 19, y de esta forma evitar la incorporación de conceptos de extrema vaguedad como son el orden, y más aún, la moral pública.

No es tarea fácil delimitar la noción de ambos términos, y cualquier intento puede llevarnos a espacios de sensible oscuridad, como queda demostrado en sucesivos fallos de nuestros tribunales (entre otros, Bosch, *JA - I - 523*). Al abrigo de las ideas de Lamennais, debemos entender que “la certeza y la duda absolutas nos están igualmente vedadas; flotamos en un medio vago entre estos dos extremos...”(j), por lo cual necesitamos resistir la tentación de manejar palabras, dentro del sistema jurídico, que posean un extenso ámbito de aplicación y agraven las imperfecciones de una personalidad humana que, como sabemos, no ha sido hecha para el manejo de las necesarias exactitudes jurídicas.

### **RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO EN LA JURISPRUDENCIA.**

Desde muy atrás en el tiempo, nuestro máximo Tribunal de Justicia reconoció, en consonancia con el mandato dado por la norma constitucional, que “el fuero interno de la conciencia queda reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados” (Fallos *150: 419*). Así, se concedía la existencia de derechos privados fuera del contralor del Estado pues, comprendía nuestra Corte, “un gobierno que no reconozca tales derechos, que mantenga la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos sujetas en todo tiempo a la absoluta disposición e ilimitada revisión aun de los más democráticos depositarios del poder, es, al fin y al cabo, nada más que un despotismo”(Fallos *150: 432*).

A pesar de las categóricas palabras con que nuestra Corte Suprema de Justicia reguló el alcance de esta garantía, durante largo tiempo se mostró indiferente y el silencio fue su única respuesta. El origen de esta conducta es claro: un principio que permite la consagración de una esfera de acción donde el individuo no pueda ser molestado, y desde allí, formar su personalidad y su propio plan de vida, tendrá mayor aplicación en razón del ideario político del gobierno que deba respetarlo.

Recorramos un poco la historia de nuestro país. Comencemos en la presidencia del radical Hipólito Yrigoyen, donde creemos se concreta en la arena política el sueño de los hombres de Mayo. Un gobierno de tendencia liberal, ve en la Semana Trágica de 1919 como el ejército, respaldado por la oligarquía antiliberal del país, copa las calles sin requerir la orden del por entonces Comandante de las Fuerzas Armadas. Fue la primera reacción ante el error de Roque Sáenz Peña, quien, mediante el voto universal y secreto, abrió las puertas de la política al *populacho nacional*.

El posterior gobierno de Alvear, si bien se consagró bajo elecciones democráticas, fue todo lo conservador que pudo, e hizo todas las concesiones posibles a una oligarquía que deseaba volver al poder. ¿Cómo podría ser esto si las urnas le eran adversas? La respuesta la dan José Félix Uriburu en el '30 y la posterior década infame.

Los años venideros a 1943 no fueron menos infames desde el punto de vista del principio que venimos desarrollando. Si nos centramos exclusivamente en el ámbito que el gobierno peronista liberó al desarrollo personal de los ciudadanos, tenemos que hablar de una época olvidable. El gobierno peronista fue una continuación, quizá agravada, de los años treinta en este sentido. El peronismo padeció de un mal recurrente de los gobiernos nacionales, como es la intromisión estatal en la esfera privada de los ciudadanos que conforman el Estado.

Saltemos a los años '70. Allí podemos observar como la jurisprudencia de nuestra Corte es conteste con las ideas del gobierno de turno. El 23 de marzo de 1978 nuestra Corte fue llamada a decidir sobre la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771 que,

recordemos, sancionaba penalmente la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Frente a este planteo, el Tribunal sostuvo que “la norma citada, cuanto sancionaba una conducta de las denominadas de ‘peligro abstracto’, encontraba su fundamento constitucional en que, una vez determinada por los poderes públicos la potencialidad dañosa de determinadas sustancias respecto de la salud pública, cuestión que no se debate, su tenencia constituiría una acción que trasciende la intimidad, susceptible de ser castigada”(Fallos 305: 1265). ¿Es casual esta decisión en el marco de un gobierno como el que tenía lugar por aquellos años?

Cabe resaltar además, dos argumentos utilizados en ese fallo, que entiendo merecen especial atención. Afirmó la Corte entonces que “toda operación comercial, sea ella legítima o ilegítima, supone inevitablemente la presencia de dos o más partes contratantes: la o las que proveen el objeto y la o las que lo adquieren”. Con este argumento la tenencia se considera, por cuanto es consecuencia de la compra, un acto integrante del tráfico: traficante y adicto pasan entonces a ser ya no victimario y víctima, sino coautores de la compraventa de estupefacientes. “Si no existieran usuarios o consumidores -justificó la Corte- no habría interés económico en producir, elaborar y traficar el producto”, con lo cual se transfiere al adicto parte de la responsabilidad y culpabilidad de su proveedor. Basándose en los *datos de la experiencia común*, la Corte consideró que el influjo que ejerce el consumo de drogas sobre la mentalidad individual, a menudo se traduce en impulsos que determinan la ejecución de acciones antisociales”. De esta forma afirmó el principio de *peligrosidad del autor* como fundamento del derecho penal, imputándole potenciales delitos que pudiera eventualmente cometer, retrotrayéndonos a épocas que se creían saludablemente olvidadas.

Una vez restablecido el orden democrático y constituido un gobierno de bases liberales, nuestra Corte volvió sobre este punto. ¿Habría fallado en igual sentido? Si bien en un fallo con disidencias, nuestra Corte determinó en *Bazterrica* que “el orden jurídico debe, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado”. De este modo, aseguró que los aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal, se encuentran comprendidos por el derecho a la

privacidad tutelado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues “si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada”.

Es categórico el Tribunal cuando refiere que si no se pretende convertir al artículo 19 de la Constitución Nacional en una mera tautología, las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, por su mera inclusión en una norma jurídica. La primera parte del artículo 19, considera la Corte, “determina que la ley ni puede mandar ni puede prohibir nada en relación a las acciones privadas de los hombres integrantes de la esfera de las conductas libradas a las decisiones individuales de conciencia”(Fallos 308: 1431).

Esta tendencia continuó algún tiempo. Sin embargo, el cuento tendría un rápido final.

En el fallo *Quesada*, pronunciado por la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital, se retrocedió a las épocas más oscuras del perfeccionamiento estatal. Allí se sostuvo que la legislación penal sobre tenencia de estupefacientes debe dirigirse contra el binomio que conforman toxicómano y traficante, pues ambos “complementan y desarrollan una particular y dañina simbiosis, la del hábito vicioso y el comercio espúreo” (CNFedCrimCap, 1/8/90). Pero no había que alarmarse, pues un tribunal de mayor jerarquía, con una extensión sorpresiva de miembros, tendría la última palabra. Y la última palabra fue una de las peores.

Al resolver el caso *Montalvo*, la mayoría de la Corte compuesta por los *nuevos jueces*, a los que adhirió por sus propios fundamentos el juez Fayt, retoma la línea tradicional del perfeccionismo estatal, aquel que fija ideales de excelencia humana y mira de costado a esas *locas desviaciones liberales* que, por suerte, han sido tan infrecuentes en nuestro país(6).

La Corte retomó así el criterio expuesto en el caso Colavini, en el sentido de que sólo aquellas acciones que de ningún modo ofendan al orden o la moral pública o perjudiquen a un tercero, han de recibir protección constitucional. El mensaje que da el Supremo Tribunal

es que cualquier acción, aún privada, que de algún modo lesione el orden, la moral o los derechos de terceros queda fuera de los alcances del principio de reserva.

La Corte sostuvo, ante este tipo de acciones, que por ser ellas de peligro abstracto, “está incita la trascendencia a terceros, sin que la presunción de peligro que emana de la ley sea irrazonable, en atención a la relación entre bienes jurídicos protegidos y conducta incriminada”, llevando ello a la afectación del orden, la moral y la salud públicas.

Muy crítica resultó la disidencia del juez Petracchi en este fallo. El ministro de la Corte indicó que “la incriminación de la mera tenencia de estupefacientes, al crear una mera presunción genérica y absoluta de peligro abstracto, no satisface los requisitos del artículo 19 de la C.N., que exige como condición del reproche penal el daño o el peligro concreto a derechos de terceros o al orden o a la moral pública”(k).

Sostiene Petracchi, que no puede ser “cualquier efecto sobre el mundo exterior lo que autoriza la intervención estatal, sino el daño o el peligro concreto respecto de derechos o bienes privados o públicos -*nullum crimen sine injuria*-, pues una solución contraria llevaría a considerar amparado por la primera parte del artículo 19 únicamente al puro acto interno de conciencia, lo que, al despojar a dicha norma de todo contenido tutelar significativo, otorgaría a los poderes públicos facultades omnímodas para regular las conductas de las personas, instaurando así el más crudo totalitarismo”.

Al mismo tiempo de afectarse el principio de lesividad, pues el fundamento de la pena no lo constituye el solo incumplimiento o desobediencia a la norma sino que se impone como exigencia la afectación de un bien jurídico como determinante del contenido del injusto penal, dicha afectación debe materializarse en forma concreta y no presunta, es decir, que el hecho de no establecer un nexo razonable entre conducta y daño implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual y ajeno a la autoridad de los magistrados.

De allí se desprende que no resulta compatible con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén

fundados en la descripción de conductas punibles, ya que un sistema penal que centre su interés en las características del sujeto, y se despreocupe de sus conductas, abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas.

Correspondiéndose con el voto de la mayoría en *Montalvo*, fallos de la CNCP sostuvieron que no se afectaba el art. 19 de la CN, como tampoco se podía aceptar la teoría de la insignificancia, igualmente descartada por la Corte en los considerandos 15 y 16 del mismo pronunciamiento(7).

Esta ha sido básicamente la historia jurisprudencial del principio consagrado en la primera parte del artículo 19 de nuestra Carta Magna. Hemos podido observar que los pronunciamientos de nuestros jueces han sido acordes a los aires políticos que nos sobrevolaban, aquellos de los cuales se han desprendido sólo tristes brisas democráticas. Más allá de lo sucedido en los años '90 con la composición de nuestra Corte, vivimos un proceso democrático que pareciese tener un carácter ininterrumpido, lo cual favorecerá sin duda al desarrollo de la mencionada garantía. Alguna vez John Bernard Shaw, conversando sobre las imperfecciones de la religión católica, bromeó *god is in the making*. Nuestro principio también está *haciéndose*, y aunque todavía no haya dejado de gatear, lo importante será no detener su marcha por más lenta que sea.

### **CONSIDERACIONES DE LA DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA EN TORNO AL PRINCIPIO.**

Al correr de los años '30, fue José Manuel Estrada uno de los primeros en pronunciarse sobre este tema. En su *Curso de derecho constitucional*, el autor reflexionaba que “la sociedad no conoce sino las acciones de sus ciudadanos, y éstas por la importancia del agravio que infieren a los derechos que ella protege, no por la malicia que las inspira”(1) demarcando claramente el límite sobre el cual el Estado se encuentra legitimado para actuar sobre el proceder de los individuos.

Otro autor que observó la inmensa riqueza contenida en el artículo 19 de nuestra Carta Magna fue Arturo Sampay, quien avivó con su libro, aunque parezca paradójico, un inmenso fuego con algunas pocas hojas. Aquí el autor asigna al artículo 19 una interpretación no limitada a la protección de las acciones realizadas en la intimidad, sino también a las acciones exteriores que no sean actos de justicia, definiendo a dichos actos en términos del no perjuicio a terceros.

Sampay manifiesta que el citado artículo 19 resuelve que sólo los actos externos materia de la virtud de justicia caen bajo la potestad legislativa del Estado, por lo tanto es de esa manera como se fija dicha potestad, delimitando la misma, y quedando por fuera de esos límites no sólo las acciones interiores, sino también las exteriores que no sean actos de justicia. Esto es así, de forma tal que, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, mientras cumplan con esas condiciones, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones legales.

Al momento de acercarnos a autores nacionales contemporáneos, no podemos olvidarnos de Carlos Nino, Eugenio Zaffaroni, Héctor Magariños y Marcelo Sancinetti, pues fueron ellos quienes han profundizado con más vehemencia en el tema.

El primero de ellos, sostenía que el Estado no podía alegar como razón para interferir en las acciones de los individuos, sea directa o indirectamente, “el que ella degrade el carácter moral de ese individuo u obstaculice su perfeccionamiento moral”, siendo que la única puerta de entrada del poder del sistema penal se encuentra en el principio del daño a terceros. En concordancia con ello, Zaffaroni expresa que un reproche de esta especie, “es entrar en el campo del puro valor moral, es decir, el campo de las acciones de los hombres que, por su naturaleza, nuestra Constitución reserva a Dios y veda a los magistrados”.

En oportunidad de abordar el tema con su *traje de juez*, el profesor concede que la ley penal no puede penar acciones que sólo se refieran a la moral individual, siendo que el Estado sólo puede prohibir una conducta cuando afecte a la moral pública, pero no a la moral individual, diferenciándose entre sí por un sistema de valores o pautas de conducta que el estado considera dignas de ser sostenidas y fomentadas. Diferencia claramente a aquella

tenencia que ponga en peligro la salud pública, sea por peligro de difusión o hábito de consumo hacia terceros, de aquella sólo reservada al ámbito individual y que sólo debe ser vista como una autolesión sin relevancia penal, pues el orden jurídico no posee un sentido traspersonalista, interesado en el hombre como un simple apéndice del Estado(m).

Magariños, por tanto, considera que “la citada norma constitucional determina que lo único que puede ser objeto o materia de una prohibición son acciones, y en segundo lugar, ordena al legislador verificar que las acciones que pretenda seleccionar como materia de prohibición presenten determinadas características” (voto en la causa Moya Peralta). Es decir, advierte el autor, que se contempla a favor de los ciudadanos qué es aquello que de modo válido puede constituir materia de prohibición penal, consagrando el derecho penal de acto como regla fundamental y, prohibiendo al Estado la injerencia en el fuero interno de los individuos.

En base a ello se concluye, “que si la ley sólo puede válidamente seleccionar acciones, de acuerdo al art. 19 de la Constitución Nacional, y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley, en consonancia con el art. 18 de la Carta Magna, la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla, y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, como ser la personalidad, el carácter o la peligrosidad del individuo”(n).

De ese modo, se expresa que el principio de acto exige que el ámbito del ilícito lo constituya exclusivamente la conducta, lo cual conduce a la ilegitimidad de una mayor gravedad de la sanción penal que sea ajena al acto ilícito, siendo claros ejemplos de esto, tal como se explicó con anterioridad, los institutos de reincidencia y libertad condicional entre otros. Ello no impide, acuerda Magariños, que circunstancias ajenas al acto ilícito sirvan para reducir o eliminar la sanción penal, pues la garantía en análisis, como cualquier otra garantía fundamental, no tiene la función de limitar el retroceso, sino el avance del poder penal del Estado sobre el ciudadano.

Innovadora resulta la posición adoptada por el profesor Sancinetti. En su segunda tesis doctoral, Sancinetti muestra una visión crítica hacia el punto de vista apoyado por Jakobs, que desarrollaremos más adelante. Allí sostiene que el intento del autor alemán de presentar a lo externo como elemento legitimante de toda pregunta por lo interno no tiene como evitar, al igual que toda conversión de lo ilícito de la tentativa en algo externo, que el contenido interno requerido para la punibilidad vaya más allá de lo efectivamente externalizado.

Si la indagación por lo interno sirve para distanciar al autor de aquello que le es externamente imputable, Sancinetti pregunta “¿cómo podría explicarse que el contenido interno requerido tuviera que superar, por definición, el alcance de la perturbación externa? El excedente subjetivo tendría que cumplir necesariamente una función fundante de lo ilícito, precisamente porque, en la parte excedente, no tiene correlato externo”, reduciendo de este modo la perturbación a un mero “motivo exterior para develar el aspecto subjetivo”(p).

Continúa el autor, en abierta crítica a la opinión de Jakobs, diciendo que “si uno quiere darse por satisfecho con una definición externa del ilícito, entonces, esto funcionaría solo en el delito consumado, donde la perturbación exterior no queda retrasada respecto de lo interno. Esta posición tendría que fracasar, empero, en la tentativa, pues la perturbación exterior queda siempre rezagada con relación al dolo del autor. Si, por tanto, para la existencia de un ilícito de tentativa es necesario que el autor exhiba un dolo más comprensivo que aquello que sucede objetivamente, entonces, será justamente este dato interno lo que configurará el ilícito, pues la (supuesta) perturbación externa es multívoca y, en el mejor de los casos es menor que el contexto comprendido por el dolo: pero si es necesario recurrir a lo interno, para averiguar el contenido de ilícito de un hecho, cuando este queda en el estadio de tentativa, entonces, esto tiene que ser también así en el caso del hecho consumado, fracasando toda explicación externa de la acción”.

En otras de sus publicaciones, Sancinetti le da al artículo 19 de la Constitución Nacional una interpretación subjetiva en base a la regla del Digesto *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Esto le sirve para sostener un principio de exteriorización en versión subjetiva: es alcanzable por el derecho penal la decisión de voluntad que, según la

representación del autor, ya signifique una arrogación actual de la esfera ajena. El profesor entiende que el hecho de que la norma se dirija a una voluntad no significa que pueda avasallar el fuero interno de la persona. Para que la decisión de voluntad sea contraria a derecho sólo se necesita una conducta identificada por una norma legítima, siendo que esta norma es objetiva y no depende de la voluntad del autor: la representación del sujeto nunca puede reemplazar una norma inexistente. El autor concluye diciendo que “las convicciones eventualmente contrarias del individuo acerca de lo que se deba hacer no influyen en el juicio de antijuridicidad. El autor no tiene la capacidad de establecer el derecho, carece de la libertad de imponerle a los órganos del estado el deber de aplicar una pena contra lo que no es antijurídico según el juicio objetivo del Estado. Una teoría subjetiva del ilícito presupone siempre la objetividad de la norma penal: sólo la infracción es subjetiva, no la norma infringida.

También merece una descripción el camino que transitó la doctrina extranjera en torno a este tema. Algunos autores, como Bockelmann, si bien entendían la culpabilidad como culpabilidad por el hecho, estando impedido para la ley el reproche al autor por su ser, concedían que el hecho es el hecho del autor, con lo cual no era posible prescindir totalmente de su persona en la cuantificación de la pena.

No menos ambiguas eran las palabras de Mayer en este sentido, pues si bien entendía al derecho penal como derecho penal de acto, sostenía que la esencia del derecho penal de acto no se oponía a que para la cuantificación de la pena sea relevada la conducción provechosa o antijurídica de la vida, como atenuante o agravante indistintamente.

La misma sintonía de sombras muestran los dichos de los españoles Muñoz Conde y Mir Puig, quienes a pesar de sostener que sólo un comportamiento humano traducido en hechos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal, concuerdan con la punibilidad de actos ilícitos contruidos en base a actitudes o personalidad, siempre que se traduzcan en hechos exteriores.

Acompañando esta idea encontramos a Roxin, quien al igual que sus colegas, también nos resulta contradictorio. Por un lado, el autor considera que el derecho penal de

hecho exige que la punibilidad se vincule a una “acción concreta descrita típicamente y que la sanción represente sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”.

Sin embargo, esta definición no le impide sostener algunos párrafos adelante que “existe acuerdo en que se debe interpretar como derecho penal de hecho y no de autor a los tipos penales que atienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo”(q), y ello en razón de que tal actitud interna no tiene porqué radicar en el ser del autor, sino que basta con que dicha actitud del sujeto se traduzca en su acción. Sosteniendo sus dichos, Roxin describe, por ejemplo, que el elemento típico del homicidio codicioso o placentero no presupone un rasgo de la personalidad del autor, sino tan sólo que en el hecho concreto haya puesto de manifiesto esa peculiaridad.

Por otro lado, Hassemer respalda un punto de vista diferente. Éste acuerda que el ámbito interno puede llegar a justificar el agravamiento de ciertas conductas, que juzgadas tanto desde la óptica de la víctima y las personas, como agentes observadores, valoran el caso de forma diferente: aunque dos homicidios externamente signifiquen lo mismo, la muerte de la víctima, el contenido interno de la acción homicida justificaría un tratamiento disímil para ambas conductas, es decir, se diferenciarían del distinto significado que ambos comportamientos tendrían frente a la víctima, real o potencial. “El símbolo también lesiona, a veces incluso más que el instrumento material con el que se ha producido el hecho”, concuerda el autor alemán(r).

Jakobs, por su parte, ve en los numerosos elementos de motivación o ánimo un indicio de la paulatina etificación que ha sufrido el derecho penal, al tiempo que deja al desnudo la ineficacia del legislador. El autor sostiene que “el derecho penal ya no perfila con precisión qué acciones no deben realizarse, sino que completa la indicación de una descripción de acción con la señalización de con qué actitud no se debe obrar”(s), desapareciendo, de este modo, la taxatividad del tipo en aras de una valoración que concede a la interpretación un ámbito incontrolable.

Prosigue Jakobs explicando que aquello que no se reduce a mero pensamiento delictivo no necesariamente constituye perturbación social, pues considera que en un ordenamiento de libertades una persona no es únicamente cuerpo inanimado sino ciudadano, es decir, dueño de una esfera privada sobre la cual el Estado carece de control alguno y donde se construye su posición social. Es por ello, que en un Estado de Derecho la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida, según entiende el autor, para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya perturbadores. Y una acción sólo será perturbadora, motivando una investigación del aspecto subjetivo, cuando escape a la capacidad de organización del autor(8).

### **UNA CONCLUSIÓN A FAVOR DEL ESTADO DE DERECHO. PALABRAS ÚLTIMAS.**

En primer lugar, es necesario poner en discusión la tesis que sostiene que las causas de la adicción son de origen múltiple y que la sola forma de atacarla es mediante la corrección de las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea, descreyendo de la incriminación del toxicómano como ayuda e inclinándose, por el contrario, por sistemas que impongan los tratamientos de desintoxicación como opción. Urge a la sociedad toda poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento del adicto, desoyendo la política global sobre drogas que se ha venido imponiendo sin mostrar ningún resultado satisfactorio.

Desconocer los fundamentos de aquellos que justifican la punibilidad de la tenencia de drogas para uso personal no implica, de modo alguno, dejar librado al adicto a la suerte del destino, sino por el contrario, se orienta a fundar la ilegitimidad del castigo en normas de nuestro derecho constitucional y a enfocar el problema desde una óptica distinta que la de años anteriores, pensando al toxicómano como un fin en si mismo y no, tal como se ha venido sosteniendo, como un medio para lograr el castigo de los grandes distribuidores que, como podemos observar diariamente, poseen un adiestramiento impecable en el noble juego infantil de la escondida, sea por mérito propio o por mérito de aquel encargado de la aventura de la búsqueda.

Finalmente, debemos pronunciarnos sobre la crisis que, entiendo, existe entre la garantía consagrada en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional y la ley 23.737 que castiga la tenencia de drogas para consumo personal.

En primer término, entiendo que el análisis debe estar centrado en destacar el valor prioritario de la persona que el modelo constitucional de 1853, por medio de la garantía señalada, a ésta le asigna.

Como bien nos recuerda Zaffaroni, “el principio de que todo hombre es persona implica que cualquier hombre, sin distinción de ningún género, por el mero hecho de ser hombre, por negativas que sean sus condiciones sociales, por rudimentaria que sea su instrucción, por humilde que sea su inserción social, sea cual fuere su sexo, religión, convicciones o color de piel, tiene una dignidad señalizante y diferencial que proviene de su conciencia moral para decidir acerca de lo bueno y de lo malo”(t). Este respeto, señalado con autoridad por el autor argentino, obedece a la condición de persona de todo individuo, dándole la trascendencia necesaria a la fórmula constitucional del artículo 19, que, reiteramos, define el Estado elegido por nuestros constituyentes.

Esta aseveración no indica que nuestra Constitución considere al consumo de estupefacientes como derecho fundamental. El derecho innegable que se tutela en nuestra Carta Magna es el derecho a elegir, el derecho a ejercer mi autonomía moral, recordando, como se señaló oportunamente, que el derecho no es moral o, como lo recuerdan las saludables palabras de Radbruch, el derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral.

Como bien puntualiza parte de nuestra doctrina, “la Constitución no ampara la degradación, pero tutela el derecho a elegir el perfeccionamiento, conforme a lo que la conciencia moral de cada hombre indique. Nadie puede decir que la Constitución garantiza mi derecho a alcoholizarme en privado, el derecho de mi vecina a practicar el coito rectal, el de la mujer de la esquina a tener tres amantes que la mantienen, el de un amigo soltero a tener relaciones con cuatro mujeres solteras o viudas y el del matrimonio jubilado de la otra cuadra

a coleccionar libros pornográficos y leerlos con sus visitas a la hora del té. Nadie puede decir seriamente que son derechos fundamentales consagrados por la Constitución. El derecho sostenido por nuestra Carta Fundamental, base de todos los otros por ser inescindible del concepto de hombre como persona, es el derecho a decidir conforme a su propia conciencia moral”, su derecho a ser diferente, *the right to be different*.

Por otra parte, no puede sostenerse seriamente para apoyar la penalización de la tenencia de drogas para uso personal que la reiteración de una conducta, al generar un daño en la sociedad, quede exenta del ámbito consagrado por el principio de acto. Desde temprano se enseña que la responsabilidad penal es eminentemente personal, emanada del principio de personalidad de las penas, de lo cual se desprende que la pena sólo es la respuesta a una conducta propia del individuo contraria a la norma. Ir en contra de esta última afirmación nos llevaría a hablar de la cosificación del hombre propia de los lejanos positivimos, del empleo del hombre como cosa al servicio del sistema punitivo.

Más grave aún resulta el segundo argumento, que ignora el principio estudiado criminalizando cualquier conducta reservada al ámbito de la conciencia moral en pos del interés estatal. De este modo, recordando viejas preocupaciones de Feuerbach, se podrían prohibir las prácticas homosexuales entre adultos porque ponen en peligro la permanencia de la especie humana. No hace falta demasiada inteligencia para advertir las consecuencias que argumentos como éste podrían traer a nuestra sociedad: sombrías razones de seguridad nacional o, como vimos en algún fallo poco alegre, de supervivencia de la Nación, justificarían los más crudos totalitarismos, de los cuales nuestras tierras sudamericanas tienen vasta experiencia.

Debemos reiterar que la referida norma impone claros límites a la actividad legislativa, consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18 de nuestra Carta Fundamental, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse de acuerdo a los datos de la común experiencia no se justifica frente a la norma del artículo 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito o la difusión pública de su uso. De lo contrario, como vimos, se desconocería que la responsabilidad penal es sólo personal, haciendo trizas el ámbito que deja a resguardo el principio penal liberal de acto.

Me aparto de estas líneas con una modesta reflexión. Nuestro país ha vivido momentos difíciles donde se olvidó por mucho tiempo de mirar su Constitución y, dentro de ella, el principio de reserva. Alguien podría advertirnos que esto fue motivado por un excesivo apego a una de las reglas básicas de la ley de tránsito, como es *darle prioridad a quien transita por la derecha*. A esta sugerencia no cabe más que mostrarle una risa preocupada, pues como sabemos, y nos recuerda aquel personaje de Bertolt Brecht, *wir bereiten seinen nächsten Irrtum vor*.

A pesar de ello, por suerte los tiempos van cambiando, y parece ser la hora propicia para desempolvar viejas garantías y traerlas al ruedo, aunque sospechemos de nuestras ilusiones de éxito.

#### Notas

(1) Los proyectos fueron presentados por la senadora Diana Conti y por los diputados Jorge Rivas, Nilda Garré, Héctor Polino, Marcela Rodríguez, Alicia Castro, Patricia Walsh y Aldo Neri entre otros, en Senadores y Diputados respectivamente. En ambos proyectos se sustituye el último párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, estableciéndose que 'cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para uso personal, el hecho no será punible'. Asimismo, se derogan los artículos 17, 18, 21 y 22 de la misma ley, circunstancia que lleva a la modificación de los artículos 19 y 20, pues ambas normas remitían a los primeros dos preceptos eliminados. Finalmente, el proyecto de la senadora Conti prevé un supuesto de despenalización no contemplado por aquél introducido en la Cámara baja, como es la no punibilidad de la siembra o cultivo de plantas o semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación, cuando por su escasa cantidad surja inequívocamente que ella está destinada al uso personal.

(2) A comienzos de 1930, como respuesta a la ley 11.331, el tema exigió el primer fallo plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, donde, por cuatro votos contra tres, se impuso el criterio de no admitirse la excusa de uso personal de alcaloides por quien los posee. Debe destacarse que la camarista Luna de Olmos, que propugnaba la impunidad del hecho, sostuvo que la sanción para quienes con fines de uso puramente personal, y no de venta y difusión, poseen alcaloides, importa un ataque a la libertad personal que la Constitución consagra y garantiza en su artículo 19 (*González Antino, Fallos plenarios*, Tomo I, p. 60). Seamos melancólicos por unos instantes: fallo de principios del '30, donde todavía corrían aires de democracia por

nuestro país, eran desconocidas aún las botas que poblaron nuestra historia venidera y aquella célebre acordada de nuestro máximo Tribunal, que abrió paso a una legitimación que oscureció como pocas el futuro argentino; una porción de los porqué de nuestra historia como república.

(3) Esta norma agregó al último párrafo del art. 77 del Código Penal la definición de estupefaciente, denominando a ellos como ‘psicotrópicos y demás sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica...’. Asimismo, a modo de alerta y causa de nuestra situación actual, resulta interesante recordar que ese mismo año, mientras nuestro país se preparaba para vivir la época más triste de su historia, a pocas cuerdas, en el Uruguay, se despenalizaba la tenencia de estupefacientes para consumo personal mediante la ley 14.294, que en su artículo 31 establecía que ‘quedará exento de pena el que tuviera en su poder una cantidad mínima, destinada exclusivamente a su consumo personal’.

(4) Algún mal intencionado podría sospechar que en esta fecha tuvo lugar la primera relación carnal entre nuestro país y la nación del norte, de la que se extrajo como fruto la ley 23.737 sancionada tan sólo unos pocos meses después. Desde luego, y como corresponde a un país que sostiene el culto católico, apostólico y romano, la criatura fue bautizada a comienzos de los ‘90 con el nombre *Ernesto Montalvo*.

(5) A pesar de no ser el centro sobre el cual debe pasar este trabajo, pretendo llamar la atención sobre la escasa influencia que posee esta garantía en la actualidad con tan sólo algunas pocas palabras. Institutos como el de reincidencia (art. 50 C.P.), las pautas de determinación de la pena (art. 40/41 del CP), la condena de ejecución condicional (art. 27) y parte de las agravantes del homicidio (art. 80 inc. 4 y7) son tan sólo algunas de las disposiciones que contienen una formación discordante con el principio estudiado, pues su fundamento se centra en aquello que el principio de acto veda al Estado y los magistrados, el ámbito interno de la persona. Desde el momento que la reincidencia se basa en un agravamiento de pena por un mayor desprecio hacia el derecho del autor, o que el homicidio por placer, codicia, odio racial o religioso tan sólo se fundamenta en sentimientos internos de la persona, ello nos debe conducir, sin más, a considerarlos contrarios al espíritu del artículo 19 de la Constitución Nacional, que contiene un claro mensaje limitando la injerencia estatal sobre aquello que, en palabras de Jakobs, se encuentra *detrás de la piel del autor*. El espíritu del principio no debe estar limitado al puro acto interno de conciencia, pues de lo contrario se desvirtúa el alcance significativo que la norma pretende otorgar.

(6) La senadora Conti, en su proyecto de ley, nos recuerda con preocupación unas interesantes palabras del Dr. Alberto F. Garay dadas con motivo del cambio jurisprudencial de nuestra Corte Suprema en el fallo *Montalvo*. El autor nos llama la atención sobre el criterio esbozado en el voto de la mayoría, donde se sostiene que el hecho político del nombramiento de nuevos ministros legitimaría *per se* la revisión de la jurisprudencia establecida. Evoca el constitucionalista que expresiones como éstas sólo eran habituales cuando lo que se modificaba era la jurisprudencia establecida por jueces designados por gobiernos de facto, pero no tratándose de magistrados elegidos en épocas constitucionales. Sería interesante conocer el comportamiento que la legisladora, aún hoy en funciones y miembro del Consejo de la Magistratura, muestra respecto de ciertos fallos de la Corte, que no se condicen con las palabras del constitucionalista, de lo cual podrá saberse si aquella se trataba de una *preocupación de autor o de acto*.

(7) **Fallos López** (CNCP, Sala II, 20/6/1995), **Cejas** (CNCP, Sala IV, 18/5/1996), **Echaide** (CNCP, Sala I, 8/5/1997) y **Silvera Silva** (CNCP, Sala III, 5/5/1997). Más allá de la preocupación que, reiteramos, fallos como éstos nos hacen sentir, mayor es aún nuestra infeliz sorpresa ante un voto de la Dra. Durañona y Vedia, integrante de la Sala IV de la CNCP, uno de cuyos párrafos reproduciré en estas páginas pues, entiendo, merece atención: “Al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para uso personal el legislador lo hizo sin distinciones en cuanto a la cantidad, dado que al tratarse de un delito de peligro abstracto, cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, la salud pública y hasta *la misma supervivencia de la Nación*, criterio que deja atrás toda discusión acerca de la legitimidad de la represión a la tenencia de escasas dosis de estupefacientes (la bastardilla me pertenece) (**Nieto**, CNCP, Sala IV, 5/6/2003). Que un niño humilde que se encuentra sentado solo, en la esquina de una plaza y fumando marihuana, ponga en peligro la supervivencia de la Nación, habla de un Estado tan frágil como un castillo de naipes o de una ignorancia mal intencionada.

(8) Es pertinente arrojar alguna palabra sobre el contenido que el autor le da a esta pregunta por lo interno. En un primer momento, Jakobs juzgaba que ‘sólo en la medida en que sea reconocible una arrogación actual de una organización ajena, resulta legítimo preguntar al autor cómo llegó a esta conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores internos’ (**Estudios**, p. 307). Algunos años después esta posición se profundizaría, y buscaría en la pregunta por lo interno del autor un fundamento para su liberación: ‘Esto no excluye retrotraer un delito exteriorizado hasta lo interno del autor, pero ello no debe llevarse a cabo para encontrar lo delictivo en lo interno, sino para verificar si el delito ocurrido también pertenece internamente al autor, o si se lo puede distanciar al menos internamente en todo o en parte, es decir, si se lo puede liberar de responsabilidad’ (**Derecho Penal**, p. 853). Con ello, el autor alemán nos conduce

a interpretar que la búsqueda del porqué en el ámbito interno debe estar orientada no a encontrar una conducta adecuada a un contexto subjetivo, sino a respondernos si una conducta externa permite hacer responsable al autor de su contexto interno. ¿Cómo afecta esto al principio de acto? La aplicación de esta garantía a la conducta del ciudadano nos lleva a concluir, según los dichos de Jakobs, que sólo un acto de exteriorización que perturba permite la pregunta por el contexto interno, pero siempre orientando la búsqueda hacia la liberación del autor, y de ningún modo a su agravamiento.

## **Bibliografía**

- (a) En este sentido, encontramos las acertadas palabras de **Montesquieu**: ‘Es preciso que el pensamiento vaya unido a algún género de acción’; ‘Las leyes sólo se encargan de castigar las acciones exteriores’, en *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro Vega, Altaya, Barcelona, 1993, libro XII, cap. XI.
- (b) **Luigi Ferrajoli**, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traductores varios, Trotta, Madrid, 1995, p. 481.
- (c) **Johann Fichte**, *Reivindicación de la libertad de pensamiento*, trad. de Manuel Pasco, Ediciones Latinoamericanas, Buenos Aires, 1994, p. 134 y ss.
- (d) **Wilhelm Humboldt**, *Teoría del Estado*, trad. de Carla Noriega y Francisco Córdoba, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 64.
- (e) **John Stuart Mill**, *Sobre la libertad*, trad. de Natalia Rodríguez Salmones, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 65.
- (f) **Jean Jacques Rousseau**, *El contrato social*, trad. de Leticia Halperín Donghi, Losada, Buenos Aires, 2003. De aquí parecieran partir las ideas de la filosofía política republicana, que afirma la necesidad de dejar de lado el principio liberal de la neutralidad moral del Estado, debiendo reafirmar la educación en la virtud y comprometerse en la transmisión de ciertos valores cívicos elementales (**Roberto Gargarella**, *Los desafíos republicanos a la represión penal*, inédito, p. 6).
- (g) **Arturo Enrique Sampay**, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, p. 20.
- (h) **Lamennais**, *Essai sur l’indifférence in matière de religion* en **Miguel de Unamuno**, *Del sentimiento trágico de la vida*, últimas páginas.
- (i) LL, 1991, C, 80
- (j) **José Manuel Estrada**, *Curso de derecho constitucional*, Tomo I, Ed. Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, p. 306.
- (k) **Eugenia Raúl Zaffaroni**, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 56.
- (l) **Héctor Mario Magariños**, *Reincidencia y Constitución Nacional, El resabio de un modelo peligroso de Derecho Penal*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nro. 7, Buenos Aires, 1997, p. 97.
- (m) **Marcelo A. Sancinetti**, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Madrid, 1995, p. 41.
- (n) **Claus Roxin**, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, trad. de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, 1997, p. 176.
- (o) **Winfried Hassemer**, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 277.
- (p) **Günther Jakobs**, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 218. También, del mismo autor, *Estudios de Derecho Penal. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Civitas, Madrid, 1999, p. 297.
- (q) **Raúl Eugenio Zaffaroni**, *Tenencia de tóxicos prohibidos*, JA, 1986, IV, p. 238 y ss.