
¿CÓMO PUEDE SER QUE TE ALBOROTEN MIS PLACERES?

(FILOSOFÍA DEL CASTIGO Y DROGAS)

*Carlos A. GARAVENTA**, *Laura Gabriela HINOJOSA***, *Mauro MAGNESCHI****,
*Leandro MAZZA***** y *Tomás Francisco POMAR******

Fecha de recepción: 18 de abril de 2014
Fecha de aprobación: 14 de mayo de 2014

Resumen

El presente trabajo fue realizado en el marco de un grupo de estudio dedicado a investigar las diferentes teorías de justificación de la pena dentro de las diferentes ideas políticas y de los diversos modelos de Estado. Aquí nos dedicaremos a la filosofía del castigo con relación a la penalización de las drogas en el ordenamiento jurídico de nuestro Estado

* Abogado (UBA). Docente de la asignatura Derecho de la Integración, cátedra a cargo del Dr. Walter CARNOTA (UBA) y del curso Violencia Contra la Mujer, a cargo del Prof. Ignacio GONZÁLEZ MAGAÑA. Investigador del programa de proyectos de investigación DeCyT bajo la dirección del Prof. Alberto BIGLIERI. Ex integrante de la clínica jurídica del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

** Estudiante de Abogacía (UBA) y de Historia del Arte (UBA).

*** Abogado (UBA). Investigador en formación del proyecto UBACyT 20020100200168, "Sociología jurídica y derechos sexuales: antecedentes, posibilidades, alcances y desafíos de la ley 26.618 como política reparadora de derechos humanos", dirigido por el Dr. Mario Silvio GERLERO, en el marco de la Programación Científica 2011-2013.

**** Abogado (UBA). Docente de la asignatura Teoría del Estado, cátedra a cargo del Dr. Mario Resnik (UBA) y del curso Delito y Estado: Perspectivas Críticas, a cargo del Dr. Juan Carlos BALERDI (UBA).

***** Abogado (UBA). Docente de la asignatura Derechos Humanos y Garantías, cátedra a cargo de la Dra. Susana ALBANESE (UBA). Colaborador en asuntos Jurídicos de la Asociación A.T.T.I.V.A.S.

liberal de derecho, cuyos principios fundamentales se asientan en la Constitución Nacional. Por un lado, mostraremos cómo la punición de las actividades vinculadas con las drogas no tiene el menor fundamento filosófico posible en un Estado de derecho de tradición liberal, lo que hace presumir que este tipo de medidas penales son características de un estado conservador. Por otro lado, utilizaremos una interpretación novedosa del artículo 19 de la Constitución Nacional para justificar porqué no debería penarse ninguna actividad relacionada con las drogas.

Palabras clave

Filosofía del castigo – despenalización de las drogas – Estado liberal de derecho.

Abstract

This essay, written by a study group devoted to investigate on the philosophy of punishment within different political ideas and State models, is related to the justification for punishing drug-related activities in the Argentine liberal government of laws –the basic principles of which are set forth in its Constitution. On the one side, we discuss how punishing drug-related activities have no philosophical grounds whatsoever in a government of laws; thus we may well consider it proper of a conservative government. On the other side, we propose a novel interpretation of section 19 of our Constitution to justify why we believe drug-related activities should be legalized.

Keywords

Philosophy of punishment – drug-related activities legalization – liberal government of laws.

“la autoridad no busca razones para castigar, busca eficiencia”
(ALAGIA, 2007: 8)

I. Introducción y planteo de la hipótesis

En el presente trabajo nos proponemos abordar la polémica cuestión de la penalización de las drogas desde la óptica de la filosofía del castigo. Para las teorías liberales del Estado, éste surge y existe a partir de la convención entre los hombres que acuerdan entregarle una serie de *derechos naturales* para que los administre. Son ejemplificativas, en este sentido, las palabras de Thomas HOBBS (2003:164),

como si todo hombre debiera decir a todo hombre: autorizo y abandono el derecho de gobernarme a mí mismo, a este hombre o asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones el derecho a ello y autorices todas tus acciones de manera semejante. Hecho esto la multiplicidad así unida en una persona se llama República, en latín Civitas. Ésta es la generación de un gran Leviatán o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese Dios mortal a quien debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa.

John LOCKE (2007) afirma que esos *derechos naturales* que el individuo entrega son anteriores al Estado y éste no puede desconocerlos (p. 116). Por lo tanto, el Estado, que producto de esta cesión monopoliza el ejercicio de la fuerza a través del Derecho Penal, se encuentra en la obligación de justificar por qué impone un castigo. De lo contrario, no hablamos del Estado liberal de derecho ejerciendo una de las funciones para la cual fue concebido; sino de un terrorismo de Estado, de un Estado genocida (ALAGIA, 2007: 7).

La hipótesis que desarrollaremos en este ensayo es que no hay forma de que el Estado liberal de derecho pueda fundamentar la penalización de las drogas. Al respecto, es menester que formulemos dos aclaraciones. La primera se refiere a que, cuando hablamos de drogas, lo hacemos utilizando el vocablo griego para definir las, previo a clasificaciones como la que nos da la Organización Mundial de la Salud (en adelante, "OMS") que clasifica –arbitrariamente, por cierto– las drogas en legales e ilegales, conforme lo veremos en el próximo apartado. La segunda de estas aclaraciones es que no nos referiremos exclusivamente al consumo de drogas o la mera tenencia; sino a la despenalización de toda actividad desarrollada con drogas arbitrariamente calificadas como ilegales. Como consecuencia de esto, no haremos especial hincapié en los conocidos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la "Corte" o "CSJN") sobre despenalización. Consideramos que, en estos fallos, la Corte no proporciona una solución efectiva para todos los problemas que genera el mundo de las drogas sino un simple parche. Por un lado, la jurisprudencia de la CSJN tal vez ayude a no introducir dentro del sistema penal a una persona por el mero hecho de consumir marihuana, pero esto no significa que le permita escoger y ejercer un proyecto de vida de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Nacional; ya que, como veremos más adelante, si no se permite cultivar o vender, no habría de donde consumir. Por lo tanto, para que el consumo sea posible, son necesarios la producción y el comercio, a los que la Corte no se ha referido. Además –por otro lado– ponerse a discutir sobre tenencia para consumo implica una discusión sobre cantidades que termina por convertir la subjetividad del consumidor en una objetividad normativa.

II. De la sabiduría de los ancestros a la desviación moral actual

Antaño, el hombre en búsqueda de la experimentación y también, por qué no de la libertad, utilizó infinidad de sustancias que producían alteraciones en su cuerpo y en su mente. Para conceptualizarlas, recurriendo a la antigua cultura griega, podemos caracterizarlas como *phármakon* y *narkoun*. Lo que actualmente denominamos fármaco, en su origen, significaba remedio y veneno. El término mismo poseía tal ambivalencia, que ambas valoraciones eran inseparables. Podría graduarse la benignidad de determinado fármaco, pero no podrá decirse sin más que éste es completamente inocuo. En suma, “[h]ablar de fármacos buenos y malos era para un pagano tan insólito, desde luego, como hablar de amaneceres culpables y amaneceres inocentes” (ESCOHOTADO, 1998: 21). Lo bueno y lo malo representaban dos caras de una misma moneda.

Lo que a *narkoun* respecta –en nuestros días: narcótico– primeramente significaba adormecer y sedar pero estaba carente de una connotación moral. La traducción al inglés *narcotics* dio paso a la traducción francesa *estupéfiants*, adicionándole la carga valorativa que le conocemos y abarcando en tales términos a drogas no inductoras de sueño ni de sedación. Es así que, tras equívocas clasificaciones, y ante los obstáculos de determinar químicamente qué se considera estupefaciente y qué no, se recurrió a clasificar en drogas lícitas e ilícitas. De esta manera, se dio por sentado que la naturaleza farmacológica pasó a ser una cuestión jurídica (ESCOHOTADO, 1998: 22).

Según el diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, el término estupefaciente en su acepción segunda referida a sustantivo es “sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad; por ejemplo, la morfina o la cocaína”. No obstante lo cual, es dable destacar que, como avance en la vigésima tercera edición del prestigioso diccionario, el artículo posee la siguiente enmienda: “[d]icho de una sustancia: Que altera la sensibilidad y pueda producir efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción”. De esta manera, el término estupefaciente encierra sustancias disímiles y abarca un amplio espectro en consonancia con las definiciones de la OMS.

Algo por sí mismo no es malo, para DURKHEIM no existe *mala in se* sino *mala prohibita*,¹ es decir, la sociedad le adscribe la cualidad de prohibido y le asigna tal componente valorativo. Continuando la línea de análisis, podemos decir que, como

¹ Este concepto, que lo podemos encontrar en su obra *La división del trabajo social* (1893), es también desarrollado por Hans Kelsen en *Teoría pura del derecho* (1960) donde refiere que un hecho es ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*.

consecuencia de esta clandestinidad a la que son llevados compulsivamente quienes tratan con estas sustancias, éstos son tildados de *desviados* por el resto de personas. Podemos afirmar, entonces, que ello ocurrirá por la prohibición que ellos mismos establecieron. La adscripción de la característica *drogadicto* (aunque técnicamente no posea adicción), bastará para que ésta prime por sobre las demás cualidades del sujeto como un *status* principal, máxime si él proviene de un extracto marginal. Empero, esta estigmatización (GOFFMAN, 1970: 13-5) o rotulación (BECKER, 1971: 34-42) le será funcional al aparato punitivo del Estado que, aplicando criterios selectivos, optará por captar a aquellas personas que posean un alto índice de vulnerabilidad con su consiguiente alejamiento del poder.² En cuanto a la sociedad, le causará placer el castigo contra la desviación y, por otro lado, la figuración del estigma provocará temor. Al estigmatizado, en cambio, no hará más que reforzarle su accionar desviado, lo que LEMERT configuraría como desviación secundaria (TAYLOR, 1977: 167-8).

Considerando el status de la desviación, el crimen y los procesos oficiales de reacción y control, autores como MATZA, BECKER y LEMERT notaron que el actuar delictivo era ambiguo en su significado y moralidad (incluyendo allí las llamadas *drogas blandas*). Arribaron a tal razonamiento porque la construcción de estos problemas era originada en los excesivos procesos de control para lidiar con ellos. Desde esta corriente de análisis, mucha de la conducta delictiva era, de hecho, normal, saludable y surgía como consecuencia de la diversidad humana, mas no una patología peligrosa. De esta forma, se entiende que el problema radica en el excesivo control y no en la desviación en sí misma (GARLAND, 2001: 66).

Es válido preguntarse si la prohibición de tantas sustancias genera subculturas o si, por el contrario o complementariamente, el comportamiento desviado atraviesa el espectro social en su totalidad, trascendiendo a los grupúsculos con contravalores a la sociedad en general. Nos inclinamos a la segunda alternativa, puesto que el mercado, con su diferenciación de clases, determinó que determinadas sustancias catalogadas como ilícitas fueran negociadas como mercancías de manera segmentada para cada clase social.³

2 Para más información sobre selectividad del aparato punitivo e índice de vulnerabilidad puede consultarse el ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR (2005), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

3 Independientemente de la existencia de subculturas que hagan de la utilización de tales sustancias como una forma de vida y se contrapongan a las leyes de mercado, paradójicamente saliendo de la categoría de consumidores, *estricto sensu*. Por ejemplo, en los círculos de la [sub]cultura *cannábica* se defiende férreamente el autocultivo para consumo personal.

Trascendiendo las fronteras del mercado, como apresurada conclusión, podemos decir que una sociedad de consumo de mercancías sin drogas es una mera ilusión. Es en el mercado individualista donde la libertad de alguien se sostiene mediante la premisa de la exclusión y el cercano control de otros. A la inversa ocurriría en una sociedad en la que se ejerciera el control social solidario, donde cada uno resignaría parte de su libertad personal para promover el bienestar colectivo. Con la primera premisa, que es la imperante en las sociedades contemporáneas, al imponer el control sobre quienes contravienen las normas, tomamos su castigo para afirmar su supuesta libertad, su responsabilidad moral y su capacidad de actuar de otra manera (GARLAND, 2001: 198). En suma, es la manera de deslindar de responsabilidad al Estado y a la sociedad en su conjunto, que, horrorizados, condenan a sujetos librados a su propia suerte de libertad personal; libertad personal que en este caso opera como un *corset*, oprimiendo el ámbito de libre autodeterminación en un cuerpo que está a merced de determinaciones y circunstancias externas.

Nadie ignora que existe un fundamento moral en la criminalización de los consumidores de drogas ilegales. Se echa mano de este componente moral para legitimar una prohibición de productos menos tóxicos que otros de venta legal, siendo inclusive, estos últimos, objeto de veneración y promoción (STANCANELLI, 2007: 4-5). Esta moral es sostenida por grupos que emprenden una cruzada desde distintos ámbitos: el religioso, económico y gubernamental. A cada embate, esgrimen un discurso de manera explícita, masivamente, a través de medios de comunicación y apelando a la sensibilidad de los destinatarios, a la fibra íntima, para imponer su moral a la mayoría. Sin embargo, soterrado por la puesta en escena, se encuentra un discurso más austero y perverso, toda vez que el *topos* de esa cruzada es la propia legitimación y el aumento de poder de tal política. A tal respecto, es acertado el ejemplo con que nos ilustra ESCOHOTADO en su *Historia General de las Drogas* (1998) citando el artículo *The new public enemy no. 1* de la revista norteamericana *Time* del 28 de junio de 1971 (pleno auge de la guerra de Vietnam) donde NIXON declara: “el enemigo público número uno de América es el abuso de drogas” (p. 880).

Sin realizar un gran esfuerzo podemos encontrar, *mutatis mutandi*, gran relación con los argumentos esgrimidos en el fallo Colavini.⁴ En un apretado resumen, Ariel Omar Colavini fue arrestado por la tenencia de dos cigarrillos de marihuana. El caso, tras un periplo judicial, llega al máximo tribunal en tiempos de dictadura militar, que dispuso la condena de Colavini fundando su decisión en el artículo 6 de la ley 20.771, que rezaba “[a quienes] tuvieren en su poder estupefacientes, aunque estuviesen destinados a uso

4 LL, 1978-B-444.

personal". Ahora bien, los argumentos no quedan sólo en lo normativo sino que pasan a justificar la condena desde aspectos que oscilan entre un Estado perfeccionista y uno autoritario que, sin fundamentos sólidos, también intenta legitimarse políticamente, tal como se desprende del quinto considerando,

[q]ue tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.

Un aspecto que el fallo omite es que, por definición, las acciones privadas no afectan a terceros, por lo que no les cabe la calificación de permitidas o prohibidas jurídicamente. No obstante, debemos aclarar que distintas son las acciones públicas realizadas en un ámbito privado de las acciones privadas realizadas en público. Que una acción sea considerada privada y que, por ello, no se la castigue, no significa que el acto sea valioso jurídicamente y que, por ello, exista un derecho a realizarlo, sino que no es posible regularlo jurídicamente. En este sentido, podemos sostener que hay incompetencia estatal para dictar reglas respecto cierta clase de hechos y que, donde falta la libertad de elección, desaparece la zona de reserva de la persona (SPOLANSKY, 1987: 8-9). El trasfondo que encierra esta condena es la idea del Estado total que puede penetrar en todos los ámbitos de la vida y que puede regular cualquier actividad a través de normas especiales.

La OMS define a la droga como toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas. Asimismo, define la drogadependencia como un estado psíquico, y algunas veces físico, resultante de la interacción entre un organismo vivo y un producto psicoactivo y que se caracteriza por modificaciones de la conducta y por otras reacciones que incluyen siempre el deseo invencible de consumir la droga continua o periódicamente, a fin de experimentar nuevamente sus efectos psíquicos placenteros y evitar el malestar de su privación. Dentro del consumo de una sustancia psicoactiva, se identifican tres etapas: (1) el *uso* que es el consumo esporádico y circunstancial de una droga; (2) el *abuso* que se configura cuando el consumo se reitera para una misma droga

en similares o diferentes situaciones o cuando se recurre a diferentes drogas; y (3) la *adicción y dependencia* que se refieren a la adaptación psicológica, fisiológica y bioquímica como consecuencia de la exposición reiterada a una droga. Se debe diferenciar entre dependencia y adicción, ya que la dependencia está relacionada directamente con la sustancia; es decir, es la sustancia la que tiene la cualidad de producir dependencia. La adicción, como veremos a continuación, no depende de la sustancia en sí, sino de tres factores que interactúan.

Según el nivel de adicción que generan, las drogas se clasifican en *blandas o ligeras* cuando crean dependencia psicológica; y en drogas *duras* cuando conllevan daños serios a la salud, y poseen propiedades muy altas de dependencia física. Con relación a esta clasificación, se las distingue según la peligrosidad respecto de la salud pública en *más peligrosas* cuando crean dependencia física con mayor rapidez y poseen mayor toxicidad; y *menos peligrosas* cuando crean dependencia psíquica con menor rapidez y poseen menor grado de daño a la salud. De todo esto se deriva la clasificación de drogas en legales e ilegales según su grado de peligrosidad con respecto a la salud pública. Sin embargo, la adicción es la característica propia del sujeto con relación a su actitud hacia un objeto que funciona como dispositivo dependiente. Existen tres factores que deben interactuar, cumpliendo con las condiciones apropiadas, para que exista un cuadro de adicción: (1) la persona consumidora por su aptitud, disposición biológica y psicológica; (2) la sustancia psicoactiva por sus propiedades y grado de dependencia; y (3) el contexto social referido a la familia, grupo de pertenencia y el rol social del individuo. Por lo tanto, la clasificación de estupefacientes en legales e ilegales, que deviene de una distinción basada en la peligrosidad para la salud pública, derivada –a su vez– de una clasificación según el nivel de adicción, cuando ésta no tiene como fundamento las propiedades de la sustancia en sí, sino el cúmulo de factores que acabamos de estudiar, a nuestro entender, resulta arbitraria.

De esta arbitraria definición surgen consecuencias nefastas, tales como identificar a todo consumidor con un adicto o, en términos foucaultianos, con un anormal o desviado (FERRO, 2010). En este sentido, FERRO (2010) señala que (p. 34-5),

[e]l hombre normal *moderno* es, entonces, el individuo no degenerado físicamente y cuyo sentido moral se encuentra regido por el imperio de la razón que guía sus acciones por el camino del bien dominado –reprimiendo– todo impulso de la pasión [...] Esta moral, definida como una ley que rige la conducta humana buscando el bienestar común, hace que el bien personal se someta al colectivo, permitiendo el individuo que sus actos sean juzgados con los criterios de la colectividad a la cual pertenece.

El Estado no puede obligar a la persona a “ser moral” y sólo debe garantizar su autonomía y poner a su disposición los medios para que dicha autonomía sea posible (RAZ, 1986: 420); empero, el Estado hace exactamente lo contrario, ya que subsume al consumidor de drogas dentro de la categoría de anormal o desviado, reprimiendo el modo de vida que elige libremente al imponerle un castigo. En este punto, señala BARMAN, el Estado llega al extremo de abandonar su función de ordenador de la sociedad y pareciera convertirse en un agresor de los individuos (BAUMAN, 1998: 88).

III. ¿Cómo se intenta justificar la penalización de las drogas?

La penalización de las drogas está encuadrada dentro de los llamados *delitos contra la salud pública* (FONTÁN BALESTRA, 1998: 660/703). En este orden de ideas, en un artículo publicado en la revista *Lecciones y Ensayos* –cuando se encontraba intervenida por el gobierno militar–, Liliana CATUCCI justificaba la penalización de la tenencia de estupefacientes introducida por la ley 20.771 al sostener que al tenedor-consumidor le interesaba propagar el mal de la drogadicción para que así le fuera más fácil conseguir la droga (CATUCCI, 1981: 103). De esta forma –afirmaba– se tutela la salud individual para proteger la salud pública.

No haremos aquí un análisis detallado de cada uno de los artículos de la ley 23.737, sino que buscaremos encontrar la justificación para penar las conductas en ella contempladas. Éstas son: la siembra, producción y tráfico (art. 5); importación de estupefacientes (art. 6); o de productos químicos para su fabricación (art. 24); financiación de las actividades mencionadas (art. 7); suministro y tenencia en cantidades superiores a las autorizadas en caso de que hubiera autorización a tales efectos (arts. 8 y 9); facilitación de un lugar para llevar a cabo los delitos anteriores (art. 10); inducción al consumo (art. 12); utilización para ejecutar o facilitar otro delito (art. 13), aquí quedaría comprendida la doctrina del *actio libera in causa*; y, finalmente, la mera tenencia (art. 14). Además de éstas, tenemos también situaciones agravantes, figuras típicas de encubrimiento, confabulación y asociaciones ilícitas, entre otras. Empero, esto escapa de nuestro estudio, ya que nos basta con refutar la justificación del castigo de estas conductas para que caigan los agravantes y delitos conexos.

El maestro Carlos Santiago NINO escribió un artículo a fines de la década de 1970 como respuesta al fallo “Colavini” de la CSJN de la última dictadura militar que sufrió nuestro país, en donde analiza las posibles formas de justificar la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal en un Estado liberal de derecho (NINO, 1979). NINO ensaya tres posibles justificativos: (1) el argumento *perfeccionista*, que sostiene que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas provoca es razón suficiente para que el Derecho Penal interfiera con ese consumo; (2) el argumento *paternalista*, conforme al cual se afirma que es legítimo desalentar, por medio de castigos,

el consumo de estupefacientes, con el fin de proteger a los consumidores contra los daños que puedan autoinfligirse; (3) el argumento de la *defensa social*, que apunta a que la punición del consumo de drogas está justificada en tanto y en cuanto se orienta a proteger a otros individuos que no son consumidores y a la sociedad en conjunto.

El autor rechaza el primero de estos argumentos fundándose en que la moral perfeccionista no puede entrometerse en el Derecho (retomaremos esto en el siguiente acápite). El segundo argumento es también rechazado en función de que la Constitución Nacional ampara la decisión de cada persona a elegir su plan de vida sin que el Estado pueda tutelar los intereses de algunos sujetos contra la propia voluntad de los titulares de esos intereses. El argumento de la *defensa social* pareciera ser el más apropiado, según NINO, para prohibir las drogas; sin embargo, lo refuta al afirmar que la actitud del consumidor no daña más que a sí mismo.

Empero, los defensores de la punición se han apoyado en diversas suposiciones para enarbolar una falsa filosofía del castigo. Algunos, como CATUCCI (1981), ven en el consumidor a una persona que se dedica a propagar una enfermedad por su propio interés. Otros, como Carlos FAYT en su disidencia del fallo “Capalbo” de la CSJN⁵ que se convertiría en argumento del fallo “Montalvo” (también de la CSJN)⁶, sostienen un argumento verdaderamente vergonzoso al justificar la punición por el hecho de que el tenedor introduce en la sociedad una cosa riesgosa que puede llegar a manos de otras personas no consumidoras y, así, expandir la enfermedad. También se utilizan argumentos como la teoría del *actio libera in causa*, lo cual, entendemos, constituye un grave error, porque quien se coloca en una situación de inconciencia para cometer delitos debe ser penado por el delito cometido y no por colocarse en esa situación. De lo contrario, se estaría penando un acto preparatorio de incidencia privada, como si se penara el pensamiento. Existe otro argumento que vale la pena mencionar: el que sostiene que el consumidor, al comprar la droga, financia el sistema delictivo de producción y distribución. Este argumento sólo permitiría penar a aquél que es atrapado en el momento mismo de la transacción comercial pero no al tenedor o consumidor, ya que no puede probarse el aporte dinerario al sistema de producción y distribución más allá de presunciones, lo que llevaría a imponer penas no por actos sino por suposiciones.

Cabe señalar que este trabajo no está destinado a hablar únicamente de la tenencia o consumo sino de todas las conductas prohibidas. Se consideran delitos contra la salud pública, entre otras acciones, propagar enfermedades, envenenar aguas y proporcionar

5 LL 1986-D, 582.

6 LL 1991-C, 80.

medicamentos diferentes o en cantidades diferentes a las prescritas por receta médica, de modo que la salud del paciente se vea alterada. La prohibición de las drogas apunta, entonces, a impedir la propagación de una enfermedad... pero, ¿qué enfermedad? Sin dudas, la adicción, que, como ya vimos, no depende de la sustancia sino de una sumatoria de factores. Podemos, también, formularnos la pregunta: ¿las drogas son la única sustancia capaz de producir adicción? Por supuesto que no. No recurriremos a los ejemplos típicos del alcohol o del tabaco, ya que éstos también son drogas, aunque legales. Otras cosas como la comida o el trabajo pueden generar adicción, pero no vemos a los jueces encarcelando empleadores. Lo que ocurre es que, cuando se habla de drogas, la cuestión moral está inexorablemente entremezclada con el derecho. No se encarcela empleadores porque trabajar mucho es considerado moralmente bueno, y drogarse es moralmente malo.

En resumen, nuestra legislación no busca impedir las adicciones como enfermedad sino sólo un tipo de adicción. Claro que este argumento puede ser utilizado en sentido contrario, es decir, para penalizar todo. Pero basta con volver sobre lo que causa la adicción, que no es la sustancia por sí sola sino combinada con la predisposición fisiológica de la persona a la adicción y el contexto social que la rodea. Por lo tanto, penar a quien fabrica o distribuye la sustancia no es la solución, porque si bien ésta es necesaria, el hecho de que la enfermedad incube depende de otros factores. Lo que se logra prohibiendo la fabricación y comercialización no es otra cosa que excluir al consumidor-no-adicto de un producto al que quiere acceder y, peor aún, estigmatizarlo socialmente como adicto. Para los que subsumen a todo consumidor dentro de la categoría de adicto el sorites es el siguiente: todo consumidor es adicto, todo adicto es enfermo, todo enfermo es vehículo de contagio y todo vehículo de contagio es enemigo de la sociedad; por lo tanto, todo consumidor es enemigo de la sociedad. Este sorites se compone de silogismos de forma AAA-1 los cuales son siempre válidos (COP, 2010: 209). Pero debemos recordar que la validez de un razonamiento no implica su veracidad, para que esto suceda es menester que las premisas del silogismo sean verdaderas; nosotros consideramos que no lo son.

Como sostiene ZAFFARONI (2007) “el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, sólo es compatible, desde la teoría política, con un modelo de Estado absoluto” (p. 12-3). Por lo tanto, sólo un Estado absolutista puede penalizar las drogas, ya que esto no es propio de un Estado de derecho.

IV. La justificación del castigo y las drogas

En su tesis doctoral presentada en la Universidad de Yale –traducida al castellano con el título *Los límites de la responsabilidad penal*– Carlos NINO (2006) ensaya cuatro diferentes hipótesis para intentar justificar el castigo. La primera se refiere a que la pena

debe ser un medio racional para proteger a la sociedad de males mayores. La segunda es el llamado “principio de asunción de la pena” que consiste en ver a la pena como algo consentido por el delincuente; siguiendo el esquema contractual de un contrato con cláusulas predispuestas, que sería el tipo penal descrito por la ley el cual el delincuente consiente al cometer el delito. La tercera y cuarta tienen conexión y son “el principio liberal de que la ley sólo debe estar destinada a prevenir conductas que causen algún perjuicio a terceros” y el principio de *enantiotelidad* (NINO, 2006: 269).

Estudiaremos los últimos dos ya que hablamos de la filosofía del castigo en un Estado liberal de derecho, aunque, para nuestra conclusión, nos valdremos también de la primera. Comenzaremos por comentar la cuarta hipótesis ya que nos ayudará a comprender mejor la tercera. El principio de *enantiotelidad* se refiere a la provocación de un daño cierto producto de la acción. El propio NINO afirma que este principio está extraído del Derecho Civil, por la teoría del alcance de la norma que se refiere a la existencia de un nexo causal entre un daño real y una acción (NINO, 2006: 324). Dicho de modo más sencillo: el principio de *enantiotelidad* asegura que sólo es justificado penar una acción cuando ésta provoca efectivamente un daño, y no la mera posibilidad de su ocurrencia. Entendido esto, es posible comprender mejor la tercera hipótesis del autor; porque cuando hablamos de penar solamente aquellas conductas que dañan a terceros, el significado de la palabra *dañan* se refiere a un daño cierto efectivamente provocado por la acción. Luigi FERRAJOLI (1995) puede ayudarnos a comprender todavía mejor esto a través de lo que denomina el *principio de lesividad* (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), según el cual sólo el daño causado a terceros proporciona las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas; de esta forma, afirma el autor, se separa el Derecho de la moral, ya que esta última no puede fundamentar un castigo (p. 466).

Como vimos en el apartado anterior, NINO (2006) refuta la posibilidad de penar una conducta por un argumento de tipo penal. En *Los límites de la responsabilidad penal*, analiza el tema con mayor profundidad, utilizando las ideas de John STUART MILL desde la perspectiva del Derecho Político y de Herbert L. A. HART en la iusfilosofía. No nos concentraremos en el segundo autor puesto que ello equivaldría a ingresar en el viejo debate entre iuspositivismo e iusnaturalismo que, consideramos, ha perdido actualidad después del juicio de Núremberg, cuyo razonamiento fue adelantado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1937 con el *obiter dictum* de fallo “Quinteros, Leónidas Secundino c/Compañía de Tranvías Anglo Argentina”.⁷ En dicha sentencia se afirmó, siguiendo el razonamiento de LOCKE que vimos en la introducción de este trabajo, que existen derechos anteriores al Estado que éste no puede desconocer. Nos limitaremos

7 LL, 8-404.

entonces a recordar que, para HART (1963), el criterio de validez de una norma jurídica no depende de que ésta se condiga con un imperativo moral (p. 229). Resulta más importante –a los fines de este trabajo– concentrarnos en STUART MILL, porque es él quien explica en qué consiste la libertad en un Estado liberal de derecho, que es justamente de lo que estamos hablando.

En *El contrato social*, ROUSSEAU (2003) ya decía que “el hombre ha nacido libre y por todas partes se encuentra encarcelado” (p. 35). De esta forma, el autor criticaba a los Estados absolutistas y despóticos. Las ideas rousseauianas fueron tomadas a fines del siglo XVIII por los jacobinos en la Revolución Francesa, en la cual se pondría el acento en el respeto de la libertad y la igualdad entre las personas. En este orden de ideas, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 estableció que la libertad (art. 4),

consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley.

Finalmente, en el siglo XIX, con el advenimiento del capitalismo industrial y la cúspide del liberalismo clásico, se terminó de dar forma a la idea de autonomía de la voluntad o autonomía de la persona con las ideas del utilitarismo. En su obra *On Liberty*, el filósofo utilitarista John STUART MILL (1985) hace especial referencia a la necesidad de limitar el autoritarismo del gobernante sobre la autonomía del individuo (p. 26). Podemos decir que la autonomía del individuo es todo aspecto de su vida que se vincula con su privacidad y debe estar exento de la coacción estatal. MILL dice que “[p]ara que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (p. 30).

Estas ideas fueron receptadas por la iusfilosofía en el principio de clausura de Hans KELSEN (2003), según el cual todo lo que no está prohibido está permitido (p. 135). Principio que podemos encontrar en el artículo 19 de la Constitución Nacional y cuyo límite se encuentra en las conductas que causan daño a terceros. Por ello –enfatisa NINO– no puede pensarse a una persona por cuestiones meramente morales a menos que causen un daño a otra persona (2006: 272). De esta forma, resulta más que evidente que la conducta del consumidor de drogas está exenta de cualquier tipo justificación de la intromisión por parte del Estado a través de su poder punitivo. Pero el artículo 19 de la Constitución nos servirá, además, para sostener que ninguna de las personas que

intervienen en la cadena de producción y distribución de estupefacientes debería ser sometida al sistema penal. En efecto, este artículo consagra “la libertad de elegir [...] el propio plan de vida, no sólo frente al Estado sino también ante a las preferencias y pese a las reacciones de terceros” (GELLI, 2011: I, 329). Esto último se vincula con algo de lo que ya hablaba NINO (2006) en el artículo que citamos en el anterior acápite, en relación a que, cuando el artículo 19 habla de moral, no se refiere a la moral privada ni a la religiosa ya que, si esta norma va a ser aplicada por los jueces, resultaría ilógico postular que estas acciones quedan reservadas a Dios y exentas del control de los jueces. Se concluye, entonces, que la moral pública y el orden y el bien común no se distinguen del daño a un tercero; por nuestra parte, interpretamos que se refiere al daño moral, en contraposición al daño físico. Pero lo que nos importa para la tesis que intentamos defender es la primera parte de la cita de GELLI: *la libertad de elegir el propio plan de vida*.

Esto es explicado de manera excelente por la filosofía libertaria en su crítica al monopolio de la fuerza que ejerce el Estado de forma abusiva, y, muchas veces, en contra del propio deseo de la víctima, lo cual genera lo que se denominan los *crímenes sin víctimas* (ROTHBARD, 2005). Esta idea surge de la libertad de elegir el propio plan de vida, que es la primera propiedad de cada persona (p. 53). Siguiendo este razonamiento, llegamos a la conclusión de que el Estado no debe interferir en el plan de vida del individuo. Esto es fácil de ver en el caso de no penalizar el consumo; pero démosle una vuelta de tuerca más, si el soberano prohíbe la producción y la distribución de un producto ¿no impide también su consumo? La lógica de mercado indica que, para que haya demanda, primero tiene que haber oferta; si no hay producción y distribución, la demanda queda insatisfecha porque el producto no existe. Podemos trazar un paralelismo entre esto y la tesis de SUNSTEIN y HOLMES acerca de que no existe la división entre derechos positivos y negativos: si hablamos de no-intervención del Estado pareciera que hablaríamos de derechos negativos; empero, como sostienen estos autores, si no hay una acción positiva del Estado para protegerlos, estos derechos desaparecen (SUNSTEIN y HOLMES, 2011: 63-6). Podemos observar un ejemplo muy gráfico respecto del derecho de propiedad: el Estado no debe interferir en su goce, en cambio sí debe intervenir para protegerlo mediante el uso de las fuerzas policiales y el sistema judicial, porque, de lo contrario, la existencia de la propiedad quedaría sujeta sólo a la *venganza privada*. De la misma forma, la no-intervención del Estado en la elección de vida de los particulares conlleva la acción positiva de tolerar aquello que hace posible que esa decisión exista.

Ergo, penalizar la oferta es una vía alternativa del Estado para prohibir la elección del propio plan de vida; más aún cuando –como vimos antes– el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos es una ficción, porque las drogas no son en sí una enfermedad; solamente pueden ser causa de una enfermedad si se las combina con los otros dos factores que generan la adicción: la predisposición biológica de la persona y su entorno social. De la misma manera, podría considerarse que el trabajo es causa de una enfermedad y subsumir a todo trabajador en la categoría de *workaholic*; sin embargo, el

Estado burgués no encarcela a los empleadores. Lo único que las normas penales sobre drogas generan es estigmatizar al consumidor, tacharlo socialmente de enfermo; el consumidor termina siendo un anormal desviado y, en palabras de GARGARELLA (2008), se manipulan los medios coercitivos del Estado para proteger un orden social injusto (p. 12).

Antes de concluir este ensayo, vale la pena volver brevemente sobre la primera tesis de justificación del castigo que da NINO (2006): la pena es un mal menor para evitar un mal mayor. Es decir que la pena siempre será la última *ratio* en caso de querer evitar un mal social. Utilicemos, entonces, el examen de proporcionalidad para ver si la penalización de las drogas es, o no, un mal menor para evitar uno mayor.

Podemos encontrar una referencia al *principio de proporcionalidad* en la muy conocida obra de Cesare BECCARIA *De los Delitos y las Penas*, en la que el autor establece que ésta es la medida entre el acto punible y la pena (BECCARIA enfatiza el hecho que debe tratarse de una pena *útil*); así como en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en la que se proclama que la ley solamente debe imponer las penas que considere estricta y evidentemente necesarias. Este principio es utilizado por la CSJN en su actual composición como criterio para la resolución de controversias.⁸ Esencialmente, éste permite establecer pautas para la resolución de los casos en los que se produce la colisión de principios o bienes jurídicos, con el objeto de armonizar su satisfacción. Estas pautas se refieren, esencialmente, al análisis de elementos objetivos, con el fin de limitar la subjetividad de quienes deciden y, de ese modo, eliminar su posible arbitrariedad, misión que este principio –como veremos– logra en gran medida (ALEXY, 1989). LORENZETTI ejemplifica sobre la cuestión trayendo la hipótesis de conflictos de derechos que involucran uno o varios principios o reglas del *Derecho Fundamental*. Señala que la *regla de la proporcionalidad* es una piedra de toque adecuada para solucionar el problema ante un conflicto de derechos (LORENZETTI, 2006: 269).

8 Ejemplos de ello, fuera de la temática de drogas pero con una obvia correlación, son los fallos “Guillermo Prieto y Emiliano Prieto” (CSJN, 11.08.2009, sentencia del mismo día). En el fallo sobre Guillermo Prieto, los jueces expresaron en su voto mayoritario (consid. 13): “[l]a obligación de investigar por parte del Estado, si bien es irrenunciable, de todos modos debe compatibilizarse con el principio de protección de los derechos de la víctima [...]. En examen aparecen entonces enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obliga a los jueces a ponderar con extrema prudencia los valores e intereses que coexisten con el fin de arribar a una solución que conjugue de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el artículo 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden, y acaban por interesar a la sociedad toda”.

Según su formulación en el derecho europeo (el primero que le dio acogida normativa aplicable) la proporcionalidad se compone de tres elementos o sub-principios: (1) el de la utilidad o adecuación; (2) el de la necesidad o indispensabilidad; y (3) el de proporcionalidad *strictu sensu*. Cada uno de ellos requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación e implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes, a saber:

1. la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin; es preciso que, al menos, facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (también llamado *juicio de adecuación*).
2. la medida ha de ser necesaria o la más moderada entre todos los medios útiles, en el sentido de que no sólo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino que además es imprescindible porque no hay otra más moderada a tal propósito (o *juicio de indispensabilidad*).
3. la medida a aplicarse debe ser proporcionada, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular, sobre los derechos y libertades. Es decir, es preciso que la medida enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida (proporcionalidad *stricto sensu*).

Para la aplicación de estas tres instancias de análisis, es necesario partir de una base fáctica o *caso concreto*, que, a los fines prácticos, será el siguiente: ante la existencia de una persona tenedora de drogas, se pretende hacer uso de una pena o medida del sistema de reacciones penales –supongamos una detención– en su contra⁹. Como hemos dicho anteriormente, supongamos que se produce una colisión de principios o reglas¹⁰ fundamentales. En el caso, el *derecho a la intimidad* de la persona que tenía en su poder la droga se enfrenta con el llamado *deber de proveer justicia* o investigación por parte del

⁹ Ninguna otra circunstancia importa para el análisis que estamos realizando en el que pretendemos exponer un criterio tenido como válido. Hemos planteado un ejemplo sumamente general, aún a riesgo de que la proporcionalidad no se pueda apreciar en toda su funcionalidad, teniendo en cuenta que el mismo ejemplo debe ser adaptable no solo a todas las clases de drogas sino a circunstancias diferenciadas cuyo marco hemos expuesto en el presente.

¹⁰ Los principios pueden distinguirse de las reglas en que los primeros tienen una formulación tan abstracta que puede aplicarse a muchos supuestos concretos; mientras que las reglas son aplicables solo a un conjunto de supuestos determinado. El principio, establece una situación jurídica que la regla debe alcanzar.

Estado de las actividades presuntamente delictivas en lo que hace al deber de éste de proveer seguridad.¹¹ Con la aplicación de la proporcionalidad en el caso, estamos estableciendo los límites de los derechos fundamentales en conflicto junto con los objetivos del Estado, ya que resulta un método adecuado para establecer si una medida de un órgano de éste (el Poder Judicial) es legítima¹². De esta manera, optimizamos la aplicación de la Constitución.

El análisis que a continuación efectuaremos de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (que nombramos más arriba) nos ayudará a establecer si una medida del órgano judicial interfiere con un derecho fundamental legítimamente o de un modo excesivo, respecto la satisfacción de un objetivo del estado:

1. *Juicio de idoneidad de los medios o juicio de adecuación.* Debe establecerse si la medida o pena aplicada en el caso al tenedor de drogas puede tener fin legítimo y ser objetivamente idónea para fomentar el fin legítimo u objetivo del Estado. En el supuesto presentado, siendo la protección de la seguridad de la población el objetivo del Estado, aplicar una medida o pena a quien tuviera drogas en su poder parece, *a priori*, un medio legítimo respecto del fin, que consiste en que la persona no esté en contacto con otras no consumidoras de drogas. Detener a la persona e incautar la droga parece responder de manera adecuada al fin de seguridad del Estado.¹³
2. *Necesidad del medio empleado o juicio de indispensabilidad.* Este sub-principio dispone que la medida que restrinja un derecho fundamental (en el caso, una lesión al derecho fundamental a la intimidad) debe ser estrictamente

¹¹ Dado el ejemplo general planteado, es dable aclarar que tanto el derecho como la regla argumentada –ambos presentes en la Constitución Nacional–, son fácilmente intercambiables; de hecho, en el desarrollo subsiguiente intercambiaremos efectivamente. Podríamos tomar el argumento del Dr. FAYT en el caso Montalvo (antes desarrollado) por el cual la persona consumidora de drogas estaría introduciendo un elemento riesgoso a la sociedad (o propagando una enfermedad). Bajo ese supuesto el conflicto estaría dado entre: *derecho a la disposición de la propiedad* enfrentado a la *garantía de seguridad* de los habitantes del Estado argentino. En ambos casos el resultado y el criterio a aplicar son iguales.

¹² La legitimidad de la ponderación depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad, así, cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones.

¹³ En los términos de Laura CLÉRICO se puede establecer una relación (CLÉRICO, 2009: 101-2).

indispensable para satisfacer el objetivo del Estado. La medida en el caso, ¿puede ser considerada la opción menos gravosa para el derecho afectado entre todas las opciones? *Prima facie*, parece que la respuesta a esta pregunta es afirmativa: una detención y posterior incautación de las drogas parece una medida absolutamente indispensable para evitar que el mal provocado por las drogas (mal que, según la CSJN en su conformación de la década de 1970, está relacionado con la subversión) se expanda por la sociedad. A su vez, ésta se presenta como una de las más leves dentro del sistema de reacciones penales y resultaría imprescindible por su levedad.

3. *Juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Se establece que la medida a aplicarse debe ser proporcionada, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular, sobre los derechos y libertades. Este sub-principio supone una valoración entre un derecho fundamental y el objetivo del Estado. En el caso, el objetivo estatal de proteger la seguridad originó un menoscabo a un derecho fundamental como es la intimidad, estableciéndose la ponderación para establecer si el beneficio obtenido por dicho objetivo justifica la intensidad con que se menoscaba (es decir, se disminuye o lesiona) el derecho antedicho. En el caso, la persecución de la seguridad de la población por parte del Estado, lesiona un derecho fundamental como es la intimidad.

Finalmente, debemos realizar una consideración en abstracto del conflicto; es decir, independientemente de la base fáctica planteada: podemos sostener así que tanto la intimidad como la seguridad tienen un peso alto en nuestra escala de valores.¹⁴ Ahora bien, si observamos la hipótesis o base fáctica planteada (el “caso concreto”) la intimidad sufre un menoscabo alto frente al deber de provisión de justicia (o, en la variante, el de seguridad). Hay una libertad (sea el derecho a la intimidad, o, en la variante, a la propiedad) que se ve menoscabada frente al ejercicio de un objetivo del Estado: la seguridad de los ciudadanos, o la provisión de justicia. Ahora bien, es en este punto en el que la punición de nuestro tenedor de drogas no cuadra, ya que menoscaba una libertad frente a un objetivo del Estado cuyo cumplimiento es incierto. La pregunta que debemos

14 En este sentido se recurre a un criterio, señalado por CLÉRICO (2009), para determinar un peso en abstracto de ambos *intereses* en conflicto. Es necesario mencionar que la existencia de *Derechos Fundamentales* preferentes unos sobre otros, equivale a una *jerarquización a priori* que si bien es útil para establecer el carácter de *fundamental* de esta posición jurídica, de ningún modo se puede pensar a ello como algo definitivo, ya que una jerarquía inmanente a los *Derechos Fundamentales* e inmutable entre los principios en conflicto eliminaría cualquier posibilidad de realizar una ponderación por tornarla inaplicable.

hacernos es ¿el menoscabo a una libertad fundamental es proporcional frente al presumible logro de un objetivo del Estado? Es en este punto es que respondemos de manera negativa a la luz del criterio aplicado.

V. Conclusión

A lo largo de este trabajo, intentamos mostrar que no existe justificación posible para la penalización de las drogas. Colateralmente corroboramos, también, aquella tesis de Alejandro Alagia que citamos en el epígrafe de este trabajo. Gabriel Bouzat, en una obra dedicada a homenajear las ideas de Carlos NINO, señala que el castigo es una herramienta necesaria para que el Derecho sea obligatorio; pero, al mismo tiempo, advierte la peligrosidad subyacente a esta idea, ya que el Estado que es quien crea, interpreta y aplica el Derecho, o sea que es quien tiene el monopolio del castigo, puede hacer abuso de él. Por tanto, pone énfasis en el sistema constitucional y en la limitación del uso de la fuerza en el Estado liberal de derecho. Vale la pena citar en este sentido a BOUZAT (2008: 142)

[...] la única alternativa al uso de la fuerza es apelar a la palabra, al diálogo y a la persuasión. Por eso, el establecimiento de procesos de decisión pacíficos no puede ser otra cosa que la institucionalización de un debate político acerca de cómo ordenar la vida social. Esto determina que el derecho no deba identificarse con el mero ejercicio de la fuerza sino con una práctica argumentativa y legitimadora en la que en distintos ámbitos institucionales –legislaturas, tribunales, etc.– se definen, se establecen, se aplican y se interpretan las normas que regulan la conducta de los individuos. Lo expuesto indica que el derecho no sólo debe ordenar el uso de la coacción estatal sino que también debe legitimarlo.

No es raro que en nuestro país encontremos este tipo de castigos injustificables. La Argentina sufrió, durante todo el siglo XX, seis dictaduras militares ultra-conservadoras. Al día de hoy, estamos por entrar en nuestra tercera década de democracia ininterrumpida y si prestamos atención a algunas cosas que han pasado veremos que, aunque en alguna época era inmoral y anormal no amar a otra persona toda la vida, durante el gobierno de Alfonsín dejó de ser así (ley de divorcio); de la misma manera que por muchos años fue inmoral y anormal amar a una persona del mismo sexo y durante el segundo gobierno del matrimonio Kirchner también dejó de ser así (ley de matrimonio igualitario). Tal vez, esta tercera década de democracia ayude a seguir eliminando los resabios de la terrible enfermedad que los argentinos padecemos por tanto tiempo. Tal vez llegue un día en donde se pueda comprender que el consumidor de drogas no es un inmoral y anormal y, además de permitirle llevar a cabo su plan de vida, el Derecho le reconozca también sus

derechos como consumidor (ley 24.240); como se los reconoce a cualquier consumidor de un producto que se encuentra dentro del mercado tolerado por el Derecho: como un derecho humano en una sociedad de consumo.¹⁵ Entre estos podríamos mencionar el derecho a la calidad del producto. Los moralistas podrían intentar refutarnos con golpes bajos como “¡entonces lo que ustedes quieren es legalizar el *paco*!”. Lo que sostenemos es todo lo contrario, la pasta base es más parecida al veneno que a la droga; de hecho, es producida a partir de los residuos remanentes de la fabricación de estupefacientes. En otros términos, es la basura que deja la producción de las drogas. Justamente, asegurar al consumidor la calidad del producto que compra y darle las vías para reclamar por un producto de mala calidad es todo lo contrario a pretender legalizar el *paco* o cualquier otra sustancia mal producida. Se trata, a nuestro entender, de proteger la salud del consumidor de drogas, además de reconocer derechos laborales a quienes trabajan en esta industria – hoy totalmente desprotegidos–. Por último, el Estado tendría la posibilidad de establecer tributos sobre estos productos para financiarse más y mejor y tener un mayor crecimiento económico, lo cual contribuiría a mejorar el bienestar de su pueblo.

Nuestra posición es que las conductas referentes a los estupefacientes que hoy son tipificadas como delitos deberían ser conductas toleradas por el Derecho, ya que no existe justificación posible del castigo. En todo caso, deberían tomarse otro tipo de medidas para evitar enfermedades como la adicción pero que no impliquen introducir a un individuo en el sistema penal como ocurre hoy. Entre estas medidas, la que más se anuncia es la educación, pero también podemos hablar de limitaciones y hasta prohibiciones de la publicidad (GELLI, 2011: I, 333). Porque pensemos que es una industria que mueve mucho capital (como toda la industria farmacéutica) y que a los empresarios tampoco les va a importar mucho ocultar los aspectos negativos del producto y resaltar –sino hasta mentir– los positivos; cosa que ocurre con productos como la aspirina por ejemplo. El debate debe ser abierto y amplio; pero el objetivo de este pequeño trabajo, consideramos, está cumplido.

Bibliografía

ALAGIA, A. (2007) “Reportaje a Alagia”. En *Vendetta*, Ediciones NBI, Buenos Aires.

15 “El derecho del consumidor es, sin duda, un vehículo social de protección general vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrado dentro del marco de lo que llamamos derechos humanos” (TAMBUSSI, 2009: 30).

- ALEXY, R. (1989) *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BAUMAN, Z. (1998) *Guardabosques convertidos en jardineros. Legisladores e intérpretes*. Buenos Aires, UNQ.
- BECKER, H. (1971) *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo.
- BOUZAT, G. (2008) “El derecho como un sistema de razones para la coacción”, en ALEGRE, M., GARGARELLA, R. y ROSENKRANTZ, C. (coords.) (2008) *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La Ley.
- CATUCCI, L. (1981) “Ley Nº 20771”, en *Lecciones y Ensayos. Segunda época 1. Temas de Derecho Penal II*. Buenos Aires, Eudeba.
- CLÉRICO, L. (2009) *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Eudeba.
- COPI, I. (2010) *Introducción a la lógica*. Buenos Aires, Eudeba.
- DURKHEIM, E. (1967) *La división del trabajo social*. Buenos Aires, Schapire.
- ESCOHOTADO, A. (1998) *Historia General de las Drogas*. Madrid, Espasa.
- FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta.
- FERRO, G. F. (2010) *Degenerados, anormales y Delinquentes*. Buenos Aires, Marea.
- FONTÁN BALESTRA, C. (1998) *Derecho penal. Parte especial* (actualizado por LEDESMA, G. A. C.). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GARLAND, D. (2001) *The culture of Control*. Chicago, The University of Chicago Press.
- GELLI, M. A. (2011) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires, La Ley.
- GOFFMAN, E. (1970) *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires, Amorrortu.
- HART, H. L. A. (1963) *El concepto de Derecho* (trad. de CARRIÓ, G.). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- HOBBES, T. (2003) *Leviatán*. Buenos Aires, Losada.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R. (2007) *El costo de los derechos*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- KELSEN, H. (2003) *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Eudeba.
- LOCKE, J. (2007) *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires, Gradifco.
- LORENZETTI, R. L. (2006) *Teoría de la decisión judicial*. Santa Fé, Rubinzal Culzoni.

STUART MILL, John (1985) *Sobre la libertad*, Orbis, Barcelona.

NINO, C. S. (1979) “¿Es la tenencia de drogas con fines reconsumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, en *La Ley*, tomo 1979-D, Buenos Aires, La Ley, p. 743.

– (2006) *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea.

RAZ, J. (1986) *The Morality of Freedom*. Oxford, Oxford University Press.

ROTHBARD, M. N. (2005) *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*. Buenos Aires, Grito Sagrado.

ROUSSEAU, J. J. (2003) *El contrato social*. Buenos Aires, Losada.

SPOLANSKY, N. E. (1987) “El Delito de tenencia de estupefacientes y las acciones privadas de los hombres”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires. 1987-I*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

STANCANELLI, P. (2007) “Lecciones de moral en Adicción al fracaso”, en *Le Monde Diplomatique, Edición Cono Sur*, número 92, Buenos Aires.

TAMBUSSI, C. E. (2009) *El consumo como derecho humano*. Buenos Aires, Universidad.

TAYLOR, I. (1977) *La nueva criminología*. Buenos Aires, Amorrortu.

ZAFFARONI, E. R. (2007) *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar.