



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**¿Hay razones para criminalizar el consumo de drogas?
Un análisis filosófico y empírico**

Autor: Nicolás Díaz

Legajo: 26059

Mentor de Tesis: Ezequiel Malarino

Buenos Aires, 31 de julio de 2020

***A Sara,
a su recuerdo,
a su eterna compañía.***

***A mis padres,
a su ejemplo,
a su apoyo libre de condiciones.***



Universidad de
San Andrés

ÍNDICE

I. Introducción

II. El marco jurídico del consumo personal de drogas en la Argentina

A. Legislación

B. Jurisprudencia

1. Recorrido de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
2. Los argumentos de la Corte Suprema: los tres ejes

III. Discusión filosófico-política

A. Concepto de libertad

B. La libertad y el Estado: el liberalismo, el paternalismo y el moralismo jurídico

1. La teoría liberal
2. La teoría paternalista
3. El moralismo jurídico

IV. Los estudios empíricos

A. Sobre el daño al consumidor

B. Sobre el daño a terceros

1. Drogas y accidentes de tránsito
2. Drogas y delitos psicofarmacológicos

V. Hacia el respeto por la libertad individual

VI. Conclusión

Universidad de
San Andrés

Resumen

La discusión sobre el tratamiento legal correspondiente hacia el consumo personal de drogas comprende uno de los debates de mayor actualidad y urgencia en el mundo contemporáneo. Tanto en el marco internacional como en las regulaciones internas de la mayor parte de los Estados soberanos, se parte de una serie de verdades mayormente infundadas que justifican y cimientan una perspectiva prohibitiva y criminalizadora del consumo de drogas, sin antes atender a las pertinentes investigaciones empíricas y cuestionamientos filosóficos. La realidad, sin embargo, tarde o temprano se impone, y al día de hoy ya resulta ciertamente cuestionable afirmar que existe un consenso universal sobre la idoneidad y justificación de las políticas prohibitivas y criminalizadoras. De hecho, lo cierto es que los cuestionamientos en la materia crecen cada vez más y desde frentes diversos, como el académico, poblacional, jurisprudencial y hasta el parlamentario. Es hora de invertir la carga probatoria en la discusión: partir desde el respeto por las libertades individuales, la autonomía y la privacidad, e imponer sobre quien alegue la necesidad de restringir la autodeterminación la carga de probar sus postulados.

Palabras clave: criminalización, política sobre drogas, consumo de drogas, autonomía, privacidad, delitos psicofarmacológicos, daños al consumidor, daños a terceros, moralismo jurídico.

I. Introducción

“The fundamental issue is not whether to decriminalize the use of any or all drugs, but whether to criminalize the use of any or all drugs.”—Douglas Husak (2003).

Actualmente, el consumo de drogas conforma una de las mayores industrias del mundo, y, dado que en la mayoría de los países tanto el consumo como la distribución son considerados delitos, este gigantesco negocio se mueve en las sombras. De este modo, los Estados, en el afán de mantener un control total, han perdido prácticamente todo tipo de gobierno de la situación.

Es claro que el debate sobre las políticas de consumo de drogas presenta cuantiosas aristas que importan problemas y controversias de diversa naturaleza. A modo de ejemplo, podemos resaltar los siguientes enfoques de estudio en materia de drogas: (a) consumo individual, (b) distribución y comercio ilícito, (c) adicción, (d) daño al consumidor, (e) daño a terceros, (f) nociones morales en juego, (g) derecho a la autonomía del individuo, etcétera.

Por ello, a la hora de analizar el tratamiento legal deseable que un país determinado debería tomar en cuanto al consumo personal de drogas, cabe distinguir, primero, dos aspectos importantes de la discusión: (1) el ético-político, y (2) el constitucional. Por un lado, la cuestión ético-política refiere a un análisis ético o filosófico de una política determinada, lo cual muchas veces requiere del estudio de los datos empíricos que rodean la cuestión. De este modo, una postura de naturaleza paternalista optará por un tratamiento legal que responda a legitimar al Estado para interferir en la autonomía del individuo en aras de prevenir que este no se provoque un daño a sí mismo, pero antes atenderá a que las pruebas empíricas efectivamente den cuenta de la existencia o posibilidad de tal daño. Una postura liberal, en cambio, se inclinará hacia una política estatal que solo intervenga en aquellas conductas del individuo pasibles de generar un daño a un tercero.

Por otro lado, el aspecto constitucional del análisis corresponde a la averiguación de los límites constitucionales impuestos por el país en cuestión.

Es inmerso en estas principales observaciones y consecuentes ponderaciones que el debate sobre la regulación jurídica del consumo drogas se presenta y, en mejor o peor calidad argumentativa, se desarrolla. Sin embargo, lo cierto es que actualmente esta discusión se encuentra colmada de confusión y desorden argumentativo, más allá de las buenas o malas intenciones que puedan primar. Un factor significativo y responsable de gran parte de las falencias del debate es la constante desatención hacia los datos empíricos serios, por ejemplo aquellos que refieren a los daños al consumidor y/o a terceros causados a partir del consumo de un estupefaciente determinado.

Dadas estas circunstancias, el debate en cuestión debe abarcarse, por un lado, desde una perspectiva de deconstrucción, esto es, hacer a un lado las nociones culturales y personales que priman en la materia. Por el otro lado, se debe atender a los argumentos constitucionales, ético-políticos y empíricos.

El presente trabajo, con un especial enfoque en el marco jurídico argentino, se detendrá en tres ejes esenciales que el conflicto entre libertad personal y consumo de drogas suscita, a saber: (a) ética y moral; (b) salud pública e individual; y (c) daños a terceros. Tales ejes de análisis serán abarcados tanto desde su aspecto filosófico como desde el científico. En este sentido, se presentará, por una parte, el debate ideológico; y, por la otra, los estudios empíricos sobre el tema.

Primeramente, se introducirá el marco jurídico actual del consumo de drogas en la Argentina desde sus dos cimientos principales: la legislación y el recorrido jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. En segundo lugar, se examinarán los elementos filosófico-políticos esenciales de la discusión bajo análisis. En este punto se introducirá, por un lado, el concepto de libertad negativa y libertad positiva de la teoría de Isaiah Berlin; por el otro, se presentarán las tres corrientes filosóficas especialmente pertinentes a la hora de estudiar la relación entre los derechos individuales y los límites del Estado, estas son: el liberalismo, el paternalismo y el moralismo jurídico. Finalmente, se ofrecerá un acercamiento al plano fáctico y empírico de la cuestión. Específicamente, se enseñarán las respuestas que, al día de hoy, la ciencia ofrece con respecto a los daños al consumidor y los daños a terceros que el consumo de estupefacientes conlleva. En este punto, el análisis estará centrado en seis drogas: (a) marihuana; (b) cocaína; (c) heroína; (d) LSD; (e) alcohol; y (f) tabaco.

II. El marco jurídico del consumo personal de drogas en la Argentina

El trabajo comenzará por presentar los ejes principales del marco jurídico del consumo personal de drogas en la Argentina. Para ello, se analizarán dos pilares fundamentales: (a) la legislación; y (b) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante: Corte Suprema o CSJN).

A. Legislación

En cuanto a la legislación pertinente en esta materia, nos detendremos esencialmente en tres campos: (a) la Constitución Nacional, específicamente en su artículo 19; (b) la Ley Nacional N° 23.737; y (c) los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en su reforma del año 1994.

En primer lugar, el art. 19 de la Constitución Nacional reza lo siguiente:

Artículo 19.- 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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Como bien destaca María Angélica Gelli en *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*: “el artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de la privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran (2004, p. 183)”. De este modo, la primera parte de la disposición constitucional corresponde al resguardo de la

privacidad e intimidad del individuo, y la segunda parte establece el principio de legalidad que debe imperar en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la primera parte del artículo y a los principios que ella invoca, como puede rápidamente notarse, se destaca una esfera de privacidad en la que ni el Estado ni un tercero puede entrometerse sin el debido consentimiento del individuo. De este modo, se constituye el derecho a que el Estado no interfiera en su plan de vida, siempre y cuando este no afecte ilegítimamente otros derechos y obligaciones. Así, se establece una limitación tripartita a la privacidad individual, *i.e.*: cuando la acción individual conforme una ofensa al orden público, a la moral pública o un daño no consentido a derechos de un tercero dejará de ser considerada una acción privada exenta de toda autoridad estatal.

En este punto, sin embargo, corresponde hacer mención a una objeción de naturaleza ético-política ampliamente difundida tanto en la esfera académica como en la jurisprudencial, esta es: el Estado no se encuentra legitimado para restringir las libertades individuales del ciudadano bajo una mera justificación moralista. Esta postura se fundamenta en la noción de que otorgar una autoridad semejante al Estado importa un serio riesgo hacia la libertad personal, pues da lugar a eventuales restricciones injustificadas sobre la autonomía del individuo.

En esta línea se ha expresado el magistrado Lorenzetti en el caso “Arriola”, quien sostuvo que: “los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”.¹ También en este sentido, el voto mayoritario de la CSJN en “Arriola” resaltó la Opinión Consultiva 5/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte Interamericana o CIDH) en la que se asevera lo siguiente:

No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.²

Por otra parte, resulta pertinente destacar que el resguardo constitucional hacia la privacidad no debe ser confundido con la acción realizada en privado. Un acto puede ser realizado en público y pertenecer a la esfera de privacidad del individuo (*v.gr.*, caminar por la vía pública usando una peluca), o ser realizado en privado y no estar protegido por el derecho constitucional a la autonomía personal (*v.gr.*, cometer un homicidio dentro de su propia casa). En este punto, también en el voto de Lorenzetti en “Arriola” se señala que:

El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.³

¹ Fallos: 332:1963

² Opinión Consultiva 5/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

³ Fallos: 332:1963

Asimismo, a partir de la primera parte del art. 19 y del principio de la privacidad, se desprende el principio de intimidad (Gelli, 2004). Este derecho resguarda que las acciones privadas realizadas por el individuo —protegidas por el principio de privacidad— no sean indebidamente perturbadas por el Estado ni por un tercero. En este sentido, la protección es doble, a saber: (a) la persona tiene el derecho a llevar a cabo sus acciones privadas; y (b) goza también del derecho a que tales acciones privadas mantengan su naturaleza, i.e., la privacidad. En nuestra legislación de fondo, la protección a la intimidad está reglamentada en el art. 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante: CCCN), el cual dispone lo siguiente:

ARTICULO 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

En cuanto a su segunda parte, el art. 19 de la Constitución Nacional —como se dijo anteriormente— establece otro principio estructural de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de legalidad. Lo hace de manera general, mientras que en otros artículos el principio de legalidad se encuentra instaurado más específica y robustamente (v.gr., en materia penal, a través del art. 18). Es importante resaltar que cuando la disposición expresa que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” ello debe interpretarse en consonancia con la primera parte del artículo. Es decir, el individuo no puede ser obligado a hacer o dejar de hacer una acción comprendida dentro de su esfera de autonomía por el mero hecho de que el legislador así lo disponga. Tal como advirtió el magistrado Petracchi en el caso “Bazterrica”⁴:

Esto significa, si no se pretende convertir al art. 19 de la Constitución Nacional en una mera tautología, que las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, es decir, por su inclusión en una norma jurídica. Tampoco dejan de ser privadas las acciones de alguien por el hecho contingente de que haya otras personas realizando la misma conducta. Si se sostuviere cualquiera de estas dos tesis, (...) se estaría afirmando que la primera parte del art. 19 no tiene otro alcance que el de su parte segunda, es decir, que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Con respecto a la legislación que regula específicamente la situación jurídica del consumo personal de drogas en la Argentina resulta necesario detenerse en la Ley Nacional N° 23.737, especialmente en su art. 14, el cual ha sido motivo de gran controversia en esta materia y que fue declarado inconstitucional por la CSJN en 2009 en el caso “Arriola”. El artículo sanciona lo siguiente:

⁴ Fallos: 308:1392

Art. 14 — Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupeficientes.

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.

Así, mientras que en el primer párrafo del art. 14 se pena la tenencia de estupeficientes, en el segundo se reduce la pena afirmando que será de un mes a dos años de prisión para los casos en los que “por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

Más adelante, a través del art. 17, la ley dispone que en el caso de tenencia para consumo personal, si se acreditara la culpabilidad del autor en el juicio y se comprobara su dependencia física o psíquica a los estupeficientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena, y aplicar una medida de seguridad curativa. Si este proceso fuera satisfactorio, se lo eximirá de la pena. De lo contrario, si en dos años no obtuviera un grado de recuperación aceptable por su falta de colaboración, o bien se le aplicará la pena y se continuará con la medida de seguridad, o bien solamente se proseguirá con esta última. Conforme al art. 18, lo mismo puede acreditarse durante el sumario, mediante prueba semiplena.

Por su parte, el art. 21 permite sustituir la pena por una medida de seguridad educativa, por única vez, en aquellos casos en los que el procesado no dependiera física o psíquicamente de estupeficientes. También en este caso, si ante la falta de colaboración del condenado los resultados no fuesen aceptables, se procederá a la pena de prisión.

Finalmente, siguiendo el art. 5, quien “siembre o cultive plantas, o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupeficientes, o elementos destinados a tales fines” siempre que se trate de poca cantidad de manera que surja inequívocamente que son destinados a consumo personal, podrán acceder a estos beneficios. Lo mismo aplica para quienes entreguen, suministren, apliquen o faciliten a otros estupeficientes de manera ocasional y a título gratuito, siempre que surja inequívocamente que, por su cantidad y demás circunstancias, es para consumo personal de quien lo recepta.

Por último, el tercer pilar de la legislación especialmente pertinente en el objeto bajo estudio son las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina. En este punto, cabe realizar la siguiente distinción: (a) tratados internacionales que regulan específicamente la problemática de las drogas; y (b) tratados internacionales que protegen, de manera general, los principios y derechos involucrados en la discusión.

En cuanto a los primeros, se trata principalmente de tres tratados sobre drogas de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante: ONU): la Convención Única sobre Estupeficientes (1961), enmendada por su Protocolo de Modificación (1972); el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (1971); y la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Sicotrópicas (1988).

Las tres convenciones, que funcionan complementariamente, proporcionan un marco internacional ciertamente prohibicionista y represivo con respecto al uso recreativo y privado de estupeficientes. En efecto, de ellas se desprende la imposición de un multifacético deber prohibicionista sobre todos los Estados suscriptos, que, principalmente, exige: (a) tipificar

penalmente (a.1.) el tráfico ilícito de estupefacientes (i.e., con fines externos a los usos científicos y médicos expresamente admitidos), (a.2.) la fabricación, transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias precursoras, reactivas y diluyentes a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, (a.3.) la posesión de estupefacientes para consumo personal, siempre y cuando ello se ajuste a los principios constitucionales de cada ordenamiento jurídico; (b) sancionar con penas privativas de la libertad aquellos delitos graves relacionados al tráfico y producción de estupefacientes.

Sin embargo, cabe señalar que el enfoque prohibitivo y penalizador preponderante en el marco jurídico internacional en materia de drogas se enfrenta, al día de hoy, a crecientes discrepancias y preocupaciones en cuanto a los efectos y fundamentos de tales medidas (Ambos y Núñez, 2017).

Por otra parte, como se dijo anteriormente, la Argentina —mediante la reforma constitucional del año 1994— ha incorporado a su ordenamiento jurídico una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos que refuerzan y resguardan los principios y derechos involucrados en la presente discusión, y a los cuales les reconoció jerarquía constitucional.

Por un lado, puede notarse que la protección a la privacidad del individuo fue un eje fundamental de tutela internacional al momento de dicha reforma. Tal como expresan los tratados incorporados, la protección a la privacidad de la persona importa que nadie —sea el Estado o un tercero— injiera arbitrariamente en cualquier eslabón de su vida privada ni ataque ilegalmente su honra (art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por otro lado —aunque intrínsecamente relacionado con el principio de privacidad—, también el principio de autonomía se vio reforzado por el resguardo internacional de derechos humanos. En efecto, tal como lo resaltó la CSJN en “Arriola”, la Corte Interamericana ha determinado que:

el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones (Parágrafo número 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).⁵

En este sentido, resulta esencial resaltar que la protección a la libertad del individuo a la que constantemente se remite en los tratados de derechos humanos debe ser leída e interpretada en este entendimiento, pues, como señala el Juez García Ramírez, la autonomía es “condición de libertad”. No hay libertad sin autonomía.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006. El énfasis me pertenece.

B. Jurisprudencia

Desde el punto de vista jurisprudencial, la interpretación y aplicación de la legislación y los principios correspondientes a la cuestión bajo estudio ha sido dispar. Con miras a estudiar las diferencias señaladas, primeramente se presentará un sucinto recorrido a la oscilante doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal a través de los casos Colavini (1978), Bazterrica (1986), Capalbo (1986), Montalvo (1990) y Arriola (2009). En segundo lugar, se expondrá en detalle los argumentos formulados por la CSJN en tales fallos.

1. Recorrido de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia de la CSJN en la temática que nos ocupa ha sido, en efecto, vacilante. En primer lugar, en 1978 al resolver el caso “Colavini” el Tribunal optó por una vigorosa posición penalizadora hacia la tenencia de estupefacientes para uso personal. Ofreciendo una fundamentación preponderantemente enraizada en consideraciones morales y éticas, y comparando los efectos en el consumidor de estupefacientes —en abstracto— con aquellos derivados del impacto de las guerras o las pestes.

En los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, ambos de 1986, la Corte Suprema cambió su doctrina y declaró la inconstitucionalidad del art. 6 de la entonces vigente Ley Nacional N° 20.771⁶, que estipulaba la penalización de la tenencia de estupefacientes. La Corte se basó principalmente en la afectación que tal política punitiva (irrazonable, según destacó CSJN) implica a la esfera de privacidad y autonomía del individuo frente al Estado. No obstante, cabe puntualizar que si bien “Bazterrica” y “Capalbo” significaron un fuerte quiebre a la doctrina penalizadora previa, la Corte Suprema no abandonó por completo la mirada paternalista sobre la problemática. En el voto mayoritario del caso “Bazterrica”, por ejemplo, se sostiene que la droga es una lacra que implica un problema para la autonomía del consumidor, toda vez que —considera— el individuo ve limitada su salud física y psicológica, y ello hace que su existencia general sea empobrecida (cons. 5°). De este modo, la CSJN al considerar como un problema el hecho de que el individuo decida consumir drogas, y al afirmar que ello comprende un detrimento a su existencia individual no sigue una filosofía liberal, pues esta importa el respeto hacia la libre elección y no un juicio moral hacia ella.

Más tarde, en 1990, la Corte Suprema al resolver el caso “Montalvo” volvió a sostener la constitucionalidad del art. 6 de la Ley Nacional N° 20.771, tal como lo había hecho en “Colavini”, a través de una fundamentación basada, entre otros argumentos, en la salud pública; en los límites que nuestra organización de poderes impone sobre la CSJN; y en una lectura restrictiva del art. 19 de la Constitución Nacional.

Finalmente, en el año 2009, en su pronunciamiento en el caso “Arriola”, la Corte Suprema declaró —a través de una lectura liberal del art. 19 de la Constitución Nacional— la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley Nacional N° 23.737 (normativa esta

⁶ La norma rezaba lo siguiente: **ARTICULO 6°** — 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.

que reemplazó la anterior Ley Nacional N° 20.771), el cual dispone la penalización de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal. De esta manera, destacó que la respuesta penal al problema de la adicción a las drogas es incoherente con nuestro ordenamiento jurídico, principalmente, en dos niveles: (a) por el derecho constitucional a llevar a cabo acciones privadas; y (b) por cuestiones de salud pública.

Por un lado, en cuanto a las acciones privadas, el Máximo Tribunal destacó que el Estado solo se encuentra legitimado para prohibir aquellas acciones que generen daños a terceros o que impliquen una afectación al orden y la moral pública, con los alcances que hemos señalado anteriormente.

Por el otro lado, en lo referente a la cuestión de la salud pública, el fallo denota una fuerte preocupación en la injerencia negativa que tiene la respuesta penal en el adicto. Tal conminación, explica la Corte, empeora el estado del adicto y carece de idoneidad en su propósito principal (*i.e.*, la lucha contra el narcotráfico). Sin embargo, dado el deber que tiene el Estado en proteger la salud pública, el Tribunal destaca que la falta de legitimidad de la respuesta penal no implica que en la Argentina no se puedan tomar medidas destinadas a sanar la capacidad social de los adictos. De hecho, a lo largo del fallo, se hacen muchas referencias a la plausibilidad de tales medidas, siempre y cuando estas no estigmaticen al individuo adicto, ni reúnan un carácter inidóneo.

2. Los argumentos de la Corte Suprema: los tres ejes

Como es bien sabido, de nuestra Constitución Nacional (art. 18) se desprende un pilar fundamental del derecho de defensa, este es: el deber de fundamentación de la sentencia que pesa sobre el juez que resuelve el caso. Tal como lo expresó la Corte Suprema en el fallo “Colalillo”⁷: “es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa” (en sentido similar, entre otros, en el caso “Storaschenco”⁸). Es con este entendimiento presente —el estándar de fundamentación que nuestro ordenamiento jurídico impone— que se pasará a exponer las principales líneas argumentativas que la CSJN (a través de la resolución de los casos “Colavini”, “Bazterrica”, “Capalbo”, “Montalvo” y “Arriola”) ha ofrecido a la hora de responder qué tratamiento legal se le debe dar a la tenencia de estupefacientes para consumo personal en la Argentina.

Los argumentos en cuestión responden a los tres ejes temáticos que se han puntualizado al inicio del trabajo, estos son: (a) ética y moral; (b) salud pública e individual; y (c) daños a terceros.

Ética y moral. Por un lado, como justificación de la posición prohibitiva y penalizadora, la Corte Suprema ha sostenido los siguientes razonamientos ético-morales:

⁷ Fallos: 238:550.

⁸ Fallos: 236:27

- a. Una actividad puede ser prohibida si se afecta la moralidad pública (Fallo “Colavini”, 1978, dictamen del Procurador General Elías P. Guastavino al que la Corte remite expresamente);
- b. El consumo de estupefacientes genera una degradación de los *valores espirituales* de tal magnitud que excede el marco individual de la acción e importa un daño a la ética colectiva (Fallo “Colavini”, 1978, dictamen del Procurador General Elías P. Guastavino al que la Corte remite expresamente);
- c. El consumo de estupefacientes aniquila al individuo a través de la causación de ociosidad y conductas antisociales, de la debilitación de la voluntad de superación y de la destrucción de la familia (Fallo “Colavini”, 1978, cons. 5 y 15; Fallo “Montalvo”, 1990, cons. 22)⁹;
- d. El consumo de estupefacientes conduce a la persona a una situación de vicio e importa una autodegradación del individuo, lo cual no es propio de la dignidad ni de la condición humana (Fallo “Montalvo”, 1990, dictamen del Procurador General Oscar Eduardo Roger).

Por el otro lado, en cuanto a la posición no penalizadora, la Corte Suprema —en los fallos “Bazterrica”, “Capalbo” y “Arriola”— ha reprobado duramente el papel que el propio Tribunal se arrogó en los fallos citados previamente. Ello se evidencia claramente a través del voto concurrente del juez Petracchi en el el fallo “Bazterrica”¹⁰ (cons. 17), en el que sostiene lo siguiente:

(...) aun si se considera que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos *standards* éticos de nuestra comunidad, no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con prescindencia de los peligros y daños efectivos que produzca. (...) no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, (...) creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales “desviaciones” morales a los demás.

De este modo, no nos encontramos propiamente con un argumento moral o ético que haya formulado la Corte Suprema en favor de la posición no penalizadora sino, justamente, una respuesta de inadmisibilidad hacia la exposición de fundamentos de tal naturaleza por parte de un órgano estatal para restringir la autonomía del ciudadano.

Salud pública e individual. Por parte de la mirada penalizadora que ha sostenido la CSJN, nos encontramos con las siguientes formulaciones:

- a. En la sociedad hay un “consenso imperante” sobre la gravedad de los efectos psicológicos y físicos del consumo de drogas, por lo tanto la prohibición de

⁹ En estos considerandos también se alude a una afectación que las drogas generarían en la economía de los pueblos. No se presentan más consideraciones ni datos al respecto, por lo cual se ha decidido no incluir tal argumento como otra de las categorías argumentativas.

¹⁰ Fallos: 308:1392

consumirlas se funda en la necesidad de proteger la salud de la comunidad (Fallo “Colavini”, 1978, dictamen del Procurador General Elías P. Guastavino al que la Corte remite expresamente);

- b. Resulta fundamental paliar la presencia de las drogas en los sectores más vulnerables: los niños y adolescentes (Fallo “Bazterrica”, 1986, cons. 15 del voto concurrente del juez Petracchi);
- c. La defensa de la salud pública persigue un fin superior en comparación a los derechos a la autodeterminación de conciencia y a disponer de la salud individual. Por tanto, dado que la prohibición del consumo de estupefacientes se basa en la protección a la salud pública, los derechos individuales deben ceder ante el interés general (Fallo “Montalvo”, 1990, dictamen del Procurador General Oscar Eduardo Roger).

Estos han sido los argumentos sobre la salud que ofreció la CSJN para justificar su posición prohibitiva y penalizadora del consumo de estupefacientes. Un elemento especialmente llamativo es la ausencia de pruebas empíricas o estudios estadísticos en las explicaciones ofrecidas por el Tribunal.

En el argumento (a), el Procurador General Guastavino (y la Corte, pues ella hace suyas expresamente las palabras del Procurador General) remite a “consenso imperante” sobre la gravedad de los efectos de consumir estupefacientes. Sin embargo, en ningún momento expresa las fuentes de esa información ni especifica cuáles son esos efectos a los que alude, sino que solamente dice que son de naturaleza física y psíquica. Asimismo, a partir de estos “efectos nocivos” en la salud individual del consumidor concluye que la prohibición es necesaria para proteger la “salud de la comunidad”.

Por su parte, en el argumento (b), el punto que resalta el ministro Petracchi parece difícilmente objetable. Incluso para el liberalismo, en lo que refiere al cuidado de los niños y adolescentes son perfectamente admisibles medidas paternalistas de este carácter que regulen determinadas industrias que requieren de un cuidado mayor (*v.gr.*, prohibir la venta de alcohol y de cigarrillos a menores).

Finalmente, el argumento (c) sí resulta algo preocupante. Si tan ligeramente se admite la subordinación de la individualidad frente a lo que se entienda por “salud pública” es poco lo que nos separa de un régimen totalitario en el que la libertad es sacrificada por el bien del Estado bajo la inobjetable razón de que se está persiguiendo una finalidad de orden superior. La exposición argumentativa en (c), no se detiene a definir lo que está entendiendo por “salud pública” ni a explicar por qué ella se encontraría amenazada a partir de los efectos que el consumo de estupefacientes genera en el propio consumidor. Ello así, la libertad personal queda en jaque ante un enemigo abstracto e irrefutable: es cuestión de “salud pública”.

En cuanto a los argumentos opuestos y basados en la salud, ellos se encuentran principalmente caracterizados en el voto del juez Fayt en el caso “Arriola”. El ministro la siguiente línea argumentativa:

- a. Los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) en la reforma del año 1994 obligan a la Argentina a promover el derecho a la salud de los consumidores de estupefacientes, lo cual se materializa a través del aseguramiento al acceso al tratamiento de la toxicomanía (Fallo “Arriola”, 2009, cons. 21 y 22 del voto concurrente del juez Fayt)¹¹;
- b. El informe mundial sobre las drogas elaborado por la ONU en el año 2009¹² establece que “la adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados”. De este modo, la respuesta estatal debe ser una de salubridad y no de persecución penal (Fallo “Arriola”, 2009, cons. 20 y 22 del voto concurrente del juez Fayt);
- c. La persecución penal del consumidor genera una estigmatización del individuo, entorpecen los tratamientos médicos e intensifican la identificación de aquel con las drogas (Fallo “Arriola”, 2009, cons. 18, 20 y 27 del voto concurrente del juez Fayt y cons. 20 del voto concurrente del juez Zaffaroni);
- d. Las medidas curativas y educativas importan una violencia sobre los sentimientos del consumidor y una invasión sobre su persona y su intimidad (Fallo “Arriola”, 2009, cons. 18 del voto concurrente del juez Fayt).

De este modo, basando su voto en un entendimiento integral del derecho a la salud y en la finalidad y los efectos del derecho penal, el juez Fayt destaca que los problemas en la salud del consumidor de estupefacientes generados a partir de su adicción no deben ser incrementados a través de una persecución penal, sino que se le debe asegurar la posibilidad de llevar adelante un tratamiento de toxicomanía que lo ayude a recuperar su salud. Tampoco resultan admisibles — destaca Fayt— las medidas curativas y educativas forzosas dispuestas por la Ley Nacional N° 23.737, pues ellas, por su naturaleza impositiva, importan un avasallamiento del Estado sobre la esfera de privacidad e intimidad del individuo.

Sin embargo, la argumentación del ministro deja lugar a algunos interrogantes. En cuanto al punto (b), uno podría señalar que si bien es cierto que el citado informe de la ONU establece que encarcelar al adicto no conforma un curso de acción estatal adecuado, también es cierto que los tratados de la propia ONU al respecto —como se puntualizó anteriormente en el trabajo— son indudablemente prohibicionistas, y como tales no favorecen la posición de Fayt. Por su parte, una posible objeción al punto (c) podría ser que si bien la penalización del consumidor implica un perjuicio individual para él, ella conforma un instrumento que reduce el nivel de consumo de estupefacientes en la población, y por tanto disminuye los daños generales a la salud pública. No obstante, ello debería ser debidamente acreditado y justificado. Finalmente, en cuanto al argumento (d) un paternalista podría ciertamente sostener que las medidas curativas y educativas

¹¹ El magistrado refiere expresamente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, inc. c; a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.

¹² Disponible en: www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf

conforman una restricción de derechos legítima y necesaria, siempre y cuando se prueben los efectos nocivos de las drogas en cuestión.

Daños a terceros. En último lugar, el tercer eje argumentativo de la CSJN lo conforman el vínculo entre la tenencia de drogas para consumo personal y los daños a terceros, especialmente su nexo con la comisión de delitos. Un comentario previo que es importante resaltar es que, incluso desde una perspectiva liberal, si se acreditase la existencia efectiva de un nexo de causalidad entre el consumo de una droga (necesariamente debe estudiarse cada droga en particular) y la comisión de un delito, ello sería un argumento ciertamente valioso y sustancial en favor de la postura prohibitiva. Ello, por supuesto, siempre y cuando el delito haya sido tipificado respetando los principios de nuestro derecho penal liberal (no sería el caso, por ejemplo, demostrar que el consumo de drogas es causa de la comisión del delito de “dañar la salud de uno mismo” o de “infringir la moral del pueblo”, pues tales delitos no respetarían los principios de privacidad y autonomía).

Sin embargo, las argumentaciones en favor de la posición penalizadora de la Corte Suprema en este punto no han aportado estudios empíricos que fundamenten su posición. De hecho, se han restringido a una formulación meramente discursiva, esta fue: la droga causa delincuencia “común y subversiva” (Fallo “Colavini”, 1978, cons. 5; Fallo “Montalvo”, 1990, cons. 22). La falta de seriedad argumentativa es notable. El lector podrá preguntarse: ¿A qué droga se refiere? ¿Qué entiende la Corte Suprema por delincuencia “común y subversiva”? ¿En qué basa el Tribunal la existencia de tal nexo de causalidad? Lamentablemente, no lo sabemos.

Por parte de la postura contraria, sus fundamentos se basan en lo sostenido por Petracchi en el caso “Bazterrica” (1986), y en las formulaciones de la ministra Argibay en “Arriola” (2009). El juez Petracchi, en su voto concurrente en el caso “Bazterrica” (1986), identifica al “peligro social” como uno de los tres pilares argumentativos a los que aluden quienes defienden una política prohibitiva de la tenencia de estupefacientes para uso personal (cons. 17), y explica que este concepto refiere a que el consumo de drogas genera un peligro social que se materializa en la causación de delitos (cons. 19). Seguidamente, responde que tales sugerencias carecen de estudios empíricos suficientes para probar el vínculo entre consumo de drogas y causación de delitos que alegan (cons. 19).

Por su parte, la ministra Argibay en su voto concurrente en el caso “Arriola” (2009) explica que si el consumidor de estupefacientes restringe los efectos de la droga para sí mismo, entonces la punición de su consumo solo se funda bajo una perspectiva paternalista o perfeccionista (cons. 13). Finalmente, la magistrada, aludiendo al entendimiento del Dr. Carlos Nino, agrega que son justamente las intromisiones estatales de esta naturaleza las que repele el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. No obstante, cabría cuestionar si es posible para el consumidor de estupefacientes restringir los efectos que se derivan de su consumo a sí mismo. Nuevamente, para responder a ello habría que estudiar el caso de cada droga en particular.

III. Discusión filosófico-política

En esta segunda sección del trabajo se abarcarán los principales elementos del estadio filosófico-político que nuclea la discusión bajo análisis. Para ello, se estudiará la interrelación de tres elementos: (i) libertad, (ii) individuo y (iii) Estado. Por un lado, se examinará el concepto de libertad desde el punto de vista de Isaiah Berlin al presentar sus nociones de libertad negativa y libertad positiva en el trabajo *Two Concepts of Liberty* (1958). Por el otro lado, se presentarán las tres corrientes filosóficas especialmente pertinentes a la hora de estudiar la relación entre los derechos individuales y los límites del Estado, a saber: el liberalismo, el paternalismo y el moralismo jurídico. En este punto, en atención a no exceder el marco del presente trabajo, cada una de las corrientes puntualizadas será expuesta desde las teorías de determinados autores, con miras a destacar sus rasgos más característicos.

A. Concepto de libertad

Como se dijo, Berlin estudia dos esferas de libertad individual dentro del Estado, *i.e.*: la libertad negativa y la libertad positiva.

Por un lado, la libertad negativa es caracterizada por Berlin como "*liberty from*" (*i.e.*, libertad *de*), esto es, la libertad individual de llevar a cabo una acción determinada (u omitirla) sin que un tercero me imponga mediante una coerción hacer lo contrario. Asimismo, agrega que no hay una afectación a la libertad negativa en los casos en que el acto pretendido se frustra no por una interferencia humana sino por una imposibilidad que deviene de otro factor. De este modo, él resalta lo siguiente: "Coercion implies the deliberate interference of other human beings within the area in which I could otherwise act. You lack political liberty or freedom only if you are prevented from attaining a goal by human beings. Mere incapacity to attain a goal is not lack of political freedom (1958, p. 369)".

Al hablar de la libertad negativa con respecto a la relación individuo-Estado, como bien señala Farrell (1989) la libertad negativa refiere a la libertad con respecto a la normativa jurídica. Es decir, uno no tendría libertad negativa —en este sentido— de hacer X si una norma jurídica se lo prohibiera.

Por el otro lado, la libertad positiva consiste en contar con los recursos necesarios para llevar a cabo el plan de vida que el individuo desea a los efectos de auto-realizarse. Asimismo, Berlin pone un foco especial en que el plan de vida optado, debe ser elegido por el propio individuo y no por un tercero. En esta línea, Berlin agrega que la libertad positiva es aquella en la que se manifiesta la auto-percepción del individuo como propio conductor de su vida:

The 'positive' sense of the word 'liberty' derives from the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside (1958, p. 373).

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio (*i.e.*, la libertad individual de consumir estupefacientes), la libertad negativa y la libertad positiva caracterizadas por Berlin conforman un

eje central de la problemática. En la relación individuo-Estado, la libertad negativa de consumir estupefacientes (especialmente importante en nuestra discusión) estaría debidamente satisfecha si ninguna normativa jurídica lo prohibiera. La libertad positiva —menos relevante en la problemática bajo análisis— de llevar a cabo tal acción, por su parte, se daría si el individuo goza de los recursos necesarios para hacerlo.

En la discusión filosófico-política que se presentará a continuación entre el liberalismo, el paternalismo y el moralismo jurídico, se notará que cada una de estas tres corrientes propone una libertad individual de carácter más o menos amplio en base a su entendimiento sobre el rol que debe ocupar el Estado.

B. La libertad y el Estado: el liberalismo, el paternalismo y el moralismo jurídico

1. La teoría liberal

A mediados del siglo XIX, John Stuart Mill expuso las ideas fundamentales de la teoría liberal, las cuales encuentran su núcleo en la siguiente tesis:

(...) the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. 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 opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to someone else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. **In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign** (1998, pp. 18-19).¹³

Más adelante, Mill agrega a su fórmula la noción del daño consentido y, por tanto, permitido:

But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that portion of a person's life and conduct which affects only himself, **or if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation** (1998, p. 21).¹⁴

La idea de Mill es simple: defiende que el hombre es soberano sobre todos los aspectos de su vida en tanto no dañe a un tercero sin su consentimiento. De esta manera, en el Estado liberal tanto el Estado como los súbditos tienen prohibido interferir en la vida del individuo —que no está produciendo un daño no consentido a un tercero— en pos de imponer un plan de vida determinado, en tanto ello implicaría un avance ilegítimo por sobre la autonomía de la persona.

Lo que busca proteger el autor es, evidentemente, la independencia del individuo. Él entiende que toda persona tiene un derecho esencial a buscar su plan de vida y llevarlo a cabo

¹³ El énfasis me pertenece.

¹⁴ El énfasis me pertenece.

(i.e., ejercer su libertad positiva), independientemente de si ello es considerado o no bueno por el resto de la sociedad (respetando los límites previamente puntualizados).

En esta línea de pensamiento, al cierre de la introducción a su obra *On Liberty*, Mill manifiesta una interesante reflexión: “Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves, than by compelling each to live as seems good to the rest (Mill, 1998, p.22)”.

Ahora bien, el liberalismo propuesto por Mill se enfoca esencialmente en la protección de la autonomía y, de esta manera, le asigna un estatus valorativo que puede presentar ciertos problemas en el Estado liberal. En efecto, dado que lo que busca tal liberalismo es la autonomía del individuo, si se lo llevase a sus extremos nos encontraríamos frente a verdadero “totalitarismo de la autonomía”. Ello así, en tanto que el Estado, mediante actos conducentes a promover o restringir, implantaría como legítimo solo el plan de vida que entendiera como autónomo, mientras que todo acto o negocio que no cumpliera con tal estándar y, por tanto, fuera considerado como dañino para el individuo pasaría a estar prohibido.

Un buen ejemplo de lo que estaría prohibido en tal régimen serían las drogas que generan adicción en el usuario, pues a medida que aumenta la adicción la decisión de volver a consumir es cada vez menos fruto de la autonomía y más un resultado irreflexivo.

En su trabajo *Autonomía y drogas*, Lucas Grosman (2012) analiza, entre otras cuestiones, los límites admisibles del consumo personal de estupefacientes dentro de un Estado liberal, y estudia, en particular, el choque entre la autonomía del individuo al decidir drogarse y el nivel de adicción que la droga le genera. Asimismo, el autor explica acertadamente que cada droga genera efectos distintos, y que, por tanto, deben ser analizadas individualmente. En esta línea, sostiene que el argumento de la autonomía individual como fundamento de la no intervención estatal va perdiendo sustento a medida que se trate de drogas que, por sus efectos adictivos, afecten cada vez más sustancialmente la voluntariedad del individuo. El autor puntualiza:

En los casos en los que la autonomía del sujeto está afectada de manera sustancial por el consumo de drogas, los argumentos tendientes a que el Estado permita que una persona realice conductas que dañan sustancialmente su salud son débiles. Según dije, la protección frente a “toda interferencia estatal” solo alcanza las acciones privadas y autónomas; a medida que la acción es menos autónoma, empieza a cobrar fuerza el deber estatal de proteger la salud (Grosman, 2012, pp. 22-23) .

Cabe resaltar, sin embargo, que Grosman expresamente advierte que el grado mínimo de protección de una acción privada se encuentra en su despenalización, es decir, que el Estado no se encuentra legitimado, en ningún caso, a utilizar la coerción penal para castigar una acción privada, entendiendo como tal a toda acción que no genera daños a terceros.

No obstante, extender el poderío estatal sobre las acciones privadas bajo el fundamento de que ellas no se alinean con un alto estándar de autonomía puede resultar ciertamente problemático y deja abierta la puerta a lo que se ha referido anteriormente como “totalitarismo de la autonomía”. Actualmente, hay cuantiosas acciones que al ser repetidas a lo largo del tiempo perfectamente puede entenderse que adolecen de una autonomía cabal, y que, por tanto, deberían ser prohibidas en un Estado que sea “guardián” de una autonomía constante en el

accionar del individuo. Algunos ejemplos podrían ser los videojuegos, la comida rápida, la televisión, las redes sociales, etcétera. E indudablemente cabría agregar a la lista el consumo de alcohol y de cigarrillos de tabaco.

Lo cierto es que el individuo mayor de edad, en un supuesto ordinario, goza de una autonomía suficiente a la hora de decidir llevar a cabo una de las conductas detalladas anteriormente. El hecho de que la acción en cuestión importe en el individuo un deseo de repetición no obsta ni adolece a la autonomía de su decisión anterior. Las personas son las encargadas de dirigir su vida y de afrontar sus dependencias o contrariedades, no el Estado.

Por ello, surge la variante del liberalismo de la neutralidad. Esta corriente no considera a la neutralidad como un valor a ser defendido —pues caería en el mismo error que el liberalismo de la autonomía, solo que en vez de defender la autonomía defendería la neutralidad— sino que como bien explica Farrell: “La neutralidad obra en este caso como un metavalor, como un principio regulador de esos valores subjetivos. No está en el mismo nivel que los valores subjetivos, sino que nos dice cómo debemos tratar a esos valores (1998, pp. 19-20)”. En este sentido, la neutralidad como metavalor implica un principio rector del Estado que consiste en tratar a todos los demás valores subjetivos de los planes de vida (*v.gr.*, vida en pos de la autonomía, de la música, de la religión, etc.) exactamente con el mismo respeto.

Un Estado neutral, de este modo, no favorece plan de vida alguno sino que simplemente se limita a facilitar la libertad positiva de todos sus ciudadanos, *i.e.*, de llevar a cabo el plan de vida que ellos desean, independientemente de cuál sea el contenido de esos planes (siempre y cuando no se trate de dañar a terceros sin su consentimiento, claro).

2. La teoría paternalista

En su artículo *Discutamos sobre el paternalismo* (1988), Manuel Atienza reúne las posiciones de Victoria Camps, Paulette Dieterlen y Ernesto Garzón Valdés y ofrece una fórmula que concilia las tres posiciones sobre el concepto del paternalismo, estas son:

Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece):

- a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y
- b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma) (Atienza, 1988, p. 203).

Por su parte, el profesor Gerald Dworkin en su obra *Morality, Harm and the Law* (1994) ofrece un análisis esclarecedor sobre el paternalismo. En primer lugar, lo define de la siguiente manera: “By paternalism I shall understand roughly the interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced (Dworkin, 2008, p. 271)”. Hay aquí tres caracteres principales: (a) la interferencia (estatal) en la libertad individual; (b) mediante la coerción; y (c) en pos de una amplísima lista de ideales (*i.e.*, [c.1.] el bienestar, [c.2.] lo bueno, [c.3.] la felicidad, [c.4.] las necesidades, y [c.5.] los intereses y valores del destinatario). La caracterización es clara, aunque ciertamente abstracta. Los objetivos a los que puede apuntar la interferencia estatal de orden

paternalista, según la definición de Gerald Dworkin, reúnen una amplitud tal que implican prácticamente un cheque en blanco para el legislador que ambicione restringir las libertades del ciudadano. De hecho, ello es correctamente advertido también por Dworkin, y por eso el autor luego refuerza la importancia de la protección a la libertad, pero resulta esencial observar con cautela y antelación estos elementos.

Ahondando más en profundidad en las políticas paternalistas, el profesor Dworkin destaca que en muchos casos los destinatarios de esta clase de normativas (*i.e.*, quienes ven restringida su libertad) son un grupo mayor o, inclusive, distinto, al de los supuestos beneficiarios. Este sería el caso, explica, de la exigencia de una licencia en medicina para que el médico pueda ejercer su profesión: si bien la norma va dirigida hacia el médico el beneficiario es el paciente.

En este sentido, propone una clasificación entre interferencias paternalistas puras e interferencias paternalistas impuras. En las primeras, el grupo destinatario de la norma es idéntico al que se busca beneficiar. En las segundas, el grupo destinatario se encuentra conformado por más u otras personas que las que la norma pretende favorecer. Por eso Dworkin puntualiza que estas últimas requieren una fundamentación mayor para su implementación, pues abarca gente que ni siquiera la propia norma considera beneficiada. Asimismo, el autor advierte, con respecto al segundo grupo, una posible objeción: ¿no es acaso cierto que esta clase de normas busca, en definitiva, que no se dañen a terceros, y que, por tanto, puede ser justificada bajo nociones liberales? Y es aquí donde un elemento esencial de la fórmula de Mill entra en juego: el consentimiento. Dworkin sostiene que en las interferencias paternalistas impuras el —hipotético— beneficiario podría evitar el —supuesto— mal que la norma identifica mediante la decisión de no llevar a cabo la conducta (*v.gr.*, en el caso de una ley que busca favorecer la salud del individuo prohibiéndole fumar, si esta no existiera el usuario podría no incurrir en tal daño simplemente decidiendo no fumar). En cambio, bajo la teoría liberal, solo se puede prohibir la conducta que genere un daño no consentido en un tercero, es decir, no depende del dañado la consecución de su perjuicio, o al menos no de su conformidad.

No obstante, es importante aclarar que la diferencia entre una y otra teoría es más robusta y sustancial. No solamente es esencial la noción de consentimiento sino también el concepto de daño. En efecto, si se toma la definición inicial del paternalismo ofrecida por Dworkin, nos encontramos con que el legislador paternalista, bajo sus entendimientos subjetivos acerca de lo que favorece a la felicidad, el bienestar, los valores, etc. podría establecer como “dañinas hacia terceros” a las acciones que contraríen de algún modo sus propias ideas acerca de estas consideraciones (fundamentalmente abstractas e individuales, por cierto). En el modelo liberal, en cambio, el concepto de daño debe responder a estándares neutrales, mas no a subjetividades.

El autor pasa luego a analizar el fundamento del paternalismo: ¿por qué defender la noción de un Estado —digamos— orientador? Dworkin señala que así como el propio Mill afirmaba que la teoría liberal solo aplicaba a personas adultas y capaces, análogamente puede sostenerse que el Estado debe estar también presente, en cierta medida, en los adultos, toda vez que estos —como los niños, pero en menor medida— tienen tendencias irracionales (Dworkin, 2008). De este modo, señala: “I suggest that since we are all aware of our irrational propensities, deficiencies in cognitive

and emotional capacities, and avoidable and unavoidable ignorance it is rational and prudent for us to in effect take out 'social insurance policies'. (Dworkin, 2008, p. 279)". Y, más adelante, agrega: "We have two distinct types of situation in which a man acts in a nonrational fashion. In one case he attaches incorrect weights to some of his values; in the other he neglects to act in accordance with his actual preferences and desires (Dworkin, 2008, p. 280)". Ahora bien, cabe preguntarse: ¿quién está en mejor posición para ajustar el propio plan de vida a los valores y preferencias personales, el individuo o el legislador?

El autor presenta un ejemplo postulado con anterioridad por Robert Nozick que reza según sigue: si hay una persona convencida de que si se va a tirar por la ventana va a poder volar, ¿no la detendríamos, incluso forzosamente? Lo cierto es que el ejemplo propone la noción de un individuo ciertamente irracional y la de un legislador —el lector— poseedor de un evidente discernimiento superior. Creer que esta es la predominancia en la realidad sería tan errado como peligroso para nuestra libertad. Sin embargo, pareciera, en cambio, que la imagen del individuo carente de todo juicio y la del legislador iluminado no es otro recurso que el de ridiculizar la posición contraria para fortalecer la propia, lo que comúnmente se conoce como la falacia del "enemigo de paja"¹⁵.

Más adelante, y con relación directa a nuestro objeto de estudio, Dworkin dedica una consideración particular sobre el tratamiento legal que el Estado le debe dar a las drogas:

Some of the decisions we make are of such a character that they produce changes which are in one or another way irreversible. Situations are created in which it is difficult or impossible to return to anything like the initial stage at which the decision was made. In particular, some of these changes will make it impossible to continue to make reasoned choices in the future. I am thinking specifically of decisions which involve taking drugs that are physically or psychologically addictive and those which are destructive of one's mental and physical capacities.

I suggest we think of the imposition of paternalistic interferences in situations of this kind as being a kind of insurance policy which we take out against making decisions which are far-reaching, potentially dangerous and irreversible (Dworkin, 2008, p. 280)

El profesor Dworkin, pues, propone una restricción a la libertad individual de las personas que quisieran consumir estupefacientes fundamentada en que esta acción importa un daño psíquico y físico de tal magnitud que dificulta o hasta imposibilita a los consumidores volver a su estado inicial y poder tomar decisiones razonadas en el futuro. Como puede notarse, el pensamiento de Dworkin sobre las implicancias del consumo de drogas es ciertamente radical y parece alinearse a ciertas percepciones de los jueces de nuestro Máximo Tribunal en los fallos en pos de la penalización estudiados precedentemente. También aquí —como en los fallos mencionados—, más allá de las ideas filosóficas, sería relevante presentar pruebas o estudios empíricos acerca de los efectos de consumir estupefacientes deteniéndose —siguiendo lo expuesto por Grosman— en cada droga en particular.

Asimismo, cabe resaltar que la interferencia estatal propuesta por Dworkin sería —en términos del autor— un ejemplo de una política paternalista pura, toda vez que el grupo afectado por la norma está conformado solo por quienes la norma identifica como los beneficiarios, estos

¹⁵ Para un análisis detallado de esta y las demás falacias argumentativas véase: Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

son: aquellos que elegirían consumir estupefacientes. No se trata, en los términos que la funda Dworkin, de una política basada en la prevención del acaecimiento de daños a terceros —lo cual, de estar propiamente justificado, sería un límite de naturaleza liberal—, pues el mal que la norma busca evitar son los efectos —alegados— en la salud del propio consumidor.

Como se ha dicho anteriormente, el autor advierte que en este contexto la libertad individual se encuentra amenazada y que ello, incluso desde una mirada paternalista, puede prestar a la consecución de abusos por parte de la autoridad estatal. En este orden de ideas, Dworkin expresamente señala lo siguiente: “In all cases of paternalistic legislation there must be a heavy and clear burden of proof placed on the authorities to demonstrate the exact nature of the harmful effects (or beneficial consequences) to be avoided (or achieved) and the probability of their occurrence (Dworkin, 2008, p. 282).” En línea con la perjudicial similitud argumentativa puntualizada entre Dworkin y los fallos de la CSJN, este último requerimiento que se ha citado puede distanciarse provechosamente al autor con respecto a los argumentos del Tribunal. Ello, claro está, siempre y cuando él mismo respete su propio postulado y ofrezca las pruebas pertinentes para fundamentar el daño que el consumo de estupefacientes causa, según sus alegaciones.

Más tarde, Dworkin agrega que la estricta carga de la prueba debe reunir, además, dos elementos: (a) pesa sobre la autoridad el deber de identificar las amenazas a la salud o bienestar del individuo que la acción en cuestión importa (a diferencia del caso de un laboratorio al elaborar una nueva droga, pues es este quien debe probar la carencia o admisibilidad de los efectos secundarios); y (b) la prueba de los daños alegados debe ser categórica (Dworkin, 2008). En este sentido, alude a un célebre enunciado del derecho penal y señala: es preferible permitir que diez individuos que se destruyan a sí mismos, que restringir injustamente la libertad de uno.

Finalmente el autor propone la adopción de un test de necesidad. Estándar que supone elegir, entre el grupo de medidas idóneas para lograr un fin, la opción menos perjudicial para los derechos fundamentales comprometidos. Más aun, Dworkin asevera que ello se debe respetar aunque el Estado tuviera que asumir costos significativamente más altos.

3. El moralismo jurídico

Como su nombre sugiere, el “moralismo jurídico” o “moralismo legal” defiende un sistema jurídico en el que determinada noción de lo moral conforma un eje central de sus leyes, y esta una herramienta que, según las dos principales dimensiones del moralismo jurídico, persigue, o bien guiar al ciudadano hacia la vida correcta o iluminada, o bien proteger las bases morales de la sociedad con miras a asegurar la subsistencia de esta.

Al comenzar su ensayo *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, Hart expone sucintamente un primer acercamiento al ideal “clásico” de la doctrina que nos ocupa:

It is possible to extract from Plato's Republic and Laws, and perhaps from Aristotle's Ethics and Politics, the following thesis about the role of law in relation to the enforcement of morality: the law of the city state exists not merely to secure that men have the opportunity to lead a morally good life, but to see that they do. According to this thesis not only may the law be used to punish men for doing what morally it is wrong for them to do, but it should be so used; for the promotion of moral virtue by these means and by others is one of the Ends or Purposes of a society complex enough to have developed a legal system. This theory is strongly associated with a specific conception of

morality as a uniquely true or correct set of principles—not man-made, but either awaiting man's discovery by the use of his reason or (in a theological setting) awaiting its disclosure by revelation. I shall call this theory “the classical thesis” and not discuss it further (Hart, 1967, p. 1).

Si bien Hart aclara que no continuará analizando al moralismo jurídico que él denomina “clásico”, resulta pertinente detenerse en ciertos elementos que el autor destaca de esta línea de pensamiento. El moralismo jurídico clásico, sostiene Hart, se caracteriza por defender una finalidad de la ley que consista en guiar coercitivamente a los agentes sociales hacia el plan de vida moralmente acertado, siendo esto no una mera facultad del legislador sino un deber. Hart destaca que la consecución de la vida moral, según esta corriente, es uno de los fines preponderantes a los que debe apuntar toda sociedad que reúna una complejidad suficiente como para haber desarrollado un marco jurídico propio.

Un punto importante, y que resulta esencial para diferenciar el moralismo jurídico clásico de su variante defendida por Devlin, se presenta en la siguiente pregunta: ¿Cuál es el origen de la moral? Es evidente que la respuesta a este interrogante resulta fundamental para saber cuál es el contenido que llenará al concepto de moral y así saber, por tanto, qué plan de vida impondrá aquel Estado que defienda esta postura. Como puntualiza Hart, el moralismo jurídico de orden clásico proclama la existencia de una moral objetiva o absoluta —algo así como una verdad revelada— independiente de las construcciones éticas y culturales que presente la sociedad, cualquiera sea. Es por eso que el autor advierte: “not man-made, but either awaiting man's discovery (Hart, 1967, p. 1)”.

Pero, como Hart, tampoco aquí se analizará esa variante del moralismo jurídico sino en uno que responde a consideraciones y fundamentos de índole —podría decirse— más utilitaria y menos teleológica.

Corresponde aquí detenerse en la teoría expuesta por Patrick Devlin (1905-1992), un renombrado jurista y juez inglés del siglo XX. El argumento principal de Devlin consiste en lo siguiente. Él sostiene que toda sociedad contiene un entramado particular de valores morales, y que este, al conformar un pilar fundamental de su existencia, debe ser defendido y preservado por el marco jurídico que impere sobre el pueblo en cuestión. Desoír esta máxima, afirma Devlin, implica dejar a la merced de las divergentes inclinaciones de los ciudadanos la propia subsistencia de la sociedad en la que se desenvuelven, pues si a través de sus planes de vida ellos contrarían los estándares morales predominantes esto importaría debilitar y, posiblemente, derrocar los propios cimientos del orden social. En este sentido, dado que toda sociedad tiene derecho a perseguir su conservación, de ello se sigue que estas se encuentran legitimadas a defender su moral a través de la normativa legal. En palabras de Devlin:

(...) if society has the right to make a judgement and has it on the basis that a recognized morality is as necessary to society as, say, a recognized government, 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. If therefore the first proposition is securely established with all its implications, society has a prima facie right to legislate against immorality as such (Devlin, 2008, p. 289).

La diferencia con la postura “clásica” es significativa. Aquella proclama la existencia de una determinada moral objetiva y, como tal, emancipada de los usos y costumbres de la sociedad, cualquiera se trate. Devlin, en cambio, defiende la idea de una moral subjetiva y relativa a cada ordenamiento social en particular. Como bien explica el John Stanton-Ife:

The relevant sense of morality for Devlin is relative. One is to consider the views of the ordinary person living in that society to determine the content of the morality; in Devlin's English terms, it is 'the juryman' whose views one should ask for, or the 'man on the Clapham omnibus'¹⁶ (Stanton-Ife, 2014)

Como puede notarse, si bien ambas confieren una legitimación al Estado de normalizar en base a concepciones morales, los fundamentos y, principalmente, el contenido que llene de significado “lo moral” son sustancialmente distintos.

Resulta pertinente resaltar que Devlin no sostiene que cualquier noción moral meramente compartida por sectores de la sociedad importa una condición suficiente para imponer tal concepción mediante la ley. El autor puntualiza que la moral con fuerza de ley se enraíza en la intolerancia, indignación y profundo disgusto con la que una conducta X es percibida una sociedad determinada. Por ello, si ante un acto Y no se suscitara tales emociones de reproche en los agentes sociales, no habría entonces fundamento suficiente para restringir la libertad individual (Devlin, 2008). En esta línea, Devlin explica: “There must be toleration of the maximum individual freedom that is consistent with the integrity of society (Devlin, 2008, p. 293)” y, habiendo previamente aclarado que ello no se restringe solo a pensamientos y libertad de expresión, luego agrega “Nothing should be punished by the law that does not lie beyond the limits of tolerance. It is not nearly enough to say that a majority dislike a practice; there must be a real feeling of reprobation (Devlin, 2008, p. 293).”

No obstante, si bien Devlin intenta demostrar una cierta delimitación de las restricciones a la libertad individual por parte del Estado legitimadas bajo su teoría, lo cierto es que tal circunscripción es débil y prácticamente extingue en su totalidad el espacio de autonomía del individuo. Ello se ve reforzado por el hecho de que Devlin no admite, ni siquiera, que las conductas contrarias a la moral predominante sean llevadas a cabo en la privacidad más absoluta (*v.gr.*, en propio hogar). Veamos un ejemplo que presenta en su obra y que, además, se relaciona estrechamente con nuestro objeto de estudio:

There are no theoretical limits to the power of the State to legislate against treason and sedition, and likewise I think there can be no theoretical limits to legislation against immorality. You may argue that if a man's sins affect only himself it cannot be the concern of society. If he chooses to get drunk every night in the privacy of his own home, is any one except himself the worse, for it? 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 (Devlin, 2008, p. 291).

¹⁶ El término ‘man on the Clapham omnibus’ alude al concepto de una persona imaginaria, ordinaria y razonable que representa el pensamiento predominante de los ciudadanos de la sociedad en cuestión.

El individuo, según Devlin, puede conformar una amenaza para la supervivencia de la sociedad incluso llevando a cabo una acción inmoral desde la privacidad de su hogar. El autor ofrece como ejemplo a la persona que se emborracha en su propia casa y que no causa daño alguno a terceros. Parece que si se tratara de una sola persona o de unas pocas la sociedad no se encontraría amenazada en su existencia. Pero Devlin intensifica el ejemplo y pregunta qué sucedería con la sociedad —o, más bien, qué clase de sociedad sería esta— si quienes se emborrachan en sus casas no fueran unos pocos sino un cuarto o la mitad de su población. La respuesta es simple: se trataría de una sociedad a la que le gusta consumir alcohol. Recurriendo a los propios principios expuestos por Devlin: ¿no podríamos sostener que consumir alcohol, en la sociedad ejemplificada, conforma un plan de vida socialmente admitido? Pareciera ser que sí.

Veamos ahora las principales críticas que Hart en su obra *Law, Liberty and Morality* formula hacia la teoría de Devlin. Quizá la crítica más aguda de Hart haya sido —en sus propios términos— el hecho de que “pareciera” que Devlin no está, en realidad, exponiendo una teoría de carácter instrumental en favor de la supervivencia de la sociedad sino que, refugiándose en tal noción utilitaria, quiere proponer una idea de moral buena en sí misma, independientemente de si los actos “inmorales” amenazan o no la subsistencia de la sociedad.

El argumento de Hart reza como sigue. Él diferencia entre la tesis moderada y la tesis extrema del moralismo jurídico. Por un lado, la tesis moderada es la que el propio Devlin dice sostener, esta es: que los valores morales imperantes en una sociedad conforman un pilar fundamental de su existencia y que si estos fueran sublevados la sociedad en cuestión no podría subsistir. Por el otro lado, la tesis extrema defiende la imposición de la moral como un bien en sí mismo, mas no por razones de salvaguardar a la sociedad (Hart, 2008). Establecida esta aclaración, Hart advierte lo siguiente:

Lord Devlin appears to defend the moderate thesis. I say “appears” because, though he says that society has the right to enforce a morality as such on the ground that a shared morality is essential to society’s existence, it is not at all clear that for him the statement that immorality jeopardizes or weakens society is a statement of empirical fact. It seems sometimes to be an *a priori* assumption, and sometimes a necessary truth and a very odd one (Hart, 2008, p. 305).

La fuerte réplica se basa, pues, en haber notado una significativa falta de vocación probatoria por parte Devlin a la hora de aseverar que la práctica de conductas contrarias a la moral imperante importan una amenaza hacia la supervivencia de la sociedad.¹⁷ De hecho, Hart avanza un paso más y compara el peligro social que destaca Devlin con una creencia absurda del Emperador Justiniano: “As a proposition of fact it is entitled to no more respect than the Emperor Justinian’s statement that homosexuality was the cause of earthquakes (Hart, 2008, p. 305).”

Una segunda crítica que realiza Hart se enfoca en la noción absolutista de Devlin referente a que (a) resulta deseable que toda sociedad sobreviva, y (b) esta se encuentra legitimada para diseñar un marco jurídico que priorice la supervivencia social ante toda libertad individual. Hart acertadamente señala que muchos tendríamos fundadas dudas sobre la conveniencia y legalidad

¹⁷ Es interesante notar el alcance que Hart le confiere a la falta de rigor empírico con el que Devlin presenta su teoría, y resulta oportuno resaltar el paralelismo que podemos trazar con respecto a la falta de interés probatorio con el que la CSJN ha resuelto los fallos expuestos en el primer capítulo del presente trabajo.

de tales preceptos. Para evaluar si ello resulta o no oportuno se deberían analizar tanto las características particulares de la sociedad en cuestión como las medidas que en ella se quieran instaurar para asegurar su subsistencia. De este modo, por ejemplo, resulta problemático sostener que una sociedad segregacionista y violadora de derechos humanos conforma un ideal por el que vale la pena defender su supervivencia. Lo mismo puede argumentarse acerca de una sociedad que, bajo el argumento de su auto-protección, decida restringir las más básicas libertades individuales.

En línea con ello, Hart explica que resulta pertinente recordar una diferenciación clásica del utilitarismo, esta es: entre moralidad positiva y moralidad crítica. La moralidad positiva, puntualiza, refiere a aquel conjunto de valores morales que un grupo social determinado comparte. La moralidad crítica, en cambio, alude a los principios con los que se juzga a las instituciones sociales en general. De este modo, la moralidad crítica sirve como herramienta para estudiar los fundamentos de la imposición legal de la moralidad positiva pretendida por Devlin. El problema, resalta Hart, se presenta en que —como se ha destacado previamente— tales fundamentos carecen de toda evidencia, esto es: Devlin falló en su propósito de demostrar que la obediencia forzada a la moral positiva reinante en una sociedad determinada es necesaria para la preservación de esta.

Hart señala también que otro error de la teoría de Devlin se presenta en la formulación de ejemplos inexactos sobre la preexistencia y aceptación de normas puramente morales en los ordenamientos jurídicos. Un ejemplo que expone Devlin es la falta de peso legal que tiene el consentimiento de una víctima que solicitó a su asesino que la matara. El autor sostiene que tal defensa no tiene efectos jurídicos por el hecho de que la vida humana conforma un valor moral que como sociedad defendemos. No obstante, Hart explica que tanto ese ejemplo como otros similares (*v.gr.*, consentimiento de la víctima de violación sexual) pueden ser fundamentados más propiamente desde una perspectiva paternalista, en sus palabras: “The rules excluding the victim’s consent as a defence to charges of murder or assault may perfectly well be explained as a piece of paternalism, designed to protect individuals against themselves (Hart, 2008, 303)”.

Para finalizar la presente sección, cabe realizar una sucinta mención a la obra *Liberty, Equality, Fraternity: and the three brief essays* del jurista y juez inglés Fitzjames Stephen (1829-1894). Fitzjames Stephen (1991) parte de una postura, a su entender, pragmática y realista de la sociedad y dirige una serie de argumentos destinados a derrotar la teoría de Mill. En primer lugar, ataca la siguiente premisa: “No one is ever justified in trying to affect any one’s conduct by exciting his fears, except for the sake of self-protection”. Fitzjames Stephen explica que si esta tesis fuera aceptable y cierta entonces la mayor parte de nuestras concepciones morales y, más aun, de las religiones serían profundamente erradas, pues ellas constantemente buscan afectar la conducta humana a través del miedo y la esperanza, con el fin de conseguir beneficiar a la sociedad o de prevenir a los propios individuos que se ocasionen daño a sí mismos. Hasta aquí, no hay mayores problemas que se desprendan de la divergencia entre ambos autores, dado que no deja de ser una diferencia de opiniones personales —tal como advertía Mill: no hay problema

en discutir estas cuestiones, el problema surge cuando se quiere obligar al otro a pensar como uno.

Pero, justamente, la intención de Fitzjames Stephen es ir más allá de una simple discusión, él defiende la postulación de un marco jurídico que, bajo el mero fundamento de lograr un supuesto bien para el individuo, o para un grupo social, pueda imponer con fuerza de ley realizar ciertas conductas y prohibir otras. Es decir, prohibir u obligar la realización de una conducta cuyo ejercicio u omisión, respectivamente, no infringe el principio del daño no consentido de Mill (i.e., no provoca un daño a un tercero sin su consentimiento). El fundamento, por su parte, es evitar la conducta inmoral. En este punto, Fitzjames Stephen se pregunta: “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? (1991, p. 60)”.

Nuevamente, puede notarse también en los argumentos de Fitzjames Stephen el recurso de Devlin consistente en alegar un peligro inminente hacia la propia existencia de la sociedad. También en este caso, como puntualizaría Hart, debemos preguntarnos por las bases empíricas de tales argumentos.

IV. Los estudios empíricos

Tal como se ha dicho a lo largo de este trabajo, el plano fáctico de la cuestión resulta ser un pilar fundamental a la hora de analizar cómo un Estado debería enmarcar en su legislación el consumo de drogas. Si bien por “plano fáctico” puede pensarse rápidamente en una larga lista de puntos de estudio, a partir de la discusión filosófico-política presentada anteriormente podemos identificar dos aspectos centrales a observar, estos son: (a) el daño al consumidor; y (b) el daño a un tercero. Serán, pues, estos los ejes que se analizarán aquí. Como puede notarse, mientras que el primero de ellos refiere a la preocupación paternalista, el segundo responde a la liberal.

En cuanto a la tercera corriente filosófica analizada en la sección anterior —el moralismo jurídico—, dada la naturaleza relativa que esta reúne (siempre y cuando no nos refiramos a la tesis moralista “clásica”, en términos de Hart), resulta difícil ofrecer una respuesta empírica al interrogante que ella instaura en esta cuestión, *i.e.*: ¿es moralmente admisible el consumo personal de drogas? Como se ha explicado precedentemente, el moralismo teorizado por Devlin refiere a las concepciones morales de cada sociedad en particular, por lo cual —para responder a la pregunta— se podría realizar un estudio de campo que analice las nociones sociales imperantes —en una sociedad concreta— con respecto al estándar moral que el consumo individual de cada droga en particular suscita. De este modo, podrían extraerse los datos empíricos pertinentes. No obstante, tal estudio excedería el marco del presente trabajo.

Asimismo, un análisis empírico requiere inevitablemente detenerse en el estudio de los efectos que cada droga en particular genera. Por eso, con miras a exponer una perspectiva amplia, se hará mención a los siguientes seis estupefacientes: (a) marihuana; (b) cocaína; (c) heroína; (d) LSD; (e) alcohol; y (f) tabaco.

A. Sobre el daño al consumidor

La averiguación sobre la existencia y naturaleza de los efectos nocivos en la salud derivados del consumo de estupefacientes resulta especialmente pertinente para la posición paternalista, pues para esta corriente de ello depende si el Estado se encuentra o no legitimado para impedir el acto del individuo.

Marihuana. En primer lugar, el grado de adicción que la marihuana genera en el consumidor es bajo, ciertamente menor a los niveles de dependencia correspondientes al alcohol (Wilkinson, Yarnell, Radhakrishnan, Ball y D'Souza, 2016). Asimismo, los daños que su consumo genera refieren principalmente a efectos de naturaleza cognitiva. Por un lado, en consumidores ocasionales se observa un déficit en las capacidades de atención, concentración y memoria durante un lapso de 0 a 6 h posteriores al consumo. Por otro lado, en lo que respecta a consumidores diarios y prolongados los estudios científicos señalan la existencia de una perduración de las disminuciones cognitivas señaladas, pero en un grado sutil (Solowij, Stephens, Roffman, Babor, Kadden, Miller y Vendetti, 2002; Wilkinson, Yarnell, Radhakrishnan, Ball y D'Souza, 2016; National Institute on Drug Abuse, 2020). Este último postulado, no obstante, es debatido y hay quienes argumentan que tales efectos son meramente temporales y reversibles en su totalidad luego de pasar alrededor de un mes sin consumir marihuana (Pope Jr., Gruber, Hudson, Huestis y Yurgelun-Todd, 2002).

También han sido objeto de estudio los efectos del consumo de la marihuana en los órganos respiratorios del consumidor. Sin embargo, los estudios científicos concluyen que la posibilidad de un vínculo entre el consumo de marihuana y el desarrollo de cáncer de pulmón o de tracto respiratorio superior, incluso en los casos de consumo agudo y prolongado, es débil y prácticamente imposible de detectar (Hashibe, Morgenstern Cui, Tashkin, Zhang, Cozen y Greenland, 2006).

Finalmente, los estudios indican que el consumo de marihuana a veces ocasiona síntomas vinculados a la psicosis, como paranoia, delirios de grandeza y fuga de ideas. No obstante, tales manifestaciones solo pueden darse en el período inmediato que sigue al consumo, no se trata de efectos perdurables en el tiempo. De este modo, se destaca que el nexo entre el consumo de marihuana y el desarrollo de enfermedades mentales como la psicosis nunca ha sido demostrado (Wilkinson, Yarnell, Radhakrishnan, Ball y D'Souza, 2016).

Cocaína. Contrariamente al caso de la marihuana, las propiedades biológicas de la cocaína y las sustancias con las que se la suele adulterar, como el levamisol¹⁸, generan un alto nivel de adicción en el consumidor que se manifiesta en depresión aguda, sudoración, agitación, taquicardia e hipertensión arterial lábil (Moreno Artero, Querol Cisneros, Rodríguez Garijo, Tomás Velázquez, Antoñanzas, Secundino y España, 2018). Asimismo, los estudios señalan que con el paso del tiempo el usuario necesita de dosis más altas a las ingeridas en una fase inicial para poder conseguir los efectos buscados, por lo que las consecuencias que la cocaína genera en la salud se verán también acrecentadas.

¹⁸ Químico utilizado en la medicina veterinaria para desparasitar el ganado.

Entre los efectos adversos en la salud, se destacan los siguientes: afectaciones del sistema nervioso central que pueden derivar en la aparición de migrañas; enfermedades cerebrovasculares de carácter isquémico (*i.e.*, disminución del riego sanguíneo) o hemorrágico; ataques epilépticos focales y generales; trastornos de movimiento, tales como el síndrome de Tourette, distonía y discinesia tardía, entre otros; problemas cardíacos severos; afecciones pulmonares; complicaciones respiratorias (*v.gr.*, asma); lesiones mucocutáneas (*i.e.*, en las membranas mucosas y en la piel); alteraciones gastrointestinales; hepatotoxicidad; enfermedades pancreáticas, endócrinas y renales; y en caso de consumo en mujeres embarazadas, daños críticos al sistema nervioso del feto y problemas neurológicos y posibles malformaciones en el neonato (Brownlow y Pappachan, 2002; Moreno Artero, Querol Cisneros, Rodríguez Garijo, Tomás Velázquez, Antoñanzas, Secundino y España, 2018).

Heroína. El Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas de los Estados Unidos (en adelante: INAD) clasifica a la heroína como una droga altamente adictiva. Tal como en el caso de la cocaína, el INAD destaca que el cuerpo humano desarrolla una tolerancia hacia la injerencia de este agente químico, lo que se traduce en la necesidad del usuario de consumir dosis más altas a las ingeridas en una fase inicial para poder conseguir los mismos efectos (National Institute on Drug Abuse, 2019). Asimismo, si un adicto a la heroína deja de consumir de manera abrupta experimenta una serie de síntomas severos que incluyen nerviosismo, dolores musculares y óseos, desórdenes del sueño, diarrea y vómitos, escalofríos, movimientos físicos involuntarios, y, especialmente, un intenso deseo de volver a consumir.

Además de la adicción y sus efectos, el consumo de heroína causa considerables daños en la salud del consumidor, tanto a corto como a largo plazo. En un informe elaborado por el INAD en 2019, se explica que al consumir heroína la droga toma contacto rápidamente con el cerebro y afecta inmediatamente las áreas correspondientes a las sensaciones de dolor y placer, y a las funciones relacionadas al control del ritmo cardíaco, el sueño y la respiración (National Institute on Drug Abuse, 2019). Ello, por un lado, está asociado a los siguientes efectos inmediatos: disminución considerable del ritmo cardíaco y respiratorio, lo cual puede conducir a un estado de coma, daño cerebral o, incluso, la muerte; sequedad en la boca; rubor en la piel; pesadez en las extremidades corporales; náuseas y vómitos; picazón intensa; y lagunas mentales. Por el otro lado, a largo plazo, el consumidor puede experimentar importantes contrariedades: colapso en las venas, en caso de ingerir la droga por vía intravenosa; insomnio; daño severo en el tejido nasal interno, en caso de ingerir la droga por vía nasal; infección en el corazón; acumulación de pus en los tejidos orgánicos; enfermedad hepática y renal; complicación pulmonar, como la neumonía; desorden mental; disfunción sexual en el hombre; e irregularidad en el ciclo menstrual de la mujer; entre otras.

LSD. La dietilamida de ácido lisérgico, comúnmente conocida como LSD, es una sustancia alucinógena perteneciente al género psicodélico de drogas, *i.e.*, aquellas que se caracterizan por causar en el consumidor una intensa distorsión en la consciencia y la percepción de la realidad que los rodea, lo cual da lugar a alucinaciones de diversa naturaleza. Tanto al LSD como a los psicodélicos en general se les atribuye un grado de adicción sumamente bajo (Liechti, 2017), y su

uso actual está mayormente asociado a propósitos eventuales de divertimento y recreación social (National Institute on Drug Abuse, 2015). De hecho, hay indicios científicos de que casos severos de adicción a otras drogas y depresión general pueden observar notables mejoras a partir de un suministro controlado de LSD y otras sustancias psicodélicas (Liechti, 2017). Asimismo, también se ha observado que en personas saludables si bien los efectos inmediatos del consumo de LSD presentan una gran similitud con los síntomas de la psicosis (*v.gr.*, alucinaciones, experiencias sensoriales intensas, diferente percepción del paso del tiempo), a largo plazo los sujetos presentan un cuadro de bienestar psicológico, optimismo general y mayor sociabilidad (Carhart-Harris, Kaelen, Bolstridge, Williams, Williams, Underwood y Nutt, 2016).

En cuanto a los efectos adversos ante un abuso prolongado del consumo de estas sustancias, el INAD destaca la posibilidad de sufrir desórdenes visuales, pensamiento errático, paranoia, alucinaciones y otras alteraciones sensoriales (National Institute on Drug Abuse, 2015).

Alcohol. Las estadísticas correspondientes al número de fatalidades, enfermedades y daños generales que ocasiona el consumo de alcohol, tanto en la Argentina como en el resto del mundo, resultan alarmantes. La Organización Mundial de la Salud (en adelante: OMS) sostiene que, por los efectos en la salud de sus consumidores, en el año 2016 el alcohol fue la causa de más de 3.000.000 de muertos en todo el mundo (lo cual representó el 5,3% del total de muertes, y el 13,5% del total de muertes de personas de entre 20 y 39 años de edad), y de que 132.600.000 años de vida quedarán afectados por alguna clase de discapacidad (World Health Organization, 2018). Asimismo, se le atribuye un considerable grado de dependencia que presenta una fuerte correlación con la edad a la que la persona inicia su consumo, *i.e.*, a menor edad mayor es la probabilidad de desarrollar una adicción al alcohol (Cremonte y Pilatti, 2017). Así, mientras que las personas que comenzaron a consumir alcohol entre los 11 y 12 años de edad tienen cerca de un 20% de probabilidad de sufrir una adicción al alcohol luego del transcurso de 10 años desde aquella fecha, quienes lo hicieron siendo mayores de 19 años de edad tienen una probabilidad inferior al 5% luego del mismo período de tiempo (Cremonte y Pilatti, 2017).

En cuanto a los posibles efectos adversos asociados al consumo de alcohol, se puede enumerar una robusta lista. Entre ellos, se destacan los siguientes: en el caso de consumo en mujeres embarazadas, daños severos al sistema nervioso central del feto, lo cual puede derivar en malformaciones físicas y diversos trastornos mentales; enfermedades cardiovasculares; cánceres de hígado, mama, esófago, colorrectal; tumores en la cabeza y el cuello; y numerosos desórdenes mentales agudos, como depresión, psicosis y delirio; y deterioro del sistema inmune (World Health Organization, 2018; National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism, 2020).

Tabaco. El tabaco, cuyo principal componente psicoactivo (*i.e.*, que actúa el sobre sistema nervioso y afecta su funcionalidad) es la nicotina, es considerado como una de las sustancias más adictivas y perjudiciales a la hora de hablar de drogas y estupefacientes. El INAD destaca que, debido a que en la actualidad los terribles efectos que fumar ocasiona sobre la salud son de público conocimiento, cada año unos 35 millones de fumadores intenta abandonar su adicción. Sin embargo, el 85% de los que lo intentan sin ayuda no lo logran. De ese 85% la mayoría ni siquiera puede cumplir una semana sin consumir tabaco (National Institute on Drug Abuse, 2020).

En su informe *WHO report on the global tobacco epidemic* del año 2017 la OMS destaca que el tabaco causa la muerte de más de 7 millones de personas cada año, a las cuales se le debe sumar nada menos que 1,2 millones de fatalidades de no fumadores que mueren por compartir espacios con personas fumadoras, y, de este modo, estar expuestos a los más de 7.000 agentes químicos que contiene el humo de un cigarrillo (World Health Organization, 2017; World Health Organization, 2020). A los efectos de poder tomar perspectiva de estos números, la cifra de muertos al año por accidentes de tránsito ronda en los 1,3 millones de personas (Organización Mundial de la Salud, 2017). De este modo, nos encontramos con que el número fatalidades de fumadores pasivos es terriblemente cercano al de aquellos que mueren por accidentes viales.

Los efectos en la salud son, pues, considerables. En cuanto a las consecuencias biológicas inmediatas, sucintamente, el INAD explica que al fumar, la nicotina entra rápidamente en contacto con la sangre de la persona, ello ocasiona la liberación de adrenalina, lo cual comienza a incrementar la presión sanguínea, el nivel de dopamina (*i.e.* neurotransmisor asociado a la sensación de recompensa y placer), y el ritmo cardíaco y respiratorio (National Institute on Drug Abuse, 2020). A largo plazo, el consumo de tabaco está estrechamente vinculado al padecimiento de cáncer de pulmón, bronquitis crónica, enfisema pulmonar, enfermedades cardíacas, leucemia, diabetes tipo 2 y neumonía.

B. Sobre el daño a terceros

El estudio sobre el posible vínculo entre el consumo de un estupefaciente determinado y la causación de un daño jurídico a un tercero conforma un pilar esencial a la hora de analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad individual en materia de drogas. En efecto, probar la existencia de tal relación de causalidad legitimaría, desde una perspectiva liberal, la prohibición estatal del consumo de ese determinado estupefaciente, y viceversa.

Aquí se hará mención a dos clases de daños jurídicos no consentidos hacia terceros. Por un lado, aquellos que se cometen sin la presencia de un dolo o intención por parte del sujeto activo, lo que en el derecho penal conocemos como delitos imprudentes (siempre y cuando el bien jurídico dañado sea uno penalmente protegido). En este primer punto, el análisis se ceñirá a los accidentes de tránsito, lo cual conforma un eje central en materia de imprudencia. Por el otro lado, se estudiará el vínculo entre el consumo de cada estupefaciente mencionado anteriormente y la comisión de delitos dolosos, es decir, intencionados.

Sobre este último punto de estudio cabe realizar algunas aclaraciones. La relación droga-delinuencia es un mundo amplio y sumamente complejo que puede ser estudiado desde diversos puntos de vista. Algunos de ellos pueden ser los siguientes: consumir drogas genera un efecto psicofarmacológico que lleva a cometer delitos, consumir drogas importa una infracción a las leyes penales que lo prohíben, una vida delictiva lleva a consumir drogas, el consumo de drogas y la comisión de delitos comparten correlaciones por causas independientes entre sí, la adicción a las drogas lleva al adicto a cometer delitos contra la propiedad para conseguir los recursos necesarios para adquirir el estupefaciente, etcétera.

El enfoque preponderante en la actualidad hacia esta cuestión es el propuesto por Paul Goldstein en su obra *The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework* (1985), que consiste en la evaluación de tres elementos con relación al consumo de drogas: delitos psicofarmacológicos, delitos compulsivos con fines económicos y delitos sistémicos. El primero consiste en observar si determinada droga causa la comisión de delitos por los efectos psíquicos y biológicos que esta produce en el individuo. El segundo refiere a los delitos que se cometen con el fin de conseguir los recursos económicos necesarios para financiar la adicción que el individuo sufre a determinado estupefaciente. Por último, el tercero se centra en el estudio de los delitos que se cometen a partir del funcionamiento del mercado negro de drogas.

Dado que lo que se quiere evaluar en el presente trabajo es si efectivamente existe un nexo de causalidad directo entre el consumo de drogas y la comisión de delitos dolosos, el análisis sobre la relación entre consumo de estupefacientes y actividad delictiva se ceñirá principalmente al primer objeto de estudio de Goldstein, *i.e.*: los delitos psicofarmacológicos.

1. Drogas y accidentes de tránsito

Marihuana y alcohol. A través de un riguroso estudio de campo del año 2015 llevado a cabo por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos (HHS, por sus siglas en inglés) se analizaron los efectos que el tetrahidrocannabinol (THC), principal componente psicoactivo del cannabis, causa sobre la capacidad humana para conducir (Hartman, Brown, Milavetz, Spurgin, Pierce, Gorelick, Gaffney, y Huestis, 2015). Asimismo, el análisis comparó dichos efectos con los que se dan a través del consumo de alcohol, y con los respectivos a la presencia en sangre de tanto alcohol como marihuana.

Por un lado, se obtuvieron los siguientes resultados: (a) la marihuana efectivamente causa un desmedro en las habilidades del conductor, pero que este se restringe a un aumento en la oscilación lateral del vehículo, es decir, un manejo más zigzagueante; (b) el alcohol también causa dicho aumento en la oscilación lateral del vehículo, pero a ese efecto se le suman un considerable detrimento en la capacidad del conductor de mantenerse dentro de los límites del carril o de la calle por donde circula, y un aumento en la aceleración lateral máxima del vehículo (*i.e.*, la fuerza centrífuga a la cual se expone el vehículo); (c) la presencia combinada de THC y alcohol en sangre tiene un efecto aditivo, más no sinérgico, en el deterioro de las habilidades conductivas de la persona, es decir, los efectos no se potencian sino que se suman.

Por otro lado, el análisis identificó una diferencia significativa entre el comportamiento de los conductores alcoholizados frente a los que se encuentran bajo los efectos de la marihuana, *i.e.*: mientras que los primeros menosprecian su pérdida de reflejos y aumento de equívocos, los segundos tienden a ser conscientes de sus errores y a extremar la toma de precauciones. Es decir, el conductor embriagado no solamente comete más errores al conducir que quien consume marihuana, sino que además se fía de su capacidad y toma mayores riesgos. En igual sentido, en un informe al Congreso de los Estados Unidos, Compton (2017, p. 12) destaca lo siguiente:

An interesting finding from this research is that after smoking marijuana, subjects in most of the simulator and instrumented vehicle studies on marijuana and driving typically drive slower, follow other cars at greater distances, and take fewer risks than when sober (Stein, et al., 1983; Smiley, et al., 1981; Smiley, et al., 1986; Casswell, 1977; Robbe and O'Hanlon, 1993). These effects appear to suggest that the drivers are attempting to compensate for the subjective effects of using marijuana. In contrast, subjects dosed with alcohol typically drive faster, follow at closer distances, and take greater risks.

Asimismo, cabe señalar también que el alcohol causa efectos adversos para manejar a partir de dosis muy bajas, tal como se ve a continuación:

Numerous laboratory studies have been conducted on the effects of alcohol. These studies reveal that impairment in critical driving skills begins at BAC¹⁹ levels as low as 0.02%. Although subjects may be able to compensate for these impairments, dose-dependent impairment has been established for most driving related skills including tracking, divided attention, vigilance, information processing, and psychomotor skills. It is not surprising that several countries have lowered their legal BAC limit of 0.05% to 0.02% for novice drivers (Penning, Veldstra, Daamen, Olivier, y Verster, 2010, p. 25).

Finalmente, con respecto a las probabilidades de sufrir un accidente de tránsito, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (EMCDDA, por sus siglas en inglés), en su último informe sobre los efectos del consumo de drogas en los accidentes de tránsito, presentó un meta-análisis en el que se compararon 9 publicaciones empíricas sobre el riesgo de sufrir un accidente de tránsito a partir de haber consumido marihuana. El estudio concluyó que la probabilidad de sufrir un accidente de tránsito al conducir bajo los efectos de la marihuana es de 1,91 *odds ratio*²⁰ (en adelante: OR) con respecto a hacerlo en un estado de sobriedad. Con relación al riesgo que importa manejar combinando el consumo de marihuana y alcohol, el informe del EMCDDA presentó un estudio hecho en Canadá que observó que dicha probabilidad se disparó a 80,5 OR.

Cocaína. Los efectos de la cocaína causa en el conductor se encuentran mayormente asociados a un manejo temerario, nervioso y descuidado (MacDonald, Mann, Chipman, Pakula, Erickson, Hathaway y MacIntyre, 2008) y su duración se suele extender alrededor de dos horas desde el preciso momento en el que se consume el estupefaciente (EMCDDA, 2014).

El EMCDDA presentó, también, un meta-análisis en el que se estudiaron 66 publicaciones que examinaban el riesgo de sufrir un accidente de tránsito a partir de haber consumido cocaína (EMCDDA, 2014). El estudio arrojó los siguientes datos: (a) manejar bajo los efectos de la cocaína aumenta el riesgo de sufrir un accidente de tránsito; (b) la probabilidad de sufrir un accidente fatal es 2,96 OR con respecto a un estado de sobriedad; (c) la probabilidad de sufrir un accidente con lesiones es 1,66 OR con respecto a un estado de sobriedad; (d) la probabilidad de sufrir un accidente resultante en daños a la propiedad es 1,44 OR con respecto a un estado de sobriedad (EMCDDA, 2014).

¹⁹ Las siglas BAC refieren a "blood alcohol concentration", es decir, la concentración de alcohol en sangre.

²⁰ Medida estadística utilizada en estudios transversales que plasma el resultado de una comparación de variables. La fórmula, en este caso, consiste en comparar: (a) la cantidad [*q*] de casos en los que el individuo que se drogó y manejó sufrió un accidente de tránsito; (b) *q* de casos en que el individuo que se drogó y manejó no se accidentó; (c) *q* de casos en los que el individuo no se drogó y chocó; y (d) *q* de casos en los que el individuo no se drogó y no chocó.

Asimismo, el informe resalta que el riesgo de sufrir accidentes de tránsito causado por el consumo de cocaína aumenta cuando el individuo, además, ingiere otros estupefacientes. En este punto, señala que la cocaína puede revertir algunos de los efectos negativos del alcohol a la hora de conducir, mientras que los efectos adversos de la marihuana en la capacidad cognitiva, por ejemplo, se ven acrecentados.

Heroína. El consumo de heroína causa serios defectos en las habilidades cognitivas y psicomotoras de la persona, siendo especialmente relevantes en el objeto bajo estudio las relacionadas a una pobre capacidad de reacción, errónea percepción del tiempo, desorientación, actitud temeraria e ignorancia de las reglas de tránsito (EMCDDA, 2014). Otro aspecto relevante es la duración media de tales efectos, la cual se aproxima a las seis horas (EMCDDA, 2014), pues ello implica un amplio intervalo de tiempo en el cual resulta peligroso, para sí y para terceros, que el individuo se disponga a conducir.

En lo que respecta a las probabilidades estadísticas de sufrir un accidente de tránsito a partir del consumo de drogas, la heroína se presenta como uno de los estupefacientes más amenazadores dentro del grupo de los opioides. En efecto, si bien la evidencia empírica en esta cuestión es limitada, en su informe del año 2014, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías resalta los resultados de un estudio holandés que arroja una impactante cifra: manejar bajo los efectos de la heroína importa una probabilidad de sufrir un accidente 32,4 OR con respecto a un estado de sobriedad (EMCDDA, 2014).

LSD. El consumo de LSD, por su parte, presenta un vínculo débil con los accidentes de tránsito. Ello no porque no sea peligroso conducir habiendo consumido LSD, sino debido a que es inusual que las personas manejen bajo los efectos de este estupefaciente. Si bien resulta dificultoso determinar precisamente las cifras correspondientes a la cantidad de usuarios de LSD que se exponen a manejar habiendo consumido, los estudios indican que estas son bajas:

The prevalence of driving under the influence of lysergic acid diethylamide (LSD) is low. Tomaszewski (1996) reported that of 242 US drivers detained for driving under influence of drugs 0.4% tested positive for the use of LSD. Davey (2005) interviewed 211 illicit drug users of which 2% admitted to have driven after using LSD or another hallucinogen at least once in the year before the interview. Neal (2001) questioned 61 Scottish nightclub attendees about their drug usage and driving experiences. Ten of the attendees indicated that they had consumed LSD and 5 of them admitted to have driven after LSD intake. All drivers were negative about driving after LSD intake, and they all stated it was very dangerous (Penning, Veldstra, Daamen, Olivier, y Verster, 2010, p. 27).

No obstante, resulta evidente que conducir teniendo alucinaciones, experiencias sensoriales intensas y una diferente percepción del paso del tiempo no resulta seguro (Penning, Veldstra, Daamen, Olivier, y Verster, 2010).

Tabaco. Finalmente, los efectos adversos que el tabaco genera en el consumidor no presentan un vínculo estrecho con la capacidad para conducir. De hecho, algunos estudios advierten que la nicotina causa un aumento en las habilidades cognitivas (*v.gr.*, reduce el tiempo de reacción, incrementa la atención) y ello podría asociarse a una mejoría en el rendimiento del conductor fumador (Sherwood, 1995; Penning, Veldstra, Daamen, Olivier, y Verster, 2010; Waisman Campos, Serebrisky, y Castaldelli-Maia, 2016). No obstante, también ha quedado

evidenciado que el fumador que abstinentemente presenta un rendimiento errático a la hora de conducir (Penning, Veldstra, Daamen, Olivier, y Verster, 2010).

Sin embargo, también puede argumentarse que el consumo de tabaco presenta un vínculo con los accidentes de tránsito a partir de la distracción que comprende el hecho de fumar mientras se maneja, más allá de los efectos biológicos que el adicto al cigarrillo sufre (Iacobelli, Gallus, Petridou, Zuccaro, Colombo, Pacifici y Negri, 2008). Ello, no obstante, nacería justamente a partir de una eventual distracción asumida por el conductor, mas no de los efectos del tabaco.

2. Drogas y delitos psicofarmacológicos

Como se dijo anteriormente, el vínculo psicofarmacológico entre el consumo de drogas y la comisión de delitos dolosos refiere a una relación dada a partir de los efectos psíquicos y biológicos que determinado estupefaciente causa en el consumidor, tanto por su consumo como por las afecciones causadas por la abstinencia. Principalmente, este eje de análisis consiste en observar si los efectos que sufre el consumidor lo llevan a cometer delitos —especialmente de naturaleza violenta— (*i.e.*, delincuencia psicofarmacológica activa). Pero también en esta categoría de delitos se incluyen aquellos que se dan en razón del consumo de estupefacientes por parte de la víctima (*i.e.*, delincuencia psicofarmacológica pasiva), es decir, los que nacen a partir de la situación —de indefensión o vulnerabilidad, esencialmente— en la que el individuo queda por haber consumido estupefacientes.

Sin embargo, estos últimos resultan más difíciles de registrar que los primeros (EMCDDA, 2007), y, por tanto, su posible relación suscita mayores dudas y cuestionamientos. Cabe destacar también que para dar cuenta de un caso de delincuencia psicofarmacológica pasiva se necesita probar que los efectos de la droga en la víctima fueron la causa del delito, mas no una herramienta utilizada por el perpetrador para facilitar su accionar. En efecto, si el estupefaciente es utilizado sobre la víctima meramente como un instrumento para llevar a cabo el delito, no se puede concluir que su consumo —el de la víctima— haya sido la causa de la ofensa, así como tampoco diríamos que una cinta adhesiva mediante la cual se sirve un agresor para inmovilizar a la víctima de un asalto sea la causa de este.

Lo cierto es que la búsqueda de la relación de causalidad de tipo psicofarmacológico (tanto activa como pasiva) entre el consumo de estupefacientes y la actividad delictiva no ha arrojado resultados muy robustos en el ámbito científico, lo cual posiciona al vínculo psicofarmacológico como el más débil entre los postulados por Goldstein. Tal como sostiene el EMCDDA (2007):

While the pharmacology of most illicit drugs is well known, the specific mechanisms through which they promote violent behaviours are not fully understood although some substances, usually stimulants, are known to produce psychotic episodes of behaviour and may well exacerbate existing behavioural problems. **That said, no psychoactive substance can be said to have universal criminogenic properties and both individual and environmental factors can influence how the use of psychoactive substances impacts on behaviour** (EMCDDA, 2007, p. 2).²¹

²¹ El énfasis me pertenece.

De este modo, existe un consenso imperante sobre el hecho de que no se puede afirmar que el consumo de estupefacientes —cualquiera se trate— cause, por sí mismo, un accionar delictivo en el individuo. En realidad, la ecuación resulta mucho más compleja, y a ella se deben incorporar una serie de variables de diversa naturaleza, como por ejemplo factores culturales, sociales y psicológicos del consumidor y su entorno (Fagan, 1990; MacCoun, Kilmer y Reuter, 2003; EMCDDA, 2007; Bennett y Holloway, 2009). No obstante, ello no quita que las correlaciones acreditadas a través de los estudios empíricos y científicos sobre el vínculo entre drogas y delitos psicofarmacológicos sean valiosas y deban ser atendidas.

Asimismo, la falta de una relación de la causalidad psicofarmacológica tampoco implica que los agudos efectos psíquicos generados a partir del consumo de drogas (*v.gr.*, excitabilidad, depresión, agitación, nerviosismo, incapacidad móvil, entre otros) no puedan llevar a la persona a intensificar o exacerbar su propio temperamento o propensión a la violencia y la agresión, lo cual evidentemente aumenta la probabilidad de cometer de delitos. Sin embargo, como puede notarse, ello importa adjudicar una significativa atribución de responsabilidad a las condiciones individuales preexistentes en la personalidad del consumidor. Así lo ha sostenido, por ejemplo, el renombrado criminólogo James Q. Wilson, quien en *Drugs and Crime* argumenta lo siguiente:

People who become aggressive after drinking alcohol or using cocaine usually turn out to be people who were aggressive before consuming these substances. Personality factors and social setting seem to have a large, perhaps dominant, effect in determining whether getting high will lead to aggression, moody introspection, or quiet gaiety (1990, p. 521)

Veamos el caso de cada estupefaciente en particular.

Marihuana. En primer lugar, en cuanto al vínculo del consumo de marihuana y la comisión de delitos dolosos, la evidencia empírica no da cuenta de la existencia de una relación de causalidad, más allá de eventuales correlaciones entre el aumento del consumo de marihuana y el aumento de delitos dolosos. En efecto, si bien hay numerosos estudios que acreditan una correlación entre el consumo de marihuana y la comisión de delitos dolosos, estos carecen de la rigurosidad científica necesaria para demostrar una relación de causalidad o, al menos, un vínculo significativo —para lo cual se requiere eliminar los factores externos al objeto de estudio—, y la opinión experta mayoritaria se inclina a creer que tal conexión obedece a factores ajenos a un supuesto efecto psicofarmacológico de la marihuana (Caulkins, Beau Kilmer, Kleiman, MacCoun, Midgett, Oglesby, Liccardo Pacula, y Peter H. Reuter, 2015).

En igual sentido, un estudio que analizó las tasas de delitos de Colorado y Washington con relación a sus recientes políticas de legalización de la marihuana concluyó categóricamente que tales políticas no causaron un aumento de delitos (Lu, Willits, Stohr, Makin, Snyder, Lovrich, Meize, Stanton, Wu, y Hemmens, 2019). De hecho, llamativamente el estudio observó una disminución significativa en los registros de robos en Washington. Nuevamente, este último dato se trata de una correlación, por lo que en sí mismo no alcanza para concluir que la legalización de la marihuana haya sido la causa de tal baja en la tasa de robos.

También en esta línea se expresó el referido informe del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (2007), en el cual se afirmó que: “the use of opiates and cannabis is

usually considered to be unlikely to lead to psychopharmacologically induced crime, and may even contribute to reducing it in some individuals (p. 2)".

Cocaína. A la hora de estudiar el vínculo entre el consumo de cocaína y la actividad delictiva de tipo psicofarmacológica, el principal elemento que surge es la propensión a la violencia que sufre quien consume esta droga. La conexión entre cocaína y violencia ha sido abundantemente estudiada, y existe una importante conformidad en la ciencia sobre el hecho de que el consumo de este estupefaciente causa determinados efectos biológicos y psíquicos en el cuerpo humano que aumentan significativamente la probabilidad de desenvolver acciones violentas.

En un estudio llevado a cabo por la Sociedad Científica Española de Estudios sobre el Alcohol, el Alcoholismo y las otras Toxicomanías (Romero Martínez y Moya Albiol, 2015) en el que se estudia específicamente la relación entre cocaína y violencia, se precisa que estos efectos biológicos y psíquicos incluyen: (a) déficits en la decodificación emocional, lo cual deriva en detrimentos sobre la capacidad para entender los pensamientos de los demás y para actuar razonablemente, pues las consecuencias del comportamiento no son correctamente valoradas; (b) habilidades verbales y mnemónicas reducidas, factor que aumenta el riesgo de actuar violentamente, puesto que no se pueden canalizar adecuadamente las emociones; (c) las precedentes alteraciones sugieren ser más agudas en hombres que en mujeres; y (d) la combinación de cocaína con alcohol incrementa la probabilidad de actuar violentamente. No obstante, el trabajo también advierte que los estudios empíricos llevados a cabo cuentan con importantes falencias relacionadas a la interacción de diversos factores que no son correctamente desagregados:

Una limitación importante de los estudios emprendidos hasta la fecha es la variabilidad en las poblaciones empleadas, puesto que la mayoría de los estudios emplea un tamaño muestral muy reducido, además de variaciones considerables en el tiempo de abstinencia, el nivel económico, la etnia y el historial de consumo (Romero Martínez y Moya Albiol, 2015, p. 69)

Esta última observación, que ya ha sido puntualizada previamente, conforma un elemento ciertamente relevante en la discusión, y un importante argumento para la postura que sostiene la debilidad de la relación psicofarmacológica tanto entre drogas y violencia, como entre drogas y delitos. En este sentido, cabe resaltar las palabras de Jeffrey Fagan en *Intoxication and aggression*:

Accordingly, there is only limited evidence that consumption of alcohol, cocaine, heroin, or other substances is a direct, pharmacologically based cause of crime. Although intoxication is widely found to be associated with aggressive conduct, the association is far from consistent and the reasons are diverse and poorly understood. Research has not identified specific drug-produced motivations for violence by adolescents that did not exist prior to using drugs (Fagan, 1990, pp. 243-244)

En el mismo sentido, en su libro *Drugs and Crime: A Complex Relationship* (2018) Brochu, Brunelle, Plourde y Da Silva aconsejan ser cautos y no inferir apresuradamente la existencia de estrictas relaciones psicofarmacológicas entre el consumo de cocaína y el desarrollo de actitudes

violentas, puesto que cuando se toman en consideración todos los factores causales y los posibles errores metodológicos de los estudios empíricos dichos vínculos son usualmente derribados (Brochu, Brunelle, Plourde y Da Silva, 2018).

Lo cierto es que con el transcurrir de los años, el estudio científico del presente objeto señala mayoritariamente que el vínculo entre consumo de cocaína, violencia y actividad delictiva encuentra sus raíces principalmente en factores sistémicos, mas no en razones psicofarmacológicas, aludiendo a los conceptos de Goldstein (Denison, Paredes, Booth, 2002; Kuypers, Verkes, Van Den Brink, Van Amsterdam y Ramaekers, 2020). En otras palabras, la violencia y delincuencia que encuentran su razón de ser en la cocaína, refieren más bien a las diversas eventualidades que surgen en el mercado negro de estupefacientes.

Heroína. Los efectos de los opiáceos y los opioides, entre los cuales se encuentra la heroína, no están relacionados con el surgimiento de agresividad en el consumidor sino, contrariamente, con un efecto tranquilizante y sedativo, lo que hace que sea poco probable que este estupefaciente genere delitos psicofarmacológicos (EMCDDA, 2007; Brochu, Brunelle, Plourde y Da Silva, 2018). De hecho, el informe del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías de 2007 sostiene que: “algunas drogas (como la heroína, los tranquilizantes) pueden incluso reducir los impulsos violentos y la agresividad en ciertas personas (EMCDDA, 2007, p.2)”.

No obstante, en lo que refiere al cuadro de abstinencia sufrido por un adicto a la heroína, este sí puede incluir irritabilidad, nerviosismo y ansiedad que pueden llevar a un aumento de la violencia (Mednick, Pollock, Volavka y Gabrielli, 1982; Goldstein y Brownstein, 1987; EMCDDA, 2007; Brochu, Brunelle, Plourde y Da Silva, 2018). Pero, nuevamente, son muchos los factores que entran en juego, y la eventual aparición de estos síntomas no es suficiente para probar una relación de causalidad entre el consumo de heroína y la criminalidad psicofarmacológica. Como bien sostienen Brochu, Brunelle, Plourde y Da Silva (2018): “interpreting the relationship between opioids (*v.gr.*, heroína) and criminality involves a complex assortment of interconnected psychopharmacological (including withdrawal symptoms), personal, and contextual variables”.

LSD. El consumo de LSD ha sido muy poco estudiado con relación a una posible causación de violencia, agresión o delitos (Grimes, Ricci, Rasakham y Melloni, 2005). Ello puede deberse a la poca expansión que tiene el consumo de este alucinógeno en el mundo, a factores situacionales que prevalecen en el consumo de LSD, o bien, a la poca correlación con circunstancias de violencia. En cualquier caso, lo cierto es que la literatura científica lo toma como un estupefaciente carente de una relación psicofarmacológica con la delincuencia, y se presenta como una droga esencialmente recreativa y relativamente inocua en este sentido (Grimes, Ricci, Rasakham y Melloni, 2005; Tomlinson, Brown y Hoaken, 2016; Brochu, Brunelle, Plourde y Da Silva, 2018).

Alcohol. Posiblemente influido por ser el estupefaciente más difundido y con mayores índices de exceso y extralimitación (Julien, 2003; EMCDDA, 2007; Behl, Kaur, Saini, Singh, Goel y Pandey, 2014), el alcohol ocupa el primer lugar en la lista de drogas que han sido vinculadas,

desde un punto de vista psicofarmacológico, a favorecer un comportamiento violento (EMCDDA, 2007; Tomlinson, Brown y Hoaken, 2016).

En un incisivo trabajo que revisa una vasta literatura y cuantiosos estudios empíricos publicados hasta el año 2016 con relación al vínculo entre consumo de estupefacientes y la agresión y violencia en la conducta, Tomlinson, Brown y Hoaken (2016) sostienen que: “The research supporting the relationship between all forms of aggression and alcohol use is enormous [and] unequivocal (p. 12)”. Y luego agregan: “Taken together, the extant literature demonstrates that alcohol has a causal role in the elicitation of aggressive behavior and that this relationship is likely moderated by individual difference and contextual factors (p. 13)”.

Se puede, pues, concluir que el consumo de alcohol tiene una relación psicofarmacológica con la violencia, la cual se ve acrecentada a medida que el nivel de alcohol en sangre aumenta. No obstante, este vínculo no es universal y el grado de su desenvolvimiento depende —como en todos los casos— de factores individuales y contextuales. Por ejemplo, el consumo de alcohol en soledad ha demostrado no causar un incremento en los índices de violencia del consumidor (Tomlinson, Brown y Hoaken, 2016).

El vínculo entre alcohol y violencia, claro está, aumenta la probabilidad de encontrar una relación psicofarmacológica entre alcohol y delincuencia dolosa. En este sentido, las investigaciones que han analizado esta problemática dan cuenta de una cierta relación entre el consumo de alcohol y delitos consistentes en agresiones físicas (*v.gr.*, riñas) y sexuales (Tomlinson, Brown y Hoaken, 2016).

Por un lado, con relación a los primeros, estos se ven fomentados principalmente por tres factores conductuales que desencadena el alcohol a partir de sus efectos biológicos en el cuerpo humano, estos son: (a) disminución del control sobre los impulsos; (b) reducción en la percepción del dolor; y, como ya se dijo, (c) aumento en la violencia.

Por el otro lado, con respecto a las agresiones sexuales existe un consenso general sobre el hecho de que el consumo de alcohol efectivamente acarrea esta clase de delitos, sobre todo en razón del consumo de estupefacientes por parte de la víctima, es decir: delincuencia psicofarmacológica pasiva. En efecto, si bien claramente no se trata de un nexo de causalidad universal, sí se ha demostrado que sus efectos cumplen un papel significativo en los agravios de esta naturaleza. Principalmente, ello se debe a que, por una parte, el alcohol produce un aumento en el impulso sexual, y, por otra, este se ve acompañado por un decrecimiento en el control psíquico sobre tal impulso.

Tabaco. Por último, el consumo de tabaco —como podrá suponerse— no se encuentra asociado a la causación de índices de violencia o agresividad que desemboquen en la comisión de delitos psicofarmacológicos (Tomlinson, Brown y Hoaken, 2016), más allá de los eventuales y conocidos síntomas de nerviosismo y ansiedad que nacen a partir de su adicción y abstinencia.

V. Hacia el respeto por la libertad individual

Para esclarecer la discusión en torno al consumo personal de estupefacientes y su debido tratamiento legal hace falta primero determinar si nos encontramos frente a una acción autónoma

y privada. En este punto, cada droga debe ser estudiada separadamente, pues el grado de autonomía y privacidad que reúne el acto drogarse depende, justamente, de los efectos que el estupefaciente causa en el consumidor.

Por un lado, si nos encontramos frente a un estimulante que causa en su consumidor un nivel de adicción tan extremo que implica un condicionamiento absoluto de su libertad futura, resulta razonable sostener que sus sucesivos actos de consumo no se tratan de decisiones autónomas. De hecho, como bien sostiene Grosman (2012) no se tratarían de acciones en absoluto, pues estas suponen un mínimo piso de voluntariedad.

Por el otro lado, si el consumo de la droga en cuestión conlleva la comisión de daños no consentidos hacia terceros, esta acción no podría considerarse privada.

En su trabajo *Autonomía y drogas* (2012), Grosman presenta tres niveles a través de los cuales una conducta puede estar protegida. El nivel más básico consiste en la despenalización de la acción. Se trata de una conducta prohibida, pero sobre la cual una condena penal resulta desproporcional. El segundo nivel consiste en reconocer un derecho a llevar a cabo la conducta determinada. En este supuesto, el Estado no puede legítimamente prohibir las actividades que son estrictamente necesarias para que el derecho reconocido pueda ser ejercido (*v.gr.*, si reconoce el derecho a consumir marihuana, no puede prohibir su cultivo). Finalmente, el nivel más alto de protección consta en reconocer un derecho positivo a practicar la conducta definida, es decir, el Estado se compromete a otorgar los medios necesarios para que la persona pueda efectivamente ejercerla. Este último estándar se encuentra reservado para actividades especialmente valoradas, como el derecho a la educación.

Relacionando las consideraciones previas con la temática del consumo personal de drogas que nos ocupa, podemos encontrarnos ante tres escenarios principales, que dan lugar a distintos encuadres legales:

- a. Que el consumo de la droga X conforme una acción debidamente autónoma y privada (*i.e.*, voluntaria y carente de daños a derechos de terceros), por lo cual ella no podría estar circunscripta al primero de los niveles de protección señalados, es decir, a una mera despenalización. En efecto, tal grado de autonomía y privacidad implica la necesidad de reconocer un derecho a llevar a cabo tal conducta, y a que el Estado no prohíba las actividades necesarias para ello.
- b. Que el consumo de la droga Y sea una acción que no causa daños sobre derechos de terceros, pero que —dado el nivel de adicción que genera— pueda no ser considerada una conducta autónoma.²² En este caso, tal vez no se pueda defender la existencia de un derecho a consumir Y, pero de ello no se deriva que el Estado pueda penalizar a quien lo haga. De hecho, tal conminación penal resultaría violatoria del art. 19 de nuestra Constitución Nacional, toda vez que, como bien sostiene Grosman (2012): “como mínimo, toda acción privada, es decir, toda acción que no perjudica a

²² Cabría preguntarse, sin embargo, cuál sería el encuadre jurídico correspondiente al consumo de Y en dosis ínfimas que no importan un vicio en la autonomía del consumidor.

terceros, está protegida frente al castigo penal. En efecto, el art. 19 no tolera que una acción que no perjudica a terceros sea castigada con la más severa de las intervenciones estatales (pp. 20-21)”.

- c. Que el consumo de la droga Z no sea ni una acción autónoma, ni una privada. Aquí, claro está, no se podría argüir la existencia de un derecho a consumir Z, pero tampoco en este caso el castigo penal estaría necesariamente justificado. En realidad, difícilmente se daría tal justificación, pues si se considera que no hay una acción por parte del perpetrador, entonces el castigo penal resultaría contra derecho. Asimismo, por cuestiones de salud pública, la vía penal no sería la idónea para tratar al adicto, sino más bien una médico-curativa.

En lo que refiere a los fundamentos para prohibir el consumo de drogas, como se ha visto, estos son variados. Si la justificación se formula desde un enfoque del deber estatal de preservar la salud de sus ciudadanos —quizá no penalmente, pero con alguna clase de medida curativa compulsiva, por ejemplo—, este tendrá una mayor o menor admisibilidad dependiendo, principalmente, del grado de autonomía de la que goza el consumidor al ingerir determinada droga, y, subsidiariamente, de la magnitud del daño que este sufre a partir de ello. Como señala Grosman:

(...) cuanto más autónoma es la decisión, mayor protección constitucional merece. En los casos en los que la autonomía del sujeto está afectada de manera sustancial por el consumo de drogas, los argumentos tendientes a que el Estado permita que una persona realice conductas que dañan sustancialmente su salud son débiles. Según dije, la protección frente a “toda interferencia estatal” solo alcanza las acciones privadas y autónomas; a medida que la acción es menos autónoma, empieza a cobrar fuerza el deber estatal de proteger la salud (2012, pp. 22-23).

Por su parte, las argumentaciones estrictamente paternalistas no prestan mayores valoraciones al grado de autonomía en la decisión del individuo, sino preponderantemente a la magnitud del daño que la acción en cuestión (en este caso, drogarse) causa en la persona que la lleva a cabo. De las drogas seleccionadas (*i.e.*, marihuana, cocaína, heroína, LSD, alcohol y tabaco), la perspectiva paternalista tiene fundamentos muy débiles para sostener la prohibición del consumo de marihuana y LSD, y justificaciones mucho más fuertes contra el alcohol, el tabaco, la cocaína y la heroína. Llamativamente, el consumo de alcohol y tabaco se encuentra permitido en casi todos los países, mientras que el de marihuana y LSD se halla prohibido en la mayor parte del mundo.

En cuanto a la perspectiva liberal, también se da un fuerte contrasentido. Desde un enfoque liberal, un Estado solo se encontraría legitimado para prohibir el consumo de aquellas sustancias que importen el acaecimiento de daños no consentidos hacia terceros. No obstante, nos encontramos con que las dos drogas que más se vinculan con esta clase de daños son, justamente, las legales: alcohol y tabaco. La primera, es una de las principales causas de accidentes de tránsito en el mundo, y presenta una relación psicofarmacológica directa con respecto al surgimiento de violencia en el consumidor y la comisión de delitos de agresiones sexuales. La

segunda, causa la muerte de 1,2 millones de fumadores pasivos al año, es decir, muertes colaterales de personas no fumadoras que fallecieron a partir de su exposición a los más de 7.000 agentes químicos que contiene el humo de un cigarrillo (World Health Organization, 2017; World Health Organization, 2020). Para poder tomar perspectiva de estos números, cabe recordar que la cifra de muertos al año por accidentes de tránsito ronda en los 1,3 millones de personas (Organización Mundial de la Salud, 2017).

Contrariamente, a partir de la evidencia empírica, una argumentación liberal no puede presentar argumentos fuertes a favor de la prohibición de la marihuana, cocaína, heroína y LSD. Ello en tanto que, desde una perspectiva psicofarmacológica, el vínculo con la comisión de daños a terceros es débil.

Paradójicamente, tal vez el caso más fuerte contra la despenalización y legalización de las drogas lo tenga el moralismo jurídico. Como se ha señalado, esta corriente propone ajustar los ordenamientos jurídicos a las concepciones morales predominantes en cada sociedad en particular. De este modo, en lo que refiere al tratamiento de las drogas, el moralismo jurídico teorizado por Devlin se guiaría en base al siguiente interrogante: ¿es moralmente admisible el consumo personal de drogas en esta sociedad?

Para responder a ello, se precisaría realizar un estudio de campo que analice las nociones sociales imperantes —en una sociedad concreta— con respecto al estándar moral que el consumo individual de cada droga en particular suscita. No obstante, con prescindencia de tal estudio, resulta evidente que existe un importante grado de aceptación social hacia el consumo de alcohol, y, quizá un poco por debajo, hacia el consumo de tabaco. Contrariamente, el consumo de drogas como cocaína, heroína y LSD, ciertamente es menos admitido moralmente, al menos en la Argentina. La marihuana, por su parte, probablemente se encuentre en un punto medio.

Cabe resaltar, asimismo, que si bien la doctrina y jurisprudencia ampliamente dominantes²³ desestiman la legitimidad estatal de restringir los planes de vida del ciudadano con base en consideraciones que respondan meramente a la moral pública, ello conforma meramente una objeción de naturaleza ético-política, mas no constitucional. Lo cierto es que una lectura textual del art. 19 de nuestra Constitución Nacional no permite ser tan concluyentes al respecto. En efecto, la normativa expresamente incluye a la “moral pública” como uno de los límites hacia la autonomía individual.

Recapitulando, la evidencia empírica da cuenta de una mayoritaria alineación entre las drogas analizadas y los estándares de autonomía y privacidad sobre los cuales nuestro ordenamiento jurídico se asienta. Llamativamente, nos encontramos con una importante incoherencia, a saber, las dos drogas que más se vinculan a la causación de daños hacia terceros son, justamente, las legales: el alcohol y el tabaco. Por lo cual se podría, o bien prohibir su consumo, o bien regularlos más rigurosamente. Personalmente me inclino por la segunda opción, y creo que ello resulta imperioso y urgente, sobre todo en el caso del tabaco, dada la magnitud del número de fatalidades pasivas que este causa.

²³ Fallo “Bazterrica”, 1986, cons. 7 del voto concurrente del juez Petracchi; Fallo “Arriola”, 2009, cons. 31, 32 y 36 del voto mayoritario, cons. 13 del voto concurrente del juez Lorenzetti, cons. 18 del voto concurrente del juez Fayt, cons. 13 y 14 del voto concurrente de la jueza Argibay

Siendo que el consumo de las drogas analizadas, con las excepciones del alcohol y el tabaco señaladas, conforma una acción privada y razonablemente autónoma sostengo que debe circunscribirse en el segundo nivel de protección resaltado por Grosman, es decir, debe ser reconocido como un derecho. Ello implica que se debe legalizar y regular la industria de las drogas mencionadas, y que, en este marco, el Estado no solo no podrá prohibir el consumo de tales estupefacientes, sino que tampoco se encontrará legitimado para impedirlo de modo indirecto (*v.gr.*, prohibiendo la distribución).

Asimismo, el consumo de cualquier droga que se demuestre que conforma un acto carente de autonomía en la decisión, pero que se desarrolla en el ámbito privado de la persona, jamás puede ser legítimamente castigado a través de una respuesta penal, pues ello importa una inobservancia a la protección de las acciones privadas dispuesta por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. En tales casos, fundamentándose en el deber estatal de preservar la salud de sus ciudadanos, podría, no obstante, argüirse la posibilidad de llevar a cabo una medida curativa sobre el adicto.

VI. Conclusión

Al inicio del trabajo, he citado la siguiente frase de Douglas Husak: “The fundamental issue is not whether to decriminalize the use of any or all drugs, but whether to criminalize the use of any or all drugs (2003, p. 24).” La formulación entraña, como él mismo dice, el aspecto fundamental de la discusión: invertir la carga de la prueba. En efecto, la criminalización del consumo de estupefacientes es cada día mayormente cuestionada, tanto por sus efectos como por sus fundamentos, y la pregunta que cabe realizarse es: ¿hay razones para criminalizar el consumo de drogas?

La protección a las libertades individuales conforma un pilar esencial de nuestro ordenamiento jurídico, y las políticas estatales que se dirijan a cercenar nuestro marco de autonomía deben ser debidamente justificadas y guardar razonabilidad y coherencia.

Como se ha visto a lo largo del trabajo, nuestra política de criminalización del consumo de drogas no pertenece a este grupo de políticas justificadas, razonables y coherentes. El art. 14, segundo párrafo, de la Ley Nacional N° 23.737, si bien ha sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema en 2009 a través del fallo “Arriola”, sigue vigente y conforma el eje central de nuestro tratamiento legal hacia la tenencia de drogas para consumo personal: la criminalización y penalización. Ello nos deja, en realidad, ante el peor escenario posible: por un lado, se considera una conducta criminal la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por lo cual se destina una gran cantidad de recursos para perseguirla como tal; por el otro lado, dado que el Máximo Tribunal declaró inconstitucional la normativa, la mayor parte de los procesos sobre tenencia de drogas para uso personal son archivados.

Con respecto a los fundamentos ofrecidos por la Corte Suprema, tanto en los fallos que sostienen la constitucionalidad de la conminación penal hacia el tenedor de estupefacientes para uso personal (*i.e.*, “Colavini” y “Montalvo”), como en los fallos contrarios (*i.e.*, “Bazterrica”,

“Capalbo” y “Arriola”), el grado de justificación ha sido ciertamente deficiente y carente de remisiones a estudios empíricos que robustezcan con datos objetivos la posición defendida.

En cuanto a las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina, si bien estas mantienen un estándar esencialmente prohibitivo hacia la tenencia de estupefacientes para consumo personal, ello de ningún modo obsta a que la tenencia y consumo de drogas deje de ser considerado una ofensa criminal.

Lo cierto es que a través de un análisis en el que los principios de autonomía y privacidad —también amparados constitucional e internacionalmente— sean entendidos en conjunto con los datos empíricos sobre adicción, daño al consumidor y daño hacia terceros a partir del consumo de estupefacientes, la descriminalización conforma un cambio necesario e imperioso.

Por su parte, abogar por un marco de legalización de drogas, si bien resulta menos justificable desde la perspectiva de las obligaciones impuestas por los tres tratados de la ONU sobre drogas, también conforma un punto defendible y digno de argumentación. Por ello, si bien la discusión sobre la legalización excede el marco de este trabajo, considero oportuno dejar abierto el interrogante y el espacio que él merece en nuestro ordenamiento jurídico.



Universidad de
San Andrés

Bibliografía

Ambos, K., y Núñez, N. T. 2017. "Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado Actual y desafíos para el futuro". En *Drogas ilícitas y narcotráfico: nuevos desarrollos en América Latina*. Editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs, 25-51. Colombia: Editorial Temis Ltda.

Atienza, M. 1988. "Discutamos sobre el paternalismo". En *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 05, 203-214. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/research/discutamos-sobre-paternalismo-0/00530e06-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>

Behl, T., Kaur, P., Saini, D., Singh, I., Goel, H., y Pandey, R.K. 2014. "A critical insight into complications of alcohol". En *World Journal of Pharmacy & Pharmaceutical Science*, 3(2): 1222–38.

Bennett, T., y Holloway, K. 2009. "The causal connection between drug misuse and crime". En *The British Journal of Criminology*, 49 (4): 513-531.

Berlin, I. 1958. *Two Concepts of Liberty*. Recuperado de: <http://web.ics.purdue.edu/~mjacovid/Two%20Concepts.pdf>

Brochu, S., Brunelle, N., Plourde, C., y Da Silva, J. 2018. *Drugs and Crime: A Complex Relationship. Third revised and expanded edition*. Canada: University of Ottawa Press. Recuperado de: www.jstor.org/stable/j.ctt21c4sgp

Brownlow, H. A., y Pappachan, J. 2002. "Pathophysiology of cocaine abuse". En *European Journal of Anaesthesiology (EJA)*, 19 (6): 395-414.

Carhart-Harris, R. L., Kaelen, M., Bolstridge, M., Williams, T. M., Williams, L. T., Underwood, R. y Nutt, D. J. 2016. "The paradoxical psychological effects of lysergic acid diethylamide (LSD)". En *Psychological medicine*, 46 (7): 1379-1390.

Carpentier, C. 2007. "Drugs and Crime: A Complex Relationship. Drugs in Focus Series". *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*.

Caulkins, J. P., Beau Kilmer, M. A. R., Kleiman, R. J., MacCoun, G. M., Pat Oglesby, R. Liccardo Pacula, y Peter H. Reuter. 2015. "Consequences of Marijuana Use." En *Considering Marijuana Legalization: Insights for Vermont and Other Jurisdictions*, 27-48. Santa Monica: RAND Corporation. Recuperado de: www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt15zc545.11

Compton, R. P. 2017. *Marijuana-impaired driving: a report to Congress*. Washington D.C: National Highway Traffic Safety Administration.

Cremonte, M y Pilatti, A. 2017. "Alcohol". En *Un libro sobre drogas*. Recuperado de: <https://elgatoylajaca.com/sobredrogas/alcohol/>.

Denison, M. E., Paredes, A., y Booth, J. B. 2002. "Alcohol and cocaine interactions and aggressive behaviors". En *Recent developments in alcoholism*, 283-303. Boston: Springer.

Devlin, P. 2008. "Morals and the Criminal Law". En *Readings in the Philosophy of Law, second edition*, editado por Keith C. Culver, 283-98. Canada: Broadview Press

Dworkin, G. 2008. "Paternalism". En *Readings in the Philosophy of Law, second edition*, editado por Keith C. Culver, 271-82. Canada: Broadview Press

Elvik, R. 2013. "Risk of road accident associated with the use of drugs: a systematic review and meta-analysis of evidence from epidemiological studies". En *Accident Analysis and Prevention* 60, 254-67.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. 2014. "Drug use, impaired driving and traffic accidents". Recuperado de: https://www.emcdda.europa.eu/publications/insights/2014/drugs-and-driving_en

Fagan, J. 1990. Intoxication and aggression. *Crime and justice*, 13, 241-320.

Farrell, M. D. 1998. *El derecho liberal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Farrell, M. D. 1989. "Libertad negativa y libertad positiva". En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (2): 9-20.

Fitzjames Stephen, J. 1991. *Liberty, Equality, Fraternity: and the three brief essays*. Estados Unidos: University of Chicago Press

Gelli, M. A. 2004. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley.

Goldstein, P. J. 1985. "The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework". En *Journal of Drug Issues*, 15 (4): 143-174.

Goldstein, P. J., y Brownstein, H. H. 1987. "Drug related crime analysis-homicide. Report to National Institute of Justice". En *Drugs Alcohol and Crime Program*. New York: Narcotic & Drug Research Incorporated

Grimes, J. M., Ricci, L., Rasakham, K., y Melloni Jr, R. H. 2005. "Drugs of abuse and aggression". En *Biology of aggression*, 327-350.

Grosman, L. 2012. "Autonomía y drogas". Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=ylys_sela

Hart, H. L. A. 2008. "Law, Liberty and Morality". En *Readings in the Philosophy of Law, second edition*, editado por Keith C. Culver, 298-306. Canada: Broadview Press

Hart, H. L. A. 1967. "Social Solidarity and the Enforcement of Morality". En *The University of Chicago Law Review*, 35 (1): 1-13. doi:10.2307/1598946

Hartman, R. L., Brown, T. L., Milavetz, G., Spurgin, A., Pierce, R. S., Gorelick, D. A., Gaffney, G., y Huestis, M. A. 2015. "Cannabis effects on driving lateral control with and without alcohol". En *Drug and alcohol dependence*, 154: 25-37. Recuperado de: <https://doi.org/10.1016/j.drugalcdep.2015.06.015>

Hashibe, M., Morgenstern, H., Cui, Y., Tashkin, D. P., Zhang, Z. F., Cozen, W. y Greenland, S. 2006. "Marijuana use and the risk of lung and upper aerodigestive tract cancers: results of a population-based case-control study". En *Cancer Epidemiology and Prevention Biomarkers*, 15 (10): 1829-1834.

Husak, D. 2003. "Four points about drug decriminalization". En *Criminal Justice Ethics*, 22 (1): 21-29.

Husak, D. y De Marneffe, P. 2005. *The legalization of drugs*. Cambridge: Cambridge University Press.

Iacobelli, N., Gallus, S., Petridou, E., Zuccaro, P., Colombo, P., Pacifici, R., y Negri, E. 2008. "Smoking behaviors and perceived risk of injuries in Italy, 2007". En *Preventive medicine*, 47(1): 123-126.

Julien, R.M. 2003. *A primer of drug action: A concise nontechnical guide to the actions, uses, and side effects of psychoactive drugs*. New York: Worth Publishers.

- Kuypers, K. P. C., Verkes, R. J., Van Den Brink, W., Van Amsterdam, J. G. C., y Ramaekers, J. G. 2020. "Intoxicated aggression: Do alcohol and stimulants cause dose-related aggression? A review". En *European Neuropsychopharmacology*, 30: 114-147.
- Liechti, M. E. 2017. "Modern clinical research on LSD". En *Neuropsychopharmacology*, 42 (11): 2114-2127.
- Lu, R., Willits, D., Stohr, M. K., Makin, D., Snyder, J., Lovrich, N., Meize, M., Stanton, D., Wu, G., y Hemmens, C. 2019. "The cannabis effect on crime: Time-series analysis of crime in Colorado and Washington State". En *Justice Quarterly*, 1-31.
- MacCoun, R., Kilmer, B., y Reuter, P. 2003. "Research on drugs-crime linkages: The next generation". En *Toward a drugs and crime research agenda for the 21st century*, 65-95.
- MacDonald, S., Mann, R., Chipman, M., Pakula, B., Erickson, P., Hathaway, A., y MacIntyre, P. 2008. "Driving Behavior Under the Influence of Cannabis or Cocaine". En *Traffic Injury Prevention*, 9 (3): 190-194, DOI: 10.1080/15389580802040295
- Martinez Zorrilla, D. 2010. *Metodología jurídica y argumentación*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.
- Mednick, S. A., Pollock, V., Volavka, J., y Gabrielli, W. F. 1982. "Biology and Violence". En *Criminal Violence*, 21-80. Washington: Sage Publications, Inc. Recuperado de: <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=83003>
- Mill, J. S. 1998. *On Liberty*. Recuperado de: <http://dl.ariansystem.net/Documents/Books/On%20Liberty.pdf>
- Moreno Artero, E., Querol Cisneros, E., Rodríguez Garijo, N., Tomás Velázquez, A., Antofañanzas, J., Secundino, F. y España, A. 2018. "Mucocutaneous manifestations of cocaine abuse: a review". *Journal of the European Academy of Dermatology and Venereology*, 32(9), 1420-1426.
- National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism. 2020. "Alcohol Facts and Statics". Recuperado de: <https://www.niaaa.nih.gov/sites/default/files/AlcoholFactsAndStats.pdf>
- National Institute on Drug Abuse. 2020. "Cigarettes and Other Tobacco Products". Recuperado de: https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/drugfacts_cigarettes.pdf
- National Institute on Drug Abuse. 2020. "¿Cómo produce sus efectos el tabaco?" Recuperado de: <https://www.drugabuse.gov/es/publicaciones/serie-de-reportes/adiccion-al-tabaco/como-produce-sus-efectos-el-tabaco>

National Institute on Drug Abuse. 2019. "Heroin DrugFacts". Recuperado de: <https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/drugfacts-heroin.pdf>

National Institute on Drug Abuse. 2015. "How Do Hallucinogens (LSD, Psilocybin, Peyote, DMT, and Ayahuasca) Affect the Brain and Body?". 2015. Recuperado de: <https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/hallucinogensrrs4.pdf>

National Institute on Drug Abuse. 2020. "Marijuana DrugFacts". Recuperado de: <https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/drugfacts-marijuana.pdf>

Organización Mundial de la Salud. 2017. "10 datos sobre la seguridad vial en el mundo". Recuperado de: <https://www.who.int/features/factfiles/roadsafety/es/>

Penning, R., Veldstra, J. L., Daamen, A. P., Olivier, B., y Verster, J. C. 2010. "Drugs of abuse, driving and traffic safety". En *Current drug abuse reviews*, 3(1): 23-32.

Pope Jr., H. G., Gruber, A. J., Hudson, J. I., Huestis, M. A. y Yurgelun-Todd, D. 2002. "Cognitive Measures in long-term cannabis users". En *The Journal of Clinical Pharmacology*, 42 (S1): 41S-47S.

Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*. Estados Unidos: Harvard University Press

Romero Martínez, A., y Moya Albiol, L. 2015. "Déficits neuropsicológicos asociados a la relación entre abuso de cocaína y violencia: Mecanismos neuronales facilitadores". En *Adicciones*, 27(1): 64-74.

Sherwood, N. 1995. "Effects of cigarette smoking on performance in a simulated driving task". En *Neuropsychobiology*, 32 (3): 161-165.

Solowij, N., Stephens, R. S., Roffman, R. A., Babor, T., Kadden, R., Miller, M., y Vendetti, J. 2002. "Cognitive functioning of long-term heavy cannabis users seeking treatment". En *Jama*, 287 (9): 1123-1131.

Stanton-Ife, J. 2014. "The Limits of Law". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-limits/>

Tomlinson, M. F., Brown, M., y Hoaken, P. N. 2016. "Recreational drug use and human aggressive behavior: A comprehensive review since 2003". En *Aggression and violent behavior*, 27: 9-29.

United Nations Office on Drugs and Crime. 2019. *Global Study on Homicide*. Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet1.pdf>

United Nations. *World Drug Report 2020*. 2020. Recuperado de: <https://wdr.unodc.org/wdr2020/>

Waisman Campos, M., Serebrisky, D., y Castaldelli-Maia, J. M. 2016. "Smoking and cognition". En *Current drug abuse reviews*, 9(2): 76-79.

Wilkinson, S. T., Yarnell, S., Radhakrishnan, R., Ball, S. A., y D'Souza, D. C. 2016. Marijuana legalization: impact on physicians and public health. *Annual review of medicine*, 67, 453-466.

Wilson, J. Q. 1990. "Drugs and Crime". En *Crime and Justice*, 13: 521-545. Recuperado de: www.jstor.org/stable/1147491

World Health Organization. 2018. "Global status report on alcohol and health, 2018". Recuperado de: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1>

World Health Organization. 2017. "WHO report on the global tobacco epidemic: monitoring tobacco use and prevention policies". Recuperado de: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255874/9789241512824-eng.pdf>

