



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**LA PERMISIBILIDAD O PROHIBICIÓN DEL CONSUMO Y LA
TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES EN LA REPÚBLICA
ARGENTINA**

**SU JUSTIFICACIÓN DESDE UNA CORRIENTE IDEOLÓGICA
PATERNALISTA**

Autor: Gastón Alejandro Toncovich

Legajo: 26209

Mentor: Martín Farrell

Victoria, Viernes 27 de septiembre de 2019

Las personas más bellas con las que me he encontrado son aquellas que han conocido la derrota, conocido el sufrimiento, conocido la lucha, conocido la pérdida, y han encontrado su forma de salir de las profundidades. Estas personas tienen una apreciación, una sensibilidad y una comprensión de la vida que los llena de compasión, humildad y una profunda inquietud amorosa.

La gente bella no surge de la nada.

Elisabeth Kubler-Ross

Agradecimientos

A mi **hermano Mladen** y a **mis padres** por haberme sabido esperar siempre con paciencia;

A **Ángel y Carla** por haber sido mis mejores médicos y haberme transmitido la pasión de vivir;

A todos los de **Las Barrancas** por convertirse en mi familia y mi hogar en Buenos Aires;

A todos los del **Cudes** por recibirme siempre con los brazos abiertos;

A mis **amigos de Buenos Aires** por ser mis hermanos del alma;

A mis **amigos de Salta** por haberme esperado en cada viaje;

A los **viñateros** por ser héroes sin capa en medio del mundo;

A la **comunidad de San Andrés** por haberme hecho lo que soy hoy, por su excelencia y calidad académica, por elevar mi espíritu;

A mis **donantes** que me permitieron convertir un sueño en realidad;

A mi gran mentor, **Martín**, por apoyarme en este proyecto;

Y por sobre todo, a **Dios** por mantenerme firme en la perseverancia, alegre en la esperanza y en la vida para poder sentir la alegría de concluir esta etapa.

Abstract

En un mundo en constante cambio en el que los valores que rigen a las sociedades van cambiando, la filosofía del derecho encuentra un nuevo campo de lucha entre dos corrientes filosóficas históricas: el paternalismo y el liberalismo. En este contexto, los valores esenciales de la comunidad son puestos en tela de juicio y comportamientos que antes eran considerados inmorales comienzan a “teñirse” de moralidad. En concreto, la tenencia y el consumo de estupefacientes se han transformado en un asunto de gran interés para los Estados que se ven forzados a adoptar una postura paternalista o liberal, dos ideologías que no pueden coexistir en ninguna comunidad política. De esta manera, la lucha liberalismo-paternalismo se vuelve, una vez más, relevante para la comunidad científica y para la filosofía del derecho.



Universidad de
San Andrés

Introducción

Las nuevas generaciones comenzaron a tomar como naturales costumbres o hábitos que durante el siglo XX resultaban impensadas o eran vistas como erróneas. Dentro de estas costumbres podemos mencionar el consumo de alcohol en exceso, la venta de órganos (práctica que está despenalizada, por ejemplo, en algunos países occidentales), el consumo de drogas duras, entre otras.

El liberalismo como corriente ideológica sostiene, de acuerdo con J.S. Mill, que cada individuo tiene derecho a actuar de acuerdo con su propia voluntad en tanto que sus acciones no perjudiquen o dañen a otros. Si la realización de una acción solo afecta directamente al individuo ejecutor entonces la sociedad no tiene derecho alguno a intervenir, incluso si cree que el ejecutor se está perjudicando a sí mismo. Esta ideología contribuyó a que todas estas conductas mencionadas en el párrafo anterior cobraran cada vez más relevancia en tanto se empezó a cuestionar si debía haber una intervención estatal en estos ámbitos. Los autores liberales tendieron a hacer cada vez mayor hincapié en la autonomía de la voluntad de las personas y cuestionaron la tendencia general de ver estos hábitos como disvaliosos.

Es importante distinguir semánticamente liberalismo de paternalismo, términos que son tomados desde una visión filosófica. El foco de la cuestión residirá en ver la aplicación de los fundamentos del liberalismo más radical en la sociedad. En este orden de ideas se va a considerar el liberalismo como una corriente ideológica que, en líneas generales, promueve la autonomía y la libertad de las personas y restringe sus actividades solamente poniendo como filtro la afectación a los terceros. Por su parte, el paternalismo es una corriente que defiende el intervencionismo del Estado y es de la idea de que los gobiernos pueden determinar las conductas valiosas y disvaliosas de las personas. Esto quiere decir que un gobierno paternalista aboga por el bienestar de una comunidad considerándolo como pleno de valores que pueden ser determinados por los legisladores. Evidentemente, estas dos corrientes colisionan y se repelen constantemente. De alguna forma, no hay posibilidad de coexistencia entre ambas.

Argentina es un país que se debate constantemente entre tener una mirada liberal o un abordaje paternalista. Coexisten en nuestra Constitución Nacional artículos de los más diversos, algunos con ideologías liberales y otros con una concepción conservadora. El artículo 19 del texto constitucional sostiene 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 (...)”. Este artículo es el que da pie a conflictos que giran en torno a las ideas liberales; en este sentido, como central la tensión entre la autonomía de la voluntad de las personas y la intervención estatal en ámbitos privados. Sin embargo, al dejar las acciones privadas de los hombres “solo reservadas a Dios” y al poner en juego la moral se plantea de nuevo una tensión y problema de prioridades entre el paternalismo y el liberalismo.

A lo largo de este trabajo el objeto de análisis será la tenencia y el consumo de estupefacientes, tema que en la Argentina no tuvo una opinión siempre lineal sino todo lo contrario. A la luz del mundo occidental es importante destacar que muchas de las prácticas que se mencionaron, como el comercio de órganos o el consumo de drogas, están totalmente permitidas. En ciertos países del mundo, como Australia, Singapur o Irán, hablar del comercio de órganos no resulta descabellado. En otros países, como en Estados Unidos, las leyes federales prohíben la venta de órganos. Sin embargo, el gobierno ha creado iniciativas para alentar la donación de órganos y para compensar a quienes donan libremente sus órganos. En 2004, el estado de Wisconsin comenzó a proporcionar deducciones fiscales a los donantes vivos. Para el liberalismo esto debería estar permitido en tanto forma parte de la decisión de las personas. Este ejemplo sirve para dejar claro que hay muchas prácticas o costumbres que para los argentinos resultan erradas de forma obvia cuando en realidad esto puede ser discutido.

En materia de tenencia y consumo de estupefacientes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto esta controversia en algunos *leading cases* a través de los años. Sin embargo, la postura nunca fue unánime ni se mantuvo en las diferentes resoluciones. El primer fallo en esta materia fue *Bazterrica y Capalbo* en 1986, oportunidad en que la Corte, en una decisión histórica, despenalizó la tenencia y el consumo de estupefacientes. No muchos años después, en 1990, la Corte tuvo otra oportunidad de pronunciarse al respecto en el fallo *Montalvo*. En esa ocasión los magistrados resolvieron dar marcha atrás con la decisión tomada en el '86 y volvieron a penalizar la tenencia y el consumo de estupefacientes. Finalmente, y luego de diecinueve años en el fallo *Arriola* (2009) se terminó despenalizando lo que en *Montalvo* se había vuelto a penalizar. Se puede ver que la composición de la Corte fue determinante en la resolución final de estos fallos.

Es en este contexto en el que cabe el análisis de este trabajo. Con el artículo 19 de la Constitución Nacional sumado a los fallos mencionados hay un universo que puede ser explorado en materia de liberalismo y paternalismo. Actualmente, en Argentina se permite la tenencia y el consumo de estupefacientes para consumo personal. Sin embargo, el tráfico de drogas está penalizado y es un delito severamente castigado. Esto significa que tener drogas para consumir es una conducta permitida, pero comprarlas no lo es, lo cual plantea una inconsistencia gravísima que los magistrados de la Corte han parecido olvidar. Se tomará como objeto de análisis la tenencia y consumo de estupefacientes en el caso de adultos normales. No entran en el campo de estudio los niños y las personas discapacitadas o incapaces.

Objetivos

La hipótesis de este trabajo de graduación es demostrar que la tenencia y el consumo de estupefacientes van a ser conductas permitidas o penalizadas dependiendo de si el Estado en el que se debate esta cuestión es paternalista o liberal. En este sentido, no es obvio que tales conductas deban estar permitidas así como tampoco que deban estar prohibidas. Esto depende de qué sea valioso para cada comunidad.

El objetivo de estas páginas es demostrar que Argentina es un país que, si bien tiene algunos rasgos liberales en su texto constitucional, continúa siendo paternalista. Por este motivo, aunque la tenencia y el consumo de estupefacientes están despenalizados no sería extraño que en cualquier otro caso que llegue a la Corte Suprema de Justicia se volviera a penalizar. Sobre esta base, el aporte que quisiera hacerse con este trabajo es demostrar que todavía es posible defender y sostener una mirada paternalista. Dicho de otro modo, con este trabajo pretendemos afirmar que el liberalismo no tiene que ser, y de hecho no lo es, la ideología que debe darse por sentada y seguirse en la Argentina. La contribución de esta tesis para la comunidad científica es dejar plasmado que no es ilógico plantearse una postura paternalista o, si se quiere, conservadora en el siglo XXI. Justamente por esto es de gran importancia y contribución dilucidar sobre este punto basado en una problemática en concreto como lo es la tenencia y el consumo de estupefacientes.

Índice temático

I) Autonomía vs. Paternalismo

- A) El principio de la no afectación a terceros de la corriente liberal
- B) El espíritu paternalista de Devlin

II) Consumo y tenencia de estupefacientes en Argentina

- A) Los distintos fallos de la CSJN
- B) Marco constitucional argentino

III) El paternalismo como política de Estado en Argentina



Universidad de
San Andrés

I) Autonomía vs. Paternalismo

A) El principio de la no afectación a terceros de la corriente liberal

El liberalismo como corriente filosófica plantea como uno de sus pilares fundamentales que nada puede ser impuesto a las personas más que la no afectación a terceros. Esto quiere decir que el liberalismo defiende, quizás incluso de forma exacerbada, la autonomía de la voluntad de las personas. El padre del liberalismo, J.S. Mill, en su libro *Essay on Liberty* sostiene un principio fundamental que consiste en que el fin principal que debe perseguir un Estado y que debe estar garantizado para una persona es su protección personal. Esto tiene una consecuencia lógica: el único propósito por el cual el poder o la coerción pueden ser ejercidos en su contra es para prevenir que su conducta dañe a un tercero.

Lógicamente, es esperable que lo mencionado líneas arriba discuta con la visión paternalista en tanto esta es concebida como una corriente de pensamiento que protege aspectos sociales que van más allá de la mera afectación a terceros. Vale la pena citar lo que Mill sostiene en su ensayo en relación con la autonomía de la voluntad de las personas:

“... His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right.” (Mitchell, p. 52)

La cita transcrita anteriormente es mucho más extensa en su versión original. Sin embargo, se ha citado la parte que más colisiona con el paternalismo. Para esta corriente de pensamiento, el estado tiene la potestad de obligar o de impedir a sus ciudadanos llevar adelante ciertas acciones. De hecho, el fundamento de la postura paternalista para no permitir la tenencia y el consumo de estupefacientes (así como también otro tipo de conductas) es precisamente que constituye una acción indeseable, que aleja a las personas de los valores que deben perseguir. Llevando adelante un estilo de vida como el mencionado, al final, la persona va a estar cometiendo un error en tanto se estará alejando de lo que es bueno para el común de la gente. Lógicamente, esta afirmación contiene expresiones (como “el común de la gente”) que para el liberalismo no deberían ni ser escuchadas. Y eso es lo que hace a este debate de lo más rico en tanto es una

discusión de posturas que pueden ser defendidas y atacadas pero de las que se debe elegir una sola.

Si bien es cierto que en muchas ocasiones la postura liberal parece ser la más “adherible” no hay que dejarse llevar tan fácilmente por sus postulados hasta no analizar en total profundidad lo que esto implica. Mitchell sostiene que lo primero que se puede apreciar es que si examinamos en detalle los postulados liberales vamos a encontrar un concepto de daño (*harm*) que es no solamente vago sino también controversial e impreciso. Y esto es así porque se entra en el duro debate de determinar si el daño es solamente físico o también se puede abrir la puerta a otra clase de daños. Si la ley se invoca para prevenir la indecencia pública (como ocurría con el *Wolfenden Committee* en la época de Mitchell), entonces el concepto de daño tiene que, al menos, cubrir la ofensa y también la injuria o herida. Esto es discutido por el profesor Hart en los siguientes términos:

“... the fundamental objection surely is that the right to be protected from the distress which is inseparable from the bare knowledge that others are acting in ways you think are wrong cannot be acknowledge by anyone who recognizes individual liberty as a value.” (Mitchell, p. 54)

La posición adoptada por Hart es estratégica en tanto pone en juego la libertad individual. Sin embargo, el paternalismo responderá a este cuestionamiento afirmando que “*On any ordinary understanding of the world, to protect people from ‘corruption’ is to protect them from moral harm.*” (Mitchell, p. 54) Hart ha modificado la tesis de Mill para darle cierto grado de paternalismo. De esta manera pareciera que este autor es paternalista desde el punto de vista del daño físico pero promueve la individualidad desde la perspectiva moral. Estos puntos que se han marcado dan cuenta de que liberalismo y paternalismo se van entremezclando en ciertos aspectos. Y por eso se sostuvo líneas arriba que debe elegirse una escuela determinada en tanto ambas no pueden coexistir. La posición de Hart, si bien es inteligente y destacable, no puede posicionarse del lado paternalista. El eje central de esta corriente filosófica es precisamente ser igualmente paternalistas en el ámbito físico y en el entorno moral. De la misma forma actúa el liberalismo. Un liberalismo coherente es aquel que no titubea en defender la autonomía de las personas desde un punto de vista físico o de las acciones y desde una perspectiva moral.

Si volvemos a la caracterización inicial de J.S. Mill sobre liberalismo se puede descubrir que no solo Mitchell es un autor que se presenta en contra de sus principios sino que hay toda una corriente de pensadores que disiente de sus ideas. En esta línea, James Fitzjames Stephen en su libro *Liberty, Morality, Fraternity* (1993) expresa que si un Estado se rige en base a esta forma de pensar entonces cualquier sistema moral que exija más allá de la mera preservación de la autonomía de las personas sería incorrecto:

“The only moral system which would comply with the principle stated by Mr. Mill would be one capable of being summed up as follows: ‘Let every man please himself without hurting his neighbours’; and every moral system which aimed at more than this, either to obtain benefits for society at large other than protection against injury or to do good to the persons affected, would be wrong in principle.” (p. 9)

Es importante tener en consideración las virtudes que plantean las diferentes escuelas de pensamiento. Suele confundirse al liberalismo como una corriente de pensamiento que permite la autorrealización de las personas en su sentido más pleno en contraposición al paternalismo que reprime y limita la voluntad individual de las personas. No hay que dejarse engañar por estas ideas en tanto lo que está en juego en esta clase de combates ideológicos es la tolerancia a las personas y no tanto una filosofía del derecho. Así como el eje central de este trabajo es reflexionar sobre la permisibilidad o prohibición de la tenencia y del consumo de estupefacientes, otras conductas entran en juego en este debate. Son las ya mencionadas al comienzo como el tráfico de órganos o conductas diferentes como la práctica de la homosexualidad. En este sentido, Devlin (1967) sostiene:

“If society is not prepared to say that homosexuality is morally wrong, there would be no basis for a law protecting youth from ‘corruption’ or punishing a man for living on the ‘immoral earnings’ of a homosexual prostitute (...).” (p. 55)

Con lo expuesto por Devlin es importante destacar que tanto paternalismo como liberalismo requieren afirmar postulados y sostenerlos con todo lo que ello implica. Así como para el paternalismo llevar adelante prácticas homosexuales es algo inmoral, esto no significa que las conductas heterosexuales sean *per sé* morales. De hecho, un ejemplo de que la heterosexualidad no es en todos los casos una conducta moral es la prohibición por ley de la poligamia/poliandria en la mayoría de los países del mundo. Prácticamente a nivel universal están mal vistas tanto la poligamia como la poliandria lo cual implica que los actos heterosexuales son permitidos pero con ciertas limitaciones.

Con esto, lo que se quiere decir es que prohibir actos de una naturaleza similar a la homosexualidad no implica necesariamente hacer un juicio general de los actos homosexuales llevados adelante entre adultos. Este punto no es menor y se desplaza también para el caso de la tenencia y el consumo de estupefacientes. Para el paternalismo esta es una conducta que es disvaliosa, esto quiere decir que es inmoral. Sin embargo, de esto no se sigue necesariamente que la postura paternalista haga un juicio general de la inmoralidad de todas las personas adultas que consumen drogas.

Lo expresado anteriormente sirve en gran medida para reivindicar al paternalismo. Esto es porque ver a esta corriente de pensamiento como un estilo de vida que se dedica a hacer juicios sobre lo bueno y lo malo no es algo que refleja la realidad. De la misma manera, afirmar que el liberalismo es una ideología que permite que cada persona lleve adelante el estilo de vida que mejor le parezca tampoco es ver la realidad completa. Es necesario, por no decir imprescindible, que se hagan valoraciones de las cosas y tener una ideología basada en fundamentos sólidos y consistentes. Y esto es lo que se rescata del paternalismo.

El título de este apartado hace referencia a una discusión, como se viene haciendo referencia, entre el liberalismo y el paternalismo. En el fondo, lo que está detrás de todo esto es entender cuál es la conexión entre “crimen” y “pecado” y si, en definitiva, las leyes en general deben penar el “pecado”. Es muy importante poner de manifiesto este cuestionamiento porque permite ver con mayor claridad los ejemplos que se vienen mencionando en estas páginas. La homosexualidad o el consumo de estupefacientes, así como también la poligamia, son aspectos que ponen en juego esta idea de “crimen” y “pecado”. Constituye un error afirmar que el paternalismo reprime todas estas conductas. Es cierto que una tendencia perfeccionista critica incluso ciertos postulados del paternalismo. Lord Devlin sostiene que: “...*morality is based on religion, not only as a matter of history, but also in logic: ‘Morals and religion are inextricably joined...*” (p. 3). Es por esto que la discusión tiene sentido pensarla desde una convivencia entre “crimen” y “pecado”.

Hay tres cuestionamientos que sirven de base para entender las diferencias entre el paternalismo y el liberalismo. Son tres preguntas que se responden de forma distinta dependiendo de la postura que se adopte. La primera cuestión a resolver es si la sociedad tiene derecho a juzgar las cuestiones morales. Esto apunta a saber si debe

haber una moralidad pública o si, por el contrario, la moralidad es siempre una cuestión de juicio privado. En segundo lugar, si asumimos que la sociedad puede juzgar cuestiones morales, entonces la pregunta ahora es si, además, puede utilizar al derecho como mecanismo de coerción para que se cumpla una moralidad determinada. Finalmente, queda por cuestionarse si a esta “arma” del derecho o de las leyes se la debe usar en todos los casos o, si solo se debe usar en algunos, entonces en cuáles.

Lo expresado en el párrafo anterior es, junto con la distinción entre “crimen” y “pecado” lo que permite distinguir entre una concepción liberal y una mirada paternalista. En materia de tenencia y consumo de estupefacientes es precisamente *the heart of the matter*. Lord Devlin responde a las dos primeras cuestiones que se mencionaron de manera afirmativa. Es decir, este autor afirma que la sociedad no solo tiene el derecho de juzgar sobre cuestiones morales sino que, además, puede utilizar el derecho como arma para que se respete esa moralidad determinada. Esto tiene todo el sentido en tanto lo que constituye a una sociedad como tal es precisamente una moralidad común. En relación con el tema en concreto que nos ocupa (la tenencia y el consumo de sustancias) la discusión pasa por este punto. En el apartado siguiente se verá que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina pretendió dar un giro hacia el liberalismo, hacia la autonomía de la voluntad. Pero terminó dejando sentado que Argentina conserva una moralidad muy clara. Por esto se mencionó también líneas arriba lo que Devlin sostiene en relación con la homosexualidad: si una sociedad no está preparada para decir que la homosexualidad está mal entonces no hay paternalismo. De la misma forma ocurre con el consumo de estupefacientes. Si una comunidad no puede afirmar que esto es una conducta indeseable y que debe erradicarse de entre las personas, entonces no tiene una base moral sólida para defender. En este sentido se puede afirmar:

“If men and women try to create a society in which there is no fundamental agreement about good and evil they will fail; if, having based it on common agreement, the agreement goes, the society will disintegrate. (...) then society may use the law to preserve morality in the same way as it uses it to safeguard anything else that is essential to its existence.” (Mitchell, p. 6)

El paternalismo sostiene que suprimir el vicio de una sociedad es trabajo de la ley de la misma forma que lo es erradicar actos subversivos. El punto de esto es que las actividades que deben ser permitidas en una comunidad determinada son aquellas que

por su naturaleza sean incapaces de generar un daño a la sociedad en su conjunto. En el caso concreto de la tenencia y el consumo de estupefacientes el punto radica precisamente en esto. En el capítulo siguiente de este trabajo se verá que en el último fallo de la CSJN la cuestión que se plantea es justamente el límite de una conducta privada con una conducta pública. Y esto tiene relevancia en tanto la Corte sostiene que el consumo de marihuana en un entorno privado puede quedar reservado de la autoridad de los magistrados. Sin embargo, una persona que es encontrada consumiendo sustancias en la vía pública ya no queda exenta de la justicia. El fundamento de esto es el escándalo que genera y el mal ejemplo que brinda a las demás personas, en especial a los jóvenes.

Con lo anterior vale la pena destacar que el paternalismo, como se dijo en las primeras líneas de esta sección, no restringe todo tipo de actividades ni en todas las circunstancias. El espíritu paternalista no niega la existencia de la autonomía de las personas como el liberalismo intenta argumentar. El paternalismo es consciente de que hay personas dentro de la sociedad que desean consumir estupefacientes. Y les otorga un ámbito de privacidad en el cual pueden realizar estas acciones. Sin embargo, esto no implica que acepte que dichas conductas se realicen en público. Por eso se afirmó inicialmente que esta corriente de pensamiento no realiza un reproche moral sobre las conductas individuales de las personas. En el caso de la homosexualidad, por ejemplo, el paternalismo no se inmiscuye en las acciones privadas que realizan dos personas adultas en la privacidad.

Sin perjuicio de lo que se viene sosteniendo, el paternalismo sí teme por la propagación de ciertas conductas que podemos llamarlas “desviadas”. Esto quiere decir que hay un interés –y consideramos que está bien que lo haya– en preservar a las demás personas de conductas que son consideradas disvaliosas. Un Estado paternalista promueve una moralidad determinada que debe ser resguardada y protegida como cualquier otra cosa que es esencial en todas las sociedades. Es por esto que, a diferencia del liberalismo, no se permite una propagación de cualquier estilo de vida sino que se sostiene y se defiende un modelo concreto para la realización de las personas. Y esto no es tiranía ni autoritarismo sino fijar modelos de conductas que le permitan a una comunidad realizarse de la mejor forma posible. En esta línea de pensamiento cabe hacer referencia a lo expuesto por Mitchell:

“He argues that such activity would have to be of a kind that is in its nature incapable of injuring society. Drunkenness might seem to be a case, but ‘suppose a quarter or a half of the population got drunk every night, what sort of society would it be? You cannot set a theoretical limit to the number of people who can get drunk before society is entitled to legislate against drunkenness. The same may be said of gambling.’” (p. 7)

La pregunta que cabe hacerse ahora es a qué nos referimos cuando hablamos de “inmoralidad”. En concreto hay que pensar a qué definimos en términos legales como inmoralidad. Y la respuesta a esto es “...is what every right-minded person is presumed to consider to be immoral...” (Mitchell, p. 7). Este punto abre un debate que se torna aún más interesante entre el liberalismo y el paternalismo en tanto la respuesta que se transcribió anteriormente no puede ser concebida por los liberales como razonable. Entender a la inmoralidad como aquello que cualquier persona con una mente recta o con un buen sentido común considera como inmoral es claramente subjetivo. Sin embargo, lo que el paternalismo pretende argumentar con esto es que la mayoría de las personas defiende una moralidad determinada que no se aleja de lo que piensan unos y otros. Más allá de esto hay reglas que se deben cumplir y cuestiones que se deben tener en cuenta al hablar de la moralidad. Y esto tiene sentido en tanto no puede pretenderse que la moralidad en los tiempos de Devlin sea la misma que la de nuestros tiempos. Un caso que representa esto a la perfección es la homosexualidad.

Como primera apreciación, hay que tener presente que en una sociedad debe haber tolerancia de la mayor libertad individual que sea posible en tanto esto sea consistente con la integridad de la sociedad. Tal como se viene sosteniendo, para que una comunidad subsista es esencial que tenga una moralidad que defienda. Y esa moralidad no puede ser la *no-moralidad*. El paternalismo toma como parámetro de la tolerancia al disgusto, es decir, considera que la presencia del disgusto en una sociedad indica que los límites de la tolerancia se han alcanzado:

“I do not think one can ignore disgust if it is deeply felt and not manufactured. Its presence is a good indication that the bounds of toleration are being reached. Not everything is to be tolerated. No society can do without intolerance, indignation, and disgust; they are forces behind the moral law...” (Mitchell, p. 8)

Esto ocurre con el consumo de estupefacientes. Así como se puso de ejemplo anteriormente a la homosexualidad, con el consumo de sustancias ocurre algo similar. Años atrás esta práctica era completamente mal vista y no cabía en el umbral de

tolerancia de una sociedad la posibilidad de permitir una actividad de este estilo. Con el paso de los años esto fue cambiando y se dio lugar a cierto nivel de tolerancia. En el caso concreto del consumo de estupefacientes pareciera ser que ese umbral aún es muy bajo. Al menos el Estado argentino se resiste a permitir con mayor libertad esta práctica. En esto entra otro aspecto esencial que considera el paternalismo que es la privacidad. Para esta corriente de pensamiento es importante que en la medida de las posibilidades la privacidad sea respetada. Esto no implica que se excluyan todas las inmoralidades privadas de la órbita de la ley. El punto de esto es que no vale la regla de que el ámbito privado está por encima del interés público. Sin embargo, el paternalismo hace hincapié en que debe permitirse un umbral de acción a las personas en su privacidad. Este es precisamente el criterio que la Corte intentó dejar sentado en la causa Arriola. Allí se quiso transmitir esta idea de acuerdo con la cual una persona que consume marihuana en el ámbito de su privacidad tiene derecho a ser dejado solo.

Un segundo aspecto que se debe tener en cuenta es que para el paternalismo los límites de la tolerancia deben ir cambiando. Hay que tener cuidado con este punto en tanto no significa que esos límites sean maleables todo el tiempo. Por el contrario, los límites deben ser difíciles de modificar, debe haber una razón que fundamente que se corran los umbrales de la tolerancia. Esto fue precisamente lo que sucedió en los diferentes fallos de la CSJN en materia de tenencia y consumo de estupefacientes. Ese umbral de tolerancia se fue corriendo desde la no permisibilidad en absoluto del consumo de sustancias hasta un punto en el que se dio cierta licencia a estas conductas pero con ciertas restricciones. Esto es un dato que no resulta indiferente porque más adelante se demostrará que la Corte, si bien pretendió ser liberal en sus decisiones, terminó siendo paternalista. Y esto porque Argentina es un país con raíces paternalistas que está fundada sobre una moralidad determinada que preserva y empapa a todo el ordenamiento jurídico.

Dentro de este mismo punto vale la pena mencionar que el hecho de que los límites de la tolerancia puedan moverse hacia ciertos lugares para permitir de esta manera que las personas ejerzan su autonomía en esos ámbitos, no significa que haya una aprobación de las conductas. Y esto nuevamente se ve en el contexto de los estupefacientes. Si bien hay una permisión más amplia que hace unos años atrás esto no implica que sea una conducta que está aprobada. De hecho en todas las posibilidades que ha tenido el máximo tribunal argentino para expedirse sobre el tema dejó muy claro que se trata de

una conducta inmoral y que debe ser perseguida en tanto corrompe a la juventud y vuelve improductiva a la comunidad adulta. Tolerar, entonces, no significa aprobar las conductas. Los estándares morales siguen intactos en este caso, se consideran a la tenencia y al consumo de estupefacientes como conductas inmorales. Pero se decide tolerarlas en determinados casos concretos. Lógicamente, esto discute con el liberalismo que es partidario de que estas son conductas que constituyen la esfera de autonomía de las personas, por lo tanto, el Estado no tiene nada que opinar al respecto.

Finalmente, llegamos al punto de mayor discordia entre el liberalismo y el paternalismo que es el principio de la no afectación a terceros. En cuanto a esto, Devlin afirma que:

“...the law exists for the protection of society. It does not discharge its function by protecting the individual from injury, annoyance, corruption and exploitation; the law must protect also the institutions and the community of ideas, political and moral, without which people cannot live together. Society cannot ignore the morality of the individual any more than it can his loyalty, it flourishes on both and without either it dies.” (Mitchell, p. 10)

Una sociedad que fundamente su derecho en proteger simplemente a los individuos de las acciones de los terceros sería, a nuestro modo de ver, una comunidad bastante simplista y desinteresada de la realización de las personas. H.L.A. Hart interpela a Devlin cuestionando si el hecho de que ciertas conductas sean inmorales (de acuerdo con los estándares comunes) es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por la ley. La respuesta paternalista a este cuestionamiento es afirmativa y la forma de argumentar esto es yendo a la noción misma de “libertad”. La libertad no es algo bueno en sí mismo sino que creemos que es algo bueno porque sin libertad, en muchos casos, hay más resultados buenos que malos. Esto es propio del espíritu paternalista porque cree que restringir a las personas el desempeñar ciertos actos que son considerados nocivos trae aparejado resultados positivos.

En relación con esto, Mill hace una distinción entre “*because it will be better for him*” y “*because it will make him happier*” con “*because in the opinion of others it would be right*” (Mitchell, p. 13). El paternalismo no ve un problema en la última expresión que se mencionó. Y esto es porque debe existir un Estado que determine una moralidad común de las personas, tal como se viene sosteniendo a lo largo de todo este apartado. Por lo tanto, que el resto opine que algo está bien no tiene nada de malo en tanto los que decidan eso que es correcto tengan la potestad de hacerlo. Incluso, más allá de que sea

decidido por quienes tengan ese poder, lo verdaderamente relevante es que se respeten los fundamentos más profundos de la moralidad de la sociedad que, en el caso de la Argentina, son los valores católicos. El liberalismo no concibe y no puede concebir que lo bueno y lo malo sea definido por ciertos estándares sociales. Y, mucho menos puede aceptar que estas categorías sean luego impuestas a todas las personas. Para esta corriente de pensamiento lo que vale es lo que cada persona, cada sujeto, cada individuo considera como bueno o como malo. Como última opinión que vale la pena destacar es lo que el mismo Stephen afirma en su libro *Liberty, Equality, Fraternity* (1993):

“If, however, the restraints on immorality are the main safeguards of society against influences which might be fatal to it, why treat them as if they were bad? Why draw so strongly marked a line between social and legal penalties? Mr. Mill asserts the existence of the distinction in every form of speech. He makes his meaning perfectly clear. Yet from one end of his essay to the other I find no proof and no attempt to give the proper and appropriate proof of it. His doctrine could have been proved if it [has] been true. It was not proved because it was not true.” (p. 11)

Quizás verlo de esta forma no sea la más adecuada. Stephen veía el uso coactivo de la moralidad como algo bueno en sí mismo incluso si los actos inmorales de una persona no afectaban a nadie directamente. Este autor consideraba que cualquier moralidad, incluso privada, dañaba los cimientos de la sociedad y, por ende, debía reprimirse. Devlin, en cambio, nos presenta una propuesta que resulta más moderada y perfectamente aplicable a cualquier comunidad. Esto es que el cimiento de cualquier sociedad es una moralidad compartida entre las personas y, por lo tanto, se puede imponer pero no como un fin en sí mismo sino como un medio que conduce al fin.

El mismo Hart contempla, dentro de su liberalismo, esta idea. No está de acuerdo con una sociedad que avale una proscripción por ley de las conductas “desviadas” de las personas. Sin embargo, considera que es bueno que se sancionen ciertos tipos de “moralidad”, no así la “moralidad privada”. Este es un punto de gran valor para el paternalismo que se viene defendiendo en estas páginas. Hablamos de una filosofía que reprima e impida desarrollar todas aquellas actividades que resulten contrarias a los valores comunes de las personas. Pero no se trata de impedir a nadie, como en el caso de la tenencia o el consumo de estupefacientes, de que puedan realizar estas conductas en un entorno privado. Porque impedirlo sería negar el problema y caer en un Estado con un espíritu claramente autoritario o tiránico.

B) El espíritu paternalista de Devlin

Un punto importante de este trabajo de graduación es demostrar que en el siglo XXI no resulta ilógico sostener posturas paternalistas. De hecho, en materia de tenencia y consumo de estupefacientes todavía puede conservarse una mirada que tenga su principal motivación en la preservación de ciertos valores fundamentales. Esto es precisamente lo que se viene haciendo desde las páginas anteriores. El objetivo fue demostrar que los postulados del liberalismo presentan argumentos que son débiles y cuestionables en contraposición con el paternalismo que adopta una mirada más integral de la sociedad. En este sentido, Mitchell sostiene que:

“The first thing we are likely to notice, if we examine it, is that the concept of “harm” is both vague and controversial. (...) if the law is invoked (...) to prevent public indecency, the concept of “harm” must at least be stretched to cover offence as well as injury.” (p. 53)

El concepto de daño que se menciona en la cita anterior surge de lo que J.S. Mill sostiene en relación con el liberalismo en su ya mencionado trabajo *Essay on Liberty*. Allí este autor expresa que el objetivo final para el cual existe el Estado es para garantizar la protección de las personas. El único propósito que permite ejercer coacción sobre los ciudadanos dentro de una comunidad civilizada es para prevenir el daño a terceros. Es por esto que Mitchell, siguiendo a Devlin, considera que ese concepto de daño es vago e impreciso. Incluso va más allá y afirma que al invocarse la ley ese concepto debe abarcar necesariamente tanto a las ofensas como a las injurias. El liberalismo adopta una mirada que restringe esto al daño directo sobre los individuos. Suena incluso como un daño que se limita exclusivamente a lo físico. En cambio, el paternalismo defiende (y con razón) que la ley previene no solo un daño sino también toda clase de indecencia pública.

Un punto que no hay que perder de vista es que el liberalismo tiene demasiado cuidado para permitir el uso de la fuerza o de la ley. Con esto se quiere decir que protege de forma exagerada –podría decirse, incluso, irracional– la libertad de las personas. Y esto es un punto de discrepancia central con Lord Devlin quien considera que una sociedad no puede condenarse a la pasividad en la lucha contra el “mal” por el solo hecho de no estar seguro que pueda haber algo de “bien” dentro de ese “mal”. El sentido de esto es lo que se viene defendiendo a lo largo de todo este trabajo y es que la moralidad de las

sociedades, de los Estados, se construye. Son las personas, un grupo de personas identificadas entre sí, las que constituyen una colectividad que sienta sus raíces en una moralidad, en valores en común. Devlin observa lo siguiente:

To admit that we are not infallible is not to admit that we are always wrong. What we believe to be evil may indeed be evil and we cannot for ever condemn ourselves to inactivity against evil because of the chance that we may by mistake destroy good. For better or for worse the law-maker must act accordingly to his lights and he cannot therefore accept Mill's ideal as practicable even if as an ideal he thought it to be desirable. (Mitchell, p. 87)

Es realmente interesante la afirmación que hace el autor al decir que lo que creemos que es malo va a ser, seguramente, malo. Esta idea combate radicalmente con el liberalismo en tanto para esta última corriente de pensamiento no puede existir una noción de lo "malo" que sea construida por las personas. Sin embargo, esto es lo que defendemos del paternalismo en este trabajo. Es totalmente factible, es correcto, que exista una moral construida por la comunidad. De hecho, esto constituye las raíces más profundas de convivencia de las personas. Una sociedad que, siguiendo el espíritu liberal, se concentre exclusivamente en proteger la autonomía de las personas impidiendo solamente la afectación a terceros carece de fundamentos y principios esenciales y más elevados para persistir y permanecer a lo largo del tiempo.

Cabe mencionar una vez más lo que opina el paternalismo en relación con la tolerancia en tanto se suele dar por sentado que una visión de este tipo está en contra de esta idea. Sin embargo, el paternalismo no niega la tolerancia, no niega tampoco la existencia de otras moralidades diseminadas en el medio de la sociedad. Mitchell resalta en su ensayo lo expuesto por el profesor Wollheim en relación con este punto: señala que la identidad y continuidad de una sociedad no reside en la posesión de una moralidad única sino en la tolerancia de diferentes moralidades (p. 89). Esta visión del liberalismo discute incluso con la propia visión de J.S. Mill quien prevé un proceso continuo de experimentación y debate que, a medida que avanza el tiempo, afine y desarrolle la moralidad en beneficio de todas las personas.

En el fondo, con lo que se expuso anteriormente, Wollheim pareciera indicar que tanto Mill como Devlin coinciden en cierto punto en tanto ambos hablan de una sola moralidad. Esto muestra una debilidad del liberalismo que no logra ponerse de acuerdo con este punto. Hay que aclarar esta cuestión de manera de demostrar las ventajas que

tiene el paternalismo en esta línea de pensamiento. Mientras que Mill ve un proceso de perfeccionamiento de la moralidad en beneficio de todas las personas, Wollheim le reprocha a Devlin que no existe una sola moralidad sino que hay múltiples moralidades. Lo primero que hay que aclarar es que el paternalismo afirma la existencia de una moralidad común entre todas las personas que son el fundamento y el motor del Estado. En el caso de Argentina, esa moralidad viene dada a partir de las raíces constitucionales que fueron llevando a tener el diseño legislativo que existe actualmente. Sin embargo, el paternalismo no niega la existencia de otras moralidades presentes en una sociedad. Es propio de toda nación tener en su seno una multiplicidad de personas con ideas y valores distintos. Frente a esto, lo que el paternalismo promueve es la tolerancia en el mismo sentido que el profesor Wollheim. Pero esto no implica, como se mencionó en el apartado anterior, la aceptación de todas esas moralidades. Frente al consumo de estupefacientes, por ejemplo, el Estado paternalista tolera y es consciente de la existencia de estas conductas lo que no implica que las acepte y promueva su divulgación. En este sentido, se puede afirmar lo siguiente:

Mr. Strawson does this by distinguishing between social morality and individual ideal. What matters for him is that people should be free to create and bring into operation their own individual ideals; but they cannot do this independently of society. They must therefore accept in relation to one another whatever obligations are necessary to the existence of society. This will constitute a basic common morality upon which may be reared the structure of individual ideals. (Mitchell, pp. 90-91)

Lo expresado anteriormente sirve para reforzar lo que se ha afirmado hasta este momento. En toda sociedad debe existir una moralidad común que sea la que eduque y configure los ideales individuales de las demás personas. De esta forma el funcionamiento y la conservación de todo Estado estarán asegurados. Esto no quita, por supuesto, que existan todavía personas que posean ideales que vayan en contra o difieran de la moralidad más profunda que posee una sociedad. Frente a esto, la respuesta debe ser la tolerancia.

La pregunta que cabe hacerse ahora es si esa tolerancia es para todos los casos o, por el contrario, se aplica a determinados casos en concreto. La respuesta que dará el paternalismo a esto es que la tolerancia se aplica a todos aquellos casos en que las personas hacen uso de su libertad para aquello que consideran que es bueno. Lógicamente, hacer uso de la libertad para aquello que se sabe que es malo no es algo

que vaya a ser tolerado. Hay una distinción interesante que reside en que no se tolera el hacer uso de la libertad para aquello que *se sabe que es malo*. Sin embargo, hay casos en que las personas hacen algo malo sin saber o ser del todo conscientes que efectivamente es una conducta negativa. Esto pasa en muchos casos de tenencia y consumo de estupefacientes. Por esto, el paternalismo tiene este cuidado y reconoce la existencia de una variedad de alternativas. Contrariamente, el liberalismo tampoco está de acuerdo con estas premisas porque estos pensadores consideran que las personas tienen derecho a ser dejadas a solas para hacer y hacerse mal incluso a sabiendas de que esto es efectivamente malo respetando, obviamente, el principio de la no afectación a terceros. Devlin expresa al respecto:

But no good can come from a man doing what he acknowledges to be evil. The freedom that is worth having is freedom to do what you think to be good notwithstanding that others think it to be bad. Freedom to do what you know to be bad is worthless. (Mitchell, p. 95)

Finalmente, hay que preguntarse cuál es la moralidad que debe prevalecer en un Estado siguiendo el espíritu paternalista de Devlin. Mitchell responde que *“Lord Devlin believes that law has a right to enforce Morality and that the morality to be enforced is the commonly accepted morality of ‘the man in the Clapham omnibus’”* (p. 103). La idea de esto es señalar que la moralidad está al alcance de la mano de cualquier persona racional. No hay un secreto detrás de la moralidad, el paternalismo considera que los valores y los ideales del Estado vienen dados en la mentalidad de sus ciudadanos. Y que esa mentalidad no requiere tener demasiada sofisticación sino que es la de las personas comunes, de los habitantes comunes de cualquier comunidad. Y es precisamente por esto que se afirma también que los juicios morales que hace una sociedad siempre son buenos y permanecen en esa sociedad. Justamente sucede esto por el hecho de que son las mismas personas las que conforman estos ideales.

En materia de tenencia y consumo de estupefacientes, estas páginas sirven para arrojar luz sobre lo que la Corte Suprema de Justicia de Argentina deberá resolver a lo largo de las causas que se les presenten. La disyuntiva reside precisamente en este aspecto: en adoptar una postura paternalista o una visión liberal. Ese es el dilema de toda sociedad democrática: decidir cómo llenar el contenido de la ley en casos de controversia. Y, tal como veremos en las páginas que siguen, los jueces de la Corte lo han hecho conservando un espíritu paternalista (a pesar de haberse propuesto lo contrario).

II) Consumo y tenencia de estupefacientes en Argentina

A) Los distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A lo largo de los años llegaron a la Corte Suprema diferentes casos vinculados con la tenencia de ciertas dosis de estupefacientes para consumo personal. En este aspecto cabe mencionar que, si bien la línea jurisprudencial ha pretendido marcar una tendencia hacia cierta autonomía por parte de las personas, esto no ha sido nunca del todo unánime ni con una claridad absoluta. En este apartado mencionaremos cuatro sentencias de la Corte: dos del año 1986 que son Bazterrica y Capalbo, una de los años '90 que es Montalvo, y la sentencia más reciente en nuestro país en materia de drogas que es Arriola del año 2009.

No es la idea hacer un resumen de estas sentencias de la Corte. El propósito de esta sección es arrojar luz sobre los argumentos que se fueron desarrollando en estos casos para lograr dilucidar y demostrar que Argentina continúa manteniendo una línea marcadamente paternalista en materia de estupefacientes. Esto incluso cuando la pretensión ha sido la contraria. Es bueno aclarar desde este punto que cuando decimos estupefacientes nos referimos pura y exclusivamente a la marihuana que es el tipo de droga que fue encontrada y debatida en todos los casos que llegaron a la CSJN. Esto implica que la doctrina del fallo Arriola que es la que rige en nuestro país desde el 2009 solo resulta aplicable a los casos en que una persona tenga para consumo personal marihuana. No entran en debate otros tipos de drogas como la cocaína.

De los tres momentos de la Corte que se van a mencionar es importante destacar que en 1986 en las sentencias Bazterrica y Capalbo se resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 despenalizando de esta manera la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esta sentencia fue novedosa en tanto se venía de una doctrina en la cual el consumo y la tenencia de drogas eran consideradas punibles. Tan solo cuatro años después, en 1990, la Corte decide dar marcha atrás a lo resuelto y aplicado para Bazterrica y Capalbo y decidió en el caso de Montalvo reafirmar la constitucionalidad del artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737. Con esto se vuelve al estado anterior a 1986 y se conciben el consumo y la tenencia de estupefacientes como actos dignos de reproche y, por lo tanto, pasibles de ser perseguidos por la ley penal. Finalmente, casi veinte años después, en 2009, la Corte tiene una nueva posibilidad de expedirse en esta materia. De esta forma, en el fallo

Arriola se vuelven a despenalizar la tenencia y el consumo de estupefacientes tomando, en gran medida, los fundamentos que llevaron a la Corte a resolver como lo hizo en su momento en los casos de Bazterrica y Capalbo.

Como se puede observar de lo expuesto líneas arriba la Corte no ha tenido una línea coherente y consistente para decidir en relación con este asunto. Lo que se pretende demostrar es que al analizar los fundamentos que llevaron a los jueces en 1986 y 2009 a despenalizar la tenencia de estupefacientes lejos están de ser de tinte liberal. Incluso resolviendo como lo hicieron, los jueces han sido paternalistas y han fallado en consecuencia.

Un punto central en el análisis de las sentencias de la Corte favorables a la tenencia y consumo de estupefacientes es el argumento basado en que la persecución y punición de los consumidores en nada contribuye a combatir el narcotráfico. En este sentido, en Arriola (A. 891. XLIV) se sostiene que “...Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y “Montalvo”, respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados al tráfico” (p. 15). Este argumento no carece de sentido, sin embargo, presenta una gran contradicción que es cómo atrapar, entonces, a los que trafican drogas. La legislación argentina como se encuentra a la fecha permite, hasta cierto punto, que las personas consuman marihuana. Sin embargo, las exponen a tener que comprar su dosis a un *dealer* que está ejerciendo una actividad ilegal e intensamente perseguida. Resulta contradictorio que para que una persona realice una actividad permitida (consumir drogas) tenga que recurrir a una actividad ilegal y perseguida como lo es el tráfico.

La Corte intentó dar una respuesta a esto sosteniendo diversas alternativas argumentales. Una de ellas es que no es posible ejercer el poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Esto significa que no se puede penar por un potencial peligro, es decir, el peligro no puede ser abstracto. Para así resolver los jueces afirmaron que:

“...aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.” (A. 891. XLIV, p. 16)

Sin embargo, este argumento resulta también insuficiente. Desde una perspectiva paternalista, el peligro abstracto podría ser perseguido si va en contra de valores fundamentales que se buscan preservar en una sociedad. Y esta idea no es muy lejana a lo que la misma Corte sostiene en la sentencia de Arriola. Así, en el considerando 19 explica el por qué no resulta prudente perseguir a los consumidores. Allí sostiene que “...No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del **flagelo** (el destacado es mío) de las bandas criminales del narcotráfico...” (p. 15). Con esto, la misma Corte es consciente de que la drogadicción es un problema. Es decir, los jueces no avalan esta conducta, de hecho la repudian. Esto da cuenta de que no estamos frente a una Corte liberal, no se defiende la autonomía de la voluntad en el sentido que se esperaría. La Corte es paternalista porque deja en claro cuál es la problemática de la drogadicción. El liberalismo, en cambio, si bien puede realizar una afirmación en la que sostenga que la drogadicción es un flagelo, no puede prohibirla. En este sentido, esta corriente de pensamiento no ataca la problemática concreta de la misma manera en que lo hace el paternalismo.

Hay ciertos momentos específicos en que la CSJN intenta ser partidaria de una mayor permisibilidad en las conductas de las personas. Un ejemplo concreto de esto es cuando recurre al principio *pro homine* destacando que éste es el que más se compatibiliza con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Ciertamente, en una primera impresión esto es cierto. Todos los argumentos que llevan adelante los jueces, no solo en Arriola sino también en Bazterrica y en Capalbo, siguen la línea de interpretación amplia del artículo 19 CN, amplitud que más adelante se demostrará que no es tanta.

De la misma manera, se pueden identificar postulados de los jueces en los que se “atajan” de las posturas “liberales y modernas” que buscan tener. Un caso específico se da en el considerando 27 que reza de la siguiente manera:

“...Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en ningún modo implica “legalizar la droga”. No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas...” (p. 20).

Esta afirmación es por demás importante en tanto marca una doctrina clara que se debe seguir. Más adelante se mencionará el voto en particular de la doctora Carmen Argibay en el que deja muy en claro que lo que se resuelve en un caso particular se aplica al caso en concreto. De esta forma, con el considerando que se ha transcripto líneas arriba, la Corte quiere ser muy tajante en afirmar que despenalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal no implica legalizar la droga. Y no solo hace esto sino que, además, educa al respecto cuando afirma que esto tiene que quedar claro para los jóvenes que son los protagonistas de este problema. Esta es una conducta marcadamente paternalista en tanto tenemos una Corte Suprema que está sentando las bases de una moralidad específica que se debe seguir.

A mayor abundamiento, la Corte hace un recorte específico de la conducta no punible estableciendo que es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a terceros (p. 21). Esto complejiza aún más la situación en tanto la tenencia y el consumo de estupefacientes no será punible solamente en los casos en que no haya una afectación concreta a terceros. Esto implica que una persona no podrá fumar un cigarrillo de marihuana en una plaza pública en tanto generaría una afectación a terceros por el “mal ejemplo” que esa persona brinda a los demás. Sin embargo, sí se puede llevar en el bolsillo un cigarrillo de marihuana como en el caso de los imputados en las causas Arriola, Bazterrica y Capalbo. Esta conducta no es punible en tanto el consumo de esos cigarrillos sea en un ámbito privado. Se resuelve de esta manera porque la Corte tiene que limitarse a conductas que no dañen a terceros en tanto esta es la tesis del artículo 19 de la Constitución Nacional (y la tesis de los liberales).

Es interesante mencionar que cuando se habla de tenencia y consumo de estupefacientes el bien jurídico protegido es la salud. Esto quiere decir que cuando se pretende disuadir a los sujetos del consumo de drogas es, ante todo, para preservarlos en su salud física y psíquica. Esta mirada es, fundamentalmente, paternalista en tanto es esta corriente filosófica la que permite determinar cuáles son los ámbitos que se deben preservar de las personas. El Estado Argentino no tiene intenciones de aumentar la proporción de personas drogadictas en tanto esto implica un mayor gasto en recursos de salud para rehabilitar a los enfermos no perdiendo de vistas, lógicamente, que hay casos en que esto se vuelve irreversible.

En este orden de ideas, sirve escuchar las voces de los jueces que resolvieron en la causa Bazterrica. Por un lado, se sostiene que “...es necesario 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 desviado de los sujetos** (el destacado es mío)...” (Fallos: 308:1392, p. 1420). Puede observarse que, desde el comienzo, la Corte ha considerado el consumo de estupefacientes como una conducta desviada, digna de ser corregida, reorientada. Nos enfrentamos, entonces, a un tribunal que es paternalista en tanto pretende determinar una forma específica de actuar con el objetivo central de corregir las conductas de las personas que consumen sustancias. Esto es algo que va en contra del liberalismo como corriente ideológica en tanto para esta escuela no hay un problema en que las personas ejerzan libremente su autonomía de la voluntad en cualquier ámbito de sus vidas. Como se dijo anteriormente, el liberalismo podría estar de acuerdo con que el consumo de estupefacientes constituya un comportamiento desviado. Sin embargo, al no estar dispuesto a penarlo se aleja radicalmente del paternalismo.

Por otro lado, hacia el final de la sentencia los jueces que resolvieron por la mayoría en Bazterrica (Fallos: 308:1392) sentencian que:

“...Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro [a]bstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos...” (p. 1420)

Se pueden identificar dos problemas que llaman la atención en lo que los jueces afirman. En primer lugar, se sostiene que una ley que prevé una pena para aquellas personas que consumen estupefacientes es una medida que estigmatiza y etiqueta como delincuente a la persona que incurre en la acción. La pregunta que cabe hacerse a este respecto es si efectivamente ese no es el objetivo que la ley busca. El punto de esto es marcar que en un Estado paternalista es factible y está permitido que la comunidad (por medio de sus legisladores) defina lo que es bueno y lo que es malo. En consecuencia, no tendría nada de malo ni de inconstitucional que exista una norma que penalice el consumo de estupefacientes. Lógicamente, no hay que perder de vista que nos

enmarcamos en un Estado como la Argentina donde existe un marco constitucional, como el artículo 19 CN, que promueve cierta autonomía de la voluntad. Es por esto que tampoco se puede coaccionar a las personas a hacer lo que una ley dispone.

En segundo lugar, continuando con la línea argumental anterior, hay otro punto en lo expuesto por los jueces que resulta discutible. Y es el hecho de que la comunidad es la que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos. Este es un punto que trae aparejado muchos problemas en tanto no se ve claramente el fundamento de por qué sería la comunidad que no consume drogas la que deba solventar los costos médicos para rehabilitar a las personas que sí lo hacen. Un Estado liberal no estaría de acuerdo con esta premisa. Para un liberal igualitario el tratamiento debería ser financiado por el Estado siempre y cuando la persona que se somete a esto lo haga con libertad. Por el contrario, para un liberal tradicional el costo del tratamiento debería pagarlo el consumidor.

En los fallos que despenalizaron el consumo y la tenencia de estupefacientes se hizo mucho hincapié en la razonabilidad de las normas que se impugnaron. La pregunta de los jueces giró en torno a si imponer una sanción penal para los tenedores y consumidores de drogas era razonable para disuadir la conducta. Hay que admitir, lo cual no implica ceder en los puntos que se vienen mencionando, que una pena privativa de la libertad resulta cuanto menos drástica para los sujetos que se ven involucrados. Este punto no es perdido de vista por quienes consideran que una sanción penal resulta razonable. El procurador general de la nación en los fallos Bazterrica y Capalbo sostuvo que "...la tenencia de estupefacientes en todos los casos posee, por lo menos, la trascendencia que resulta del hecho del tráfico, fenómeno inconcebible si no hubiera tenedores consumidores..." (p. 1414). Teniendo este punto en consideración es que el procurador de ese momento, Juan Octavio Gauna, consideró que la sanción penal no era exagerada.

El procurador general de la nación hace una analogía que resulta interesante en relación con las drogas. Afirma que la tenencia de estupefacientes "...puede poner en peligro la salud pública del mismo modo que la tenencia de armas de guerra o de explosivos es susceptible de hacer lo propio con la seguridad pública..." (p. 1415). Este argumento pone en pie de igualdad a las drogas con las armas de guerra o explosivos. En el caso de

estas últimas, se pena su mera tenencia por el hecho de que el instrumento de portación es ilegal. El procurador considera que la droga es equivalente a esto.

En este mismo orden de ideas, en el fallo Montalvo (Fallos: 333:1333), se resolvió la penalización de la tenencia y del consumo de estupefacientes modificando la decisión tomada en la sentencia dictada para los casos de Bazterrica y Capalbo. Similar argumento al del párrafo anterior fue el que usaron los magistrados para resolver en este caso:

“...la diversa interpretación efectuada por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20.771 provocaron inseguridad jurídica y fue esa circunstancia, junto con el avance de la drogadicción, lo que determinó al legislador de la ley 23.737 a establecer como conducta delictiva, la tenencia de estupefacientes en escasa actividad, inequívocamente destinada al uso personal, con lo cual ya no corresponde realizar evaluaciones sobre el tema y llegar a un casuismo, no querido por la ley ni por la sociedad, la que espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud y seguridad públicas. La tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental, como no lo afecta tampoco la que reprime la tenencia de armas y explosivos y, en general, las disposiciones que sancionan los demás delitos de tenencia...” (pp. 1356, 1357).

Los jueces de la mayoría en Montalvo dan particular importancia a los derechos a la moral, salud y seguridad públicas. Sostienen que estos son los derechos que la sociedad espera que la justicia defienda, y permitiendo tanto el consumo como la tenencia de estupefacientes se va en contra de estos valores. Además, culminan afirmando que la punición a esto no afecta ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional e iguala esto a la tenencia de armas y explosivos.

Finalmente, es interesante mencionar el voto en particular de la Dra. Carmen Argibay en el fallo Arriola. La magistrada sostiene que el punto central de la cuestión radica en determinar si la conducta de la persona que tiene estupefacientes puede enmarcarse como una acción privada o no. Este es un punto no menor porque es precisamente la base de la pretensión de inconstitucionalidad de todos estos casos. El artículo 19 de la Constitución Nacional hace referencia a las “acciones privadas de los hombres” que no ofendan el orden o la moral pública. En este sentido, Argibay critica el fallo Montalvo expresando que:

“...la autoridad de “Montalvo” ha sido invocada por los tribunales de grado para justificar *en general* la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal y la consiguiente irrelevancia de cualquier análisis en *particular* sobre el modo en que fue realizada la conducta para decidir si ha sido o no una acción privada.” (A. 891. XLIV, p. 76)

Es que, para esta magistrada, es sumamente relevante determinar cuál es el caso en concreto para determinar la punibilidad o no de la tenencia de estupefacientes. La jueza continúa su argumento diciendo que “...El argumento central de la sentencia fue que por ser la figura penal en cuestión un delito de peligro abstracto, la conducta allí descripta contenía implícita su trascendencia a terceros...” (p. 77). Con esto la Dra. Carmen Argibay pretende recordar que en Montalvo el argumento era el efecto contagioso de la drogadicción. No afirma que esto esté bien o mal, que sea correcto o incorrecto. Simplemente dice que en el caso en concreto se utiliza ese argumento. Lo que busca dejar en claro es que una vez que se declara la inconstitucionalidad de una norma, esta no pierde vigencia en general, sino en lo que respecta a la decisión del caso en concreto.

El argumento final al que recurre esta jueza es precisamente a una diferenciación entre el ámbito privado de la persona y el ámbito público. De esta manera, es posible determinar en qué casos puede haber una intervención del Estado que avance sobre la autonomía de la voluntad de la persona y cuándo no. Argibay expresa que:

“...cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restrinjan el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta solo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional...” (p. 85)

De lo manifestado es posible hacer dos observaciones. Por un lado, desde una visión paternalista, es posible proteger al individuo de un plan de vida que se reputa indeseable. Y esto no es por ir en contra de la autonomía de la voluntad de las personas sino que es por defender los valores fundamentales de una comunidad determinada. En el caso de Argentina, ambas leyes que se sancionaron en relación con la tenencia y con el consumo de estupefacientes apuntaron a lo mismo: pretendieron penar la tenencia de drogas incluso en los casos en que fuera para consumo personal. Y esto fue porque los

legisladores consideraron que era un terreno en el cual podían ingresar y restringir la libertad de los individuos para proteger un bien jurídico mayor.

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que, si bien este trabajo de investigación busca defender el paternalismo, es fundamental armonizar y encontrar un equilibrio entre ambas corrientes filosóficas. Lo que se quiere decir con esto es que los jueces que resolvieron en los diferentes casos que llegaron a la Corte fueron todos paternalistas. Ha habido casos como el del Dr. Santiago Petracchi en el que sus votos fueron con una tendencia marcadamente liberal. Sin embargo, esto no alcanza. Es propio del paternalismo afirmar, al igual que el liberalismo, que penar a una persona por un potencial peligro es invasivo de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, el paternalismo al menos sostiene que esta mirada, si bien es radical, sirve para defender los valores de una comunidad política. Las leyes y las normas de jerarquía constitucional en materia de estupefacientes han sido históricamente paternalistas porque incluso los más liberales han terminado siendo partidarios del mismo paternalismo que combaten. Y esto es fruto de que históricamente en la Constitución conviven principios liberales y principios conservadores.

B) Marco constitucional argentino

Para tener un entendimiento completo de las sentencias de la Corte Suprema que se analizaron en el apartado anterior es importante tener en claro cuáles son las normativas que entran en debate en cada caso. En todas las ocasiones se hace un planteo de inconstitucionalidad que es el que da lugar a la intervención del máximo tribunal.

Como primera norma, hay que mencionar la ley 20.771 sobre estupefacientes. El artículo 6° de esta ley establecía que “será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$ 100) a cinco mil pesos (\$ 5.000) el que tuviere en su poder estupefacientes, **aunque estuvieran destinados a uso personal.**” Este fue el primer artículo al que se le cuestionó su constitucionalidad (en los fallos de la CSJN Bazterrica y Capalbo). Posteriormente, fue sancionada la ley 23.737 la cual en su artículo 14, segundo párrafo, establece que “...la pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, **surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.**”

Puede observarse que en ambos casos se condena la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esto es un dato que no debe ser observado al pasar en tanto el legislador tuvo la misma intención en dos ocasiones. Declarada la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 se abrió la posibilidad de redactar una ley que corrigiera ese “error” constitucional. Sin embargo, la ley 23.737 decide de forma deliberada volver a reprochar la misma conducta que su antecesora. Esto habla de un claro espíritu paternalista en las normas. Los legisladores claramente tienen la intención de marcar que el consumo de estupefacientes aunque sea para consumo personal es una conducta que debe ser considerada disvaliosa.

Por otro lado, en los diferentes fallos de la CSJN que se mencionaron anteriormente se pone como argumento que los artículos de las leyes que se impugnan van en contra de la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional el cual dispone 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.” Esta es la cláusula que se ha considerado como el principio liberal de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, María Angélica Gelli sostiene en su constitución comentada que “...la primera parte del art. 19 no parece filiada a la filosofía *paternalista* ni a la *perfeccionista* en lo que se refiera a las *acciones privadas*, pero no renuncia a fines tuitivos, ni de bien común, ni de bienestar general...” (p. 185). El punto que se quiere hacer con esto es precisamente que el artículo 19 de nuestro ordenamiento constitucional comulga con la idea de liberalismo como corriente filosófica. Sin embargo, se queda a mitad de camino en tanto no abandona ciertos principios fundamentalmente paternalistas. Esto es precisamente por la ya mencionada convivencia histórica en nuestra constitución de principios liberales y conservadores.

Un aspecto que no hay que perder de vista es la diferencia entre acciones privadas y acciones realizadas en privado. Esta distinción “...es vital para proteger conductas humanas que, aun realizadas en público, no interfieran con los derechos de terceros ni afectan el orden ni a la moral pública...” (p.185). En lo que respecta a la tenencia y al consumo de estupefacientes para consumo personal esta distinción es de particular relevancia. Tal como se mencionó en el fallo Arriola, allí la Dra. Argibay sostiene que debe considerarse de forma completa la situación específica del caso para poder determinar si una conducta constituye o no una acción privada. Y es que en muchas

ocasiones sucede que una persona es encontrada consumiendo marihuana en una plaza pública y es detenido por la policía como consecuencia de su accionar. Esto es porque si bien realiza una conducta que se enmarca en una acción privada no lo hace “en privado” dejando abierta la puerta para la intervención de terceros.

Con estos aspectos que se han mencionado líneas arriba se puede arribar a una conclusión que se comparte con la Dra. Gelli. Ella sostiene que:

“...En efecto, por hipótesis podría sostenerse que aquella penalización no viola el principio de privacidad pues, bajo determinadas circunstancias, causa daño a tercero y aun así preferir la no incriminación, alegando que es una política errada, poco eficiente para limitar el consumo y el tráfico de drogas prohibidas...” (p. 193).

Lo que se quiso demostrar con los aspectos mencionados en este apartado fue simplemente que tenemos un ordenamiento jurídico que está inyecta por paternalismo. Incluso el artículo 19 CN que pretendió ser vanguardista en materia de liberalismo termina siendo de una estructura marcadamente paternalista. Esto no es algo errado, a nuestro criterio, en tanto el paternalismo no es lo que el liberalismo dice de él. El paternalismo promueve la autonomía de la voluntad de las personas siempre y cuando esas queden enmarcadas en valores e ideologías que sean defendidas por las políticas de Estado. Y esto no es autoritarismo como muchas veces se intenta afirmar sino que es promover el ejercicio de los valores virtuosos de una comunidad.

III) El paternalismo como política de Estado en Argentina

En la introducción de este trabajo se sostuvo que el paternalismo es una corriente de pensamiento que defiende el intervencionismo del Estado y promulga la idea de que los gobiernos pueden determinar las conductas valiosas y disvaliosas de las personas. En los capítulos anteriores se ha demostrado cuáles son los argumentos tanto del paternalismo como del liberalismo y, en el caso concreto de Argentina, cómo fue la aplicación de estas doctrinas en materia de tenencia y consumo de estupefacientes.

En este último capítulo nos proponemos cerrar las ideas manifestadas anteriormente demostrando que el paternalismo como escuela de pensamiento es lo que orienta y da sentido a la organización social de Argentina. Las páginas anteriores se concentraron en la aplicación del paternalismo en relación con las drogas, sin embargo, esta misma

ideología se puede ver en otros tipos de conductas que se van a mencionar más adelante que son, por ejemplo, la homosexualidad, la venta de órganos, el nudismo, la poligamia/poliandria y el divorcio. La idea central es mostrar cómo el paternalismo “empapa” a toda la legislación argentina. Y es que al dejar las acciones privadas de los hombres “solo reservadas a Dios” y al poner en juego la moral se plantea una tensión y un problema de prioridades entre paternalismo y liberalismo.

Al afirmar que el paternalismo puede ser concebido como la política de Estado de la Argentina nos referimos a que las leyes y el ordenamiento jurídico del país giran en torno a principios paternalistas. Como se dijo al comienzo de este trabajo, la corriente filosófica paternalista no goza de buena reputación en tanto se suele entender como una forma de vida que reprime y restringe las libertades personales. Sin embargo, es esto precisamente lo que se ha intentado desmentir a lo largo de todo este escrito. Por esto mismo, sostenemos que es totalmente viable la existencia de un Estado paternalista en el siglo XXI, de hecho es más factible y sostenible que un Estado liberal en tanto se sostiene en fundamentos y valores más sólidos.

Un primer caso que se puede analizar en relación con el paternalismo como política de Estado en Argentina, es la **ley 24.193 de trasplantes de órganos y tejidos**. Su capítulo VIII determina las penalidades que se impondrán ante el incumplimiento de las normas y, en concreto, su artículo 28 fija en tres incisos que será reprimido con **prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial de dos a diez años** el que diere u ofreciere beneficios de contenido patrimonial (o no) a un posible dador o a un tercero para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos. Además, se pena al que recibiera o exigiera para sí o para terceros cualquier beneficio de contenido patrimonial (o no) para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos sean o no propios. Y, finalmente, se reprime a aquel que con propósito de lucro intermediara en la obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas o cadáveres.

Puede notarse que se establece no solo pena de prisión sino también inhabilitación en el ejercicio de la profesión para las personas que fomenten de alguna manera el tráfico de órganos o tejidos. Lo que se quiere marcar es que Argentina posee una ley que combate específicamente la comercialización de órganos, algo que es propiamente paternalista. Un Estado liberal no vería problemas en que las personas comercialicen sus órganos y dispongan de ellos de la forma en que mejor les parece. En definitiva, la disposición del

cuerpo es un derecho personalísimo que no puede ser violado. Lo único que el liberalismo no contempla es que una persona se venda en esclavitud.

Otros dos delitos que prevé el código penal argentino y que es propio de un espíritu paternalista son la poligamia y la poliandria. En este sentido, el código penal establece en su artículo 134 que serán **reprimidos con prisión de uno a cuatro años** los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta. Asimismo, el artículo 135 estipula que serán **reprimidos con prisión de dos a seis años** el que contrajere matrimonio sabiendo que existe impedimento de nulidad absoluta y se lo oculte a la otra persona y el que engañando a una persona simulare matrimonio con ella.

Como puede deducirse de lo expuesto en el párrafo anterior, el Estado argentino repudia los hechos en los cuales las personas contraen matrimonio sabiendo que existen motivos de nulidad absoluta. Estos casos son delitos contra el estado civil de las personas, constituyen matrimonios ilegales para el ordenamiento jurídico. El liberalismo no concibe normas de este estilo en tanto es propio de esta corriente de pensamiento permitir que las personas puedan constituir estilos de vida polígamos. Sin embargo, la Argentina lo repudia y esto es porque se sustenta en una tradición judeo-cristiana que va en contra de todo estilo de vida que no sea la bigamia. Esto es relevante en tanto se puede demostrar que Argentina valora un estilo de vida por sobre otro. Y esto es lo que se viene sosteniendo en todo el trabajo con el caso concreto de los estupefacientes. El paternalismo defiende un estilo de vida concreto, no deja librados al azar términos o conceptos para ser rellenados por las personas sino que determina una moralidad determinada. Es por esto que la poligamia y la poliandria son concebidas como actos inmorales incluso hasta nuestros días hasta el punto de reprimirlos con penas privativas de la libertad que están fijadas en el código penal. De lo contrario, se puede mencionar lo que afirma James Fitzjames Stephen en su libro *Liberty, Equality, Fraternity* (1993):

The following consequences would flow legitimately from this principle. A number of persons from themselves into an association for the purpose of countenancing each other in the practice of seducing women, and giving the widest possible extension to the theory that adultery is a good thing. (...) The law of England would treat this as a crime. (p. 82)

De lo anterior puede notarse la diferencia entre liberalismo y paternalismo una vez más. Stephen muestra a dónde puede conducir el dejarse llevar por la corriente liberal.

Ampliar las posibilidades de las personas a la poligamia o a la poliandria sería precisamente juntar a un grupo de personas que se asocien y darles la posibilidad de ser adúlteros e inculcarles la idea de que esto no es algo inmoral. Más adelante, este autor dirá que para J.S. Mill esta postura es la prueba de la intolerancia del paternalismo que no comprende la idea de libertad. Sin embargo, esta es una perspectiva errónea. Y Stephen lo explica de la siguiente manera: “*Fornication, for example, must be tolerated and so must gambling; but should a person be free to be a pimp, or to keep a gambling house?*” (p. 83). El punto que se quiere hacer es, una vez más, que el paternalismo prevé la existencia de estas conductas, el paternalismo no niega que pueda haber casos de personas que sean adúlteras, que consuman estupefacientes, que sean adictos. El punto radica en determinar qué se va a hacer con esos casos. Mill afirma que a la sociedad no le corresponde como sociedad decidir que algo esté mal cuando eso le concierne solamente a un individuo. El paternalismo no está de acuerdo con esta postura. De hecho, sostiene que la sociedad tiene la potestad de determinar la moralidad (y, por ende, la inmoralidad) que debe prevalecer en una comunidad determinada.

Siguiendo con la misma línea de pensamiento puede hacerse referencia a la **ley 23.515 de divorcio vincular**. El divorcio históricamente generó controversias en Argentina. No fue un tema simple de debatir, de hecho recién en 1987 se permitió que las personas puedan extinguir civilmente sus matrimonios. Podría decirse que esta es una victoria del liberalismo en Argentina. Con la última reforma del código civil y comercial de la Nación se facilitó aún más el trámite para todas aquellas personas que quisieran divorciarse. En nuestra visión, lejos de ser una victoria del liberalismo, esto puede considerarse como una ley que resuelve una problemática concreta que plantea la sociedad en su conjunto. Sin embargo, como toda ley que se sanciona sin medir pertinentemente las consecuencias, se ha visto en los últimos años cómo ha aumentado el número de divorcios sin una causa que sea válida y justificada. Estos son los riesgos que plantea el liberalismo y que el paternalismo busca evitar.

En el mismo orden de ideas puede hacerse referencia a la **ley 26.618 de matrimonio civil** del año 2010 en la cual se concede el derecho de unirse civilmente a personas del mismo sexo. Con esto quiere decirse que fue recién en los últimos años cuando se permitió que dos personas del mismo sexo pudieran contraer un *mal llamado* matrimonio. Decimos mal llamado en tanto lo que se les permitió fue unirse civilmente a partir del reconocimiento de derechos que se equipararon al de los matrimonios

heterosexuales. Una vez más, cabe decir que esto no constituye del todo una victoria del liberalismo por dos cosas. Por un lado, y desde un punto de vista perfeccionista, esta norma está vacía de contenido moral y solo permite a las personas hacer algo que es “malo” para sus vidas. Ninguna persona puede, de acuerdo con el perfeccionismo, realizarse llevando adelante un estilo de vida que implique la homosexualidad. Desde un punto de vista más moderado, quizás recurriendo a los pensamientos de Devlin, podríamos decir que esta ley concede un derecho que no puede negarse a ciertas personas. El paternalismo no está de acuerdo con la homosexualidad, de hecho considera que es moralmente malo, sin embargo, concibe que no puede restringirse este derecho a las personas.

Por otro lado, afirmamos que esta ley no constituye una victoria del liberalismo en tanto no cumple con el objetivo liberal. Para esta corriente de pensamiento es esencial permitir que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, es incomprensible prohibirlo en base a la moral o a las buenas costumbres. Sin embargo, en el caso de Argentina esta ley se queda a la mitad de camino en tanto los homosexuales continúan estando en desventaja y siguen constituyendo un sector desprotegido de la comunidad. Esto es así porque si bien tienen derecho de unirse civilmente, lo cual les otorga derechos sucesorios al igual que un matrimonio heterosexual, no cuentan con los mismos derechos para adoptar. Es interesante destacar que Argentina no contempla en su ordenamiento jurídico el alquiler de vientres. La filiación puede ser solamente de tres maneras: biológica, por adopción, o por técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, no existe la posibilidad de que dos personas (sean del sexo que sean) aporten su material genético y lo gesten en un útero de alquiler. Esto significa dos cosas muy claras. En primer lugar, esta es una decisión puramente paternalista en tanto no es propio del liberalismo restringir el uso del cuerpo de las personas. Esta corriente filosófica sostiene que cada uno es dueño de su cuerpo, por lo tanto, no puede prohibirse que alguien haga con este lo que le parezca. En segundo lugar, para los homosexuales el hecho de que no esté contemplada la subrogación de vientre implica una limitación importante al restringirse sus posibilidades para ser padres.

Con lo expuesto anteriormente se quiere marcar que Argentina, siendo paternalista como se ha demostrado ampliamente que lo es, concibe a la filiación como algo propio de la heterosexualidad. Y esto es así por lo mismo que Stephen sostenía ya desde antiguo:

I am far from expressing absolute condemnation of an experiment in living from which I dissent (I am sure that mere dissent will not offend a person of your liberality of sentiment), but still I am compelled to observe that you are not altogether unbiased by personal considerations in the choice of the course of life which you have adopted (no doubt for reasons which appear to you satisfactory, though they do not convince me).
(pp. 84-85)

Es precisamente esto lo que continúa orientando el pensamiento del ordenamiento jurídico argentino. Nuestra constitución así como nuestras leyes y normativas no pretenden condenar, al menos no en todos los casos, los “experimentos” de vida de las personas. De hecho, Argentina rechaza y disiente de determinados estilos de vida (como los ya mencionados tipos de matrimonios que no se circunscriben a la bigamia). No obstante esto, hay casos como el de la homosexualidad que si bien no se condenan, al otorgarles derechos no se lo hace de forma plena sino con ciertas restricciones porque se sigue considerando, propio del paternalismo, que no es prudente ceder completamente. Sigue siendo una conducta que, si bien ya no es disvaliosa, tampoco se la concibe como virtuosa.

El alcoholismo es, sin duda alguna, una conducta que genera interminables debates en torno al liberalismo y al paternalismo. En Argentina existe una normativa que regula específicamente este asunto. Se trata de la **ley 24.788 de lucha contra el alcoholismo**. Por el título uno ya puede darse cuenta de que el objetivo es combatir el consumo excesivo de bebidas alcohólicas, es decir, es un título esencialmente paternalista. El artículo 1º de la ley prohíbe en todo el territorio nacional el expendio de todo tipo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años. Hay un interés particular del legislador en proteger a la juventud de lo que se considera un vicio. Stephen, en relación con esta problemática en concreto, señala: *“If anything invades my social rights, certainly the traffic in strong drink does. It invades my primary right of security by constantly creating and stimulating social disorder.”* (p. 85). Al haber una norma que regule la venta de bebidas alcohólicas se considera que esta actividad constituye un peligro potencial porque genera y estimula el desorden social.

Más allá del artículo que se mencionó líneas arriba, más interesante aún es el artículo 7º de esta ley que prohíbe en todo el territorio nacional la realización de eventos que requieran la ingesta de bebidas alcohólicas desnaturalizando los principios de la degustación. A aquellos que infrinjan lo estipulado en este artículo les corresponderá

una **pena de prisión de seis meses a dos años**. Esta pena será elevada en caso de reincidencia y en caso de que las personas que participen sean menores de edad. Hay una clara intención de mantener una conducta que el Estado considera deseable y, por lo tanto, de corregir la conducta en caso de que se desvíe del objetivo. Tal como se mencionó líneas arriba, Stephen pone como argumento que el alcoholismo afecta la seguridad de las personas. En este sentido sería posible afirmar que se está violando el principio de la no afectación a terceros del liberalismo. J.S. Mill responde al respecto:

The distinction here pointed out between the part of a person's life which concerns only himself, and that which concerns others many persons will refuse to admit. How (it may be asked) can any part of the conduct of a member of a society be a matter of indifference to the other members? No person is an entirely isolated being; it is impossible for a person to do anything seriously or permanently hurtful to himself, without mischief reaching at least to his near connections, and often far beyond them. (Stephen, p. 85)

Lo que Mill plantea en la cita que hemos transcripto es que las conductas de las personas siempre impactan y generan un efecto sobre los demás miembros de la sociedad. En este sentido, el liberalismo sostiene que, a pesar de esto, los comportamientos del "otro" deben ser tolerados. Es esperable, y de hecho resulta lógico, que una persona alcohólica o un drogadicto molesten y generen disgusto a muchas personas. Sin embargo, para la corriente liberal no puede impedirse que lleven adelante su autonomía personal por la falta de aceptación o tolerancia de los demás. Por el contrario, el paternalismo considera que la importancia de restringir y prohibir conductas que promuevan el alcoholismo, la drogadicción o cualquier clase de vicios reside en que esto afecta no solo al resto de la comunidad sino principalmente a la persona que se ve inmersa en este estilo de vida. Hay una preferencia del Estado argentino por una conducta y un estilo de vida determinado.

Como último aspecto para demostrar que Argentina tiene una política de Estado paternalista vamos a mencionar el caso del nudismo. El código penal prevé en su artículo 129 que será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Además, se impone **pena de prisión de seis meses a cuatro años** si los afectados fueren menores de dieciocho años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

Puede notarse que, una vez más, Argentina adopta una postura fundamentalmente paternalista en esta materia. Esto quiere decir que no se concibe la posibilidad de que una persona pueda ejecutar lo que el ordenamiento jurídico denomina “exhibiciones obscenas” y, en caso de que lo haga, será reprimido con una sanción de multa. La pena se agrava, al igual que en otros casos que ya hemos mencionado, en los supuestos en que las personas que se vean afectadas sean menores de dieciocho años. Esto implica que el legislador ha tenido especial cuidado en proteger a los menores de edad e impone la pena de prisión para disuadir al máximo la corrupción de la juventud.

De la misma forma que con todos los ejemplos que se han mencionado, el liberalismo no está de acuerdo con esta postura paternalista. Por el contrario, los liberales no ven nada de malo en el nudismo. Lo interesante del argumento es que para esta corriente de pensamiento no hay una afectación a los derechos de terceros sino que, por el contrario, el nudismo es una conducta que debe ser tolerada por todos aquellos que no estén a favor. Este argumento colisiona fuertemente con lo que Stephen sostiene:

It is surely a simple matter of fact that every human creature is deeply interested not only in the conduct, but in the thoughts, feelings, and opinions of millions of persons who stand in no other assignable relation to him than that of being his fellow-creatures. (...) A man would no more be a man if he was alone in the world than a hand would be a hand without the rest of the body. (p. 86)

La postura perfeccionista que adopta Stephen sostiene que todas las personas están interesadas en las conductas de los demás. De hecho, su postura va más allá al afirmar que no solo nos interesan los actos y comportamientos de las demás personas sino que además nos son relevantes sus pensamientos, sentimientos y opiniones. Esto combate al liberalismo que no concibe bajo ningún punto de vista que una persona (y mucho menos la comunidad en su conjunto) se inmiscuya en los pensamientos, emociones u opiniones de los demás. Estos aspectos forman parte de la más profunda interioridad de los seres humanos y, por lo tanto, el paternalismo no podría avanzar en este campo de la forma en que lo hace.

Los distintos puntos que se han mencionado en este capítulo tienen por objetivo demostrar, como consideramos que ha quedado demostrado, que la Argentina conserva un espíritu paternalista en su política de Estado. Al indagar sobre la venta de órganos, la homosexualidad, el divorcio, el alcoholismo, la poligamia/poliandria y el nudismo podemos determinar y constatar fácticamente que lejos de acercarnos a un modelo

filosófico liberal, la nación argentina conserva una fuerte impronta paternalista. Si bien tenemos leyes (como la ley de divorcio o la ley de matrimonio civil que incluye a las uniones homosexuales) que otorgaron ciertas libertades específicas a las personas, en especial a sectores históricamente desfavorecidos, estas leyes se quedan a mitad de camino. Los fundamentos que motivaron la sanción de estas normas lejos están de ser principios liberales. La motivación sigue siendo en prácticamente todo el marco legislativo argentino el mantener el orden y conservar la moralidad de la sociedad. Incluso en leyes como la de matrimonio igualitario se persiste en restringir derechos a este sector de la población.

A Argentina le cuesta dar ese paso que implica el liberalismo, de hecho para lograrlo debería reestructurar prácticamente todas sus leyes para poder priorizar verdaderamente la autonomía de la voluntad de las personas. Este es un objetivo que, sin embargo, no se persigue porque el interés como país es continuar siendo paternalista y dirigiendo la moralidad y el comportamiento de los ciudadanos hacia aquello que se considera valioso o “bueno”. Y lo más importante es que esta postura es totalmente viable y válida, está bien que la sociedad por medio de sus legisladores decidan los límites de la moralidad de las personas.

Conclusiones

Históricamente, el debate filosófico entre paternalismo y liberalismo ha planteado diferentes cuestionamientos sobre si ciertas conductas o comportamientos debían ser tolerados en una determinada sociedad. La gran pregunta siempre fue hasta dónde se podía avanzar sobre los derechos de las demás personas, en otras palabras, si el Estado tenía algún derecho para interferir en la autonomía de la voluntad de las personas. Partiendo de esta base se ha podido comprobar que el liberalismo y el paternalismo son dos concepciones que se repelen constantemente. Y es precisamente por esto que, desde un comienzo, se afirmó que solamente una de estas corrientes filosóficas podía subsistir en una sociedad.

El eje central de este trabajo de graduación giró en torno a la tenencia y consumo de estupefacientes. Sin embargo, lo que estuvo detrás de esto siempre latente fue demostrar que Argentina conserva una política de Estado paternalista. Al analizar en extenso el

tema de las drogas, como así también al haber indagado sobre otros aspectos que conciernen al liberalismo y al paternalismo (como el alcoholismo, la homosexualidad, etc.), pudimos afirmar que todas las conductas expuestas en estas páginas pueden ser consideradas valiosas o disvaliosas dependiendo de si un Estado adopta una política paternalistas o liberal. Por otro lado, se buscó especialmente reivindicar al paternalismo, históricamente atacado y mal definido por los liberales. En este sentido, hay que afirmar que ser paternalista no implica restringir la voluntad de las personas, no se apunta a disminuir los derechos de las personas. Por el contrario, sostenemos fuertemente que el paternalismo contribuye a cimentar una sociedad sobre valores y principios sólidos.

En el caso concreto de la tenencia y el consumo de estupefacientes podemos concluir que actualmente en Argentina se permiten estas dos acciones siempre y cuando se circunscriban al ámbito de la privacidad de la persona. A partir del fallo *Arriola* del 2009 se despenalizó el consumo de marihuana (y solamente de este tipo de drogas). Sin embargo, lejos estuvo esa decisión de brindar un derecho a las personas a consumir y comercializar estupefacientes. Esto pone de manifiesto que para la Corte Suprema de la Nación esta problemática en concreto continúa siendo indeseable, sigue siendo un punto que hay que combatir y procurar evitar al extremo que se expanda a los sectores más vulnerables de la sociedad. Es por esto que afirmamos que la decisión que tomaron los jueces del máximo tribunal, lejos de ser liberal, sigue siendo paternalista.

Un punto que consideramos importante destacar en estas líneas finales es que a lo largo de todo este trabajo se intentó hacer una valoración concreta tanto del liberalismo como del paternalismo. Sostenemos que el paternalismo es una corriente filosófica que puede ser adoptada sin ningún tipo de problemas en cualquier Estado en el siglo XXI. De hecho, en más de una ocasión se ha querido resaltar que es más viable esta concepción como política de Estado que el liberalismo. Sin embargo, es bueno tomar distancia de ambas posturas para poder tener una visión crítica de lo que cada una defiende. Es por esto que cabe aclarar que así como el liberalismo promueve la autonomía de la voluntad de las personas, el paternalismo no se dedica a restringir derechos. Más allá de esto hay que decir que hay muchos casos en que el paternalismo pierde de vista puntos relevantes de la misma forma en que lo hace el liberalismo. Un caso concreto se da en el ámbito de las drogas. Argentina continúa penando y reprimiendo el consumo de drogas en los casos en que estas acciones se hagan en la vía pública. Esta decisión es totalmente

desafortunada porque le escapa a una realidad que es la del adicto que quizás carece de culpabilidad por sus actos.

Uno de los objetivos iniciales que se planteó en este trabajo fue demostrar que la moralidad es una construcción que depende de lo que sea valioso para cada comunidad. En el caso de Argentina esa moralidad se basa en principios paternalistas que provienen desde los primeros tiempos de este país. Un punto que no hay que perder de vista es que el pueblo, es decir, los ciudadanos de cada nación determinan por medio de sus legisladores la moralidad que consideran que debe imperar en un territorio determinado. Por eso afirmamos que no es obvio que el consumo de estupefacientes o la venta de órganos, por nombrar solo algunos, sean acciones que deban tildarse de erradas o inmorales así porque sí. Esto depende de la moralidad específica que cada sociedad decida para su país.

Argentina es un país que si bien posee ciertos lineamientos liberales, aún le queda mucho por recorrer si desea consolidarse como tal. Creemos, sin embargo, que la nación argentina es paternalista incluso en las normas que pretenden ser de vanguardia por el nivel de permisibilidad que se les otorga a las personas. Y esto está bien porque es lo que la mayoría de las personas han elegido. En materia de moralidad podemos afirmar que los argentinos son paternalistas y por eso se penalizan conductas como la drogadicción, el alcoholismo, el nudismo, etc. No conviven en Argentina liberalismo y paternalismo sino que la estructura es paternalista con ciertas “excepciones” concretas.

Bibliografía

- Devlin, Patrick. 1965. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald M. 1966. *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*. Connecticut: Yale Law School.
- Fitzjames Stephen, James. 1993. *Liberty, Equality, Fraternity*. Editado por Stuart D. Warner. Indianápolis: Liberty Fund, Inc.
- Gelli, M., & Argentina. 2008. *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada / María Angélica Gelli*. (4. ed. ampliada y actualizada. ed.). Buenos Aires: La Ley.

Hart, H.L.A. 1961. *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Mill, John Stuart. 1859. *On Liberty*. Canadá: Batoche Books Limited.

Mitchell, Basil. 1978. *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*. Londres: Oxford University Press.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 11 de diciembre de 1990. Caso “Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. inf. ley 20.771”. Fallos 313:1333

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 25 de agosto de 2009. Caso “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”. Fallos A. 891. XLIV.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 29 de agosto de 1986. Caso “Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 29 de agosto de 1986. Caso “Capalbo, Alejandro Carlos s/ tenencia de estupefacientes”.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación (2018). Buenos Aires: Erreius.

Código Penal de la Nación (2018). Buenos Aires: Ediciones del País.

Constitución de la Nación Argentina (2018). Buenos Aires: Ediciones del País.

Ley 23.515 de divorcio vincular. B.O. 12/VI/1987

Ley 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes. B.O. 11/X/1989

Ley 24.193 de trasplantes de órganos y tejidos. B.O. 26/IV/1993

Ley 24.788 de lucha contra el alcoholismo. B.O. 2/IV/1997

Ley 26.618 de matrimonio civil. B.O. 22/VII/2010