Drogas y derechos constitucionales

Lucas S. Grosman[1]

1. Introducción

En este trabajo analizaré las implicancias constitucionales de la criminalización de la provisión y el consumo de drogas. Trataré tales cuestiones desde la perspectiva de los distintos derechos que podrían hallarse en juego, en especial el derecho a la autonomía, y me detendré en *Arriola*[2], una decisión de 2009 de la Corte Suprema argentina que, por una combinación de argumentos, estableció que la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal resulta inconstitucional.

Según argumentaré, los fundamentos tendientes a sostener la inconstitucionalidad del castigo del consumo tienen implicancias en el tratamiento de la provisión de drogas distintas de las que la Corte presupone en *Arriola*. En este sentido, jurisprudencia y doctrina han recurrido al derecho a la autonomía para despenalizar el consumo, pero han defendido que la provisión sea severamente castigada y que se recurra a tratamientos compulsivos de "desintoxicación". Para justificar este enfoque, se ha oscilado entre dos imágenes del consumidor de drogas que, en realidad, son incompatibles entre sí: por un lado, la de un agente autónomo que persigue su plan de vida libremente elegido; por el

---

[1] Director del Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. Agradezco al Programa de Asistencia a la Investigación (PAI) de la Universidad de San Andrés por proveerme financiamiento para este trabajo y a Sergio Giuliano por su valiosa ayuda. Agradezco también a Joaquín Millón, Julio César Rivera (h) y Sebastián Elias, con quienes discutí los argumentos que aquí incluyo.

[2] Corte Suprema, 25 de agosto de 2009.

otro, la de una especie de autómata sin voluntad que sucumbe a la influencia de quien le vende o convida la droga. Esta ambigüedad es difícil de sostener, y ello nos obliga a revaluar el régimen vigente.

Como alternativa a lo que considero una inconsistencia insalvable de este régimen, propondré una interpretación de la Constitución argentina según la cual el alcance del derecho a la autonomía es distinto –más amplio en alguna dimensión, más estrecho en otra– al defendido por la jurisprudencia y doctrina dominantes. Más aún, plantearé que existen otros derechos involucrados que justifican mejor que la autonomía la descriminalización de ciertas conductas relacionadas con las drogas, a la vez que autorizan determinadas intervenciones estatales restrictivas del consumo.

En definitiva, en este trabajo presentaré un panorama más complejo, más sensible a diferencias entre drogas y con más derechos involucrados que el que ha primado hasta ahora en las discusiones sobre la materia en Argentina. Más allá del localismo que todo argumento constitucional inevitablemente implica, confío en que el análisis será suficientemente general como para resultar aplicable, *mutatis mutandi*, a otros países.

2. La doctrina vigente

El artículo 19 de la Constitución argentina establece:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la

autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

En las últimas décadas, en reiteradas oportunidades nuestra Corte Suprema ha debido resolver si esta norma permitía que se penara a un individuo por el solo hecho de poseer una cantidad de droga que, por su cantidad, hiciera presumir que ella estaba destinada no a la venta sino al consumo.

La primera línea jurisprudencial en la materia sostenía que el art. 19 no impedía que se castigara penalmente al consumidor. Esa tendencia se revirtió en 1986, en el caso *Bazterrica*[3], un hito de la primavera democrática que vivió el país por aquellos años. En *Bazterrica*, la Corte defiende la interpretación de esta norma según la cual las acciones protegidas por el artículo 19 son, en definitiva, todas aquellas que no perjudiquen a terceros. En palabras de Carlos Nino, abanderado de esta interpretación liberal y fuente de inspiración para al Corte en Bazterrica, el artículo 19 de la Constitución prohíbe "toda interferencia jurídica con acciones que no afecten intereses legítimos de terceros, aunque ellas representen una desviación de ciertos modelos de virtud personal y tengan el efecto de autodegradar moralmente al sujeto que las realiza."[4]

El reinado de *Bazterrica* fue relativamente breve. En 1989, la Corte, ampliada por iniciativa del gobierno de Carlos Menem, dejó de lado este precedente para reflotar la interpretación pre-democrática del art. 19.[5] Unos 20 años después, una Corte Suprema

[3] Fallos 308:1392.
[4] Nino, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?", La Ley, 1979-D-743.
[5] En el caso *Montalvo*, Fallos: 313:1333.

otra vez renovada retornó en *Arriola* a la interpretación propiciada en *Bazterrica*, en particular en los votos más decididamente liberales de aquel fallo.

Aunque no me cabe duda alguna de que *Arriola* llegó a la solución correcta, en otro lado[6] lo he criticado por su estilo de fundamentación, y en particular por estar más preocupado por la enunciación de grandes principios –no faltan las citas a Dworkin, Hobbes, Locke y Séneca–que por la identificación de las distinciones relevantes y el análisis de los hechos concretos del caso. Previsiblemente, los defectos de fundamentación de Arriola, que ciertamente no fui el único en notar,[7] han determinado que éste orientara de manera deficiente, o sencillamente desorientara, a los jueces inferiores, a los fiscales, a la policía y a los ciudadanos en general. Cuestiones tan básicas como la relevancia de que el consumo fuera en público o privado han dado lugar a interpretaciones disímiles y pronunciamientos contradictorios. Pasados dos años desde el dictado de *Arriola*, el 54% de todas las causas penales iniciadas en la Nación lo es por tenencia de drogas para consumo personal.[8]

Entre las variadas consideraciones de *Arriola*, ocupa un lugar central el "principio de autonomía personal". Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (una de las fuentes favoritas de la actual Corte argentina), se enfatiza la importancia de que, como corolario de aquel principio, el individuo goce de la capacidad de conducir su vida de manera autónoma, sin injerencias indebidas inspiradas en tentaciones opresoras

[6] "El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema", Revista de Derecho Constitucional, La Ley, Edición 75° Aniversario, 2010.
[7] Para una crítica de la dispersión argumental de Arriola, ver Alberto Garay, "Breve nota a la sentencia dictada en el caso Arriola", *JA* 2009-III, suplemento del fascículo 14, p. 48.
[8] Ver informe del Ministerio Público de la Nación del 27 de diciembre de 2011, en poder del autor.

que pretendan “iluminar sus decisiones”.[9] De esta manera, la Corte entiende que para que el individuo pueda perseguir su plan de vida de manera autónoma, es necesario que el Estado se abstenga de interferir con aquellas conductas que no dañen a terceros, en línea con la posición de Nino al respecto.

Sin embargo, bajo esta interpretación quedan excluidas de la protección del art. 19 numerosas conductas que, según lo entienden Nino y la Corte, sí dañan a terceros. En este sentido, Nino reconoce que no están resguardadas las conductas que lleven al contagio: convidar droga, inducir a otro a consumirla o consumir droga en público. Para Nino, cualquiera de estas acciones puede ser castigada, al igual que la venta de drogas.[10] En la misma línea, los tribunales argentinos que suscribieron la interpretación más liberal del art. 19 se han esforzado siempre por distinguir el consumo público del privado, para solo extender la despenalización al segundo, y nunca pusieron en duda la punibilidad del convite y la venta, entre muchas otras conductas vinculadas a la droga.[11]

El presupuesto de este enfoque es que consumir droga es algo malo; en consecuencia, la conducta que de algún modo fomenta o aunque más no sea hace posible que una persona se drogue implica un daño a un tercero, y por tal razón está excluida de la protección constitucional. De hecho, según este argumento bastaría que una persona

[9] *Arriola*, primer voto, considerando 17.
[10] *Ética y derechos humanos* (1984), p. 441-2; *Fundamentos de derecho constitucional* (1992), p. 312.
[11] En *Arriola*, considerando 28 del primer voto, la Corte recuerda que en virtud de compromisos internacionales el país debe “asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad.” La Corte considera que tal persecución es compatible con la despenalización del consumo; hasta se podría pensar que la Corte la considera el perfecto complemento de aquella. Véanse en este sentido los considerandos 27 y 28 del primer voto.

consumiera drogas delante de otra para que el efecto perjudicial quedara configurado y fuera constitucional sancionar la conducta en atención a su efecto "contagio".

Nino tiene un argumento adicional para justificar que se castigue "severamente" al tráfico y al suministro en general: la debilidad de la voluntad. Nino considera que la existencia de este fenómeno justifica en general ciertas medidas de corte paternalista, como por ejemplo la obligación de utilizar cinturón de seguridad o casco. La idea es que si bien el individuo reconoce que es preferible usar casco o cinturón de seguridad y así minimizar los daños en caso de accidente, la pereza, la presión social u otros factores similares lo llevan a no actuar de manera acorde. En tal supuesto, la obligación respaldada por una multa ayuda al individuo a fortalecer su voluntad para hacer aquello que él, en abstracto, reconoce como la mejor opción.

En el caso que nos ocupa, dice Nino, la existencia de supuestos de debilidad de la voluntad y otros defectos de la autonomía justifica también "que se haga sumamente difícil el acceso a las drogas, castigando severamente el tráfico y el 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 otro lado, el recurso a medidas de rehabilitación, aun de índole compulsiva, no parece objetable. . ."[12]

[12] Nino, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?", La Ley, 1979-D-743.

También Petracchi, en su voto en *Bazterrica*, encuentra en los vicios de la autonomía la justificación para penar la provisión, y en particular la venta:

"[N]o todas las decisiones de cada individuo se adoptan en un estado de ánimo que suponga que ha considerado lo que le conviene hacer en base a una libre deliberación racional. El condicionamiento absoluto de la voluntad originado por la dependencia patológica . . . impiden decidir 'libremente', y el Estado puede y debe interferir en la actividad de terceros que toman ventaja de, o fomentan, o en definitiva explotan estos estados, impulsando al que los padece a transitar por caminos irreversibles de ciertas formas de adicción que conducen, sin escalas, a una muerte omnipotente . . . Resulta pues incuestionablemente justo castigar al traficante, con fundamentos que no son aplicables al consumidor (arg. art. 83, Cód. Penal)."[13]

El artículo del Código Penal citado es el que castiga la asistencia al suicidio. El argumento, entonces, es que no se sanciona penalmente al que intenta suicidarse (tampoco, claro está, al que lo logra), pero sí al que lo asistió o instigó. Lo mismo, según Petracchi, se aplica a la droga.

Petracchi también recurre a esta imagen del consumidor cuya voluntad está afectada para refutar el argumento que pretende conectar la persecución del consumo con la de la venta. Dice el magistrado: "Aducir que el castigo al consumidor permite disminuir la demanda y, en consecuencia, el negocio del traficante, importa tanto como afirmar que proteger la vida es contribuir a crear las condiciones necesarias para la ejecución de

[13]*Bazterrica*, voto de Petracchi, considerando 17.

homicidios."[14] Como se puede apreciar, según esta analogía el comprador de drogas no es responsable de la transacción, sino que es meramente una víctima pasiva. Más aún, en este caso Petracchi ni siquiera está refiriéndose estrictamente al caso del adicto, sino que extiende la imagen de individuo sin voluntad a todos los consumidores de drogas. La idea, entonces, es que quien vende drogas debe ser castigado penalmente con dureza porque se aprovecha del estado de indefensión y falta de voluntad del consumidor para lucrar en su perjuicio.

En definitiva, según la doctrina dominante, existirían tres tipos de razones para penar al que suministra drogas (ya sea a título oneroso o gratuito): en primer lugar, esa acción perjudica a terceros porque fomenta o hace posible que esos terceros se causen un daño a sí mismos; en segundo lugar, penar la provisión es una forma de dificultar el acceso a la droga, y de esa manera permitir que el potencial consumidor lo piense dos veces antes de causarse un daño; en tercer lugar, el que vende drogas en realidad lucra perjudicando a un individuo cuya voluntad está afectada. El primero de esos argumentos justificaría también que se castigue a quien consume en público. El segundo, que se impongan estrictas medidas curativas, incluyendo tratamientos compulsivos. Todos ellos presuponen que el consumidor de drogas no es dueño de sus actos; es, antes bien, una víctima pasiva.

3. Algunos problemas

Un potencial consumidor de drogas que haya seguido la anterior discusión podría experimentar algún desconcierto. Por un lado, se le anuncia que la suya es una conducta

[14] *Bazterrica*, voto de Petracchi, considerando 18.

inherente a su derecho a la autonomía, y que en consecuencia está protegida constitucionalmente frente a toda interferencia jurídica. Por el otro, se encuentra con que solo puede consumir drogas en privado, porque si no corre el riesgo de ser encarcelado; y que debe conseguir la droga en un mercado ilegal dominado por mafias, con todos los riesgos y costos que ello implica, pues toda forma de provisión merece un duro reproche penal. Más aún, como el Estado tiene el deber de incautar toda mercancía que ha sido ilegalmente adquirida, si encuentra a un consumidor con droga, necesariamente debería privarlo de ella y proceder a su destrucción. De hecho, nuestro sorprendido consumidor descubrirá que pocas conductas son perseguidas por el aparato de punición penal con tanto ahínco como la provisión de drogas.[15] Tal vez encuentre algún consuelo en que la droga de todas maneras se consigue, pero no podrá olvidar que ello es así a pesar del Estado, que destina vastos recursos para evitar que así sea.

Según Nino, el consumo de drogas puede ser considerado una parte central del plan de vida de un individuo; por ello se justifica que se respete la decisión del sujeto de autoinfligirse un daño y que se toleren los eventuales perjuicios que ello genere a terceros (por ejemplo, a quienes dependen del sujeto o están vinculados afectivamente a él). Pero, entonces, ¿cómo entender la batería de medidas que, se nos dice, el Estado puede válidamente adoptar para interferir con el consumo?

---

[15]Véase Informe del Ministerio Público de la Nación, nota 6 supra. Nótese que no estoy computando como una consecuencia de la doctrina vigente que, según surge de este informe, aún hoy el 54% de todas las causas penales iniciadas en la Nación lo son por tenencia de drogas para consumo personal. Obviamente, este hecho debería intimidar al potencial consumidor y llevarlo a dudar de que el Estado de hecho no interfiere con la conducta en cuestión, pero la razón por la cual no estoy atribuyendo esta consecuencia a la doctrina vigente es que, en definitiva, se trataría de una anomalía que potencialmente podría ser corregida. En otras palabras, me estoy concentrando en los efectos que necesariamente se siguen de la doctrina de la Corte, no en sus desviaciones o fallas de implementación.

Como vimos, Nino recurre a la idea de debilidad de la voluntad para justificar que se dificulte el acceso a la droga y así el potencial consumidor se vea forzado a meditar su decisión. Sin embargo, la desproporción entre tal objetivo y las medidas que de hecho Nino tolera o propicia es tan grande que el argumento pierde sustento. ¿Cómo es posible que la única forma de realizar una conducta autónoma, que forma parte del plan de vida del agente, sea violando la ley para conseguir drogas en el mercado negro? Parece especialmente problemático que esa sea la implicancia de la posición de Nino al respecto, dado su compromiso con el respeto a la ley y su crítica general a la anomia argentina.[16]

La tensión es evidente. Por un lado, el acto de drogarse aparece como una decisión autónoma de quien persigue su plan de vida, y por ende se encuentra al margen, merced al artículo 19, de toda interferencia estatal. Por el otro, nos encontramos frente al consumidor retratado como alguien cuya voluntad está afectada, sin libertad para decidir por sí mismo, no ya el sujeto de su propia vida sino el objeto de los perversos planes de otros que le proveen drogas. Si esta segunda imagen fuera un adecuado reflejo de la realidad, poca cabida debería tener el artículo 19 en nuestro análisis. Cobraría cuerpo, en cambio, la idea de víctima, a la que la Corte ciertamente recurre,[17] pero ella solo tendría sentido una vez que hubiéramos renunciado a la idea de agente autónomo, y por ende a la protección derivada del artículo 19.

Esta tensión se torna más manifiesta cuando analizamos los argumentos esgrimidos para justificar la punición del convite y las conductas que fomentan el “contagio”, en

[16]Esta paradoja acertadamente me la hizo notar Sergio Giuliano. La posición de Nino respecto de la anomia argentina puede verse en *Un país al margen de la ley* (1992).
[17] Ver *Arriola*, considerando 19 del primer voto.

particular la acción de consumir droga en público. Recordemos que tanto Nino como la Corte, más allá de los matices en los votos de los distintos jueces, se esfuerzan por diferenciar el consumo en privado del consumo en público. Ahora bien, si la persona puede autónomamente decidir si consume droga o no, ¿por qué menospreciar su capacidad de decidir autónomamente si acepta o no el convite? ¿Por qué tenerle tanto miedo al contagio y la imitación cuando estamos entre personas adultas que autónomamente deciden qué hacer con sus vidas? Al fin y al cabo, suponer que el mero hecho de que Juana le ofrezca droga a Pablo o consuma delante de él es suficiente para que Pablo a su vez decida drogarse sugiere que Pablo no es digno de ser tratado como una persona autónoma; pero si esto es así, mal podríamos invocar el derecho a la autonomía para proteger, luego, su acción de drogarse.

En definitiva, y para tomar la terminología de un colega, ¿debemos tratar a los consumidores de drogas como agentes o como pacientes?[18] El derecho a la autonomía presupone lo primero; el castigo penal de la venta, el convite y el consumo en público, así como los tratamientos compulsivos, lo segundo. Nino y la Corte oscilan entre ambas imágenes, lo cual no parece sostenible.

4. **¿Despenalización o derecho?**

La Constitución destina distintos niveles de protección a las conductas humanas dependiendo de su impacto sobre los intereses de los demás, la importancia para el sujeto que las realiza y su conexión con distintos valores constitucionales. El nivel más

[18]Markovits, “How Much Redistribution Should There Be?”, 112 YALE L. J. 2291, 2307-09 (2003).

bajo de protección consiste en consagrar un derecho a no ser castigado penalmente por realizar la conducta en cuestión. Pero no castigar penalmente no es lo mismo que autorizar. En este sentido, la ausencia de castigo no necesariamente significa que el Estado deba proteger la conducta frente a interferencias de terceros, y mucho menos que deba facilitar o incluso garantizar su realización; solo significa que la Constitución prohíbe que esa conducta reciba un castigo penal. Los fundamentos de esa mínima protección pueden ser variados. En general, se vinculan con que esa conducta, aunque indeseable, no es suficientemente reprochable, o con que la pena resultaría inútil, incluso contraproducente.

Se podría pensar que es bajo esa luz que debemos interpretar a la Corte en *Arriola* cuando, crípticamente, afirma (y, literalmente, subraya) que esta decisión "de modo alguno implica legalizar la droga"[19]. Considerar que quien consume drogas no debe ir preso no implica comprometer al Estado con una mayor protección de la conducta en cuestión. Así, se podría decir, consumir drogas no es una conducta autorizada por la Constitución – es tan solo una conducta no punible.

Esta lectura explicaría por qué la Corte promueve las medidas intrusivas que describí en la anterior sección, al punto que, en *Arriola*, conmina al Estado a su adopción. Explicaría también por qué la Corte insiste en describir el consumo de drogas como una conducta deleznable, a la vez que remarca que la cárcel no sirve desde el punto de vista de la prevención penal[20] y, de hecho, profundiza "la enfermedad". Es decir, se trataría de una conducta indeseable, pero que no justifica la pena de cárcel.

---

[19] *Arriola*, considerando 27 del primer voto.
[20] Los fundamentos empíricos de *Arriola* son particularmente débiles. Como señalo en "El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema", ob. cit., la Corte pretende inferir del

Sin embargo, tal lectura sería incorrecta. Como dije, el argumento central de la Corte en esas decisiones es que el consumo de drogas está protegido por el derecho a la autonomía consagrado en el art. 19 de la Constitución. Ello implica mucho más que una mera despenalización, es decir, un derecho a no ser penado: se trata de una *autorización* –un derecho a hacer algo en particular, y a que el Estado, al menos en alguna medida, proteja tal conducta.

Para ilustrar el punto, supongamos que la conducta bajo análisis no fuera el consumo de drogas sino la interrupción de un embarazo producto de una violación, una cuestión que durante años motivó arduos debates en Argentina y que recientemente fue objeto de un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema[21]. Frente a esta conducta, podemos pensar que existen, potencialmente, tres formas de protección[22], de menor a mayor: como primera opción, no castigar penalmente a la mujer; como segunda opción, considerar que la mujer tiene un derecho a realizar esta conducta; como tercera opción, concederle un derecho a acceder *efectivamente* a esta conducta. En la primera opción, el presupuesto es que la conducta es reprochable e indeseable, pero no lo suficientemente grave como para que la mujer vaya presa. Si así fuera, nada impediría que el Estado persiguiera penalmente, por ejemplo, a los médicos intervinientes. En el otro extremo, en la tercera opción, el presupuesto es que es deseable que la mujer que así lo desea

---

hecho de que el consumo y la venta hayan aumentado a pesar de la prohibición que ésta no es defendible en términos "consecuencialistas". Obviamente, para determinar si la prohibición tuvo impacto o no, no alcanza con saber que el consumo y la venta aumentaron: la gran pregunta es qué habría pasado *sin* la prohibición. La Corte no hace ningún esfuerzo por contestar esto. Como surge del presente trabajo, no creo que esa pregunta sea decisiva, pero no puedo dejar de notar la debilidad analítica de *Arriola* en este punto.

[21] "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13 de marzo de 2012.

[22] En realidad, las formas de protección no encajan cómodamente en tres categorías, sino que se trata de un continuo mucho más fluido, como más adelante explicaré. Utilizo aquí este esquema de tres opciones solo para enfatizar las diferencias que podrían plantearse entre uno y otro nivel de protección.

efectivamente pueda interrumpir el embarazo en las circunstancias apuntadas, y por ende el Estado debe proveer los medios –atención médica pública– para que así sea.

El segundo supuesto obviamente está en el medio. No llega a ser una garantía de acceso efectivo, y por eso no implicaría comprometer al Estado con la provisión de servicios médicos gratuitos, pero parece innegable que el Estado de todas maneras debería abstenerse, por ejemplo, de sancionar penalmente al médico interviniente y posiblemente también debería regular de forma restrictiva la facultad de los médicos de oponer una objeción de conciencia.[23] Obviamente, ninguno de los dos planteos –que en tales casos no se persiga a los médicos que practican abortos y que se restrinja su facultad de oponer una objeción de conciencia– tendría sentido si nos hallásemos en el primer escenario, esto es, la mera despenalización de una conducta indeseable. Una vez que se reconoce que nos hallamos frente a una conducta protegida por un derecho, podremos debatir si se trata de un derecho más débil o más fuerte, pero ciertas cosas deberían quedar fuera de discusión.

En este sentido, si bien no se sigue de la existencia de un derecho que debamos abrazar la tercera opción, el Estado como mínimo deberá abstenerse de adoptar medidas que impidan u obstaculicen sustancialmente la realización de la conducta que ese derecho protege. Reconocida la existencia de un derecho a abortar en ciertas circunstancias, no se puede convalidar que el Estado sancione penalmente a quienes realizan las conductas que son instrumentalmente necesarias para el goce de tal derecho; concretamente, como dije, no podría penarse a los médicos y otros profesionales de la salud intervinientes en esa práctica.

[23] Véase Marcelo Alegre, “Opresión a conciencia”, SELA 2009.

El paralelismo con el consumo de drogas es claro. Si se entiende que existe un derecho a consumir drogas amparado por la autonomía, no puede penarse la provisión de drogas, que es instrumentalmente necesaria para realizar la conducta tutelada por ese derecho. El hecho de que la droga de todas maneras se consiga no es una respuesta válida para el Estado, ya que ello es así a pesar de sus intentos por evitarlo. Más aún, mal podría pensarse que el Estado protege adecuadamente este derecho si obliga al consumidor a recurrir al mercado ilegal como único medio de acceder a la droga. Existe, es verdad, la posibilidad de cultivar la propia droga, pero esa actividad es hoy ilegal, y no es una opción factible para muchos consumidores, ni siquiera en el caso de la marihuana.

En la misma línea, si tengo un derecho a consumir drogas como parte de mi autonomía, esto necesariamente debería implicar que tengo un derecho a que el Estado no confisque las drogas en mi poder que planeo consumir; pero, como dije, no es otra la consecuencia de prohibir la venta, ya que el Estado tiene el deber de incautar la mercadería ilegalmente adquirida. Sostener que existe un derecho a consumir droga, a la vez que se incauta y destruye la sustancia que hace el consumo posible, sería, cuanto menos, una hipocresía.

Es importante insistir en que el reconocimiento de la existencia de un derecho no implica necesariamente que el Estado deba garantizar el acceso efectivo a su goce por parte de quien no cuenta con los recursos materiales necesarios. Algunas décadas atrás, esta distinción se habría planteado en términos de derechos negativos vs. derechos positivos. Tal marco conceptual ha perdido popularidad; hoy parece más feliz decir, con

Holmes y Sunstein, que todos los derechos son positivos.[24] Sin dudas, esto es en más de un sentido verdadero, pero ello no debería llevarnos a olvidar que solo en algunos casos el Estado debe efectivamente garantizar el acceso al goce de un derecho, mientras que en otros cumple su deber constitucional haciendo menos que eso. Como en todo caso que involucre la asignación de recursos escasos, se debe analizar cuán importante resulta el acceso a ese derecho a la luz de los ideales constitucionales involucrados.[25] Por ejemplo, el derecho a la educación, por su conexión con la democracia[26] y la igualdad estructural de oportunidades[27], claramente implica tal deber, pero nada de lo que he dicho hasta aquí debería llevarnos a pensar que ello también es así en el caso del consumo de drogas. No creo que exista un derecho a que el Estado provea drogas gratuitamente o de otra forma subsidie el acceso a ella. Sin embargo, parece innegable que el Estado no está honrando su deber de proteger el derecho en cuestión si prohíbe la conducta que constituye un antecedente necesario de su goce, es decir, la provisión de droga.

Por esta razón, la prohibición penal de la provisión de drogas resulta incompatible con la protección del consumo sobre la base de un derecho a la autonomía. Sin embargo, hasta ahora me limité a señalar que la Corte y Nino reconocen tal derecho; es tiempo de evaluar críticamente si les asiste razón en este punto. ¿Podemos, en efecto, considerar que existe un derecho a consumir drogas como parte de la autonomía personal? La siguiente sección analiza esta cuestión.

---

[24] Véase Holmes y Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* (1999).
[25] Discuto esta cuestión en *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (2008).
[26] Véase el voto en disidencia de Thurgood Marshall en el caso San Antonio v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).
[27] Grosman, Escasez e igualdad.

5. La autonomía del consumo

Las razones para dudar de que el derecho a la autonomía pueda tutelar el consumo de drogas provienen de los propios argumentos que Nino y la Corte ofrecen para justificar el castigo de la provisión y el consumo en público, y que dan lugar a la situación paradojal descripta. El derecho a la autonomía presupone la existencia de un agente que sea dueño de sus actos y que elija con un razonable grado de libertad su plan de vida. Mal podríamos considerar libre la conducta de un autómata sin voluntad que no es el sujeto de su vida, sino el objeto de los designios ajenos. En otras palabras, si la imagen del consumidor de drogas a la que recurre Petracchi para defender la punición de la provisión fuera verosímil, la autonomía personal no podría ser el derecho involucrado en este caso.

En realidad, ni siquiera haría falta que nos hallásemos frente a un adicto con su voluntad severamente restringida para que el recurso a la autonomía pareciese inapropiado: bastaría con que la conducta en cuestión, aunque en sí misma libre, tuviera por efecto una limitación sustancial de la autonomía futura.En efecto, quienes entienden que la autonomía es un valor insoslayable reconocen que ello no obsta a restringir ciertas conductas que, aunque son en sí mismas autónomas, tienden a cercenar la propia autonomía futura de manera significativa, en especial si lo hacen de manera irreversible. Esta es la razón por la cual los liberales en general se oponen a permitir que una persona libremente elija esclavizarse.[28] Si se quiere un ejemplo más actual, el argumento se

[28] El clásico argumento liberal al respecto puede encontrarse en John Stuart Mill:
"By selling himself for a slave, he abdicates his liberty; he foregoes any future use of it beyond hat single act. He therefore defeats, in his own case, the very purpose which is the justification of allowing him to dispose of himself.... The principle of freedom cannot require that he should

podría aplicar a la decisión autónoma de renunciar en forma irrevocable a la facultad de disolver un vínculo matrimonial.[29] En estos casos, habría razones de peso para creer que el principio de autonomía no solo no protege las conductas en cuestión, sino que de hecho autoriza a restringirlas. Limitar la libertad puede ser, en ocasiones, una manera de protegerla.[30]

Por ello, no solo en el caso de que la conducta no sea libre por efecto de las drogas, sino también cuando parezca verosímil que la droga restringirá significativamente la libertad futura, los argumentos basados en el derecho a la autonomía perderán asidero. El derecho a la autonomía presupone que el agente actúa con suficiente grado de discernimiento como para que podamos atribuirle la conducta como propia en un sentido relevante. El argumento utilizado por la Corte argentina para sancionar la provisión de drogas, en cambio, presupone precisamente lo contrario: que el consumidor es una especie de autómata sin voluntad.

Sin embargo, no hay razón para limitarse a una sola de las dos imágenes para retratar al consumidor de drogas. Es posible que ambas sean en alguna medida aplicables, por la sencilla razón de que se refieren a situaciones distintas. La imagen del autómata sin libertad de elección alude al adicto cuya voluntad, por así decirlo, ha sido secuestrada por la droga. Si bien, como dije, no tiene ningún sentido hablar de autonomía en tal caso, esta situación extrema no puede generalizarse a todos los consumidores de drogas.

---

be free not to be free. It is not freedom to be allowed to alienate his freedom". (*On Liberty*, 1859, p. 158).

[29] Ver al respecto "Sisto y Franzini s/ información sumaria", Fallos 321: 92. De modo similar, en el caso *Sejean* (1986), la Corte defendió la posibilidad de equivocarse como fundamento del derecho a divorciarse, que por aquel entonces no estaba previsto en el régimen matrimonial argentino.

[30] El clásico argumento al respecto en materia de libertad de expresión es el de Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996).

Muchos de ellos probablemente se ajusten mejor a la otra imagen, la del agente autónomo que decide con razonable libertad consumir drogas como parte de su plan de vida.[31]

Más aún, las imágenes aplicables al consumidor bien podrían ser muchas más de dos, ya que parece equivocado pensar que la cuestión de la autonomía se define "a todo o nada". La autonomía es una cuestión de grados. El acto de drogarse puede ser, según el caso concreto, una conducta más o menos voluntaria, y la protección constitucional fundada en el derecho a la autonomía debe variar de manera acorde.

Ahora bien, para que esta distinción de grados pueda plasmarse en regulaciones concretas, es necesario que exista un indicador idóneo para identificar cuán libre es la decisión de consumir una droga y en qué medida ello afectará la libertad futura del agente. Creo que esto se puede lograr de manera razonablemente precisa atendiendo a la droga de la que se trata.

Explorar en detalle las características de las distintas drogas excedería holgadamente el marco de este trabajo. Me limitaré a señalar, sin embargo, que la evidencia empírica sugiere con alguna contundencia que los consumidores de marihuana no sufren adicción ni alteraciones cognitivas duraderas.[32]Al menos en el caso de esta droga, entonces, parece claro que no hay razones suficientes para presumir de manera general que el consumidor tiene o tendrá su libertad de decisión afectada por efecto de la droga, y en

[31]Como señala Neil Levy, "El agente ideal, aquel que desea sólo lo que juzga que debe desear, puede ser un agente ideal… pero no tenemos que aspirar a esos estándares para considerarlo autónomo" Levy, "Autonomy and Addiction", Canadian Journal of Philosophy, Vol. 36, No. 3, September 2006. Traducido por el autor.

[32]Véase Zimmer y Morgan, *Marijuana Myths, Marijuana Facts*, citado en Husak, "Liberal Neutrality, Autonomy, and Drug Prohibitions", Philosophy and Public Affairs, vol. 29, no. 1 (Winter 2000), p. 72.

consecuencia no se justifica excluirlo de la protección plena del derecho a la autonomía, con todo lo que eso implica. Acaso solo en el caso de los opiáceos pueda afirmarse que el síndrome de abstinencia es de suficiente intensidad como para remitirnos a la imagen del autómata sin voluntad presentada por Petracchi, pero no hace falta llegar a esa instancia extrema para considerar que la autonomía se encuentra afectada.[33]

En cualquier caso, del hecho de que la conducta no encuadre en el derecho a la autonomía no se sigue que el castigo penal resulte justificado. En este sentido, el art. 19 no protege solamente las acciones autónomas, sino que alcanza una categoría más amplia: las acciones privadas, entendidas como aquellas que no perjudican a terceros. Las acciones que además de privadas son autónomas están protegidas, como dice Nino, frente a toda interferencia estatal; pero las que son privadas pero no autónomas, o son menos autónomas, no gozan de una protección tan amplia. Por ello, a medida que el grado de autonomía de la acción decrece, ella es susceptible de ser objeto de una creciente interferencia.

En el nivel más bajo de protección se encuentra la despenalización: como mínimo, toda acción privada, es decir, toda acción que no perjudica a terceros, está protegida frente al castigo penal. En efecto, el art. 19 no tolera que una acción que no perjudica a terceros sea castigada con la más severa de las intervenciones estatales. Sin embargo, otro tipo de interferencias podrían estar justificadas, en la medida en que ellas se vinculen con el cumplimiento de deberes estatales determinados. En la próxima sección analizaré en qué podrían consistir tales deberes; concretamente, en qué casos se justifica que el

[33]Husak, ob. cit., p. 73. Para una discusión general del impacto de las drogas sobre la autonomía, véase Levy, ob. cit., y Foddy y Savulescu, “Autonomy, Addiction and the drive to Pleasure: Designing Drugs and Our Biology: A reply to Neil Levy”, Bioethics, Vol. 20, No. 1, 2006.

Estado imponga restricciones que, sin ser tan graves como el castigo penal, de todas maneras afecten la capacidad del sujeto de llevar adelante una acción privada.

6. El deber estatal de preservar la salud

¿Comprende el derecho a la autonomía un derecho a suicidarse o dejarse morir? Los fundamentos de *Bazterrica*, a los que *Arriola* remite, sugieren que sí, pero tal aseveración nunca fue sostenida por la Corte argentina como *holding* de una decisión. En 1993, en el caso *Bahamondez*,[34] la Corte precisamente se vio enfrentada a esta cuestión, pero optó por no tratarla. En ese caso, se planteó la situación de un Testigo de Jehová que se rehusaba a recibir una transfusión de sangre. Como esa actitud probablemente llevaría al paciente a la muerte, el hospital interviniente recurrió a los jueces para que éstos le dijeran si debía dejar que el paciente muriera o transfundirlo contra su voluntad manifiesta. Para el momento en que llegó a la Corte, el caso había devenido abstracto, ya que el paciente se había recuperado sin necesidad de ser transfundido. Ante esta situación, la mayoría de la Corte prefirió eludir un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, precisamente alegando que el caso era abstracto.[35] En disidencia, y argumentando que era necesario sentar jurisprudencia para casos futuros, algunos jueces optaron por dejar establecido que la voluntad del paciente debía ser respetada. El tema no volvió a ser tratado por la Corte. Una Cámara de

[34] Fallos 316:47.
[35] Este parece un claro ejemplo de la actitud "pasiva" elogiada por Bickel en *The Least Dangerous Branch*, y más recientemente por Sunstein, en su profusa defensa del minimalismo.

Apelaciones siguió en un caso similar (*Gallacher*[36]) la postura propiciada por la disidencia de respetar la voluntad del paciente de morir por sus convicciones.[37]

Los disidentes en *Bahamondez* y la Cámara en *Gallacher*, al pronunciarse a favor de respetar la voluntad del paciente, asignaron especial importancia al hecho de que quien rehusaba el tratamiento lo hiciera por razones religiosas. Mientras que para algunos jueces la relevancia del fundamento religioso de la decisión se vinculaba con la libertad de cultos, para otros la clave estaba en que en el caso no podían caber dudas de que la decisión era genuina –autónoma–pues se condecía con el proyecto de vida elegido por el paciente de manera general y estable. Bajo esta segunda interpretación, la convicción religiosa no era relevante en sí misma, sino como indicador de la robustez de la decisión del paciente. Esto parece estar en línea con lo sostenido precedentemente en el sentido de que cuanto más autónoma es la decisión, mayor protección constitucional merece. En los casos en los que la autonomía del sujeto está afectada de manera sustancial por el consumo de drogas, los argumentos tendientes a que el Estado permita que una persona realice conductas que dañan sustancialmente su salud son débiles. Según dije, la protección frente a "toda interferencia estatal" solo alcanza las acciones privadas y autónomas; a medida que la acción es menos autónoma, empieza a cobrar fuerza el deber estatal de proteger la salud.

El derecho a la salud ha sido la estrella de la justiciabilidad de los derechos sociales en Argentina a desde fines de los años 90, y los tribunales han insistido en reiteradas oportunidades en la existencia de un correlativo deber estatal de tomar acciones

[36] "Dr. Gallacher s/ autorización", Cámara Nacional Civil sala G, 1995. ED, 1995, 164-651.
[37] Cabe señalar que, en Gallacher, la paciente tenía dos hijos menores, circunstancia ésta que la disidencia en *Bahamondez* había señalado como relevante al citar precedentes estadounidenses, pero que justamente no se hallaba presente en los hechos del caso.

positivas para proteger la salud de los individuos, sea proveyendo medicamentos, financiando tratamientos –no solo en el país, sino también en el extranjero[38]–, remodelando hospitales o fabricando vacunas. Frente a un derecho tan robusto, parece claro que el Estado no puede mirar a un costado cuando una persona se está infligiendo un daño severo.

¿Qué es lo que el Estado debe hacer, entonces, en tal situación? Como dije antes, el resguardo constitucional de las acciones privadas prohíbe que una persona sea encarcelada en la medida en que su conducta no perjudique a terceros. Pero hay otras formas más leves de interferencia estatal que resultan no solo permitidas, sino incluso obligatorias. La intensidad de estas medidas dependerá de dos variables: el grado de autonomía del agente –que determina en qué medida el art. 19 protege la conducta– y el grado de daño que se está causando –que determina la intensidad del deber estatal de velar por la salud–.

Frente a una droga cuyo consumo encuadra en el derecho a la autonomía, el nivel de interferencia tolerado por el art. 19 debe ser similar al que se aplica al alcohol o al cigarrillo. Es decir, resultan permisibles restricciones severas a la publicidad y al lugar de consumo, campañas disuasorias o impuestos que encarezcan el acceso, pero posiblemente nada más que eso. La marihuana, como dije, entraría a mi juicio en esa categoría. En cambio, frente a drogas más dañinas y restrictivas de la autonomía, el grado de intervención estatal permisible, incluso exigible, es mayor. Esta intervención podrá consistir, según el caso, en el decomiso y destrucción de la droga, la prohibición

[38] Critico la decisión de considerar que el Estado debe financiar tratamientos en el extranjero en "El control de las políticas sociales", de próxima aparición.

de la provisión y, en los casos más graves de adicción, los tratamientos compulsivos de desintoxicación.

De hecho, en los casos más patológicos de drogadicción ni siquiera nos encontraríamos frente a una acción privada, pues por más que la conducta no viole los derechos de terceros, llegará un punto en que ella no pueda ser descripta válidamente como "acción". En efecto, el concepto de acción supone un grado de voluntad que el adicto extremo puede haber perdido. En tales supuestos, el art. 19 ya no parece aplicable. Sin embargo, creo que, aun descartada la protección del art. 19, existe un derecho "residual" a la despenalización que ampara el caso del adicto extremo. El fundamento de este derecho a la despenalización, como el de las medidas intrusivas permisibles en el caso de las formas de consumo menos autónomas, se halla en el derecho a la salud. Uno de los votos de *Arriola*, el de Carlos Fayt, nos da una pista en esa dirección. El argumento de Fayt es sencillo, y puede resumirse así: 1. El consumidor de drogas es un enfermo; 2. El Estado está obligado a velar por la salud de la población; 3. La cárcel no cura la enfermedad en cuestión, sino que la agrava. 4. Ergo, el Estado no puede encarcelar a los consumidores de drogas. Como dije, creo que es una generalización equivocada tratar a todos los consumidores de drogas como enfermos, pero es innegable que algunos –los adictos extremos– sí encajan en esta definición, y a ellos les resulta aplicable el argumento basado en el derecho a la salud. El adicto que consume irresistiblemente una droga que lo está matando tiene derecho a no ir a la cárcel, no porque haya un derecho a consumir la droga en tales casos –no lo hay–, sino porque su derecho a la salud impide que el Estado lo trate de esa manera.

Alguien podría pensar que, como es imposible distinguir en términos prácticos entre quien le vende a un adicto y quien le vende a un mero consumidor, es preferible prohibir la venta en general. Sin embargo, como dije antes, el problema de la adicción parece estar circunscripto a ciertas drogas. Nada impide que la venta de esas drogas sea prohibida penalmente. Al fin y al cabo, en tales casos no hay un derecho a la autonomía que proteja al consumidor, y por ende el Estado no tiene por qué abstenerse de dificultar el acceso a la droga en cuestión; más bien, todo lo contrario.

7. Conclusión

Los derechos, como los hijos y los libros, tienen vida propia. Cuando, en los turbulentos años 80, los académicos y jueces argentinos más liberales defendieron que el consumo de drogas no podía ser castigado penalmente, sentaron las bases de una interpretación de la Constitución que hoy, aunque no sin retaceos y detracciones, aparece como la dominante. Sin embargo, como argumenté en este trabajo, las implicancias de esa interpretación no son, necesariamente, las que sus primeros defensores vislumbraron. Si mi argumento es correcto, el artículo 19 –la "viga maestra del derecho argentino", según uno de los votos de *Arriola*[39]– tiene un alcance mayor al que hoy se acepta, y en conjunto con los otros derechos involucrados impone un panorama distinto al vigente.

Las particularidades de la regulación de la droga dependen de un análisis pormenorizado, que no incurra en generalizaciones innecesarias sobre las distintas drogas involucradas y se apoye en un robusto sustento fáctico. Aunque todo ello excede

[39] Voto de Zaffaroni, considerando 12.

el marco de este trabajo, vale la pena repasar en esta sección final las principales conclusiones a las que llegué. Ellas, a mi juicio, deberían determinar los principios rectores de tal regulación.

En algunos casos, el consumo de drogas es una conducta autónoma que, como tal, goza de la plena protección del derecho de autonomía. En principio, no encuentro razones para excluir el consumo de marihuana de esta categoría, ciertamente no de manera general. Esto implica no solo que la conducta no puede ser castigada, sino también que el Estado debe abstenerse de impedir o dificultar de manera sustancial su realización. El castigo penal de la provisión de la droga, en estos casos, resulta incompatible con ese mandato. Obviamente, nada impide que se adopten medidas restrictivas similares a las que se aplican al cigarrillo o al alcohol, y que incluyen limitaciones a los lugares y horarios de venta y la prohibición de venta a menores. Incluso resultarían admisibles, como en el caso del cigarrillo, restricciones sobre ciertas formas de consumo en público, no ya por temor al efecto contagio –que, según argumenté, no resulta una justificación válida salvo que presumamos una restricción en la autonomía del "contagiado"–, sino por consideraciones vinculadas con los efectos del humo sobre la salud de terceros.

En cambio, cuando las características de la droga de la que se trate permitan presumir de manera general que su consumo implica restricciones a la autonomía, la protección frente a la interferencia estatal decrecerá de manera acorde. El Estado tiene la obligación de velar por la salud de la población. En la medida en que la autolesión no obedezca a una decisión autónoma en la que el daño a la salud aparece como la consecuencia inevitable del plan de vida libremente elegido, el Estado deberá hacer lo posible por evitarla, dificultando el acceso a la droga y limitando las oportunidades de

consumo. En los casos más extremos, los tratamientos médicos compulsivos podrían resultar admisibles.

En ningún caso, sin embargo, el castigo penal del consumidor resulta constitucionalmente aceptable. Incluso cuando una droga restrinja la autonomía, su consumo estará amparado por el art. 19, no ya como acción autónoma, pero sí como acción privada que no perjudica a terceros. Aunque distintas formas de interferencia estatal sean compatibles con esta menor protección constitucional, no lo será el castigo penal, que es el máximo nivel de interferencia y que solo procede para las conductas que afectan seriamente a terceros.

Finalmente, habrá casos de consumo de drogas que ni siquiera encuadrarán en la protección propia de las acciones privadas, porque el grado de adicción profunda del consumidor impedirá que podamos considerar que el acto de consumo es “acción” en un sentido relevante. Se trataría, en este caso (pero solo en este caso), del autómata de Petracchi. Una vez llegados a este extremo, y descartado el art. 19, las razones que invalidan recurrir a la cárcel se desprenden del deber estatal de proteger la salud de la población. Estas razones, que ya aparecían frente a los casos de restricción moderada de la autonomía, se tornan imperiosas en el caso del autómata. Sería un error, sin embargo, generalizar a partir de la excepción, y que ella modele la regulación de un fenómeno tan complejo y rico en matices como es el de la droga.