

FILOSOFÍA Y DERECHO

15

CARLOS SANTIAGO NINO

Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires,
Miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

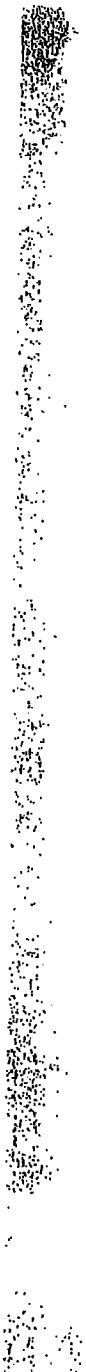
Ética
y
derechos humanos

Un ensayo de fundamentación

2ª edición ampliada y revisada



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1989



7

CAPÍTULO X

LOS LÍMITES DE LA INTERFERENCIA ESTATAL: EL PERFECCIONISMO

1. PATERNALISMO Y PERFECCIONISMO

En este capítulo voy a procurar establecer, con más precisión de lo que se hizo en el capítulo V; algunas de las implicaciones más relevantes del principio de autonomía de la persona, y de su combinación con el principio de inviolabilidad de la persona, que fue estudiado en el capítulo VI, y del de dignidad de la persona, que fue analizado en el capítulo VII.

Como se recordará, el principio de autonomía de la persona proscribía interferir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida por parte de los individuos, salvo que, tal como surge del principio de inviolabilidad de la persona reformulado en el capítulo VIII, el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa, o que, como surge del principio de dignidad de la persona, el propio individuo cuya autonomía se restringe consienta esa restricción.

También hemos visto que este principio de autonomía personal se opone al perfeccionismo, o sea la concepción según la cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Según este enfoque, el Estado no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitivas, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien. No es necesario repetir aquí los argumentos que se dieron en el capítulo V para mostrar que el per-

feccionismo es autofrustrante y que no puede ser defendido consistentemente en el marco del discurso moral, aun cuando no se sea escéptico en materia de concepciones de lo bueno y se admita que hay criterios intersubjetivos para argumentar acerca de su validez.

Pero el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente.

Algunas medidas e instituciones paternalistas parecen ampliamente justificadas: piénsese en la obligatoriedad y en el contenido de la educación primaria, en las leyes laborales, en la vacunación obligatoria, en la prohibición del duelo, en la obligatoriedad de cinturones de seguridad en automóviles, etcétera. Si el paternalismo fuera inseparable del perfeccionismo, la aceptabilidad de muchas de esas medidas socavaría la plausibilidad de una concepción de filosofía política libre de presupuestos perfeccionistas. Un paternalismo no perfeccionista estaría dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan a sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles. ¿Es ésta una justificación razonable de, por lo menos, algunas de las medidas mencionadas?

Conviene aclarar previamente que muchas instituciones y medidas que parecen paternalistas no lo son realmente, sino que tienden a proteger a terceros. Ese aspecto de protección a terceros es evidente, por ejemplo, en el caso de normas que imponen la vacunación contra enfermedades transmisibles.

Un caso que, en cambio, cae de lleno bajo el paternalismo estatal es, por supuesto, la educación de los jóvenes. La educación en una sociedad liberal debería estar exclusivamente destinada a desarrollar la autonomía personal, y, si esto fuera posible, ejemplificaría un paternalismo que no es perfeccionista por no involucrar un compromiso con ciertos planes de vida e ideales de excelencia humana. Ese objetivo justifica que se provea, entre otros, uno de los bienes más relevantes para la elección de planes de vida, que es el acceso libre al conoci-

miento y la adquisición de principios de racionalidad. Pero podría objetarse, como lo hace Vinit Haksar¹, como vimos en el capítulo V, que si este objetivo no se combinara con preferencias por ciertos planes de vida, habría que incitar a los jóvenes a que experimenten diversas formas de vida, aun las más extravagantes. La respuesta a esta objeción es que, en condiciones de inmadurez, la experimentación de algunas formas de comportamiento genera el peligro de alcanzar un punto de no retorno, por lo que, en lugar de ampliar las posibilidades de elección, las restringe al precluir formas de vida alternativas (el mismo Haksar señala que la experimentación cambia al sujeto de ella, cuando critica el "criterio subjetivo de valor"). También podría objetarse que la educación no se agota ni puede sensatamente agotarse en desarrollar la autonomía personal. Esto es cierto en cuanto, en primer lugar, la educación en una sociedad liberal requiere difundir las pautas de la moral intersubjetiva que propende también a la autonomía al proscribir interferencias con planes de vida de terceros. En segundo término, las instituciones educativas pueden servir de vehículos para transmitir los valores subjetivos de los padres —si hay suficientes alternativas para que ello sea posible—, lo que plantea el problema diferente de hasta qué punto esta imposición de valores subjetivos, no ya del Estado a los ciudadanos sino de los padres a los hijos, es compatible con la concepción liberal de la sociedad (según, p.ej., Bruce Ackerman², esa imposición debe ir declinando a medida que el chico crece y estar dirigida, además de a controlar las posibles tendencias agresivas del niño, a irle proveyendo de materiales que él podría encontrar útiles para su propia autodefinición; por lo demás Ackerman rechaza la posición de autores como Milton Friedman que al oponerse a la educación estatal, no se preocupan por la posibilidad de que los padres ejerzan una tiranía moral sobre los hijos).

Otras medidas paternalistas podrían compaginar con el principio de autonomía en la medida en que promuevan y no menoscuben la libertad de elección de formas de vida, prove-

¹ Haksar, *Liberty, Equality and Perfectionism*.

² Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, p. 139.

yendo la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco), haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio), eliminando ciertas presiones que pueden determinar que se tomen decisiones auto-dañosas (como cuando se hace punible el desafío al duelo), etcétera. En otros casos se trata de combatir una presunta *debilidad de voluntad*, o sea una actuación consciente en contra de intereses más importantes que el individuo reconoce como mucho más importantes que los deseos que conducen a esa actuación. Estos últimos casos son peligrosos, puesto que es muy difícil distinguirlos en la práctica de casos de valoraciones divergentes. Pero el riesgo se atenúa cuando se trata de intereses que suelen ser reconocidos como primordiales y los actos que se imponen no suelen ser (ellos mismos o sus consecuencias) seriamente perturbadores para la gama de planes de vida que de hecho la gente adopta.

Derek Parfit se ha apoyado en su teoría de la identidad personal que mencionamos en los capítulos VI y VIII (según la cual ésta es una propiedad de índole gradual que puede atenuarse y desaparecer aun en una misma vida) de modo de justificar algunas medidas paternalistas³ como intentos de proteger el "yo" futuro del individuo contra actos lesivos de su "yo" presente. Éste es un enfoque interesante cuya relevancia tendremos oportunidad de percibir en el próximo capítulo, cuando discutamos la disponibilidad de ciertos bienes.

Hay otro conjunto de medidas que tienen un fuerte componente paternalista, aunque en muchas ocasiones entremezclado con la protección de terceros. Me refiero a medidas destinadas a facilitar la cooperación, resolviendo problemas de coordinación, a menudo en situaciones análogas al dilema de los prisioneros que estudiamos en el capítulo II. Éstos son los casos de los sistemas compulsivos de salud, seguridad social y agremiación sindical, en que si no fuera por la imposición ex-

³ Conceptos expuestos por Parfit durante el seminario realizado en Oxford, en el Trinity Term de 1975.

terna los individuos podrían decidir aisladamente que lo más conveniente para ellos es no participar del esquema y "colarse" a los beneficios proporcionados por el aporte de otros o participar de un esquema más selectivo dejando en el general sólo a la gente menos pudiente; una vez generalizadas las decisiones de este tipo todos se perjudican (por lo que impedirlo puede ser un paternalismo legítimo) o se perjudican los menos favorecidos (con lo que impedirlo tiende a proteger legítimamente la autonomía de los menos autónomos). Un caso más puramente paternalista es el constituido por las leyes que protegen a los trabajadores en los contratos laborales, ya que son situaciones en las que el individuo no tiene más remedio que contratar en condiciones que perjudican sus intereses, puesto que sabe que si no será reemplazado, con mengua de sus posibilidades de subsistencia, por otro individuo que aceptará esas condiciones porque sabe que si no será reemplazado por otro que aceptará esas condiciones... y así sucesivamente.

Otro caso de paternalismo legítimo es, como he argüido en otro lugar⁴, el del voto obligatorio. En los sistemas en que el voto es voluntario puede darse el caso de que amplios sectores sociales no voten porque cada individuo que los integra calcula que otros individuos que tienen los mismos intereses que él de cualquier modo no irán a votar y su voto no hará diferencia para que tales intereses sean contemplados por quienes resultan electos. Como todos los de esos sectores piensan así efectivamente no votan y esto hace que los candidatos no contemplen sus intereses con lo que confirman su intención de no votar. Si en estos casos el voto se hace obligatorio, esto puede beneficiar a los compelidos al hacer que sus intereses sean tomados en cuenta. Además, esto promueve la imparcialidad y por ende, como vimos en el capítulo anterior, el valor epistemológico de la democracia. Por último, un gobierno democrático es un bien público que debe ser mantenido con la cooperación de todos sus beneficiarios.

⁴ Nino, Carlos S., *El voto obligatorio*, en "Segundo dictamen sobre la reforma constitucional", Bs. As., Consejo para la consolidación de la democracia, 1987.

Además de estas medidas paternalistas de carácter particular, hay un tipo de paternalismo genérico que debe ser considerado: hay mucha gente que tiene una fuerte preferencia por delegar en otras personas o en ciertas autoridades la regulación de importantes aspectos de su vida, incluso de aspectos tales como su actividad sexual, sus relaciones familiares, sus esparcimientos, etcétera.

Una sociedad liberal es compatible con ese paternalismo genérico siempre que se ejerza a través de *comunidades voluntarias* que actúen libremente en el seno de aquélla, es decir comunidades en las que los individuos tengan plena libertad de ingreso y egreso, con el mínimo costo posible. Esto ha sido percibido con claridad por Robert Nozick⁵, quien desarrolla lúcidamente la idea de que una sociedad liberal (aunque luego veremos que su concepción sobre ésta no coincide con la que aquí se defiende) puede servir de "un marco para la utopía", o sea puede ofrecer una estructura básica dentro de la cual grupos de individuos pueden ensayar formas de materializar sus distintas visiones de una sociedad perfecta.

Una de las causas más relevantes de tensiones sociales es el intento de muchos de imponer a los demás un modelo de sociedad que materialice su concepción de la vida buena. Esto se advierte en disputas acerca de la orientación de la educación, la regulación del matrimonio y la familia, la organización del trabajo significativo, las formas legítimas de esparcimiento o de expresión artística, las modalidades admisibles de actividad sexual, etcétera. Esas tensiones podrían reducirse si los intentos en cuestión se canalizan a través de comunidades de gente que comparten los mismos ideales.

Muchos han pensado que esas comunidades deben coincidir con los Estados, y así han tratado de justificar su intento de imponer su visión de la sociedad perfecta sobre toda la población de cierto país, basándose en que ese país debía servir de testimonio de una forma de vida que le es inherente.

Pero los Estados Nacionales no constituyen el ámbito más adecuado para ensayar modelos de vida uniformes, ya que, en

⁵ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, parte III.

primer lugar, no consisten en asociaciones voluntarias, como se han encargado de enfatizar siempre los críticos a la teoría del contrato social. La falta de voluntariedad en la pertenencia al Estado, que está dada por las dificultades para emigrar sin un costo significativo, hace que su compromiso con una determinada visión de la vida buena signifique una seria desviación del principio de autonomía de la persona. Por otro lado, los Estados modernos cuentan con recursos históricos, espirituales y materiales (lo que constituye el patrimonio de una nación) que no se puede obligar a abandonar, en beneficio de otros, a quienes optan por una modalidad de vida distinta de la endosada oficialmente.

Por eso es que el Estado sólo debería hacer de marco para que se ensayen esos modelos de vida en comunidades que se desarrollen en su seno, cuya extensión, en número de miembros, y cuya comprensividad, en cuanto a aspectos de la vida que abarquen, pueden variar considerablemente. En este sentido constituyen una experiencia interesante los *kibbutzim* que han florecido en Israel: ellos exhiben una enorme variedad en cuanto a tamaño, actividades a las que sus miembros se dedican especialmente, sistemas educativos y de relación familiar, proyección religiosa y espiritual, afiliación política, organización de la producción, integración por orígenes nacionales y características raciales, etcétera.

Así como hay personas que tienen inclinaciones individualistas y están perfectamente contentas en convivir en el clima de diversidad propio de una sociedad abierta teniendo que asumir por sí mismas la responsabilidad de usar los recursos a su disposición en la forma que mejor satisfaga su plan de vida, otras personas necesitan estar rodeadas de gente que comparta sus ideales, actitudes y tal vez prejuicios, y que comparta también la responsabilidad de buscar medios para satisfacer los objetivos comunes y que aúne sus esfuerzos y sus recursos en esa dirección.

Tales comunidades totales o parciales destinadas a concretar ideales de vida, o sólo algunos de sus aspectos, son compatibles con el principio de autonomía en la medida en que sus miembros no sean indebidamente adoctrinados y tengan plena conciencia de la existencia de otras alternativas. Esto es espe-

cialmente importante en el caso de los jóvenes: su educación en el seno de tales comunidades no debería desviarse de las pautas de la educación liberal, dirigida, como vimos, a proveer herramientas intelectuales y de moralidad social para que el joven, al llegar a la "edad de la razón", pueda definir su propio modelo de vida. Esto probablemente exija cierto control de la educación por parte de órganos externos a la comunidad en cuestión.

2. EL EJEMPLO DE LA PUNICIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

a) *INTRODUCCIÓN.* Quisiera ahora analizar más extensamente un caso en que es especialmente difícil distinguir entre interferencias basadas en argumentos perfeccionistas, paternalistas y de protección de terceros. Este ejemplo es particularmente relevante no sólo porque ha sido discutido arduamente tanto en la teoría como en la práctica jurídica⁶, sino porque, por su complejidad, constituye un test adecuado para distinguir estos argumentos. Me refiero a la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Al discutir este tema me parece relevante partir de la base de que la adicción, por lo menos a algunas drogas, puede efectivamente degradar la calidad de vida de un individuo al deteriorar varias de sus capacidades afectivas, intelectuales, laborales, etcétera.

Asimismo, ninguna discusión responsable de este tema puede dejar de tomar en cuenta los argumentos fácticos que han alegado legisladores y jueces para justificar la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Es indudablemente cierto, en primer lugar, que el consumo habitual de, por lo menos, muchas de las sustancias calificadas como estupefacientes acarrea serios trastornos físicos e incluso, eventualmente, la muerte de quien incurre en él. También es incuestionable que ese hábito puede dar lugar a graves perturbaciones psíquicas, sea por efecto directo de la droga o por efecto de la combinación entre la creciente depen-

⁶ CSJN, 29/8/86, "Bazterrica", LL, 1986-D-550.

dencia de ésta y la dificultad para satisfacer la necesidad que esa dependencia genera⁷.

Tampoco puede dudarse que el consumo de estupefacientes por parte de ciertos individuos tiene consecuencias extremadamente perniciosas para la sociedad en conjunto. En primer lugar, como se ha dicho muchas veces, el círculo inicial de drogadictos tiende naturalmente a expandirse, como en el caso de una enfermedad comunicable. L. G. Hunt⁸ ha formulado la hipótesis de que la drogadicción presenta las características de una verdadera epidemia, puesto que cada adicto introduce a otros en el vicio, los que, a su vez, introducen a otros, extendiéndose la adicción en forma contagiosa. En segundo término, el consumo de drogas aparece asociado con la comisión de algunos delitos, principalmente delitos contra la propiedad⁹.

⁷ Uno de los tantos testimonios personales de la tremenda miseria psíquica a que puede conducir el abuso de estupefacientes lo proveen estas patéticas palabras de Thomas de Quincey en sus *Confesiones de un opiómano inglés*, (tr. M. L. Cassó, Bs. As., 1978, p. 68-69): "el opiómano no pierde nada de su sensibilidad moral o de sus aspiraciones; desea y quiere con más ardor que nunca la realización de lo que cree posible, de lo que siente como una exigencia del deber, pero su percepción intelectual de lo posible sobrepasa infinitamente su capacidad, no sólo de ejecución, sino incluso de propósito y voluntad... Se halla a la vista de todo lo que le gustaría ejecutar... pero es tan impotente como un niño y no puede siquiera hacer un esfuerzo para moverse... Los cambios en mis sueños estaban acompañados por una ansiedad profunda y por una fiebre melancólica, totalmente incommunicable por medio de palabras. Me parecía bajar todas las noches, no metafóricamente, sino de un modo literal, a precipicios y abismos insondables, de una profundidad inaccesible, de los que parecía imposible volver a salir... Y aun al despertar, no tenía la sensación de haber salido. En esto no me extendo, pues el estado de desolación que seguía a esos terribles espectáculos, que terminaban en una oscuridad atroz, en una desesperación suicida, no puede expresarse con palabras".

Algunos de estos efectos nocivos del consumo de estupefacientes pueden ser rápidamente confirmados, en forma menos literaria y más objetiva, consultando los resultados de ciertas investigaciones. Por ejemplo, un estudio hecho en Puerto Rico, con el patrocinio del Instituto de Investigaciones en Defensa Social de las Naciones Unidas (ver *Investigating Drug Abuse*, Roma, Unsdri, 1976, p. 35), determinó que el consumo de drogas había provocado, en el período 1962-1973, 89 muertes por suicidio y 51 muertes por accidente.

⁸ Hunt, L. G., *Heroin Epidemics. A Quantitative Study of Current Empirical Data*, 1973.

⁹ Ver Unsdri, *Investigating Drug Abuse*, p. 45.

También el consumo de drogas se presenta vinculado a situaciones de desempleo¹⁰, aunque aquí se debe ser cauteloso al establecer la dirección de la relación causal.

En la apreciación de los efectos sociales nocivos del consumo de drogas se debe también tomar en cuenta la incidencia que la prohibición misma del tráfico de estupefacientes tiene en la generación de tales efectos. Por ejemplo, es indudable que el consumo de estupefacientes alimenta un tipo de delincuencia organizada con ramificaciones internacionales, que está asociada con hechos de violencia, corrupción y una amplia gama de otras actividades ilícitas; este tipo de delincuencia aprovecha la oportunidad para explotar cualquier actividad lucrativa que esté legalmente proscripta en cierto ámbito, como fue el caso de la fabricación y venta de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de los años 20, y lo es ahora en relación al juego clandestino, la prostitución, el tráfico de armas, etcétera.

Es posible que la percepción de los daños individuales y sociales que el consumo de estupefacientes genera no sea la única razón por la cual él es valorado negativamente por la moralidad media. Aun frente a un caso hipotético en que, por las características de la droga consumida o por las condiciones en que se la consume, estuviéramos relativamente seguros de que el drogadicto no está expuesto a daños físicos serios o a perturbaciones psíquicas desagradables para él, y que su adicción no tiene consecuencias nocivas para otra gente o para la sociedad en conjunto, de cualquier modo su hábito de consumir drogas sería considerado disvalioso y reprochable por la opinión moral prevaleciente en el medio social. Se juzga a la drogadicción, independientemente de sus efectos nocivos, como un hábito degradante que manifiesta un carácter moral defectuoso. No es fácil articular la justificación de esta reacción moral, pero ella está posiblemente asociada a un ideal de excelencia personal que forma parte de nuestra cultura occidental, y que exalta, por un lado, la preservación de nuestra capacidad de adoptar y llevar a cabo decisiones, en contraste con una autoinhibición en tal sentido, y que enaltece, por otro

¹⁰ Unserl, *Investigating Drug Abuse*, p. 47.

lado, la adquisición de experiencias "reales" a través de nuestras propias acciones, en contraste con el goce de experiencias "artificiales" que no se corresponden con nuestra actuación en el mundo. Robert Nozick¹¹ hace explícitos algunos de los aspectos de este ideal de excelencia humana al mostrar lo insatisfactorio que nos resultaría la alternativa imaginaria de pasar toda nuestra vida conectados a una fantástica máquina de experiencias que pudiéramos programar a voluntad de tanto en tanto, proveyéndonos la sensación de vivir la vida que consideramos más satisfactoria. Preferimos tener una vida menos agradable pero que sea "nuestra" vida, o sea el resultado de nuestra actuación en contacto con la realidad. Los estupefacientes pueden ser vistos como un sustituto rudimentario de esa "máquina de experiencias".

Estas consideraciones muestran que hay, al menos, tres argumentos independientes para intentar justificar la punición legal del consumo de drogas o de la tenencia que tiene como fin exclusivo y que es materialmente necesaria para ese consumo personal:

1) El argumento perfeccionista, que sostiene, como vimos en el capítulo V, que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica constituye, independientemente de toda consideración acerca de los daños físicos y psíquicos, individuales y sociales que ese hábito genera, una razón suficiente para que el derecho interfiera en ese consumo, induciendo a los hombres a adoptar modelos de conducta digna.

2) El argumento paternalista, que afirma que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de estupefacientes, con el fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos que se autoinfligirían si se convirtieran en adictos.

3) El argumento de la defensa social, que alega que la punición del consumo de drogas (o de la tenencia con fines de consumo) está justificada en tanto y en cuanto se dirige a proteger a otros individuos que no son drogadictos, y a la sociedad

¹¹ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 42 y siguientes.

en conjunto, contra las consecuencias nocivas que se generan por el hecho de que algunos miembros de la sociedad consuman estupefacientes.

En lo que sigue voy a tratar de evaluar, sucesivamente, cada uno de estos tres argumentos.

b) *EL ARGUMENTO PERFECCIONISTA.* El argumento perfeccionista es muy pocas veces expuesto explícitamente como justificación del castigo de la tenencia de drogas con fines de consumo. Pero las connotaciones emotivas y morales de las expresiones que utilizan los que propugnan tal castigo (el hecho, p.ej., de explotar la ambigüedad de la palabra "vicio") dejan dudas de que la autodegradación moral del drogadicto no es indiferente para la postura en cuestión. En algunos casos, la ligereza con que se hace referencia a los daños emergentes de la drogadicción da pie para suponer que la consideración de esos daños, si bien importantes, no es decisiva para los que piensan que el consumo de drogas debe ser interferido legalmente.

A pesar de la timidez con que se suele introducir este argumento en las discusiones sobre el tema, el perfeccionismo no carece de razones en su apoyo. ¿Por qué no habría de ser la sola inmoralidad de un acto justificativo suficiente para proscribirlo legalmente? ¿Cuál es la razón última de intentar prevenir los delitos tradicionales si no es que el causar daños y sufrimientos es inmoral? ¿No es acaso un objetivo legítimo del orden jurídico el promover formas de vida más puras y caracteres morales virtuosos?

La respuesta obvia que los defensores de una concepción liberal de la sociedad están dispuestos a dar a la última pregunta es que el señalado no es, efectivamente, un objetivo legítimo del sistema jurídico, puesto que él está en pugna con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencia de otra gente y de los órganos estatales. El punto de vista liberal implica sostener que a los efectos de la justificación de regulaciones y medidas públicas, el bien de una persona está dado por la satisfacción de los fines que ella misma se propone y no de ciertos fines postulados como válidos independientemente de la elección de los individuos; rechaza el modelo de una organización social globalizadora que abarca to-

dos los aspectos de la vida de un individuo y en la cual las preferencias de cierta gente respecto de cómo deberían desarrollarse las vidas ajenas, prevalecen sobre las de los titulares de esas vidas.

Pero las dos primeras preguntas del perfeccionista necesitan una respuesta más elaborada por parte de los que sustentan una concepción liberal de la sociedad. A menos que adoptemos el principio moral utilitarista, según el cual la drogadicción, como cualquier otra conducta, no es en sí misma moralmente disvaliosa si se prescinde del sufrimiento u otras consecuencias perjudiciales que ella puede generar, no resulta clara la diferencia entre este caso y otros en los que la inmoralidad del acto es, en última instancia, la razón para proscribirlo legalmente. Creo, como lo expuse en el capítulo V, que el único camino que tiene abierto un liberal no utilitarista para presentar su posición en forma consistente e inteligible consiste en distinguir dos dimensiones de cualquier sistema moral. Una de ellas está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás proscribiendo aquellas acciones que perjudican el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promueven los intereses ajenos. La otra dimensión está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud personal y que permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros. Una acción puede ser moralmente incorrecta de acuerdo con el primer tipo de reglas, pero no ser autodegradante según cierto ideal de virtud personal (como en el caso de quien daña a otro involuntariamente); y una conducta puede incidir negativamente en la valoración de la personalidad del agente sin infringir ninguna prohibición referida al bienestar ajeno (como el profesar ideas supersticiosas).

El punto de vista liberal no conduce a sostener que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que profesamos no deben ser, según este punto de vista, homologados e impuestos por el

Estado, sino quedar librados a la elección de los individuos y en todo caso ser materia de discusión y persuasión en el contexto social. Ésta es la libertad fundamental consagrada por el principio de autonomía de la persona y que los sistemas sociales totalitarios desconocen. La violación de muchos de los otros derechos individuales —como la libertad de culto, de opinión, de trabajo, de asociación— afecta en última instancia al derecho de cada individuo a elegir su propio plan de vida y a adecuarse al modelo de virtud personal que, equivocadamente o no, considera válido, en tanto no interfiera el ejercicio de un derecho igual por parte de los demás. El reconocimiento de esta libertad fundamental está posiblemente asociado con una concepción de la persona humana como un ser capaz de elegir sus propios fines, y, como dije antes, con una concepción del bien personal que está basada en la satisfacción de los fines individuales libremente elegidos.

Esta libertad básica que deriva del principio de autonomía es la que está consagrada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 cuando dicen: "la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás... La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad".

Una de las pocas constituciones modernas que consagran *explícitamente* este derecho es la argentina de 1853, cuando en la primera parte de su art. 19 dispone: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

Esta norma sufre cierta trivialización cuando se la interpreta como si meramente consagrara un derecho a la intimidad, o sea un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de intromisiones por parte de terceros. En realidad este último derecho no surge del art. 19 sino que está *presupuesto* por el art. 18 de la Constitución argentina, cuando consagra la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados. El énfasis del principio adoptado por el art. 19 no está puesto en la privacidad de las acciones; él no está dirigido a proscribir interferencias con la conducta de los individuos que se realiza en la intimidad. Cuando el ar-

tículo en cuestión habla de "acciones privadas de los hombres", esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que "ofenden la moral pública". El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada, y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que, según dije, está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio art. 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva.

El argumento perfeccionista a favor de castigar la tenencia de estupefacientes con el fin exclusivo de consumo personal está descalificado por el principio liberal de autonomía de la persona, tal como vimos en el capítulo V. Esto no implica, obviamente, que el envilecerse y degradarse no deba ser condenado en contextos no jurídicos: sólo significa que, como decía el penalista Francesco Carrara¹², las funciones de un legislador que no degenera en tiránico, no deben confundirse con las de un moralista; tal legislador debe poder decir a los súbditos, en palabras de ese autor: "Sed viciosos si os place, tanto peor para vosotros, yo no tengo derecho a infligiros penas por ello".

c) *EL ARGUMENTO PATERNALISTA.* Este argumento requiere una evaluación más compleja a la luz de los principios básicos de nuestro sistema jurídico. Según este argumento, el objetivo de castigar la tenencia de drogas para el consumo personal no es inducir a los hombres a adoptar modos de vida decentes sino proteger a potenciales drogadictos contra los daños físicos y el sufrimiento psíquico que padecerían si adoptaran el hábito. No se trata aquí de imponer ciertos ideales de excelencia

¹² Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1973, vol. VI, 8, p. 13.

humana sino de preservar la salud física y mental de los individuos, desalentando decisiones de ellos mismos que la ponen en peligro. Los hombres pueden jurídicamente, según esta posición, adoptar cualquier plan de vida o profesar cualquier modelo de virtud personal, siempre y cuando ello no les conduzca a autodañarse (y, por supuesto, a dañar a terceros).

Como vimos en la sección anterior, en todo sistema jurídico hay una cantidad de disposiciones que son paternalistas, ya que tienden a proteger los intereses realmente sustentados por los individuos contra su propia voluntad.

En principio, como dijimos antes, no se ve cómo estas leyes paternalistas pueden ser cuestionadas desde la perspectiva de una concepción liberal de la sociedad. Son los intereses de los propios individuos afectados los que estas leyes protegen; ellas no pretenden inculcar aquellos intereses que, se supone, un hombre virtuoso debería tener.

Sin embargo, algunos prominentes pensadores liberales han objetado también este tipo de legislación; entre ellos, el que se ha pronunciado con más contundencia ha sido John Stuart Mill. Su posición está condensada en párrafos como éste¹³.

"Tan pronto algún aspecto de la conducta de una persona perjudica los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella, y la cuestión de si el bienestar general será o no promovido en el caso de interferir ella pasa a estar abierta a discusión. Pero no hay lugar para plantearse tal cuestión cuando la conducta de una persona no afecta los intereses de nadie aparte de los de ella misma, o no los afectaría a menos que los terceros lo quisieran (siendo todas las personas involucradas de edad plena y con un grado ordinario de entendimiento). En todos los casos de esta clase debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias".

En este alegato en pro de la libertad para realizar acciones "autorreferentes", Mill no distingue entre las acciones que degradan moralmente y las que lesionan física o mentalmente al propio agente (los pocos ejemplos que da pertenecen a ambas clases), y, en consecuencia, su ataque se dirige indiscriminadamente tanto contra el perfeccionismo como contra el paterna-

¹³ Mill, *On Liberty*, cap. III, p. 92-93.

lismo. Sin embargo, sus argumentos tienen un carácter distinto cuando se enfrentan con una y otra de estas posiciones. El perfeccionismo está excluido *a priori* por el principio utilitarista básico que Mill adopta: dice para formularlo con una terminología moderna que una acción es inmoral y no debe ser realizada si y sólo si sus consecuencias implican más frustración que satisfacción de los intereses y deseos del mayor número de gente. Por lo tanto, en cuanto el alegato de Mill está dirigido contra la interferencia social y jurídica con actos que no frustran los intereses de nadie, incluido el propio agente, ese alegato constituye meramente una reafirmación del principio moral utilitarista. Esto introduce cierta dificultad para evaluar los argumentos que ofrece Mill en apoyo de ese alegato, porque como esos argumentos son en parte utilitaristas y en parte se basan en el valor intrínseco de la autonomía de la persona, resulta extraño que, por un lado, el principio utilitarista sea defendido con argumentos que lo presuponen, y, por el otro, que ese principio sea defendido sobre la base del valor independiente de la libertad; no obstante que él es concebido como el principio moral último.

Esto hace pensar que, quizás, el principal blanco de ataque que Mill tiene en cuenta en *On Liberty* no sea el perfeccionismo sino el paternalismo. Que una conducta que frustra los intereses del propio agente puede ser, en principio, inmoral, no sólo no violenta el principio utilitarista, sino que incluso parece estar implicada por él, puesto que en la apreciación de si las consecuencias de una acción son más perjudiciales que beneficiosas para el mayor número de gente, hay que computar, obviamente, los intereses del propio agente. Siendo esto así, podría pensarse que Mill intenta mostrar que, a pesar de que los actos autolesivos atentan contra el principio utilitarista, la interferencia social y jurídica en tales actos afecta en más alto grado ese principio, puesto que son mayores los daños que esa interferencia genera que los que el agente puede causarse a sí mismo. Pero creo que no puede concluirse que el alegato de Mill se reduce a defender esa proposición. En primer lugar, como dice Gerald Dworkin¹⁴, la idea de que la interferencia en

¹⁴ Dworkin, Gerald, *Paternalism*, en Wasserstrom, R., ed., "Morality and the Law", Belmont, Cal., 1971, p. 117.

actos autolesivos es siempre más perjudicial que beneficiosa, es tan obviamente falsa que no es plausible suponer que Mill basara en ella todo su alegato en favor de la libertad para realizar tales actos. En segundo lugar, Mill no parece admitir siquiera que este tipo de actos contravengan el principio de utilidad. Pienso que el núcleo del alegato de Mill consiste, en cambio, en defender una interpretación "subjetiva" de los intereses cuya frustración proscriba la ética utilitarista, en contra de una posible interpretación "objetiva" de tales intereses, que conduce a atribuirse los a los individuos independientemente de que ellos los reconozcan o no (estas concepciones alternativas han sido discutidas en los capítulos IV y V).

Esto permite detectar cuál es la objeción principal que algunos partidarios de la concepción liberal de la sociedad levantan en contra de la legislación paternalista. En la medida en que tal legislación está dirigida a proteger intereses que sus propios titulares no perciben ni reconocen, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo, puesto que los bienes protegidos no están en función de los fines libremente asumidos por los individuos, sino en función de los fines que, se supone, los individuos necesariamente tienen, los reconozcan o no.

El rechazo del perfeccionismo implica que la noción del daño debe definirse en relación con los deseos genuinos de cada individuo y con la posibilidad de satisfacer el plan de vida elegido por él. Hay bienes que pareciera que todo individuo racional reconoce, puesto que ellos son necesarios para cualquier otro fin que él elija perseguir; entre ellos se encuentran la salud y la preservación de la capacidad de elegir, dos bienes seriamente afectados por la drogadicción. Pero aun en relación con estos bienes se presentan casos en que ellos son desplazados por otros intereses de los individuos: los seguidores de una secta religiosa no aceptan las transfusiones de sangre, y, en algunas ocasiones, un hombre puede considerar que sus intereses más importantes son promovidos si elige ahora algo que implica precluir la posibilidad de futuras elecciones.

Pero este desarrollo muestra que, como vimos en la sección anterior, hay un tipo de paternalismo que debe ser aceptable para la concepción liberal de la sociedad, pues no se confunde con el perfeccionismo: el paternalismo dirigido a proteger

los intereses reales de los individuos (o sea los intereses que sus titulares genuinamente reconocen como tales) contra actos de ellos mismos que podrían afectarlos. El castigo de la tenencia de drogas con fines de consumo personal puede estar dirigido a proteger a aquella gente que valora efectivamente su salud física y mental por sobre cualquier otro interés que podría buscar satisfacer a través del consumo de drogas, pero que, no obstante, está expuesta a la tentación de experimentar con estupefacientes e incurrir, subsecuentemente, en un hábito compulsivo.

Este objetivo paternalista parece inobjetable. Sin embargo, se presenta el problema de si puede darse la situación que lo haría operativo. Sócrates y Platón, a diferencia de Aristóteles, negaron en el plano moral la posibilidad del fenómeno denominado "debilidad de voluntad" (*akrasia*). Según ellos, y algunos filósofos modernos como R. M. Hare¹⁵, si una persona reconoce lo que debe hacer y no está incapacitada física o psicológicamente para hacerlo, entonces necesariamente lo hace. La misma tesis podría extenderse al plano prudencial: si alguien tiene cierto interés predominante y reconoce que debe ejecutar determinada acción para promoverlo (o no frustrarlo) y no está incapacitado para hacerlo, entonces necesariamente la realiza; en caso contrario, habría que inferir que el interés en cuestión no era genuino o no era el interés predominante del individuo.

Si esta tesis fuera cierta, no habría lugar para el tipo de política paternalista que estamos considerando. Las alternativas que se presentarían en ese caso serían las siguientes: a) que el individuo que se autolesiona, por ejemplo, consumiendo drogas, no valore su salud física o mental por encima de los intereses que pretende satisfacer a través de esa acción; en este caso compelerlo a abstenerse implicaría adoptar la actitud perfeccionista de imponerle cierto valor personal, haciendo caso

¹⁵ Hare, *Freedom and Reason*, cap. V, p. 67-68. La parte relevante del desarrollo de Platón se encuentra en el *Protagoras*, tr. W.K.C. Guthrie, Harmondsworth, 1956, 351b, 358 d. La posición de Aristóteles está expuesta en *The Nichomachean Ethics*, tr. D. Ross, 1925, VII, cap. 1-3. Ver un amplio tratamiento del tema en Mortimore, G. D., comp., *Weakness of the Will*, London, 1971.

omiso de sus preferencias genuinas; b) que el individuo en cuestión valore su salud física y mental, pero no posea un conocimiento adecuado de los efectos nocivos de su conducta en relación con esos bienes; en este caso sería absurdo recurrir a la compulsión, puesto que, salvo en casos de peligro inminente, la forma apropiada de subsanar deficiencias en el conocimiento de la gente consiste en difundir información y proveer elementos de juicio que puedan ser libremente apreciados por sus destinatarios; c) que el individuo valore los bienes que serían afectados si incurriera en la conducta en cuestión y conozca los efectos dañinos de tal conducta, pero esté física o psicológicamente incapacitado para abstenerse de ella (esto, obviamente, se da en la situación de los que ya son drogadictos): en este caso la compulsión no es efectiva y hay que recurrir a procedimientos curativos.

Sin embargo, parece razonable admitir que, en algunos casos, el fenómeno de la "debilidad de voluntad" juega un papel relevante, y que los filósofos que lo rechazan *a priori* lo hacen porque han adoptado un concepto de aceptación de un principio moral o prudencial tan fuerte que sólo permite afirmar que alguien acepta un tal principio cuando actúa de conformidad con él. Uno de los casos en que este fenómeno se percibe con más claridad es en el ejemplo que comenta Gerald Dworkin¹⁶. Uno puede valorar grandemente su vida e integridad corporal y saber que el uso de cinturones de seguridad en los automóviles disminuye considerablemente el peligro para esos bienes, puede valorar como insignificante la molestia de abrocharse el cinturón cada vez que va a manejar, y puede no estar, en ningún sentido obvio, física o psicológicamente incapacitado para hacerlo; sin embargo, aun en presencia de todas estas condiciones, mucha gente omite adoptar esa precaución. Una posible explicación de este hecho curioso es, como dice el autor mencionado, que lo que uno percibe intelectualmente como el curso de acción correcto no siempre consigue asumirlo emocionalmente de modo de disponerse a actuar.

¹⁶ Dworkin, Gerald, *Paternalism*, en Wasserstrom, R., comp., "Morality and the Law".

En estos casos es bastante claro que la amenaza de una pena puede servir para fortalecer la voluntad del sujeto imprudente. El individuo que, a pesar de querer preservar su vida y de saber que el uso de cinturones de seguridad reduce considerablemente el riesgo de muerte, no logra compenetrarse lo suficiente con la realidad del peligro a que se expone como para incurrir en la molestia de abrocharse el cinturón, puede determinarse a hacerlo por la perspectiva más inmediata y cierta de una sanción. Es posible, incluso, que el mismo individuo considere conveniente, en su propio caso, que el uso del cinturón sea compulsivo puesto que ello lo hace menos proclive al olvido y le permite eludir mejor ciertas reacciones sociales frente a su excesiva precaución. (Este último factor no es insignificante en el caso del duelo: el individuo que rechaza un desafío no estando prohibido el duelo tiene más dificultades para preservar su honor que cuando puede estudiarse detrás de la prohibición legal.)

La existencia de estos casos de "debilidad de voluntad" justifica sin duda una injerencia paternalista cuando es razonable suponer que la conducta autolesiva tiene a ese factor como origen en la mayoría de las situaciones; y esto ocurre, sobre todo, cuando la conducta prudente representa un costo ínfimo para gran parte de los individuos. Pero es ilustrativo comparar el caso de los cinturones de seguridad con el del consumo de tabaco. Dando por probado que el fumar acorta la expectativa de la vida de los individuos y asumiendo que para la mayoría de la gente el fumar no es una experiencia tan extraordinariamente gratificante como para justificar incurrir en el hábito y exponerse en consecuencia a ese riesgo, alguna gente podría considerar apropiado que la voluntad del que se ve tentado a probar los primeros cigarrillos (no obstante saber los riesgos en que incurre y querer evitarlos) se ve fortalecida por la amenaza de una cierta sanción (sobre todo si la sanción es lo suficientemente moderada como para que el que quiera intensamente, a pesar de todo, incurrir en el hábito, lo pueda hacer asumiendo el costo adicional que se le impone). En ese caso se supone que el costo de la abstención es relativamente pequeño; pero esto no es así en el caso de los que ya son fumadores habituales y están expuestos a sufrimientos más serios, que a veces

implican una verdadera incapacidad psicológica, si se los compeliere a abandonar el hábito. En relación con esta última situación ya no estamos tan dispuestos a favorecer una injerencia paternalista por vía de sanciones, porque los individuos pueden preferir —aunque parezca irrazonable— ver disminuida su expectativa de vida a padecer las consecuencias de la abstinencia. Pero ¿cómo distinguir un tipo de caso de otro a los efectos de la amenaza penal? Sería absurdo que se eximiera de pena a todo aquel que diga que valora más la experiencia de fumar y el verse libre de las perturbaciones psicológicas que sufriría de abandonar el hábito, que el aumentar su expectativa de vida.

Me temo que los inconvenientes que acabo de mencionar en relación con el consumo de cigarrillos se dan, en forma todavía más acentuada, también en el caso del consumo de drogas. También aquí una injerencia paternalista por medio de penas al consumo estaría justificada si pudiéramos aislar los casos de "debilidad de voluntad" de los casos de una valoración diferente de los bienes involucrados —en que el paternalismo se convierte en perfeccionismo—; de desconocimiento de los efectos perniciosos de los estupefacientes —en que lo apropiado no es recurrir a penas sino a medidas educativas e informativas—; y de incapacidad física y psicológica, que en este caso es mucho más frecuente y grave que en el del hábito de fumar tabaco y reclama medidas paternalistas de índole curativa. Pero no hay ninguna forma practicable de aislar el primer tipo de caso de estos últimos. Si se castiga la tenencia de drogas con fines de consumo, tanto el castigo efectivo como la compulsión implícita en la amenaza de pena se proyectan sobre todos los casos mencionados (cabe advertir que la posibilidad de una valoración diferente por parte de algunos individuos, y, en consecuencia, la posibilidad de incurrir en una actitud perfeccionista hacia ellos, es aquí algo más común que en el caso del consumo de tabaco). Podría eximirse de pena a quien se encuentra afectado por una incapacidad física o psicológica para abstenerse del consumo de drogas —aunque aun en este caso se presenta la dificultad de que la distinción entre esa incapacidad y la mera "debilidad de voluntad" es demasiado tenue como para aplicarse en la práctica—, pero no podría hacerse lo propio, sin afectar la eficacia de la ley penal, respecto de quienes aleguen

que valoran en forma diferente los bienes involucrados o que desconocen los efectos lesivos de la droga¹⁷.

Es importante tener en cuenta que el hecho de que haya un tipo de política paternalista que es compatible con el principio de autonomía de la persona permite justificar otras medidas contra el consumo de drogas que podrían, de otro modo, aparecer violatorias de ese principio. La circunstancia de que haya individuos que incurrir en el consumo de drogas por inmadurez, compulsión, desconocimiento o debilidad de voluntad justifica que se haga difícil el acceso a las drogas, castigando severamente el tráfico y suministro, y que se encaren medidas para rehabilitar a los drogadictos. Cuanto más arduo sea el acceso a los estupefacientes, más oportunidades habrá para que los individuos tomen conciencia de sus efectos nocivos y para que reflexionen si valoran tan intensamente lo que persiguen a través de las drogas como para exponerse a deteriorar radicalmente otros bienes personales. Por otra parte, el recurso a medidas de rehabilitación no parece objetable sobre la base de que ellas implican imponer cierto modo de vida haciendo caso omiso de las preferencias de los individuos, puesto que es razonable suponer que ellas sólo son efectivas en los casos que se acaba de mencionar y no en las raras situaciones en que el individuo sustenta libre y conscientemente una valoración diferente de los bienes involucrados.

d) *EL ARGUMENTO DE LA DEFENSA SOCIAL.* El argumento más común y persuasivo en favor de sancionar penalmente la tenencia de drogas con fines de consumo es el que está fundado en la defensa social. Dadas las consecuencias extremadamente perniciosas que para la vida social tiene el consumo de estupefacientes por parte de ciertos individuos, no parece que pueda

¹⁷ Creo que esta imposibilidad de discriminar, a los fines penales, entre diferentes casos de consumo de drogas, es lo que genera los agudos problemas que enfrentan los tribunales norteamericanos para hacer compatible la decisión de la Suprema Corte federal en el caso "Robinson California" (370 US 660-668-1962), de que el castigo de la drogadicción viola la Enmienda Octava de la Constitución por representar una pena "cruel e inusual", con la punición de la conducta de poseer drogas (tales problemas son exhaustivamente analizados en el caso "United States v. Moore", -486 F. 2nd, 1139, DC-Cir., 1973).

cuestionarse la represión de la tenencia con fines de uso personal, ya que en este caso la acción del individuo trasciende los límites de la libertad consagrada por el principio de autonomía, para afectar derechos de terceros. Estaríamos frente a acciones que ofenden la moral pública y no meramente un cierto ideal de excelencia personal. Este argumento parece tan obvio que toda consideración perfeccionista o paternalista se presenta como superflua e irrelevante.

Sin embargo, conviene hacer aquí una pausa y examinar un presupuesto que presidió la discusión de las dos secciones anteriores. Allí hemos asumido que puede trazarse una línea tajante entre las acciones que son meramente autodegradantes o autolesivas y las acciones que afectan al bienestar de terceros. ¿Es esto realmente así? Mill tiene algo que decir al respecto¹⁸.

"La distinción aquí señalada entre la parte de la vida de una persona que sólo concierne a ella misma y la parte que concierne a otros, será rechazada por muchos. ¿Cómo (podría preguntarse) puede alguna parte de la vida de un miembro de la sociedad ser indiferente a otros miembros? Nadie es un ser completamente aislado; es imposible para una persona hacer algo que sea grave y permanentemente perjudicial para ella misma sin que el mal se extienda al menos a la gente más cercana a ella, y a veces aun mucho más lejos. Si un individuo daña su propiedad, perjudica a quienes, directa o indirectamente, derivan su manutención de ella y usualmente disminuye, en un grado mayor o menor, los recursos generales de la sociedad. Si deteriora sus facultades corporales, no solamente hace desgraciados a aquellos cuya felicidad depende en parte de él, sino que se descalifica para prestar los servicios que debe a sus prójimos; quizá se convierta incluso en una carga para su afecto y benevolencia; y si tal conducta se hiciera frecuente, difícilmente otro delito que pueda cometer restaría más a la suma general del bien. Finalmente, si por sus vicios y locuras una persona no hiciera directamente daño a otras, ella sería de cualquier modo (podría decirse) perniciosa por su ejemplo; y debe ser compelida a autocontrolarse en aras de aquellos a quienes la visión o el conocimiento de su conducta podría corromper o perturbar... Admito plenamente que el mal que una persona se hace a sí misma puede afectar seriamente, tanto a través de sus simpatías como de sus intereses, a aquellos estrechamente conectados con ella, y, en menor medida, a la sociedad en conjunto".

¹⁸ Mill, *On Liberty*, cap. IV, p. 98-99.

Apreciamos la gravedad de la cuestión que aquí se plantea. Difícilmente pueda pensarse en una conducta de un individuo que no pueda llegar a afectar, más o menos seriamente, los intereses de otros. Este es el caso, obviamente, del consumo de bebidas alcohólicas y también del hábito de fumar (teniendo en cuenta que el acortamiento de la vida del fumador habitual puede afectar a sus dependientes y disminuir su contribución a la sociedad). Lo mismo ocurre, menos obviamente, con el manejo no muy cuidadoso del propio patrimonio y con el entusiasmo intenso por alguna actividad no lucrativa o "socialmente útil" (como la de jugar al ajedrez). Ciertas lecturas o amistades pueden inducir al individuo a adoptar ideas que se traduzcan en comportamientos peligrosos. La elección de una determinada carrera puede ser disfuncional para la sociedad. La práctica de deportes peligrosos puede sentar un ejemplo que induzca a otros a arriesgar también sus vidas de esa forma. El contraer matrimonio con cierta persona puede tener consecuencias biológicas, económicas, etc., que pueden llegar a afectar los intereses de terceros.

Frente a esta realidad, alguien podría afirmar que la distinción entre acciones "privadas" y acciones que ofenden la moral pública (por perjudicar a terceros) es insostenible: todas las acciones pueden tener consecuencias intersubjetivas. Esto significaría que toda conducta estaría sujeta, en principio, a ser escudriñada, evaluando si sus consecuencias son favorables o perjudiciales al bien común.

Una posible alternativa a esta conclusión inquietante consiste en recordar lo que se sostuvo en el capítulo VI, en el sentido de que la noción de derechos individuales incluye, como dicen Ronald Dworkin¹⁹ y Nozick²⁰, la idea de establecer un límite o "restricciones laterales" a la persecución de objetivos sociales colectivos. Esto significa que cuando el interés de un individuo está protegido por un derecho, él no debe ser arrojado a la bolsa común de los deseos y preferencias de todos los miembros de la sociedad, para hacer un cálculo global de bene-

¹⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 90 y siguientes.

²⁰ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 28 y siguientes.

ficios y perjuicios, sino puesto en balance con el bienestar general de la sociedad, teniendo en cuenta que no siempre los intereses de los más cuentan más. De este modo, los derechos individuales no deben, si es que se los reconoce seriamente como tales, ser considerados meros ítems a tomar en cuenta en la estimación del bien común, sino valorados independientemente de éste y contrastados con él para sopesar su fuerza relativa. La estipulación de derechos individuales resguarda a ciertos intereses, que pueden ser minoritarios, contra la posibilidad de que sean avasallados cada vez que se demuestre que la mayoría de la sociedad se vería beneficiada si esos intereses fueran frustrados. Como se dijo antes, si el bien común fuera el criterio último y exclusivo para la justificación de cualquier medida pública, no tendría sentido limitar de antemano la acción legislativa estableciendo derechos individuales; bastaría con prescribir al legislador que promueva el bienestar colectivo (que es, en definitiva, el bienestar de la mayoría de la población) y con establecer controles políticos y judiciales para verificar la satisfacción de ese objetivo. Por esta razón se podría sostener que la proposición de que una conducta cae fuera del ámbito de la libertad personal cada vez que ella tiene consecuencias más perjudiciales que beneficiosas para la sociedad en conjunto, implica interpretar que del principio de autonomía de la persona no surge un derecho genuino a realizar cualquier conducta que no sea lesiva para terceros. Esto supondría desconocer el principio de inviolabilidad de la persona.

Sin embargo, esta línea de argumentación se enfrenta en este caso con una seria dificultad conceptual. El derecho que estamos considerando, como acabamos de ver, se distingue de otros —como la libertad de opinión, de culto y de asociación— por el hecho de estar definido en relación a la falta de perjuicio para terceros de la conducta que es objeto de tal derecho. De este modo, no parece ser cierto que este derecho en particular constituya una restricción o umbral a la persecución del bienestar general; tan pronto los intereses de terceros se ven afectados, este derecho quedaría excluido por definición (esto permite poner en duda que la característica apuntada forme parte del concepto de derecho individual; parece, más bien, que el limitar la persecución del bienestar general en aras de la protección

de ciertos intereses individuales constituye sólo una de las razones —tal vez la más importante— para establecer derechos que restringen la acción de los órganos representativos).

¿Cómo justificar, entonces, el juicio de que hay ciertas conductas genéricas que están amparadas por este derecho básico que está reconocido, como se dijo, por ejemplo, en el art. 19 de la Constitución argentina? Creo que si examinamos con algún cuidado los ejemplos mencionados de acciones que son generalmente reconocidas como casos centrales de "acciones privadas", no obstante su posible nocividad para terceros, estaríamos en condiciones de formular una caracterización operativa de este derecho que permita hacer compatible la protección de aquellas conductas —como la de dedicarse a una cierta carrera, deporte o actividad artística— con la exigencia de falta de perjuicio para terceros.

Una característica que los ejemplos mencionados presentan es que la conducta de que se trata es, presumiblemente, valorada por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido. Ésta parece ser una condición relevante para la configuración de este derecho. Si la actividad en cuestión fuera trivial o poco significativa para el propio agente, bastaría con que se demostrase que ella está asociada de algún modo, aunque sea remoto, con un perjuicio a terceros para que la interferencia en ella esté justificada.

Otra característica de los ejemplos aludidos es que el perjuicio para tercero, que se mencionó como posible consecuencia de las respectivas acciones (p.ej., la propagación imitativa de la práctica de un deporte peligroso) no es, en realidad, imputable a tales acciones, de acuerdo con una interpretación más o menos estricta de los criterios corrientes de adscripción de causalidad. Por ejemplo, la atribución de un resultado causal a una cierta acción queda en general excluida cuando entre ésta y el resultado interviene otra acción voluntaria, sea de un tercero, de la "víctima" o del propio agente (caso en el cual, el resultado será, obviamente, efecto causal de la segunda acción)²¹. Cuando la acción que se toma en cuenta conduce a

²¹ Ver este punto en Hart - Honoré, *Causation in the Law*, p. 38 y ss.; Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 127, menciona un posible principio mo-

una cierta omisión (como la omisión de contribuir a la productividad colectiva), debe advertirse que los criterios generalmente aceptados de atribución de efectos causales no permiten imputar tales efectos a una omisión si no hay una expectativa relativamente fuerte de actuación positiva (ver este punto en el capítulo VIII). Cuando la conducta que se juzga coloca al agente en un estado del que pueden surgir daños para terceros, deben apreciarse la proximidad y probabilidad de esos daños en relación con la acción inicial. Estas consideraciones permiten sugerir que el derecho que estamos considerando sólo queda excluido cuando la conducta en cuestión genera causalmente un perjuicio a terceros y no cuando es meramente un antecedente necesario de ese perjuicio.

También debe destacarse que algunos de los perjuicios que pueden adscribirse a acciones como las mencionadas antes no constituyen un daño a intereses legítimos de terceros. En especial, no es computable el perjuicio que resulta de la frustración de preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar. Esta condición deriva del mismo fundamento de este derecho, que, como vimos, consiste en dar primacía a las preferencias del agente acerca de su modo de vida sobre las preferencias que los demás tienen acerca de cómo él tendría que vivir. Si tales preferencias "externas"²² de los demás fueran en sí mismas relevantes, y si su frustración contara como un daño a terceros, este derecho básico que surge del principio de autonomía sería vacío, y por lo tanto se frustraría el principio de inviolabilidad.

La determinación de estas condiciones es, en parte, una cuestión de grado, y cuando es dudoso hasta qué punto alguna de ellas está satisfecha, debe tenerse en cuenta en qué medida lo están las restantes. Si, por ejemplo, un cierto efecto dañoso asociado con la acción cuya legitimidad se cuestiona es relativamente remoto y es discutible que podamos adscribirlo causalmente a tal acción, debemos tomar en cuenta cuán intensamen-

ral que coincidiría con este criterio: "Un acto no es incorrecto y no puede por lo tanto ser prohibido si no resulta dañoso, a menos que se adopte una ulterior decisión de hacer algo malo".

²² Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 234.

te el sujeto valora a tal acción como parte importante del plan de vida por él elegido.

Estas consideraciones nos permiten proponer una caracterización provisoria del derecho básico al que estamos haciendo alusión: *una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros; no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar.* Esta caracterización es considerablemente vaga, pero aun así hace posible encarar con cierta soltura casos como el de la punición de la tenencia de drogas.

Si asumimos que, por aberrante y torpe que parezca, hay alguna gente que conscientemente hace del consumo de estupefacientes una parte importante de su modo de vida, y si excluimos de los perjuicios para terceros el malestar natural que produce en nosotros esta práctica abominable, la pregunta que debemos plantearnos es si la conducta de consumir drogas (o de tenerlas con fines de consumo) suele generar causalmente serios perjuicios para intereses legítimos de terceros. El hecho establecido de que el fenómeno del consumo de drogas por un número considerable de individuos provoca graves perturbaciones para la sociedad en conjunto, ¿implica necesariamente que la mayoría de los actos individuales de consumir drogas causa perjuicios para terceros tan definidos y serios como para precluir posibles preferencias intensas del agente por un modo de vida que incluye ese consumo? Para contestar esta pregunta crucial consideremos algunos de los daños sociales que la drogadicción genera.

a) El primero y más notorio de esos perjuicios es el contagio de los que no son drogadictos, gracias a la tendencia de los que lo son a introducir a otros en el vicio. Aquí se presentan dos situaciones distintas:

La primera se da cuando la nueva víctima del vicio incurre en él en forma involuntaria (en un sentido amplio que incluye la incapacidad), sea que haya sido inducida directamente a hacerlo por el agente, sea que se haya dejado guiar por su ejem-

plo. En esta situación hay, o bien una acción voluntaria del drogadicto que es ulterior y distinta de la de consumir droga (el proporcionar a otro la droga o el inducirlo a que la pruebe), o bien la acción de consumir droga se ejecuta en condiciones particulares (p.ej., en público) que favorecen el comportamiento imitativo. En ninguno de estos casos se puede adscribir causalmente la propagación de la drogadicción al mero consumo de la droga por parte del agente: en un caso es la ulterior acción voluntaria de ese agente (o sea la de suministrar la droga o la de inducir a probarla) la que tiene ese efecto causal, y en el otro es el consumo de la droga en ciertas condiciones específicas (p.ej., en público) el que genera el comportamiento imitativo.

La segunda situación se da cuando la nueva víctima del vicio ha resuelto voluntariamente aceptar la droga ofrecida o imitar al drogadicto. En este caso, a la acción voluntaria ulterior del drogadicto o a su consumo de la droga en condiciones particulares, se le agrega la acción voluntaria de la propia "víctima", lo que hace todavía más inapropiado adscribir al mero consumo de la droga (o a la tenencia de ésta con fines de consumo) por parte del primer individuo, el efecto causal constituido por la adicción en que incurre el segundo individuo.

b) Otro tipo de perjuicio social que la drogadicción genera está dado por la vinculación entre ésta y la comisión de acciones delictivas de distinta índole. También aquí conviene distinguir entre dos situaciones diferentes:

La primera de ellas está constituida por aquellos casos en que el individuo no actúa bajo los efectos de los estupefacientes, sino que actúa con plena conciencia y control de sus actos; por ejemplo, cuando estando perfectamente sobrio asalta una farmacia para apoderarse de drogas. Si, como suponemos, la acción delictiva del sujeto fue voluntaria, sus efectos perjudiciales deben adscribirse a ella y no trasladarse a una acción anterior de consumir drogas o de poseerlas con fines de consumo.

La segunda situación se da cuando un individuo comete un delito bajo los efectos de la droga. En este caso, que es análogo al que se suele discutir en relación con la ebriedad, el resultado perjudicial puede, efectivamente, adscribirse al consumo de drogas —si es que éste es condición suficiente de aquel

resultado en las condiciones normales del contexto, y el sujeto puede ser responsabilizado, de acuerdo con la doctrina de la *actio libera in causa*, por la producción del resultado, siempre y cuando se haya drogado para provocarlo o lo haya hecho sabiendo o debiendo saber que lo provocaría. Creo que no se puede afirmar razonablemente que la mayoría de los actos individuales de consumir estupefacientes constituyen una condición suficiente, en circunstancias normales, para que el agente cometa un delito distinto. Como en el caso en que se induce un comportamiento imitativo, es el consumo de drogas en ciertas circunstancias específicas el que tiene ese efecto causal perjudicial para los intereses de terceros.

c) Otra clase de daños sociales asociados con el consumo de drogas está constituida por la incapacitación del adicto para contribuir con su trabajo y esfuerzo al bienestar de los demás. En este caso lo que se atribuye al adicto es una omisión que está causalmente determinada por el consumo de drogas. Pero para adscribir, a su vez, a esa omisión ciertos efectos causales nocivos debe haber, como se dijo en el capítulo VIII, una expectativa social de comportamiento activo jurídicamente reconocida. En una sociedad liberal no se espera de cada individuo que contribuya a incrementar el producto nacional. Si la indolencia determinada por el consumo de drogas fuera un factor decisivo para reprimir tal consumo, también habría que reprimir a quien es indolente por cualquier otra causa, a quien se dedica a una actividad no productiva, etcétera. Por cierto que los individuos tienen el deber de contribuir a la subsistencia y bienestar de sus dependientes inmediatos, por lo que su omisión de hacerlo es causa de las privaciones que ellos puedan, consecuentemente, padecer; el sujeto puede, naturalmente, ser responsabilizado por esa omisión —y no por el consumo de drogas que la determinó— aun cuando haya que recurrir a la doctrina de la *actio libera in causa* para tratar los casos de incapacitación voluntaria.

Hay, por supuesto, otros daños sociales que están vinculados al consumo de drogas. Pero los mencionados son, según me parece, los más importantes, y su consideración muestra que debe tenerse cuidado en pasar de la afirmación legítima de que el fenómeno del consumo de drogas tiene consecuencias

gravemente perniciosas para la sociedad (en gran parte, por efecto acumulativo de los daños que los drogadictos se autoinfligen), a la afirmación de que la mayoría de los actos individuales de consumir drogas tienen efectos nocivos para terceros. Cuando nos referimos a actos particulares que afectan los intereses de otros, debemos recurrir a una descripción más precisa de tales actos, de la que podemos prescindir cuando hablamos de fenómenos globales. De este modo, advertimos que no son los meros actos de consumir drogas los que perjudican o ponen en peligro los intereses ajenos, sino o bien tales actos cuando se ejecutan en condiciones particulares (como en público o en circunstancias tales que el sujeto tiende a delinquir), o bien otros actos asociados con el consumo de estupefacientes pero que se pueden distinguir claramente de esta última conducta (y de la conducta de tener drogas para el propio consumo). En ambos casos los actos nocivos son perfectamente individualizables a los efectos de ser desalentados mediante la amenaza de pena, y esto se puede —y se debe— hacer sin necesidad de proyectar la represión sobre una clase más vasta de actos que incluye a los actos anteriores o que están más o menos conectados con ellos.

Como he sostenido en otro lugar²³, hay un principio de prudencia racional en la persecución del objetivo de protección social, que prescribe no reprimir una clase genérica de actos cuando lo que se quiere desalentar es una subclase más específica que puede ser identificada (p.ej., no se debe incriminar la tenencia de armas si lo que se busca prevenir es la tenencia de armas de fuego). El derecho debe ser un instrumento lo suficientemente preciso como para que sus normas represivas alcancen sólo a aquellas conductas que se pretende prevenir mediante ellas. El argumento que muchas veces se avanza en el sentido de que resulta difícil detectar algunos de los actos nocivos que el drogadicto es proclive a cometer, por lo que es necesario dirigir la represión hacia la conducta más fácilmente verificable de la tenencia de drogas, implica, como se ha alegado frecuentemente, crear una presunción de autoría; tanto daría

²³ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV.

presumir que todo aquel que no puede justificar el origen legítimo de una cosa que tiene en su poder, la ha hurtado. El argumento de que no se reprime el consumo de drogas sino la tenencia con fines de consumo no es convincente, no sólo porque el hecho de que, salvo en casos peculiares, el consumo requiera la tenencia hace que la represión de ésta sea una forma indirecta de reprimir aquél, sino también porque, si admitimos que no se pretende prevenir el mero consumo de estupefacientes, no podemos intentar prevenir la conducta que es inequívocamente un acto preparatorio de tal consumo (esto es tanto como reprimir, no la práctica de ciertas religiones, sino la tenencia de los libros de oraciones que son necesarios para tal práctica). Si aceptamos que el solo acto de consumir drogas no es necesariamente perjudicial para terceros (sino que los que son perniciosos son otros actos o bien más específicos que él o bien asociados con él), menos lo será la conducta que está exclusivamente dirigida a hacer ese acto posible. Cuando se dice que hay otros casos en que el derecho castiga la tenencia de objetos peligrosos —como las armas de guerra o los instrumentos de falsificación de moneda— no se advierte que la tenencia de esos objetos está más inequívocamente conectada con la persecución de objetivos ilícitos que lo que lo está la tenencia de una pequeña dosis de droga apropiada para el consumo personal (asumiendo, como este argumento lo hace, que ese consumo personal no es en sí mismo ilícito).

e) *CONCLUSIÓN.* Creo, en consecuencia, que una adecuada articulación de las implicaciones del principio de autonomía de la persona permite sostener que los argumentos perfeccionista, paternalista y de la defensa social no justifican concluyentemente la represión de la tenencia de drogas con el fin exclusivo de consumo personal. Tales argumentos no son, en absoluto, irrazonables, y es muy torpe suponer que la mera adhesión a ellos —sobre todo a los dos últimos— implica, por sí misma, una profesión de fe autoritaria.

Sin embargo, cada uno de los argumentos que hemos discutido plantea sucesivamente dificultades adicionales que exigen ir precisando el alcance del derecho básico que deriva del principio de autonomía. Mientras el argumento perfeccionista puede ser objetado por desconocer directamente aquel dere-

cho, el argumento paternalista sólo lo es en cuanto la protección de los intereses genuinos de los individuos difícilmente puede llevarse a cabo en este caso sin imponer, indirectamente, intereses que no son reconocidos por sus supuestos titulares; por su parte, el rechazo del argumento de la defensa social requiere mostrar, adicionalmente, que ella puede ejercerse, sin mengua del derecho aludido, acotando con cierto rigor los actos que generan los perjuicios sociales que se busca legítimamente prevenir.

Como es fácil advertir, el problema que debe preocuparnos no es principalmente el de si es admisible que se castigue a unos cuantos individuos que son hallados con cierta cantidad de drogas para su consumo personal (la mayoría de nosotros estamos tentados a tolerar ese castigo como un mal menor ante la opresiva realidad de la propagación de la drogadicción), sino el problema de si ese castigo puede ser justificado sin desnaturalizar el reconocimiento de un ámbito infranqueable de libertad personal, que está plasmado en el principio de autonomía de la persona. Por las consideraciones expuestas, me temo que la respuesta es negativa y que la justificación del castigo de la tenencia de drogas para el propio consumo puede, por razones de coherencia lógica, conducir a justificar otras interferencias en la vida de la gente que han sido tradicionalmente consideradas proscriptas en el marco de una sociedad liberal. Un buen test de la firmeza de nuestra actitud de adhesión al principio de autonomía consiste en verificar si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por aberrantes o estúpidas.

CAPÍTULO XI

LOS LÍMITES DE LA INTERFERENCIA ESTATAL: EL CASO DE LA PENA DE MUERTE

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo me propongo discutir otro tipo de limitación a la interferencia estatal de los individuos.

En el capítulo III se sostuvo que uno de los elementos distintivos del derecho y uno de los medios a través de los cuales éste cumple sus funciones de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación es la *coacción*. En el capítulo IX, se dijo que la existencia de un orden jurídico apoyado en la coacción se justifica sólo en tanto y en cuanto él sea necesario y eficiente para preservar derechos individuales básicos, sin que sus operaciones dirigidas a tal fin menoscaben a su vez tales derechos. En el capítulo VIII se indicaron diferentes vías para preservar derechos sin violar otros derechos, la principal de las cuales consiste en mantener una distribución igualitaria de la autonomía garantizada por ciertos derechos básicos. Otra vía es la de tomar en cuenta el consentimiento de los supuestos afectados. En el capítulo VII se había ya analizado la relevancia moral del consentimiento y se había hecho una referencia sucinta a cómo él interviene para legitimar, en ciertas condiciones muy estrictas, el caso central de coacción estatal: el que está constituido por la imposición de *penas*.

Aquí me propongo profundizar las consecuencias que tienen para la justificación de la pena los principios de moralidad social que he defendido. Ello lo haré a través del examen de un caso límite de pena: el de la pena capital. Este caso consti-