

¿Razones para prohibir el uso de drogas?

El uso y la tenencia de drogas son problemas que han recibido una atención más bien limitada desde la academia jurídica. Los comentaristas y teóricos sólo se han interesado en la cuestión luego de alguna decisión de la Corte Suprema que, eventualmente, pudiera declarar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.¹ Por otra parte, la discusión está acotada a defender dos posiciones bien marcadas: la primera de ellas sostiene que el consumo de estupefacientes no puede ser castigado debido a que debe ser considerado como una de las conductas que se encuentran protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional (CN). La segunda posición defiende el castigo de la tenencia y el consumo de drogas basándose en diversos argumentos que se fundamentan, básicamente, en que las drogas son nocivas para la salud. En este trabajo me dedico a defender una versión de la primera posición, *i.e.* es que tener o consumir drogas no debe ser castigado penalmente, sencillamente porque no hay razones para hacerlo. Por otra parte, voy a centrar mi argumentación en que el uso de ciertas drogas es un asunto privado y no un asunto público que pudiera autorizar la intromisión y el interés de la comunidad en la que vivimos.

En la primera parte del texto desarrollo los argumentos presentados por quienes defienden la criminalización de la tenencia y el uso de drogas. En la segunda parte presento los argumentos de la posición liberal y su interpretación del artículo 19 de la CN. En la última parte, me refiero a los inconvenientes que se presentan al criminalizar estas conductas así como también mis diferencias con la posición liberal.

¹ Véase recientemente entre otros: GELLI (2010); BOUIER (2010).

1. El argumento paternalista

Un argumento corriente utilizado para justificar la criminalización del uso de drogas es el de la protección de la salud de quien las utiliza. Llamo a esta explicación, el *argumento paternalista*. En general, el argumento paternalista intenta señalar que el uso de drogas produce daños irreversibles en la salud de quienes las consumen. Esta es la razón para dejar de usar drogas y evitar ese tipo de lesiones auto-infligidas. Por otra parte, otra variante del argumento se encuentra en la posibilidad de que quienes consuman drogas por un tiempo prolongado, pierdan su voluntad y se vuelvan adictos irrecuperables. El paternalismo, básicamente, tiende a considerar la importancia individual de los miembros de una comunidad tratando de brindarle a cada uno la posibilidad de ser protegidos -en distintas intensidades- proporcionándoles ayuda para cuidar de ellos como si fueran padres responsables. Así como los cuidados que brindan los padres son variados, la asistencia que se puede otorgar dentro de una comunidad también lo es; de allí se deriva la distinción entre paternalismo *duro* y paternalismo *blando*.

Según el *paternalismo duro*, la criminalización de las conductas nocivas, como el uso de drogas, disuade a individuos que tienen curiosidad en probar drogas o que las utilizan, sólo, eventualmente. En los casos vinculados con una adicción a las drogas, la norma jurídica actuaría coercitivamente para que el individuo abandone su uso. Sin embargo, en ambas circunstancias, la norma se impone por sobre la voluntad del individuo. De este modo, sin perjuicio de que la decisión de consumir drogas haya sido libre, las normas jurídicas imponen su criterio por el propio bien del ciudadano: los paternalistas sustituyen con sus propias prioridades las de los consumidores de drogas.² La prohibición del uso de drogas y también su criminalización, surgen como respuestas hacia quienes no se encuentran en la mejor posición para decidir acerca de su propia vida. Estas regulaciones intentan proteger a quienes evidencian cierto descuido e irreflexión en el camino elegido que los aparta de sus propias decisiones y compromisos previos con el resto de la comunidad. Según veremos, el paternalismo duro se asemeja en algunos aspectos al perfeccionismo moral. En forma resumida, uno podría decir que mientras que en el perfeccionismo moral la virtud de la conducta es lo que rige el parámetro de su corrección o incorrección -en este caso *es malo* consumir drogas- en el paternalismo duro la imposición de la conducta debida se basa en la preservación de la salud de quien las utiliza. Así, la prohibición del uso de drogas podría ser análogo a la obligación de tomar los remedios que las madres les imponen a los niños para

² Ver HUSAK (1992:184) y FEINBERG (1986:12).

asegurar “su propio bien”. Esta obligación parte del presupuesto de que las drogas son *malas* en sí mismas y que el *bien* está en *no* utilizarlas. Esta situación análoga permite explicar las imposiciones del paternalismo duro. La norma elaborada por miembros de la comunidad con las mejores buenas intenciones, las que incluyen protegernos y mejorar nuestra salud, nos provee de todo lo que necesitamos para aceptar la decisión de prohibir el uso de drogas. Por su parte, la protección de la salud de los individuos tiene otra proyección según la visión del *paternalismo blando*.

El paternalismo blando, trata de armonizar las normas legales con el respeto a la autonomía individual de los ciudadanos. Los individuos son respetados en su voluntad de consumir o experimentar regularmente con drogas. El objetivo de las normas es brindar la información necesaria para que el individuo que quiera usar drogas pueda hacerlo, conociendo las consecuencias de sus acciones. Ningún individuo es obligado a hacer lo que, voluntariamente, ha elegido no hacer. Sin embargo, esta posición paternalista pretende acercarle al individuo la mayor cantidad de información posible para que elabore una decisión racional y autónoma que le permita decidir, libremente, el curso de la acción que desea llevar a cabo. No se trata de obligarlos a aceptar ciertos ideales de excelencia humana sino de preservar la salud física y mental de los individuos, desalentando decisiones de ellos mismos que la ponen en peligro. La defensa de normas jurídicas como estas, armonizan perfectamente con una concepción liberal de la sociedad, debido a que pretenden proteger los intereses de los propios individuos afectados.³ El objetivo de las normas de este tipo de paternalismo es proteger los intereses de los ciudadanos que valoran efectivamente su salud física y mental por sobre cualquier otro interés que pudieran buscar satisfacer a través del consumo de drogas. Sin embargo, estos individuos están expuestos a la tentación de experimentar con estupefacientes e incurrir, subsecuentemente, en un hábito compulsivo.⁴

Podríamos establecer ciertas medidas concebidas dentro del paternalismo blando que serían defendidas desde un tipo de liberalismo. En particular, el liberalismo que considera a la información como algo central para evaluar las consecuencias de lo que hacemos. En este sentido, existirían otras normas paternalistas orientadas hacia esta misma finalidad como, por ejemplo, la información en los paquetes de cigarrillos sobre enfermedades y complicaciones que produce el consumo de tabaco. Por el contrario, este mismo tipo de liberalismo rechazaría medidas surgidas desde el paternalismo duro debido al notable parecido que esta posición tiene con el perfeccionismo moral.

³ Ver NINO (2000).

⁴ NINO (2000: 276).

2. El perfeccionismo moral

El otro argumento utilizado para criminalizar la tenencia y el uso de drogas es el que se basa en el *perfeccionismo moral*. El argumento perfeccionista es simple y sostiene que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica, constituye (más allá de los daños que ello pueda ocasionarle a quien realice la conducta) una razón suficiente para que se criminalice el consumo de drogas, obligando a los miembros de la comunidad a adoptar modelos de conductas virtuosas.⁵

Este tipo de argumentación perfeccionista pretende imponer ciertos ideales morales a través del derecho. La moral mejor concebida y preservada además de las *buenas* costumbres, se traslucen en las normas que pretenden lograr ciudadanos determinados. Se sigue la idea de que, objetivamente, habría conductas buenas en sí mismas y también decididamente malas. Entre las conductas malas, claramente, se destaca el uso de drogas. Las normas no apuntan a las consecuencias de nuestros actos sino a ciertas características de la forma en que se desarrollan nuestras vidas.⁶ De este modo, esta tesis intenta construir un tipo de ciudadano ideal. La moral perfeccionista nos indica que debemos ser virtuosos y nos conduce a alcanzar ese virtuosismo esperado. Este ideal, también nos compele a abandonar todo aquello que no se relaciona con el alcance de la virtud esperada. Estas posiciones, a menudo apelan a la utilización de un lenguaje cargado emotivamente para propiciar el castigo de los consumidores de drogas. Así, el perfeccionismo vincula a la droga con el “vicio” y señala la posibilidad de que las personas, mediante el uso de drogas, se autodegraden moralmente. De este modo, las acciones vinculadas con el vicio no serían conductas virtuosas y, por lo tanto, *deben* modificarse. El bien y la virtud se alcanzan si no consumimos drogas.

3. La protección del derecho a la salud de terceros.

Algunos autores consideran que, más allá de estas dos posiciones basadas en determinados principios morales, se encuentra una tercera categoría que propicia la criminalización del uso de drogas con la finalidad de proteger a otros individuos que no consumen drogas y al resto de la comunidad contra las consecuencias nocivas que se generan por quienes sí usan drogas. Este punto de vista, se basa en las posibles daños a terceros que pudieran resultar derivados del uso de drogas. Esta es la principal

⁵ Ver NINO (2000: 268 y ss.).

⁶ MALAMUD GOTI (2000: 243).

diferencia entre los argumentos basados en el paternalismo o en el perfeccionismo: mientras que estas últimas propuestas se enfocan en las conductas de quien utiliza drogas, cuidándolo o imponiéndole cierto comportamiento moralmente deseado, el argumento de la protección de terceros o la defensa social se basa en proteger al resto de la comunidad y no al propio consumidor. La defensa social se apoya en principios liberales que admiten que un ciudadano utilice drogas, pero le impone un límite tan difuso como la afectación a terceros cuya interpretación, en ocasiones, es bien restrictiva. Así, es complejo determinar, concretamente, de qué forma alguien que consume drogas pueda afectar a terceros. Desde una mirada amplia, casi cualquier conducta que alguien realiza puede afectar, en mayor o en menor medida, a otros. Por ejemplo, si me dedicara a escribir este trabajo durante veinte horas al día, durante meses, mis amigos y familiares podrían sentirse afectados cuando, por estar escribiendo, me ausento de festejos y encuentros en donde se esperaba que yo asistiera. Sin embargo, habría algunos ejemplos plausibles para considerar: alguien podría decir que el consumo en exceso de ciertas drogas podría afectar mi productividad laboral o incluso disminuir, momentáneamente, mis capacidades para efectuar una tarea encomendada. Mis colegas se verían, quizá, perjudicados por los efectos que las drogas provocan en mi organismo. Sin embargo, como puede verse, seguir avanzando por este camino nos llevaría a otros ejemplos que solaparían esta distinción con respecto a la otras dos. Me interesa remarcar un rasgo común con las posiciones paternalistas y perfeccionistas: la tesis de la defensa social pretende alterar la voluntad de quien consume drogas mediante la desaprobación del resto de la comunidad. De esta manera, si no logro advertir ningún efecto adverso en mi consumo de drogas, la defensa social se esfuerza por señalarme que *eso que hago*, afecta de diferentes modos a mis conciudadanos lo cual, podría constituir un límite a mi propia libertad. Discutiré estos intentos más adelante. Ahora me desplazaré rápidamente hacia las respuestas que han recibido estos argumentos por parte de autores liberales para señalar luego algunos problemas que estas respuestas contrarias a la criminalización, no pueden responder.

4. La autonomía, la privacidad y la defensa liberal de derechos

Quienes se oponen a la criminalización de la tenencia y el uso de drogas, sostienen que una interpretación “liberal” del artículo 19 de la Constitución Nacional les permite rechazar el alcance de la prohibición.⁷ El argumento se construye con

⁷ Ver ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR (2002: 127, 486 y 490).

una interpretación del texto que tiene dos partes: por un lado, la norma exigiría que quien lleva a cabo una acción que forma parte del desarrollo de su autonomía personal (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública...”) no puede ser obligado por las preferencias externas del resto de la comunidad y tampoco ser castigado por esta diferencia respecto de ellos. Por otra parte, el argumento se completa con la necesidad de que haya un daño exterior o una afectación al “bien jurídico protegido” (“...ni perjudiquen a un tercero...”). Esta posición contendría dos principios centrales del liberalismo, una defensa férrea de la autonomía personal y la exigencia del daño a terceros para considerar a una conducta como candidata a ser criminalizada. Sin embargo, el daño a terceros funciona como el límite a la autonomía personal. De este modo, por ejemplo, estaríamos autorizados a desarrollar nuestra autonomía personal siempre que no afectemos a terceros. Así, esta defensa de la autonomía personal junto con la exigencia del principio de daño se combinan y funcionan muy bien para rechazar los argumentos paternalistas, perfeccionistas y de defensa social.

Respecto del paternalismo y el perfeccionismo, el argumento liberal sostendría que el desarrollo de la autonomía personal en una comunidad liberal, *i.e.* la elección de un plan de vida personal es de una particular importancia. Por esta razón, su limitación debe ser restringida a determinados casos. El liberalismo rechaza cualquier tipo de imposición de comportamientos y promueve la libertad para desarrollar el plan de vida que cada uno eligió llevar adelante sea o no sea virtuoso.⁸ Esta negativa también los conduce, desde esta visión liberal, a cuestionar la versión dura del paternalismo en la que reconocen un intento de alterar decisiones libres y voluntarias.

Por otra parte, el liberalismo favorece la posibilidad de que los ciudadanos desarrollen su autonomía mediante la provisión de información acerca de las conductas que pueden o no llevar a cabo y la posibilidad de conocer, anticipadamente, sus consecuencias. El acceso a la información permitirá a los individuos, afirman ciertos liberales, decidir de acuerdo a sus intereses favoreciendo y aumentando su autonomía personal. Al respecto, si las normas se dirigen a proveer información para aportar a este desarrollo de la autonomía, los defensores del liberalismo no las cuestionarían. Esta variante es la que, según hemos visto, permitiría a algunos liberales aceptar el paternalismo blando.⁹ Otras medidas, como la exigencia de la

⁸ El antiperfeccionismo ha sido, quizá, la característica más importante del liberalismo tradicional de ciertos autores como por ejemplo Carlos Nino. Esta asunción del liberalismo, sin embargo, también es problemática para el desarrollo, en particular en el caso de Nino, de una teoría de la democracia basada en la igualdad y la deliberación pública. Acerca de esto ver el capítulo 4 de este libro.

⁹ Ver NINO (2000); MALAMUD GOTI (2000).

utilización del cinturón de seguridad en automóviles o de un casco protector para utilizar motocicletas, de ningún modo limitarían el desarrollo de la autonomía personal de un individuo y también son aceptadas por autores liberales.

Me preocupa, sin embargo, el otro requisito de la posición liberal: el daño a terceros. La interpretación tradicional del principio de no afectar a un tercero, basada en las ideas de John Stuart MILL, estaba dirigida a proteger la auto-lesión. Según MILL, el Estado debe estar excluido de la sanción por los daños auto-infligidos o los intentos de suicidios. La idea era limitar una invasión estatal a las esferas propias del individuo. El uso de drogas, aún a riesgo de perjudicar al propio usuario, no es una razón para criminalizar una conducta llevada a cabo por un ciudadano que sabe lo que está haciendo y el daño que se está provocando a su propio organismo. Esta interpretación *milliana* es compatible con la auto-lesión que podrían provocar el uso de drogas y puede invocarse para rechazar argumentos perfeccionistas y también del paternalismo duro. Sin embargo, encuentro algunas dificultades para responder al problema de la lesión a terceros. Veamos esto con un poco más de detalle.

La interpretación de MILL dirigida a la protección del daño a terceros fue discutida algunos años atrás. En estos debates se intentó determinar la correcta interpretación del texto de MILL y el alcance del daño a terceros. En este punto, el debate consistió en determinar si el límite estaba en el daño efectivamente provocado a terceros o si bastaba con la intención de provocarlo. Con posterioridad, el desarrollo teórico en el derecho penal complicó aún más la cuestión. Se incorporó al debate la idea de que el riesgo o el peligro de daño eran alternativas al daño efectivo. Sin embargo, y sin perjuicio de la discusión teórica, quiero describir, básicamente, cómo funciona el principio de daño que surge de la interpretación del artículo 19 de la CN en relación con el uso y la tenencia de drogas.

Quienes defienden la interpretación liberal del artículo 19 de la CN, siguiendo la interpretación del principio de daño a terceros de MILL, afirman que conductas como la tenencia y el uso de drogas no deben ser criminalizadas porque son actos privados que no afectan a otros y forman parte de la autonomía de los individuos. Esta interpretación, según dicen los autores liberales, es la única plausible para defender el uso de determinadas drogas. En teoría, consumir drogas no afectaría ningún “bien protegido” que pudiera ser invocado por el resto de la comunidad. Usar drogas, siguiendo esta idea, es una conducta privada que se realiza en un marco de intimidad que favorecería esa privacidad. Esta afirmación, sin embargo, está dentro de una serie de condiciones que permite sostenerla *sí y sólo si* ocurre en esas circunstancias. Más allá de que esta variante permite resolver una gran cantidad de casos, la disparidad

de criterios que surgen en las decisiones de los tribunales argentinos, hacen pensar que no es lo suficientemente concluyente. Por otra parte, respecto de algunos casos puntuales, me parece demasiado acotada. Me interesa abordar las limitaciones que observo de esta interpretación y mostrar en qué casos es problemática y, en qué casos, es insuficiente para defender ciertas variantes de la autonomía personal.

5. ¿Consumir drogas sólo en privado?

El principal problema de la interpretación liberal es que no logra armonizar los dos aspectos de la interpretación del artículo 19: la autonomía y el daño a terceros. Como he señalado, la autonomía responde a la idea de formar un plan de vida, acorde con nuestras propias decisiones y buscar ese ideal de las formas más convenientes para lograrlo. Supongamos que alguien quisiera como parte de su plan de vida, consumir algunas drogas durante el fin de semana, sólo por diversión o porque encuentra placenteros los efectos que le producen esas sustancias en su organismo. Uno podría decir que no hay nada de malo en organizar la vida de este modo, así como tampoco lo haría adherir a cierto tipo de vegetarianismo o a un partido político determinado. La posición liberal defiende este tipo de decisiones, en particular aquellas que se realizan reflexivamente y tomando en cuenta sus ventajas y desventajas. Sin embargo, la autonomía de este individuo se ve limitada (y los liberales se ven en problemas) cuando tienen que establecer los límites del daño a terceros. El argumento liberal no llega tan lejos para sostener que cualquier persona puede consumir cualquier droga en cualquier lugar. En este punto, los autores liberales no pueden distinguir entre distintos tipos de casos y acuden al principio de daño para limitar el uso de drogas como un acto que debe realizarse *en privado*. Quizá, el problema no es que el reclamo contra el uso de drogas no sea atendible, sino que es difícil precisar el daño a otros que cualquiera de nuestras acciones pueden provocar. Es difícil poder saber cuánto daño puedo provocar en amigos y familiares por dedicarme a escribir este trabajo en forma tal que olvide mantener un contacto regular con ellos. En definitiva, los afecto porque mi ausencia muestra un desprecio por nuestro vínculo. Es posible que ese daño no sea apreciable o cuantificable, pero existe. Alguien podría decir que no tiene por qué presenciar el uso de drogas porque afecta su sensibilidad; o podría rechazar el uso de drogas porque no produce mayor felicidad en quienes no las utilizan. En definitiva, el daño es un concepto demasiado amplio y subjetivo. Es posible, quizá, discutir cada una de esas afirmaciones e incluso lograr convencer a quienes se oponen al uso de

ciertas drogas, sin embargo creo que faltan verdaderas razones para comenzar una discusión. Vuelvo sobre este punto sobre el final del trabajo.

Existe una tensión entre la autonomía del individuo y el daño a terceros que es difícil de resolver, al menos, en esa línea liberal que pretende armonizar ambos principios. Como he señalado, la respuesta liberal a esta tensión se basó en lograr, al menos, un ámbito limitado, pero posible, en donde el consumo de drogas sea permitido. Utilizando la distinción entre actos privados y actos en privado para diferenciar que no todo acto *en privado* (e.g. matar a otro dentro de mi habitación) está fuera del alcance de los magistrados, mientras que sí lo están los actos *privados*, vinculados con acciones realizadas en el marco de cierta intimidad y limitada al acceso de terceros (e.g. utilizar drogas) se pudo lograr esta importante protección de la autonomía.

Sin embargo, esta solución no logra alcanzar a ciertos casos que no involucran un puro acto en privado o a conductas previas o posteriores al momento de utilizar las drogas. Los casos que me interesa trabajar aquí, y que son aquellos que la interpretación liberal del artículo 19 no logran atrapar se vinculan con la tenencia y el uso de determinadas drogas en general llamadas “blandas” (e.g. marihuana). Tengo dos razones para limitar mi análisis a estos casos particulares: en primer lugar porque las situaciones de hecho de los casos más importantes resueltos en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema (e.g. Bazterrica, Montalvo, Arriola) tratan sobre personas que tenían drogas blandas que, por sus cantidades, eran destinadas a ser utilizadas en forma individual. En segundo lugar, entiendo que son este tipo de casos los que más deberían preocuparnos; no sólo porque son las conductas que me resultan menos problemáticas y, pese a ello, al parecer más criminalizadas, sino porque también me interesa la situación de personas que utilizan drogas blandas en forma recreativa como parte de su modo de vida. En definitiva, argumentar desde la presunción de que todo aquél que consume drogas tiene un problema de dependencia o debe ser tratado como un enfermo limita el modo en que debemos ver el problema. Probablemente, quien es adicto a ciertas drogas, requiera de otro tipo de soluciones, las que no pretendo ensayar aquí.¹⁰

¹⁰ Presenté versiones de este trabajo en varias ocasiones y, más de una vez, recibí la misma crítica. Hay personas que creen que mis argumentos están dirigidos a pensar la situación de jóvenes de clase media que consumen marihuana. Esta concentración implicaría que dejo de lado casos más graves de miembros de clases bajas y grupos desaventajados que utilizan otro tipo de drogas. Pienso que la apreciación es equivocada. No creo que sea posible criticar mi posición como “elitista” o “clasista” porque entiendo que los problemas de los jóvenes pobres que usan drogas, como la pasta base, no son el blanco de las leyes penales. La criminalización del uso de drogas apunta a aquellos que son considerados por el sistema penal, como parte de la comunidad. Tengo la impresión de que los jóvenes pobres no son considerados como miembros de la comunidad, al menos, para ser criminalizados por estas conductas (probablemente este trato sea diferente en delitos contra la propiedad).

Mi argumento es que la interpretación liberal del artículo 19, esto es, la interacción entre el principio de daño y la autonomía personal no funciona armónicamente y limita el consumo de drogas a un ámbito demasiado reducido. La importancia que el art. 19 le atribuye a la autonomía personal, no se ve reflejada en la construcción que se observa de la privacidad como aquella vinculada a un espacio físico determinado.

La potencialidad del daño que, hipotéticamente, pudiera provocar el uso de drogas, no puede depender de un concepto de privacidad tan estrecho que dependa de un lugar físico. Pensemos en las circunstancias que tienen que ver con el uso de drogas que abarcan una amplia variedad de lugares físicos en donde, al parecer, no existiría esa inmunidad que nos garantizaría la privacidad. En general, el uso de drogas se piensa como una conducta que no puede ser atacada como dañosa por terceros, si se realiza típicamente en nuestro hogar, fuera de la vigilancia y el control de otros. Sin embargo, este ejemplo tradicional encuentra problemas serios si añadimos o alteramos estas circunstancias: tener o trasladar las drogas alteraría esa circunstancia de privacidad en la que estaríamos protegidos. Otro problema sería el modo en el que utilizamos las drogas en nuestro hogar. Así, si el lugar fuera el único criterio válido para poder esgrimir el argumento de la privacidad, el uso de drogas con las ventanas abiertas o en un balcón debería ser igualmente protegido que el consumo a oscuras y limitando las posibilidades de ser observado. Lo mismo ocurriría con quien quisiera usar drogas dentro de su automóvil.

Esto debería llevarnos al siguiente razonamiento: o bien el argumento de la privacidad debe entenderse como un equivalente a estar oculto o en soledad; o bien el argumento de la privacidad no puede ser alineado a un lugar físico. La primera respuesta sería limitante para la idea de la privacidad. Implica, por cierto, ocultarnos de la vergüenza que nos provoca ser descubiertos realizando determinadas conductas. Uno podría ocultarse de otros para consumir drogas, pero esto no debería ser considerado más que una posible apreciación subjetiva de quien lo hace, no una regla de comportamiento moral que deba aplicarse hacia todos. La segunda respuesta, resulta de interpretar la distinción entre actos privados y actos en privado. Así como hemos señalado que no todo acto en privado es privado -de modo tal que un homicidio sigue siendo un acto público aún realizado en privado- no todos los actos privados son en privado. Habría actos privados que podrían realizarse en público. Desarrollaré este argumento en la sección siguiente.

6. El uso de drogas como asunto privado

Los argumentos liberales tienden a vincular la privacidad con un lugar físico determinado.¹¹ Así, cuando C consume drogas encerrado en su casa y con las persianas bajas goza del máximo posible de privacidad en comparación con la realización de la misma acción desde el balcón o asomado a una ventana. Al parecer, su acción de permitir ser observado por sus vecinos implica resignar su privacidad y limitar su autonomía. Pero habría que preguntarse, que razones habría para darle tanta importancia al lugar en donde realizo el acto. Retomando el argumento con el que finalicé el apartado anterior, habría una gran cantidad de conductas que pueden ser realizadas en un lugar público que no pierden su identidad como actos privados por realizarse a la vista de otros. La identificación de un acto como público o privado depende de otras circunstancias que no tienen que ver con una contingencia como el lugar en donde ocurre. De este modo, uno podría discutir abiertamente (y acaloradamente) con un amigo en el medio de una calle y eso no dejaría de ser un asunto privado entre mi amigo y yo. El resto de la comunidad no debería interesarse en un asunto que no es público y que no le concierne. La discusión con mi amigo no puede estar sujeta a la vigilancia externa que pudieran ejercer otros ciudadanos que estuvieran por allí. Estas circunstancias (como muchas otras) pueden ocurrir en un ámbito privado pero también en uno público. La decisión depende de una cantidad de factores que incluyen la vergüenza que podría generarme discutir sobre ciertos temas ante la mirada de desconocidos, las emociones que pudiera ocasionarme discutir con un amigo, entre otros factores vinculados con cierta subjetividad individual. Sin embargo, nadie podría impedirme que si para mi amigo y para mí es irrelevante reavivar una disputa antigua en el medio de dos avenidas podamos hacerlo sin perjuicio de que incomodemos a otros. Es la decisión consensuada de la propia comunidad la que decide considerar una conducta como pública y atribuirle ciertas consecuencias morales o jurídicas.

Ahora, el uso de drogas blandas en forma recreativa, también podría ser considerada una conducta privada, aún en público. En general y aunque esto no sea generalizable, las conductas asociadas con la recreación se realizan en determinados contextos. Así como la discusión con un amigo puede desconocer lugares y circunstancias debido a la expresión emocional que implica una discusión con alguien querido; llevar a cabo conductas placenteras tiene como premisa, diría que, todo lo contrario. Así, habría varios ejemplos para clarificar la intuición:

¹¹ Así por ejemplo, FARRELL (1999).

disfrutar de una buena bebida o una buena comida tiene como precondition la elección de un lugar determinado y un momento adecuado; lo mismo ocurre con apreciar una determinada música o una película especial. Está claro que siempre es posible realizar todas estas acciones en condiciones más modestas, pero hablamos de conductas que realmente nos dan placer y que el hacerlo nos brinda una satisfacción difícil de explicar. Es difícil precisar estos placeres tan particulares, pero es necesario asociar estas conductas determinadas en comunidades como las nuestras en las que la exteriorización del placer es asociada con algo malo, quizá a partir de ciertas reminiscencias religiosas con el pecado. Allí es donde encuentra lugar la prohibición del uso de drogas y la dificultad de argumentar su utilización recreativa. Es posible estar o no de acuerdo con su uso, por diversas razones; utilizar drogas o no hacerlo y desaconsejar su uso, todo en base a las propias creencias, experiencias o intuiciones al respecto. Lo que sí es difícil es afirmar que su uso implica un acto público y censurable. El uso de drogas blandas con fines recreativos es un acto privado que no puede ser vigilado o cuestionado por otros. En general, así como las otras acciones que describí, un uso recreativo de estas drogas se realiza en determinados lugares y en condiciones particulares. Disfrutar de una actividad como esa requiere de esa situación específica que se vincula, paradójicamente, con la privacidad que brinda la intimidad o la confianza, aún en un lugar público. Pero volvamos al comienzo del texto. Retomemos la discusión acerca de la criminalización del uso de drogas para pensar qué circunstancias habría que tener en cuenta para convertir a una conducta cualquiera en un delito penal, para observar de esta manera, porque el uso de drogas en general no puede ser considerado un delito.

7. La criminalización de la tenencia y el consumo de drogas

Criminalizar una conducta, esto es, hacerla formar parte del derecho penal, constituye uno de los problemas centrales de la discusión teórica en el derecho actual.¹² Transformar una acción en una conducta criminal debería suponer un largo proceso en el que deberíamos estar involucrados en discusiones y debates que nos deberían permitir llegar a una solución satisfactoria para la comunidad en la que vivimos.¹³ Estos debates nos brindarían una gran cantidad de información sobre el problema que queremos solucionar y los variantes posibles para lograrlo. La discusión democrática debería ser

¹² HUSAK (2008); DUFF et.al. (2011).

¹³ En este sentido, véase DUFF (2007).

la *mejor* alternativa para llegar a la *mejor* solución posible acerca del problema que está en discusión. Criminalizar una conducta implica, entre otras cosas, debatir abiertamente dentro de la comunidad en la que vivimos sobre las implicancias de nuestras decisiones. Se requiere, para llegar a una solución, que participemos en la discusión, puesto que son *nuestros* problemas. Esto implica que no podemos delegar estas decisiones en especialistas o expertos que deban decirnos qué hacer con nuestro problema. Esta claro que la discusión democrática permitiría la intervención de expertos en las materias involucradas para aportar su conocimiento y su experiencia pero debería incluir también la participación de ciudadanos involucrados en los problemas, afectados desde diferentes puntos de vista para que contribuyan con sus vivencias respecto a la situación tratada.

Acerca de la criminalización de la tenencia y el uso de drogas en particular, lo primero que debe surgir en esta discusión es preguntarnos: ¿Por qué criminalizar la tenencia y el uso de drogas? Existen una gran cantidad de respuestas a esta pregunta que se relacionan con diferentes tipos de argumentos, según hemos visto en la primera parte del texto. Estos argumentos se basan en creencias, en ideales morales y en el interés de proteger la salud de los usuarios. Sin embargo, no hay una razón para justificar la criminalización de esa conducta. No es posible advertir que existe una relación entre aquello que se quiere evitar y la consecuencia que se deriva de esa conducta ¿Por qué razón alguien debería ser castigado penalmente? ¿Cuáles son las soluciones que va a traer el castigo penal o el encierro del acusado? Si se trata de casos como los que he presentado, en donde quienes usan drogas lo hacen en forma recreativa, castigar penalmente a un individuo se presenta como algo más que irracional. Nuevamente, el perfeccionismo se hace presente y aporta una forma coercitiva para asociar a los ciudadanos con conductas virtuosas. Tomar en serio a un ciudadano implica considerar todas sus decisiones, ya sea que incluyan la lectura de filosofía griega o el uso de drogas. Por otra parte, si estuviéramos ante circunstancias en las que el individuo no pueda controlar su conducta, la imposición de un castigo penal no colabora con la solución del problema. La repuesta a un problema de salud no debería estar asociada con la coerción del sistema penal sino con otro tipo de alternativas relacionadas, quizá, con la medicina. En cualquier caso, nuevamente si existiera algún problema en la salud del consumidor, el respeto por la autonomía personal de los individuos impondría un limitación razón por la cual tampoco sería un problema público sino del propio individuo. Sólo considerar al otro en serio, como un individuo autónomo permitiría habilitar la posibilidad de resolviera tratar su situación como un problema de su salud. En esto, aquella conocida máxima del derecho penal como la última instancia no juega ningún rol, sólo complejiza aún más las cosas.

