

EL DERECHO Y LA MORAL: INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE DAÑO EN LA
CRIMINALIZACIÓN DEL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES

Por Ignacio Mahiques

I.- Introducción

Mucho se ha escrito y discutido sobre la relación entre derecho y moral, particularmente la cuestión de hasta qué punto puede el Estado, en su carácter de fuente de producción de las normas jurídicas, establecer prohibiciones y sanciones para regular aspectos que son juzgados como inmorales según una creencia generalizada en un contexto social determinado, pero que no se traducen en una afectación concreta sobre los derechos de un individuo particular o de la colectividad en general.

El debate discurre por numerosos temas que atañen a la convivencia entre las personas que integran los distintos grupos sociales y que han generado y generan aún gran polémica, precisamente en torno a la posición que debe asumir la autoridad pública al respecto.

Mientras que un sector objeta cualquier tipo de intervención estatal en la medida en que las prácticas cuestionadas no generan daño a los intereses de terceros, el otro exige respuestas represivas concretas al observarlas como socialmente disvaliosas, susceptibles de perturbar la paz y hasta capaces de desintegrar a la sociedad.

En esta larga lista de “inmoralidades” se han inscripto, por ejemplo, la prostitución, la homosexualidad, la pornografía, la vagancia y el consumo de sustancias estupefacientes ilegales, entre muchas otras; pero claro que resulta imposible pretender realizar una enumeración concluyente o taxativa, en tanto la valoración de las conductas es dinámica y difiere según el momento y lugar en que se formule.

Tal es así que muchos de esos capítulos, han perdido, recobrado y vuelto a perder vigencia durante el curso de la historia. Es decir, las sociedades han reaccionado de diferente forma una y otra vez, tolerando y reprimiendo esas prácticas.

En palabras de Nietzsche, “lo que una época considera malo suele ser el residuo anacrónico de lo que en otro tiempo pasaba por ser bueno: la herencia de un ideal anterior”.

En la actualidad, a través de la progresiva consagración de los principios de la ilustración en el moderno Estado constitucional de derecho, se presenta un escenario de mayor tolerancia, en comparación, no ya con la época medieval y del Antiguo Régimen, sino con las más recientes ideas del positivismo criminológico que se impusieron a finales del siglo XIX y que desembocaron en la instauración de los modelos europeos totalitarios.

Sin embargo, la discusión sobre uno de esos temas, concretamente la conducta de quien en su intimidad tiene estupefacientes para su propio consumo, mantiene absoluta vigencia en tanto aún forma parte del catálogo de acciones calificadas como delictivas.

En estas condiciones, al tratarse de un capítulo más de la disputa entre quienes justifican la intervención estatal por cuestiones exclusivamente morales y quienes rechazan cualquier injerencia frente a conductas que no se revelan lesivas o peligrosas para terceros, la propuesta del presente trabajo es desarrollar un análisis, desde una óptica general y particular sucesivamente, a partir de las argumentaciones que se dan en ambos sentidos.

II.- La relación entre moral y derecho

a) El "principio de daño" de John Stuart Mill

Uno de los temas clásicos que ha sido abordado desde la perspectiva de las relaciones entre el derecho y la moral es el de la posibilidad –y en su caso justificación– de la imposición de normas morales por medio del derecho. Esto es, se trata de determinar si la mera inmoralidad de un acto es, o no, razón suficiente para justificar que el derecho interfiera con su realización.

El punto de partida debe encararse a partir del ensayo "Sobre la Libertad" de John Stuart Mill, donde el pensador inglés analiza las relaciones entre derecho y moral a partir de la enunciación de "un principio muy sencillo que debe gobernar absolutamente la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que suponga imposición o control".

En este sentido, sostiene: "Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. *Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros.* Su propio bien, físico o moral, no es justificación

suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de hacerlo, porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirle o suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro”.

En ese sentido, agrega que: “La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los otros. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.

De esta manera, la utilidad consiste, entre otras cuestiones, en señalar una frontera infranqueable para los poderes públicos y para los poderes privados: la que concierne al cuerpo de las personas y a los actos humanos que no trasciendan hacia la esfera jurídica o moral de los demás. Esa frontera es la que señala, en un primer momento, hasta dónde pueden llegar las reglas del derecho o de la ética.

Se deduce entonces que lo único que justifica que el Estado, a través de las normas jurídicas, coarte o interfiera en la libertad de los individuos, es impedir que éstos efectúen o realicen un daño a terceros. Es decir, el daño a terceros es lo único que a juicio de Mill está justificado para que el Estado interfiriera.

Por otra parte, el pensador inglés analiza la libertad "social o civil" haciendo especial referencia a "la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo".

A partir de allí se observa que Mill, en la formulación del principio de daño, estaba preocupado por dos cosas: por un lado, por una intervención o interferencia exagerada que, en términos jurídicos, pudiera tener el Estado respecto de los individuos; y, por otro, por una interferencia exagerada no del Estado sino de la opinión mayoritaria, dado que el peso de la opinión pública podía interferir en la autonomía o libertad de las personas que no compartieran las convicciones de esa mayoría.

Sobre esto último, sostiene que las convicciones morales de una mayoría, que suelen ejercer una presión mayor que las normas jurídicas, no son una justificación para que el Estado, a través de las normas jurídicas, apoye esas convicciones generalizadas; es decir, del hecho de que una mayoría acepte determinadas pautas de comportamiento no se sigue que ellas sean normas morales justificadas, sino que por el contrario generalmente se tratan de prejuicios.

Allí radica el rechazo de lo que en la doctrina se denomina moralismo legal, esto es que la norma jurídica debería reforzar jurídicamente las convicciones morales que una mayoría tiene en una sociedad.

Otro punto interesante de sus reflexiones se observa en aquello de que no es una justificación suficiente para interferir en la libertad del individuo la circunstancia de que signifique un bien para él, o que lo vaya a hacer más feliz –típicos casos de paternalismo–.

b) *La comisión Wolfenden como disparador del debate entre Lord Devlin y Herbert Hart*

En el ámbito jurídico filosófico, la polémica acerca de la imposición de la moral mediante el derecho tuvo su mayor desarrollo en la década de los años sesenta a partir del debate en torno a la conveniencia, o no, de despenalizar los comportamientos homosexuales y la prostitución.

Según señala Jorge Malem, en el año 1957, la comisión Wolfenden, que había sido creada en Inglaterra para discutir aquellos temas, dictaminó que era oportuno desreglar ambas conductas argumentando que no eran de incumbencia del Estado las actividades privadas realizadas entre adultos consentidas y referidas únicamente a ellas.

Para la comisión Wolfenden, la “función del derecho penal es la de preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de lo que sea ofensivo o dañino, y proveer suficiente resguardo frente a la explotación y corrupción de otros, especialmente de aquéllos que son particularmente vulnerables, ya sea porque son jóvenes, débiles de cuerpo y mente, o inexpertos”, y agregan que “no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni intentar exponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que

hemos bosquejado.... Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho”.

Con esta recomendación, consagrando el principio de daño, el comité de Wolfenden decía que, a menos que el derecho se encamine deliberadamente a equiparar la esfera del delito con la esfera del pecado, las prácticas sexuales entre adultos consentidas y que no dañen a un tercero, no son asunto del derecho.

Las recomendaciones del informe produjeron un considerable debate público, incluido un famoso intercambio de puntos de vista en publicaciones entre Lord Devlin, un destacado juez británico que dio conferencias y publicó libros en contra de las bases filosóficas del informe, y Herbert Hart un experto en jurisprudencia que estaba a favor de la tesis del informe.

Lord Devlin, que en un principio aceptaba las ideas de John Stuart Mill, tomó conciencia de que tales conclusiones resultaban totalmente inaceptables. Su desazón provenía de la constatación de que todos los sistemas jurídicos imponen una determinada moral a través del derecho penal, como un medio que tiene la sociedad de defenderse de los ataques que pueden destruirla.

En efecto, según Devlin, el derecho penal no es sino un derecho moralizado; y en muchos delitos, su única función consistiría en aplicar nada más que un principio de naturaleza moral. Es que, de acuerdo a su concepción, un delito no sólo es un ataque a un individuo determinado, es también un agravio a la comunidad en su conjunto.

La defensa de este tipo de moralismo legal por parte de Devlin se basa en la premisa de que la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad; y que, al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad. De hecho, la sociedad es definida por Devlin como “una comunidad de ideas, y no sólo de ideas políticas, sino también de ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas; pues bien: estas últimas ideas constituyen su moral. Toda sociedad tiene una estructura moral, además de la política; o más bien... la estructura de toda sociedad se compone de una política y de una moral”.

Pero se basa también en una segunda premisa, y es que toda sociedad tiene el derecho a defender su integridad, tanto frente a ataques internos como externos. Y así como la rebelión afecta la integridad del cuerpo político, la inmoralidad afecta la integridad del

cuerpo social. Si la moralidad compartida constituye el cemento de la comunidad, la inmoralidad tiende a desintegrarla. Bien es cierto, en opinión de Devlin, que no todo acto subversivo ni cualquier acto de inmoralidad amenaza la existencia de la sociedad, pero tanto las actividades subversivas como las inmorales son, por su propia naturaleza, capaces de amenazar la existencia de la sociedad.

En el pensamiento de Devlin, tal como lo describe Malem, la sociedad tiene el derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa de su integridad; y debe, por lo tanto, imponer a través de las normas penales el núcleo moral básico de la sociedad. Si se reconoce la inexistencia de límites de la potestad estatal para luchar contra la subversión, se debe también reconocer que no es posible restringir la actividad punitiva del Estado para luchar contra la inmoralidad.

En cuanto a las clasificaciones que tradicionalmente se realizan en torno a moral pública y moral privada, dice Devlin que no cabe formular una distinción en tal sentido, dado que, en todo caso, únicamente cabría hablar de inmoralidades cometidas en público y en privado. Y dado que Devlin supone una determinada moralidad media, si se quiere conservar esa sociedad, se ha de impedir que se cambie esa moral. De ahí su rechazo a distinguir entre pecado y delito, entre el derecho divino y el secular y entre el derecho y la ley moral.

En consecuencia, la impresión que queda es que para Devlin las sociedades están estructuradas y que a partir de esa estructura sólida adquieren su identidad por fundamentos morales y religiosos que precisamente le brindan su identidad. Si se derrumban o se intentan despenalizar comportamientos que la sociedad entiende como parte estructural de sí misma, lo que se está cometiendo es una subversión de los valores. El Estado tiene los medios para impedir esa desintegración social, a través de las normas jurídicas.

En una posición abiertamente contraria se encuentra el consecuencialista Herbert Hart, quien al formular sus objeciones pretendió sentar las bases de un derecho penal que se fundamente en criterios liberales, atendiendo en primer término al principio del daño.

Según Hart, y en esto siguiendo en parte la defensa de los puntos de vista de Mill acerca de la justificación moral del castigo, "se debe demostrar que la conducta punible

es, o bien directamente perjudicial, o lo es con los individuos o su libertad, o bien pone en peligro el interés colectivo, el cuál es mantenido por los miembros de la sociedad para su organización o defensa. Según este punto de vista, el mantenimiento de un código moral dado no es, como tal, el objetivo del derecho penal de cualquier institución coercitiva. Esto es algo de lo que se deberían ocupar otros organismos: la educación, la religión o la libre discusión entre los adultos". En este sentido, Hart, al igual que Mill, pareciera aceptar el principio de daño.

En opinión de Hart, las tesis de Devlin son equivocadas por varias razones. En primer lugar, porque Devlin confundiría las leyes con fundamentos paternalistas que prohíben ciertos actos con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen física o psíquicamente a sí mismas, con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad.

Asimismo, Devlin no ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal (la sanción penal siempre es un mal que se inflige al condenado), cuando en realidad se pueden lograr los mismos fines con otros métodos no dañinos como la educación, la asistencia social, etcétera. Exigir la conformidad de la conducta de terceros mediante el miedo a la sanción legal está más relacionado con los tabúes que con la moral. Tampoco ofrece alguna prueba empírica de que la modificación de los hábitos morales cause o haya conducido a la desintegración de la sociedad.

De allí que en su pensamiento está la idea de que las sociedades no se destruyen, cambian al ritmo de minorías críticas que generalmente son los que al principio padecen pero luego producen cambios que la sociedad acepta.

Por otro lado, se observa con claridad que un punto importante de su análisis es la distinción entre moral positiva y moral crítica: la primera es como el derecho positivo, de lo cual no puede deducirse si las normas son buenas o malas moralmente hablando; la segunda permite criticar, justificar o mostrar de qué manera no están justificadas esas convicciones que forman parte de la moral positiva (ética normativa).

Entonces, cuando Devlin alega que deben mantenerse determinadas convicciones porque de lo contrario la sociedad se destruiría, se está refiriendo a convicciones de la moral positiva y no a una moralidad justificada; ello, según Hart, es

inaceptable dado que el derecho sólo puede albergar cuestiones de moral crítica y no positiva.

Sostiene Hart que si es verdad que “el derecho sigue normalmente a la moral”, no se podría confundir con ella y los “modelos jurídicos” que se dan en una sociedad no son ideales éticos. El derecho es “un término medio” entre las dos posiciones extremas que buscan su criterio distintivo o bien en la ley o bien en la moralidad.

Por lo tanto, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no puede interferir en esa elección o adopción, sino que debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente.

c) La posición de los pensadores liberales contemporáneos

De la misma idea de Hart participa el jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien sostiene que el derecho, según la tesis según la cual no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, no reproduce ni tiene la misión de reproducir los dictámenes de la moral o de cualquier otro sistema meta-jurídico –divino, natural o racional– de valores éticos-políticos, sino que es sólo el producto de convenciones legales no determinadas ontológica ni tampoco axiológicamente. La misma teoría, formulada en sentido inverso, expresa la autonomía de la moral respecto al derecho positivo o a cualquier otro tipo de prescripciones heterónomas y su consiguiente concepción individualista y relativista: los preceptos y los juicios morales, con arreglo a esta concepción, no se basan en el derecho ni en otros sistemas de normas positivas –religiosas, sociales o de cualquier otro modo objetivas–, sino sólo en la autonomía de la conciencia individual. Estas dos tesis constituyen una adquisición básica de la cultura liberal. Y reflejan el proceso de secularización, culminando al inicio de la Edad Moderna, tanto del derecho como de la moral, desvinculándose ambos en tanto que esferas distintas y separadas de cualquier nexo con supuestas ontologías de los valores.

En ese sentido, Ferrajoli continúa afirmando que, en sentido axiológico, la separación entre derecho y moral es un principio *político* del liberalismo moderno –meta-jurídico y meta-moral– que sirve para fundamentar la autonomía recíproca de las dos esferas. El derecho y el estado –con arreglo a esta opción laica y liberal– no sólo no

poseen ni encarnan valores meramente en tanto que tales, sino que tampoco deben tener fines morales desvinculados del interés de las personas y menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta a favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y su seguridad. En esta formulación la autonomía del derecho respecto a la moral es un producto del *utilitarismo jurídico* ilustrado; y tiene el valor de un principio normativo meta-jurídico, como tal ni verdadero ni falso, que enuncia un “deber ser” del derecho y del estado a los que impone la *carga de la justificación* respecto a finalidades utilitarias externas a ellos. De un modo más preciso, este principio exige que la inmoralidad pueda ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del estado en la vida de los ciudadanos.

En el campo del derecho penal esta doctrina se ha expresado históricamente en un principio axiológico relativo a la concepción del delito o a los problemas de justificación de la *legislación*, según el cual el derecho penal no tiene la misión de imponer o de reforzar la (o una determinada) moral, sino sólo la de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros. Para que se deba prohibir una acción no es por tanto suficiente, sino todo lo más necesario, que sea considerada inmoral o en cualquier otro sentido reprobable, pudiéndose pretender que *no* se la prohíba si de ningún modo se la considera inmoral o en algún sentido reprobable. Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto *bienes jurídicos ajenos*, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros.

Así se ha expresado también Carlos Nino, para quien “de la inmoralidad de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución... Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente”.

De otro lado, resulta interesante mencionar las críticas que realiza Raúl Zaffaroni a la clase de ideas defendidas por Devlin, al decir que “para esta versión etizante la esencia del delito no fincaría tanto en el daño que sufren los bienes jurídicos, como en el debilitamiento de los valores ético-sociales (la conciencia jurídica de la población), de lo cual lo primero sería sólo un indicio. Esto tiene el inconveniente de que se remite a una lesión que no es posible medir y, al independizar cada vez más la lesión de bienes jurídicos de la lesión ética, se abre la puerta para la negación del principio de lesividad”.

Por último, es ilustrativo mencionar las ideas de Robert Nozick, otro pensador que se ha pronunciado sobre esta cuestión. Así, en su obra *Anarquía, Estado y utopía* (que parte de la idea de John Locke), traza la senda correcta de la lógica del pensador liberal opuesto al poder del conjunto. Cada institución, cada prohibición, cada sanción, cada poder atribuido a una agencia requiere pasar por el filtro de un análisis moral que parte desde lo básico (¿qué puede hacer legítimamente una persona respecto de la otra?), hacia lo general (¿qué pueden hacer válidamente un grupo de personas sobre otra?). Nada que a un individuo le esté vedado hacer a otro, podrá hacérselo un grupo de personas, porque los poderes del conjunto no son más que la suma y delegación de los poderes individuales.

En definitiva, las personas son libres de diseñar su propia vida de acuerdo a sus propias ideas y decisiones. Nadie, y mucho menos el Estado, puede interferir en la vida ajena. El principio de no injerencia es absoluto; su único límite está dado por sí mismo: no se puede afectar a terceros porque ello significaría una injerencia prohibida por el principio.

Esta concepción libertaria consagra a la autonomía individual como un principio válido por sí mismo, que constituye un valor supremo al que deben someterse todas las demás consideraciones éticas y necesidades políticas. Las acciones e instituciones se fundamentan moralmente en la medida en que respeten esa autonomía personal. Éste es, en otras palabras, el barómetro para medir la moralidad institucional.

A partir de esta noción de la persona y su libertad, pueden construirse los argumentos para oponerse, en cada dilema concreto, a las amenazas colectivistas, fundamentalistas o simplemente autoritarias, que circulan cada día con mayor sofisticación y aceptación en el seno social.

De esta manera, no se puede hacer excepciones del tipo “hay ciertas extravagancias que no pueden ser admitidas” o “evitemos que las personas se dañen a sí

mismas”, ya que justamente para esas situaciones rige el principio de la libertad. Sería absurdo consagrar la libertad para garantizar la tolerancia entre iguales, ya que, por ser iguales, es difícil imaginar situaciones de intolerancia. Quienes piensan o actúan igual o pertenecen al mismo “grupo de afinidad” (por ser de la misma raza, color, etnia, religión, idea política, etc.) suelen tolerarse entre sí. El principio de no injerencia o de libertad es necesario justamente para regir las relaciones entre quienes son y deciden diferente. Por eso el principio debe ser absoluto.

III.- La discusión aplicada al consumo de estupefacientes

El punto de partida del análisis, sobre el cual no se admiten mayores discusiones, es que los usos y consumos de drogas en los ámbitos urbanos engloban una realidad social compleja, caracterizada por diferentes dimensiones: cultural, antropológica, moral, farmacológica, sanitaria, jurídica y económica.

En este sentido, más allá de que muchos usuarios nunca pasan la barrera de ser meros experimentadores, los estupefacientes, sobre todo las sustancias con mayor potencialidad lesiva, son susceptibles de afectar la salud individual de aquellas personas que se ven comprometidas por su abuso y adicción y, por vía transitiva, de generar serios perjuicios en sus ámbitos familiares y sociales.

Para hacer frente a tal conflictiva, las agencias políticas entendieron que lo apropiado era implementar un régimen de prohibición absoluta de toda actividad relacionada con la producción, comercialización y consumo de estupefacientes; esto último, por cuanto para combatir el tráfico era necesario partir del usuario, involucrándolo en esta actividad, sancionando directa o indirectamente el consumo de drogas.

El consumidor, constituido en el actor central dentro del diseño de estas políticas, fue encarnado por estereotipos asistenciales y criminales que lo llevaron de la enfermedad a la delincuencia y viceversa, sin que pudiera distinguirse si se trataba de un delincuente o de un enfermo.

Según la percepción de los que sustentan la prohibición de la tenencia para propio consumo, la realidad en esta materia está caracterizada por cuatro elementos: a) la relación necesaria entre consumo de droga y dependencia (y la evolución necesaria desde la dependencia de las drogas blandas a las drogas duras); b) la pertenencia de los toxicómanos a una subcultura que no comparte el sentido de la realidad propio de la mayoría de los

“normales”; c) el comportamiento asocial y delictivo de los drogodependientes, que los aísla de la vida productiva y los introduce en carreras criminales; d) el estado de enfermedad psicofísica de los drogodependientes y la irreversibilidad de la dependencia.

Los que, partiendo de aquella visión, postulan la incriminación de la tenencia para uso propio, sostienen que (1) el castigo del consumo implicaría una reducción en la demanda y que por este medio indirecto se arruinaría el negocio del tráfico; (2) que el consumidor es la vía para descubrir el traficante, por lo menos a aquellos que son protagonistas del llamado “tráfico hormiga”; (3) que el consumo de drogas constituye en sí mismo un hecho de alta peligrosidad, en razón de que puede generar la comisión de delitos; y (4) que existe una tendencia del “adicto” a compartir el uso, que respondería a razones de naturaleza psicológica y también de conveniencia, en razón de que de esa manera se facilitaría el propio abastecimiento.

En este sentido, en el fallo Montalvo (CSJN, 11/12/90), se sostuvo “que diversas razones llevaron al legislador... a reprimir la tenencia de estupefacientes, aunque estuviesen destinados a uso personal, entre las que figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana... Se trata de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él y que aquél, como suele suceder, trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes”. Asimismo, se agrega que “si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda”.

Ahora bien, el reconocimiento y aceptación de que el consumo generalizado de drogas ilícitas en los ámbitos urbanos constituye un problema social no autoriza, en el Estado de derecho y desde la perspectiva del principio de daño elaborado por Mill y aplicado como uno de los ejes centrales de interpretación del saber penal, a interferir de modo compulsivo en la vida de quienes se ven, en alguna medida, afectados por esta concreta problemática.

Se observa así que las reflexiones de Mill y la construcción realizada por la doctrina liberal a partir del principio de daño acuñado por aquél, se proyectan notablemente y tienen marcada incidencia en los estudios sobre la problemática del consumo de drogas ilícitas.

La afirmación de que el Estado no puede asumir posiciones paternalistas en desmedro de la autonomía personal de la que gozan los consumidores, se ve reflejada en la idea de Mill de que "cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual" y que "la humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándolo a vivir a la manera de los demás".

Asimismo, a partir de allí, es claro que aun en el caso de que existiese una opinión mayoritaria a favor de criminalizar al drogodependiente, el legislador no puede ceder ante el reclamo de punibilidad sin la comprobación concreta de bienes jurídicos afectados.

Lo único que puede hacer la autoridad, y que a su vez constituye un deber, es brindar las pautas educativas y condiciones sanitarias necesarias para reducir los efectos nocivos de la droga, a partir de un fluido intercambio de información sobre las consecuencias de las adicciones y con el acercamiento voluntario de las personas afectadas.

De esta manera, en la línea trazada por los autores citados, más allá de la discusión sobre si es moral o inmoral consumir estupefacientes –tema complicado por las implicancias culturales, efectos distintos y diversidad de sustancias calificadas como "drogas" –, la sola inmoralidad no es suficiente para una interferencia punitiva del Estado, sino que se requiere también, como condición necesaria, la afectación de bienes jurídicos.

Por lo demás, los conocimientos científicos demuestran que la percepción contraria obedece a una construcción sesgada y apartada en gran medida de los datos que se desprenden de la observación de la realidad.

Así, en relación a lo que ocurre cuando se consumen drogas ilegales, los elementos que componen esa "realidad" representan más bien la excepción que la regla. En la actualidad, en una fase posterior a la "inicial", la gran mayoría de los consumidores de drogas ilegales no es dependiente, no forma parte de una subcultura "desviada", no es asocial ni criminal ni tampoco está enferma (hay muchísimas más enfermedades y muertes

causadas por las drogas permitidas, como el alcohol y el tabaco); y por último, desde un punto de vista clínico y social, la drogodependencia se puede curar.

Se ha visto el modo en que la respuesta penal o el tratamiento compulsivo, al etiquetar a quien usa estupefacientes como "delincuente" o "enfermo" obstruye seriamente cualquier intervención en materia de prevención y asistencia, haciéndolos más vulnerables. Asimismo, condiciona el contacto de los usuarios con centros sanitarios, a los que se identifica con las agencias represivas y de ese modo se coarta la posibilidad de que accedan a los tratamientos que deseen realizar y a la información acerca de cómo prevenir enfermedades tales como el HIV, hepatitis, etc. Por otro lado, la negativa de aplicar soluciones de reducción de daños bajo el entendimiento de que el reparto de jeringas descartables, sustitutos de estupefacientes o de éstos últimos en menor medida contribuye a fomentar el delito, provoca la imposibilidad de educar y prevenir enfermedades así como la de aplicar tratamientos eficientes que permitan asumir una relación responsable con los estupefacientes.

El desafío es ofrecer, desde el Estado de derecho, una regulación superadora que admita la posibilidad de contemplar la situación de los usuarios de drogas desde una perspectiva sanitaria-asistencial –p. ej., a través de la implementación de políticas de reducción de daños– y que, al mismo tiempo, sea respetuosa de los principios en que se basa la convivencia social –p. ej., impidiendo el consumo de drogas ilícitas en lugares públicos a través de los institutos que ofrecen otras ramas del derecho, como lo es, p. ej., la coerción directa administrativa–.

A propósito del debate público que tendrá lugar con motivo de las propuestas reformadores en materia penal y procesal penal, no debe perderse de vista que las sociedades progresistas tienden a achicar los poderes y por ende a aumentar las libertades, en procura de reducir toda clase de violencia y opresión; las sociedades autoritarias, tienden a hacer exactamente lo opuesto. Es misión del Estado de derecho aumentar paulatinamente las libertades ciudadanas, en un clima de respeto y tolerancia para con las minorías, como base para el crecimiento y desarrollo social, económico, político, cultural e intelectual de cada uno de sus integrantes y de la sociedad misma.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro, *“Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias”*, en *“Tráfico y consumo de drogas. Una visión alternativa”*, UNAM-ACATLAN, México, 1991.

FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, 2º ed. Ed. Trotta, Madrid, 1997.

MALEM, Jorge, *“Moral y derecho”*, publicado en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142145.pdf>

MEYER, Michel (director), *“La filosofía anglosajona”*, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010.

MILL, John Stuart, *“Sobre la libertad”*, Ed. Alianza, Madrid, 2004.

NEUMAN, Elías, *“Drogas, estereotipos y resultados de cuatro decenios de represión”*, en *“Volumen de Homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David”*, Ed. Depalma, 2001.

NOZICK, Robert, *“Anarquía, Estado y utopía”*, 1973, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1º reimp. argentina, 1990.

SILVESTRONI, Mariano, *“Teoría constitucional del delito”*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

VÁZQUEZ ACUÑA, Martín E., *“Uso de drogas, ley penal y derechos humanos”*, LL-1998-II, Págs. 896 y sstes.