

Tema III: Cuestiones de Política Criminal en la legislación penal.

Título: “Reflexiones sobre la legitimidad constitucional de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.”

Autor: Isidoro Sassón

Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra “B” de Derecho Penal Parte General de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Domicilio: Catamarca n° 1189 de la ciudad de Corrientes. CP. 3400.

Teléfono: 03783-436298.

E-mail: i_sasson25@hotmail.com

SÍNTESIS

El art. 14 - segunda parte - de la Ley 23.737 penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

El debate referido a su legitimidad constitucional, cuestión sobre la que se ha manifestado la jurisprudencia en uno y en otro sentido, permite determinar el alcance que se le reconoce a la regla prevista en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional.

Sostener la ilegitimidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no implica desconocer o minimizar el drama que encierra su consumo.

Lo trascendente del art. 19 está en reconocer un ámbito dentro del cual queda absolutamente excluida la intervención del poder estatal y en el que de la misma forma se garantiza la soberanía de la decisión personal.

La garantía del art. 19 no está en reconocer un ámbito de intimidad, en el sentido que los pensamientos o conductas no percibidas por terceros no puedan ser penalizadas, sino en el reconocimiento del derecho a la autonomía moral y por lo tanto en limitar el poder estatal para imponer modelos de virtud personal.

Considerar que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal apunta a proteger a la salud pública es una idea que desconoce que, al ser el consumo un comportamiento autolesivo, sin proyección hacia terceros, no tiene entidad para poner en peligro la salud de las personas en general.

Existen por lo menos tres clases de argumentos para intentar justificar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el perfeccionista, el paternalista y el de la defensa social.

El perfeccionismo pretende legitimar el castigo por entender que la auto-degradación moral del individuo autoriza la intervención del Estado al ser uno de sus objetivos la promoción de comportamientos moralmente valiosos.

Esta idea importa desconocer que el art. 19 de la Constitución Nacional cuando distingue entre la moral pública y privada - como dice Sancinetti - garantiza, que la legitimidad de la norma penal está supeditada a que no se pretenda proteger un bien que se defina por la exclusiva moralidad del individuo.

El paternalismo intenta justificar la penalización, por la protección de los daños físicos y deterioros psíquicos que causa al adicto el consumo.

Los argumentos paternalistas son contrarios a la filosofía liberal que sólo justifica la intervención del estado cuando se afecta un interés de tercero.

El art. 19 de la Constitución Nacional garantiza que los comportamientos autolesivos quedan excluidos del poder punitivo del Estado al exigir que la conducta tenga proyección intersubjetiva por distinguir, la ética privada de las personas, cuya transgresión queda reservada al juicio de Dios y la ética colectiva, en la que aparecen custodiados bienes e intereses de terceros y a cuya protección se dirigen el orden y la moral pública, y como mecanismo tendente a evitar en última instancia la imposición de modelos de virtud personal.

El argumento de la defensa social pretende legitimar la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal por los efectos nocivos que tiene para la sociedad.

Que los estupefacientes tengan entidad para dañar o poner en peligro la salud de las personas, no significa que quien los consume ponga en riesgo la salud pública.

Al no haber en el consumo proyección hacia terceros, tampoco, el peligro que caracteriza al tóxico tiene posibilidades de expansión.

El argumento de la defensa social también fracasa en su intento de legitimar el castigo por el hecho de que el valor primario que se pretende tutelar no puede ser definido como un interés vital para la sociedad sin caer en la imposición de modelos de virtud personal

I. Introducción.

El debate referido a la legitimidad constitucional de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no es nuevo en la doctrina ni en la jurisprudencia de nuestro país.

Por el contrario, tanto una como otra, han tenido la oportunidad de manifestarse en uno y en otro sentido.

Sin embargo, entiendo, su discusión no ha perdido actualidad no sólo por el flagelo que en sí mismo constituye la adicción sino y fundamentalmente, porque detrás de la respuesta que se dé a este interrogante está el alcance que se reconoce a la regla prevista en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional.(1)

Y en este sentido, lo que no debería perderse de vista es que, las conclusiones que se adopten en esta materia deberían ser transferibles a conductas que podrían ser definidas como análogas a las que aquí se trata pero que no cuentan con el prejuicio que caracteriza al consumo de estupefacientes o que muchas veces, incluso, por el contrario, tienen la anuencia estatal.

Está fuera del marco de la discusión el drama que en sí constituye el consumo de estupefacientes.

Ni la opinión de aquellos que consideran que el Estado carece de potestad para penalizar este comportamiento ni las decisiones judiciales que acompañaron estas ideas desconocen esta circunstancia ni pretenden minimizarla.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2), ya en el año 1986, hacía referencia a que aproximadamente 300.000 personas consumían estupefacientes en el país.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar en la causa Bazterrica (3), puso de manifiesto entre sus considerandos la magnitud del problema de la drogadicción, destacando la deletérea influencia de la creciente difusión de tóxicos en el mundo entero.

Si a esto se le suma que la adicción constituye un fenómeno que afecta a la familia del adicto, considero que no resulta exagerado referirse al drama que encierra el consumo de estupefacientes.

Pero tampoco se puede desconocer que la ingesta excesiva de alcohol puede provocar problemas equivalentes, o en algunos casos incluso mayores, al consumo de drogas, o que la adicción al tabaco puede producir efectos más nocivos para la salud de la persona que la que pueden generar ciertos tóxicos, si se tiene en consideración, como recuerda Jaime E. Malamud Goti (4) la diferente adicción y efectos sobre la consciencia que producen por ejemplo la coca, la marihuana y la heroína.

La tenencia de estupefacientes para consumo personal se constituye entonces en una buena razón para discutir hasta dónde, la Constitución Nacional, tolera la intromisión del poder estatal en la libertad de decisión personal.

La ecuación poder - libertad encuentra aquí, quizás, la manifestación más trascendente para un Estado de Derecho por cuanto ya no se trata, como ocurre por ejemplo con la garantía de la *lex praevia* (art. 18 CN (5)), de la necesidad de que la conducta sea previamente definida para que pueda ser objeto de castigo, garantizándose de este modo el cálculo de las consecuencias de los comportamientos realizados y de la objetividad de la aplicación de la ley, es decir, excluida de la impresión que causan los

hechos una vez ocurridos sino, de la circunstancia, de que existen conductas que directamente no pueden ser penadas.

Esto marca que el Estatuto Fundamental de la Nación reconoce un ámbito dentro del cual queda absolutamente excluido el poder estatal y en el que a su vez, de la misma forma, se garantiza la soberanía de la decisión personal.

II. Análisis de algunas de las opiniones expuestas por la doctrina y de los precedentes jurisprudenciales.

Aludía acerca de que, en la doctrina nacional, se encuentran voces en uno y en otro sentido.

Y así como, entre la de quienes consideran ilegítima la tipificación de esta clase de conductas, se destaca la de Eugenio Raúl Zaffaroni (6), especialmente significativa, es la de Ricardo C. Núñez(7) cuando hay que referirse a quienes consideran admisible constitucionalmente la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Se percibe aquí que las diferentes opiniones se encuentran incluso entre teóricos cuyo respeto a las libertades individuales, como garantías frente al poder punitivo del estado, difícilmente fuesen puestas en duda por parte de la mayoría de aquellos que se dedican al estudio de las leyes penales.

Señala Zaffaroni que el art. 19 de la Constitución Nacional no habilita a pensar en el reconocimiento del derecho a consumir estupefacientes.

Lo que la Constitución garantiza, es el derecho a la autonomía moral, y por lo tanto, a elegir modelos de conductas.

En el reconocimiento de este derecho, está incito el reconocimiento del hombre como persona, por cuanto, esta condición demanda la posibilidad de elegir de conformidad a la propia consciencia moral.

No se trata de garantizar un derecho a la auto-degradación, sino, de no imponer modelos de virtud personal al pretender su evitación..

Por su parte, Núñez, entiende que cuando el art. 19 se refiere a la moral pública, a la par del orden público, pretende fijar que tanto las valoraciones morales del grupo social como los actos que no ofenden el orden material, quedan exentos de la autoridad de los magistrados.

En el caso de estupefacientes para consumo personal, entiende, lo relevante es la dañosidad material para el número indeterminado de personas que consumen, agregando: " ... *si de la mala costumbre del vicioso que tiene el estupefaciente en privado y que lo consume en privado en forma individual y aislada,*

podría hablarse de un acto exterior sin trascendencia social, esta se produce, y en muy alto grado, cuando el consumo se mira, según debe mirarse, como el hecho total correspondiente a los tenedores - consumidores en general; entonces es posible considerar el hecho como dañoso o peligroso para la salud pública, que es un bien que la ley debe resguardar. ... La ciencia del derecho penal liberal considera incompatible con una razonable libertad de las personas, su castigo en razón de actos de disposición o de daño de su propia persona. ... Siguiendo este camino se ha dicho que la represión de la tenencia de estupefacientes para uso personal propio es inadmisibles, porque es una tentativa de autolesión. Esa tesis negativa sería aceptable si la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal se reprime a título de delito contra las personas. No lo es, sin embargo, si el castigo resguarda la salud pública"(8).

No resulta suficientemente claro Ricardo Núñez respecto de lo que pretende transmitir cuando se refiere a que el consumo debe mirarse como el hecho total correspondiente a los tenedores - consumidores en general, pero, aun así, entiendo que la circunstancia de que se defina a este comportamiento como un delito contra la salud pública no puede tener el efecto de legitimar constitucionalmente la prohibición de la conducta.

Creo que nadie estaría dispuesto a sostener que sería legítimo prohibir el consumo excesivo de alcohol de personas adultas, si este hecho fuese definido como un delito contra la salud pública.

Pero si se entendiese que el bien jurídico objeto de tutela es la salud pública, de todos modos habría que interrogarse, ¿ cómo podría un hecho que en su individualidad no tiene capacidad de poner en peligro bienes de terceros, adquirirla si se lo percibe como un hecho total. ?.

La suma de todos los comportamientos individuales no puede dar como resultado una capacidad diferente.

Cuando el Código Penal castiga la propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa (9), tipifica conductas que en sí resulten aptas para transmitir la enfermedad creando el peligro común de su diseminación.

Por lo tanto, por más que se reitere un comportamiento, si este no tiene características peligrosas, no la puede adquirir por su reiteración; del mismo modo, si resulta peligroso, conserva esta cualidad, aun cuando no se la reitere.

Si en este caso la penalización resulta legítima se debe a que, la conducta, se define a sí como peligrosa con posibilidades de extenderse hacia terceros.

Cuando se sostiene que el consumo de estupefacientes constituye una tentativa de penalizar un comportamiento autolesivo, se pretende señalar que, esta acción no entraña ninguna característica peligrosa para la salud de las personas.

Por lo tanto, independientemente de cuál sea el bien jurídico que se pretenda tutelar, al no tener proyección hacia terceros, el consumo, se transforma en autolesivo.

Bajo la vigencia de la ley 11.331, que incorporó al texto del art. 204 del CP la figura por la cual se penalizaba a quien " *no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia* ", la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo en el plenario "González, Antonio" (1930), que el uso personal de alcaloides no constituye una razón que justifique su tenencia.

Sin embargo, ya en el voto de la minoría, se marca que el sentido de la ley no puede estar dado por la penalización de quienes tienen en su poder drogas con el fin exclusivo de su uso personal porque esto importaría un ataque a la libertad reconocida por el art. 19 de la Constitución Nacional. (Voto del Dr. Luna Olmos).

La doctrina "González, Antonio" fue ratificada en el año 1966 por el plenario " Terán de Ibarra, Asunción".

La mayoría legitimó la penalización del comportamiento sobre la base de disímiles argumentos. Se refirió al peligro que la conducta importa para los bienes protegidos, a la imposibilidad de convalidar un vicio que es considerado por la sociedad como disvalioso, a que existen excepciones a la regla general de que la autolesión no es punible, a la prevalencia que la salud pública tiene sobre el interés individual.

Pero la corrección de estos argumentos sólo puede ser establecida sobre la base del contenido que se le reconozca al art. 19 de la Constitución Nacional.

Y esta es la premisa que se omite en todos los casos, olvidándose de este modo que lo sustancial pasa, primero, por establecer el sentido de la regla constitucional para, posteriormente, responder acerca de si - en conductas como las que se analiza - opera algún peligro para bienes de terceros, si resulta legítimo convalidar la pena de conductas que expresen un demérito personal por el disvalor que le acuerde la sociedad, si la Constitución admite excepciones a la regla de la imposibilidad de penalizar los comportamientos autolesivos o si en estos casos opera en realidad un conflicto entre la salud pública y el interés particular.

Tanto la doctrina sentada en el plenario "González, Antonio" como la impartida en "Terán de Ibarra, Asunción", al omitir definir el alcance que tiene el art. 19 de la Constitución Nacional privan del instrumento conceptual sobre el que hay que determinar la validez de las conclusiones.

No es razón para sostener la invalidez constitucional de la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal la desincriminación que se realizó en el año 1968 a través de la ley 17.567.

Esto último tan sólo marca un criterio de política criminal que se manifiesta en el hecho de excluir a estos conflictos del sistema penal.

Pero el núcleo de lo que se debe debatir pasa por responder si este conflicto podría ser tratado por la ley penal, es decir, si el poder estatal puede intervenir mediante el uso de la pena en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Claro está que esta pregunta surge sólo en el caso que el legislador penalice la conducta, pero que no la incrimine no dice nada respecto de que no pueda hacerlo.

De hecho el interrogante sigue vigente porque, luego de ser declarada la ley 17.567 ineficaz por la ley 20.509, en 1.974 se sancionó la ley 20.771 que reprimió la conducta de quien tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieren destinados a su uso personal, penalización que mantiene la ley vigente 23.737 (art. 14 segunda parte(10)).

Pero entiendo que resulta pertinente remarcar que, más allá de la criminalización de la conducta, lo que sustancialmente está aquí en juego es, hasta dónde, el Estado puede exigir a las personas la realización de determinados comportamientos.

Si la tenencia de estupefacientes no fuese definida como un delito, pero el Estado ordenase que todos los adictos se sometan obligatoriamente a un tratamiento curativo, la legitimidad constitucional de esta hipotética norma podría ser cuestionada de la misma forma que se discute la aplicación de una pena.

Ante un supuesto de esta especie, independientemente de la naturaleza que tenga esta medida curativa, seguiría vigente el debate referido a si, el Estado, puede obligar la realización de tratamientos curativos con relación a conductas que quedan exentas de la autoridad de los magistrados.

Bajo la vigencia de la ley 20.771, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expidió - con distintas composiciones - sobre la validez e invalidez constitucional de la regla legal señalada.

La legitimidad constitucional fue sentenciada en la causa "Colavini, Ariel O" (1978) (11), en la que no se expusieron argumentos sustancialmente diferentes a los que se sostuvieron en los plenarios "González, Antonio" y " Terán de Ibarra, Asunción".

En esta oportunidad, el Procurador General de la Nación, entre otros argumentos, intentó legitimar la penalización de la conducta tanto, en la posibilidad que la propagación del vicio genere un peligro para el bienestar y la seguridad general como, en la influencia negativa que tiene en los individuos, en la economía de la nación y en la perjudicial incidencia que produce sobre la delincuencia tanto común como subversiva, deduciendo, a partir de aquí, que los gobiernos deben instrumentar todos los medios idóneos para combatir el consumo de estupefacientes.

Por el contrario, la invalidez constitucional de la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal, fue decidida en la causa " Bazterrica, Gustavo M" (1986).

Aquí el Máximo Tribunal de la Nación, con meridiana claridad, marcó el sentido y alcance del art. 19 de la Constitución Nacional, afianzando el valor de esta disposición como garantía destinada a establecer límites al poder punitivo del estado.

Sostuvo la Corte Suprema - en el voto de la mayoría - que conviene distinguir la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes e intereses de terceros; precisamente a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistente en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida esta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquéllas que no ofenden al orden o a 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.

Precisa este fallo que la garantía que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional está en la prohibición de criminalizar comportamientos que, independientemente de que sean o no percibidos por parte de terceros, por no tener proyección intersubjetiva deban ser definidos como autolesivos.

La Corte Suprema de la Nación, en el año 1990, con una nueva integración, y estando vigente la ley 23.737, volvió a la doctrina establecida en la causa "Colavini, Ariel O" al decidir en in re "Montalvo, Ernesto A (12)."

En su dictamen, el entonces Procurador General Dr. Oscar E. Roger, volvió a argumentar la legitimidad del castigo sobre la base de la tutela a la salud pública señalando, que al haber el legislador tipificado el delito como una figura de peligro abstracto demuestra la especial jerarquía asignada al bien jurídico protegido, extendiendo su defensa a situaciones en las que sólo interesa la mera probabilidad de un riesgo.

Consideró a su vez que el consumo de estupefacientes de ningún modo puede ser percibido como la manifestación de un derecho de los particulares incluidos entre los que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional, por entender que el sometimiento de los hombres a situaciones que terminan por conducirlo al vicio y a su autodestrucción no pueden ser entendidos como un derecho fundamental no susceptible de ceder ante el interés general, al no ser estas conductas propias de la dignidad ni de la condición humana.

Por su parte, en el voto de la mayoría, la Corte Suprema señaló que basta con que la conducta de algún modo cierto y ponderable pueda perjudicar a terceros para que se encuentre sujeta a la autoridad de los magistrados.

Entendió, que en una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su intimidad, sino que se exteriorizan en acciones, porque es claro que no hay intimidad ni privacidad si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un terceros, añadiendo, que si bien se ha tratado de resguardar la salud pública como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad,

de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda.

III. Discusión de los argumentos que pretenden legitimar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Enseña Carlos Santiago Nino (13) que existen por lo menos tres argumentos para intentar justificar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el perfeccionista, el paternalista y el de la defensa social.

Estos argumentos se entremezclan cuando se pretende defender la legitimidad de la penalización de estupefacientes para consumo personal.

Paso ahora a considerar si son suficientes para justificar el castigo ante la regla prescripta en el art. 19 de la Constitución Nacional.

El perfeccionismo pretende legitimar el castigo sobre la premisa de que la auto-degradación moral del individuo autoriza la intervención del Estado por el hecho de que constituye uno de sus objetivos promover comportamientos moralmente valiosos.

Se podría sostener que hay en esta afirmación algo de verdad.

Si se observan las leyes penales en general, se puede percibir que las conductas reprimidas importan, también, una infracción moral.

No matar, no robar, constituyen también el cumplimiento de postulados morales.

Sin embargo considero que el error está en entender que, el objetivo del Estado de promover comportamientos moralmente valiosos, se identifica con la potestad de su imposición.

Cuando se penaliza al homicidio o al robo, el Estado, trata de motivar las conductas en reglas moralmente valiosas, sin embargo, si la sociedad se abstuviese de estos comportamientos, solamente, por el temor a la pena, es decir, aun cuando no se participase del valor moral que se fomenta, a pesar de ello, no cabría la posibilidad de imponer castigo alguno.

Si se acepta esta idea, es porque se toma como válido el postulado liberal por el que se diferencia "... las reglas morales que se refieren a nuestro comportamientos hacia los demás, (de) las pautas morales que definen modelos de virtud personal ..."(14)

Cuando se pretende legitimar el castigo de las conductas que puedan ser definidas como moralmente auto-degradantes, lo que queda de lado es esta distinción,

tomándose como único criterio de intervención del Estado la imposición de conductas que definen modelos de virtud personal.

No digo nada nuevo al sostener que esta es la premisa que caracteriza a los Estados autoritarios.

Cuando la Constitución Nacional garantiza la existencia de conductas exentas del poder punitivo estatal, está garantizando la existencia de un Estado democrático de Derecho, que reconoce a la persona la libertad de disidir sobre la realización de conductas que - según sus propias perspectivas - puedan o no ser definidas como moralmente valiosas.

La garantía del art. 19 no está en reconocer un ámbito de intimidad, en el sentido de que los pensamientos o las conductas no percibidas por terceros no pueden ser penalizadas.

La regla que viene de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur* (15) y el art. 18 de la Constitución Nacional, al consagrar la inviolabilidad del domicilio y de los papales privados garantizan estos espacios.

Es un error limitar el alcance del art. 19 a la imposibilidad de penalizar los pensamientos.

La trascendencia que tiene esta regla constitucional queda totalmente menospreciada si se la interpreta de esa forma.

En realidad, constituiría una garantía cuyo contenido sería muy pobre si sólo protegiese a los ciudadanos de los pensamientos no exteriorizados.

El principio del *cogitationis poenam nemo patitur* no dice nada acerca de las conductas que no afectan expectativas de terceros, por que justamente se trata de una garantía establecida para aquellos casos en que, por falta de exteriorización de la voluntad, no se puede afirmar la existencia de un comportamiento del hombre.

El art. 19, por el contrario, parte de la premisa de la exteriorización de una voluntad, es decir, de la materialización de un comportamiento para garantizar, que no todas las acciones de los hombres realizadas en sociedad pueden quedar sometidas al control del Estado.

Se puede sostener que el art. 19 lleva implícita la regla de Ulpiano, debido a que si no es legítimo penalizar conductas auto-degradantes, tampoco, resulta factible castigar los pensamientos, por faltar el presupuesto mínimo que habilita la imposición de la pena, esto es la conducta del hombre.

Pero al garantizarse que los pensamientos no se penan, implícitamente, no se excluye a las conductas auto-degradantes del poder punitivo estatal, por que en este caso ya no se trata de buenos o malos pensamientos, sino de acciones de los hombres.

Cuando el art. 19 distingue la moral pública de la privada, lo que garantiza es que, " ... *la legitimidad de la norma penal está supeditada a que pretenda proteger un bien que no se defina por la exclusiva moralidad del individuo, ...*" (16)

Si esto no se acepta carece de sentido esta regla constitucional porque como en forma muy aguda interroga Nino, " ...*si sólo hubiera derecho a hacer lo que es puro y digno la norma del art. 19 sería inoperante (no habría acciones objetables que están "sólo reservadas a Dios"; todas estarían sujetas a la autoridad de los magistrados).*" (17).

El paternalismo, como expresión legislativa, se caracteriza por normas que protegen los intereses de las personas aun en contra de su voluntad.

Al tutelarse los bienes jurídicos, incluso, a costa de la voluntad de su titular, el paternalismo conduce a legitimar el castigo de las conductas autolesivas.

Pretende así justificar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal por la protección al individuo de los daños físicos y deterioros psíquicos que causa la adicción.

En el derecho argentino se encuentran normas de contenido paternalista e interpretaciones que se realizan de textos legales que, aun cuando no tengan explícitamente una estructura paternalista, se amplía su operatividad a partir de fundamentos de esta especie.

Las sanciones previstas para los contraventores que no cumplen con la obligación de conducir con el cinturón de seguridad o la penalización del abuso sexual cuando la persona fuese un menor de trece años independientemente del consentimiento que se haya dado para la realización del acto, son la expresión legislativa de normas de estricto contenido paternalista. (18)

Cuando se resta relevancia a la voluntad de la persona gravemente enferma y de este modo, se entiende, que no resulta legítima la eutanasia, y se considera a esta conducta como propia del delito de homicidio (19), se interpreta la ley a partir de fundamentos paternalistas. (20)

Los fundamentos paternalistas por regla no son compatibles con la filosofía liberal.

John Stuart Mill, desde esta perspectiva, justificaba la intervención estatal sólo en los casos que la conducta afectara intereses de terceros; por lo tanto, los comportamientos autolesivos, realizados por sujetos que comprendan debidamente la significación de su acto, no autorizaban la imposición de penas.

Se puede por lo tanto sostener que la legitimidad del castigo del abuso sexual cometido contra menores de trece años, aun cuando la conducta cuente con el consentimiento del menor no autoriza a concluir en la legitimidad de la pena de la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de personas adultas.

Tratándose de menores, entiendo que sería legítimo que el Estado, en atención a que no se han desarrollado intelectualmente por completo, preserve la incolumidad de un estado de cosas, como forma de garantizar, a la persona, su libre decisión cuando es adulto, es decir, exenta de toda clase de interferencias producidas con anterioridad.

A las personas adultas lo que se le debe garantizar es la posibilidad de elegir libremente, pero no resulta válido presumir que no es competente para optar por lo que más le conviene.

La definición del perjuicio a un tercero (art. 19 CN), no constituye una instancia que deba ser objetivamente valorada, su constitución, sólo puede ser establecida sobre bases subjetivas.

Esto significa que las conductas que no tengan proyección hacia terceros, sólo pueden ser definidas como lesivas por parte de quien las realiza.

Cuando la Corte Suprema en la causa Bazterrica considera que el art. 19 de la Constitución Nacional, excluye de la potestad punitiva del Estado los comportamientos que no tengan proyección intersubjetiva, lo que está preservado es la primacía de la persona para decidir si un comportamiento dirigido a sí mismo reviste o no el carácter de lesivo.

El art. 19 garantiza que el Estado podrá establecer mecanismos de coacción destinados a disuadir las conductas tendentes a frustrar las expectativas de terceros pero, también garantiza, que los comportamientos autolesivos quedan excluidos del poder punitivo estatal, como mecanismo tendente a evitar, en última instancia, la imposición de modelos de virtud personal.

Sin embargo entiende Nino(21) que un paternalismo dirigido a proteger intereses reales de las personas, es decir, aquellos que los individuos reconocen genuinamente como tales, resulta compatible con la concepción liberal de la sociedad porque, en este caso, el paternalismo, no se confunde con el perfeccionismo.

Si fuese factible para Nino aislar los casos que denomina de "debilidad de voluntad", es decir, supuestos en los que la persona valora el interés protegido, pero no logra de todos modos evitar las conductas que lo dañan o colocan en peligro, la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sería legítima, por cuanto, la pena, constituiría un mecanismo de prevención destinado a fortalecer la voluntad del sujeto.

Supóngase que resulte factible distinguir los casos de " debilidad de voluntad" de los que habla Nino, de todos modos no creo que se pueda legitimar la pena.

La legitimidad del poder punitivo del estado no está condicionada a que exista un reconocimiento individual de los intereses como verdaderamente genuinos.

Lo que condiciona la legitimidad del castigo es que la prohibición esté dirigida a evitar conductas con proyección hacia intereses de terceros, es decir, comportamientos capaces de frustrar las expectativas de los hombre en sociedad.

Aun cuando el interés sea reconocido como legítimo, si la conducta no tiene entidad para frustrar los intereses de otro, la pena, no resulta legítima por no frustrar las expectativas de la posibilidad de su realización.

Es decir, incluso en el caso de que el adicto valore sustancialmente su integridad psicofísica, la pena no será legítima por no poner en peligro el interés de un tercero.

Del mismo modo, si un determinado objeto de bien jurídico carece de valor para el individuo, esto no habilita a pensar que la pena, por la frustración de intereses ajenos, no será legítima.

Si el adicto, por el motivo que fuese, no considera valiosa su salud, esto no significa que no sea lícito castigar la inducción al consumo.

Entiendo que la amenaza de la pena cumple una función disuasiva y puede actuar como un mecanismo de prevención.

Pero solamente la pena puede estar dirigida a conductas con proyección intersubjetiva, es decir, no se puede prevenir, mediante la amenaza de la pena, conductas autolesivas, al ser este un ámbito excluido de la autoridad de los magistrados.

Tampoco resulta válido sostener que la legitimidad de la pena cuando se protege intereses de menores aun en contra de su voluntad tornaría lícita la criminalización si se encontrase un criterio para distinguir los casos de debilidad de voluntad.

En supuestos de esta especie, la pena, se legitima no por una debilidad de voluntad del menor, sino por una falta de desarrollo intelectual que no le permite comprender la significación del acto que consiente.

El fundamento de la prohibición en supuestos de esta especie, es evitar la posibilidad de que un adulto manipule a un menor en su provecho.

Es decir, aun cuando la persona sea de voluntad débil, si la conducta no frustra intereses de terceros, la pena no resulta legítima.

El argumento vinculado a la defensa social intenta legitimar el castigo de la tenencia de estupefacientes para consumo personal a partir de los efectos nocivos, que este comportamiento, tiene para la sociedad.

Se pretende de este modo convalidar la pena sobre la base de un perjuicio a terceros.

Es esta la idea que básicamente trasuntan los fallos (22) que legitiman la pena por entender que se pone en peligro la salud pública, como bien jurídico tutelado.

Se ha tratado de fortalecer este argumento remarcando que al penalizarse la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un delito de peligro abstracto, no resulta necesaria la existencia de un nexo de imputación entre la conducta y el resultado lesivo al objeto de bien jurídico tutelado, basta con la potencialidad dañosa que pueda tener la conducta respecto de la salud pública.

Cuando se tipifica a una conducta como un delito de peligro abstracto la pena tiene en consideración las características peligrosas de la acción.(23)

Pero para que la pena sea legítima, también aquí, el comportamiento debe tener proyección hacia terceros.

Que los estupefacientes tengan entidad para dañar o poner en peligro la salud de las personas, no significa que, quien los consume, ponga en riesgo la salud de las personas en general.

Debe distinguirse por lo tanto la acción peligrosa del peligro que en sí mismo caracteriza a la droga.

Que la droga genere un peligro para la salud no quiere decir que, quien la consume, ponga en riesgo la salud de las personas en general, porque, más allá del efecto nocivo que el tóxico pueda tener, al no haber en el consumo proyección hacia terceros, tampoco, el peligro que caracteriza al tóxico tiene posibilidades de expansión.

El error está en pretender defender la legitimidad de la pena a partir del riesgo que caracteriza al tóxico, no obstante que, la acción del consumo, por ser autolesiva no se proyecta hacia terceros.

El peligro para la salud pública debe provenir de la conducta y no de la sustancia en sí.

Pero los argumentos de la defensa social apuntan también a discutir que existan comportamientos que puedan ser definidos exclusivamente como autolesivos, en este sentido, los daños que causa la adicción, - se dice - determinan, una omisión, en el cumplimiento de los deberes que el adicto tiene para con terceros.

No se puede desconocer que la responsabilidad penal también puede fundarse en una omisión, de hecho, el Código Penal argentino (24) prevé comportamientos de esta especie.

Pero no creo que sea válido, a partir de aquí, concluir en el hecho de que en todo caso las conductas autolesivas constituyen la infracción a un deber de actuación que generan un perjuicio a terceros.

Entiendo que se debe diferenciar entre el deber de evitar un perjuicio a terceros, del deber de evitar conductas que impidan la actuación tendente a evitar la puesta en peligro de un bien jurídico.

Razones de solidaridad social o el deber de garantizar la incolumidad de un bien jurídico pueden habilitar la amenaza de una pena cuando se omite la acción idónea para evitar el resultado lesivo.

Pero esto no significa que toda persona deba omitir todas las conductas que por entrañar un riesgo o ser autolesivas eventualmente le impidan cumplir con un mandato de acción a favor de otros porque, de ser así, habría que entender que existe un deber general de mantenerse sano, lo que traería como consecuencia no sólo la legitimidad de la pena de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sino, la de un eventual tipo penal caracterizado por el hecho de que cada individuo no cuide su salud personal.

Resulta válido penalizar a la madre que al no amamantar a su hijo no evita su muerte, porque con su acción la podría haber evitado, del mismo resulta comprensible penalizar a la madre que consume un medicamento para dormirse y no estar lúcida cuando debe amamantarlo, debido a que en este caso se autoimposibilita para actuar cuando debe.

Pero en estos casos lo que se trata de garantizar es que el bien del tercero no sufra una lesión, incluso cuando se penaliza a la madre que consume pastillas para dormir para no tener que alimentar a su hijo, porque en este caso, la pena, tiene como fundamento no la autolesión que puede generar la ingesta de medicamentos sino, que la madre, se autolesiona para no salvar la vida del menor.

Concluir que en toda autolesión existe un perjuicio a terceros llevaría a una paralización de la dinámica social por el hecho de que habría que prohibir todo comportamiento que genere un mínimo riesgo de autopuesta en peligro.

Refiere Carlos Santiago Nino (25) que una alternativa a la conclusión de que no habría comportamientos que puedan ser definidos exclusivamente como autolesivos es interpretar al art. 19 como una causa de justificación.

Las causas de justificación constituyen autorizaciones para realizar comportamientos prohibidos.(26)

La existencia de un permiso tiene como presupuesto lógico una prohibición.

Carece de sentido pensar en la constitución de una causa de justificación cuando no existe una prohibición, por establecer la segunda parte del art. 19 de la Constitución Nacional que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Considero que se limita sustancialmente el valor y alcance que el art. 19 tiene si se lo interpreta como tipo permisivo.

La esencia de la garantía no está en autorizar en ciertos casos la realización de conductas prohibidas sino, en que constituye una prohibición para el Estado de intervenir mediante la amenaza de una pena cuando se trata de una conducta que no tenga potencialidad ofensiva respecto de terceros.

No se trata de garantizar un permiso de acción a los ciudadanos, sino de limitar la intervención del Estado cuando el comportamiento no tiene entidad intersubjetiva

Nino (27) discute los argumentos de la defensa social partiendo de la premisa de que el art. 19 de la Constitución Nacional, autoriza el castigo cuando se causa un perjuicio a terceros, intentando demostrar que cuando se vincula el perjuicio al contagio por la inducción a los que no son adictos o se relaciona a esta conducta con la comisión de ciertos delitos el error está en no advertir que, lo que debe ser objeto de pena es la inducción al consumo o, el delito que comete el adicto, conductas, distintas a las de consumo en sí.

Si bien entiendo que le asiste la razón a Nino cuando señala que no son equivalente las acciones de inducir y la de consumir y que, sin un adicto, comete un hurto bajo los efectos de la droga, el perjuicio a terceros esta dado por el hurto y no por el consumo de todos modos, considero, que, la legitimidad de las pena, no está condicionada por el hecho de la causación de un perjuicio, debido a que, el art. 19, al impedir que se criminalizen comportamientos definidos exclusivamente sobre la base de modelos de virtud personal, como señala Sancinetti (28), requiere que el valor primario que se tutela puede ser definido como un interés vital para la comunidad por lo que carece de sentido que para su protección se haya modificado un estado de cosas, basta con que las conductas creen un riesgo.

Si el argumento de la defensa social también fracasa en su intento de legitimar la pena de la tenencia de estupefacientes para consumo personal se debe al hecho de que el valor primario que se pretende tutelar no puede ser definido como interés vital para la sociedad sin caer en la imposición de modelos de virtud personal.

IV. Conclusiones.

El art. 14 - segunda parte - de la Ley 23.737 penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

El debate referido a su legitimidad constitucional, permite determinar el alcance que se le reconoce a la regla prevista en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional.

Sostener la ilegitimidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no implica desconocer o minimizar el drama que encierra su consumo.

Lo trascendente del art. 19 está en reconocer un ámbito dentro del cual queda absolutamente excluida la intervención del poder estatal y en el que de la misma forma se garantiza la soberanía de la decisión personal.

La garantía del art. 19 no está en reconocer un ámbito de intimidad, en el sentido que los pensamientos o conductas no percibidas por terceros no puedan ser penalizadas, sino en el reconocimiento del derecho a la autonomía moral y por lo tanto en limitar el poder estatal para imponer modelos de virtud personal.

Considerar que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal apunta a proteger a la salud pública es una idea que desconoce que, al ser el consumo un comportamiento autolesivo, sin proyección hacia terceros, no tiene entidad para poner en peligro la salud de las personas en general.

Existen por lo menos tres clases de argumentos para intentar justificar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el perfeccionista, el paternalista y el de la defensa social.

El perfeccionismo pretende legitimar el castigo por entender que la auto-degradación moral del individuo autoriza la intervención del Estado al ser uno de sus objetivos la promoción de comportamientos moralmente valiosos.

Esta idea importa desconocer que el art. 19 de la Constitución Nacional cuando distingue entre la moral pública y privada - como dice Sancinetti - garantiza, que la legitimidad de la norma penal está supeditada a que no se pretenda proteger un bien que se defina por la exclusiva moralidad del individuo.

El paternalismo intenta justificar la penalización, por la protección de los daños físicos y deterioros psíquicos que causa al adicto el consumo.

Los argumentos paternalistas son contrarios a la filosofía liberal que sólo justifica la intervención del estado cuando se afecta un interés de tercero.

El art. 19 de la Constitución Nacional garantiza que los comportamientos autolesivos quedan excluidos del poder punitivo del Estado al exigir que la conducta tenga proyección intersubjetiva por distinguir, la ética privada de las personas, cuya transgresión queda reservada al juicio de Dios y la ética colectiva, en la que aparecen custodiados bienes e intereses de terceros y a cuya protección se dirigen el orden y la moral pública, y como mecanismo tendente a evitar en última instancia la imposición de modelos de virtud personal.

El argumento de la defensa social pretende legitimar la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal por los efectos nocivos que tiene para la sociedad.

Que los estupefacientes tengan entidad para dañar o poner en peligro la salud de las personas, no significa que quien los consume ponga en riesgo la salud pública.

Al no haber en el consumo proyección hacia terceros, tampoco, el peligro que caracteriza al tóxico tiene posibilidades de expansión.

El argumento de la defensa social también fracasa en su intento de legitimar el castigo por el hecho de que el valor primario que se pretende tutelar no

puede ser definido como un interés vital para la sociedad sin caer en la imposición de modelos de virtud personal.

Notas al pie:

(1). “ *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.*”

(2). *Tenencia de tóxicos prohibidos*, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1986, pág. 236.

(3). Fallos, 308:1392.

(4). *La tenencia de estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo*, publicado en Doctrina Penal, año 2, 1979, pág. 859.

(5). “ *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

(6). *Tenencia de tóxicos prohibidos*, pág. 286.

(7). *¿ Es posible castigar la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal ?*, publicado en Doctrina Penal, año 2, 1979, pág. 257.

(8). *¿ Es posible castigar la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal ?*, págs. 261/262. Para Ricardo Núñez: “ *La inclusión de los delitos contra la salud pública entre los delitos contra la seguridad común, obedece al hecho de que, implicando atentados contra el bienestar físico de las personas, animales o vegetales en general, el objeto y el modo de la ofensa se adecua a lo que caracterizan los delitos contra la seguridad común*”. Es decir, generan un peligro para las personas en general. *Derecho Penal Argentino, Parte Especial, t.IV., Lerner, Córdoba, 1975, pág. 112.*

(9). Art. 202. “ *Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.*”.

(10). “ *La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y de más circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal*”.

(11). Fallos, 300:245.

(12). Fallos, 313:1393.

(13). *¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “ las acciones privadas de los hombres” ?*, publicado en Revista Jurídica La Ley, del 4 de octubre de 1979, pág. 743.

(14). Nino, *¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “ las acciones privadas de los hombres” ?*, pág. 747.

(15). Fr.18, *Digesto*, 48,19.

(16). Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 483.

(17). ¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”?, pág. 748.

(18). Art. 119 CP – primera parte – “ Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuere menor de trece años ...”. Al referirse a la conducta que tipifica esta figura señala Edgardo A. Donna, “ La criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo. La ley presume juris et de jure la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima, y por ende, la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto.” *Delitos Contra La Integridad Sexual*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, pág., 24.

(19). Art. 79 CP. “ Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena.”.

(20). Cf. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I., 8ª reimpresión total, TEA, Buenos Aires, 1978, pág. 330 y ss.

(21). ¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres.”?, pág. 750 y ss.

(22) CSJN, *Montalvo, Ernesto A.*, Fallos, 313:1393.

(23). Cf. Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal Parte General I*, traducción al castellano de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 78.

(24). Por ejemplo los art. 106 y 108.

(25). ¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”?, pág. 753.

(26). Cf. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 351 y ss.

(27). ¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “ las acciones privadas de los hombres”?, pág. 752 y ss.

(28) *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 483.

Bibliografía:

- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte general*, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Caballero, Ricardo Juan, *Justicia Criminal, Debates en la Corte Suprema*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991.
- Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ª edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Cornejo, Abel, *Los Delitos del Tráfico de Estupefacientes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991.

- Donna, Edgardo Alberto, *Delitos Contra la Integridad Sexual*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2000.
- Fontán Balestra, Carlos – Millán, Alberto S., *Las Reformas al Código Penal Ley N° 17.567*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, traducción del inglés y notas de Cristina Piña, Losada, Buenos Aires, 2002.
- Malamud Goti, Jaime, *La tenencia de estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo*, publicado en *Doctrina Penal*, año 2, 1979.
- Stratenwerth, Günter , *Derecho Penal Parte General I*, traducción al castellano de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.
- Nino, Carlos Santiago, *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de "las acciones privadas de los hombres"?*, publicado en *Revista Jurídica La Ley*, del 4 de octubre de 1979.
- Núñez, Ricardo C, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, t. VI, Lerner, Córdoba, 1975.
- *¿ Es posible castigar la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal ?*, publicado *Doctrina Penal*, año 2, 1979.
- Puricelli, José Luis, *Estupefacientes y Drogadicción*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
- Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, 3º edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- *Casos de Derecho penal Parte general I*, a edición reelaborada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, 8ª reimpresión total, TEA, Buenos Aires, 1978.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tenencia de tóxicos prohibidos*, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 1986.