

5315-D-2016 ESTUPEFACIENTES - LEY 23737 -. MODIFICACIONES, SOBRE
DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA USO PERSONAL. 19/08/2016

El Senado y Cámara de Diputados...

MODIFICACIONES AL REGIMEN LEGAL DE ESTUPEFACIENTES (LEY 23737).
DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA USO PERSONAL

Artículo 1°.- Sustitúyase el ante último párrafo del artículo 5 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

En el caso del inc a) cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, el hecho no será punible.

Artículo 2°.- Derógase el artículo 14.

Artículo 3°.- Modifícase el artículo 15 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 15 — Las hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no serán consideradas estupefacientes a los fines de esta ley

Artículo 4°.- Modifícase el artículo 16 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 16: Cuando el condenado por cualquier delito dependiera física o psíquicamente de estupefacientes tendrá derecho a acceder a un tratamiento adecuado, siempre que prestare consentimiento para ello. En ese caso, el Juez determinará, previo dictamen de peritos especialistas en la materia; cual será el tratamiento más adecuado, como la terapia individual -con o sin acompañamiento terapéutico-, el hospital de día o la internación, considerando que la internación compulsiva es el último recurso a implementar cuando esté en riesgo su integridad.

Artículo 5°.- Deróganse los artículos 17 y 18 de la ley 23.737.

Artículo 6°.- Modifícase el artículo 19 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 19 — La medida de seguridad que comprende el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, prevista en el artículo 16 se llevará a cabo en establecimientos adecuados que el tribunal determine de una lista de instituciones bajo conducción profesional reconocidas y evaluadas periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y que será difundida en forma pública.

El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso.

Cuando el tratamiento se aplicare al condenado su ejecución será previa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena. Respecto de los procesados, el tiempo de tratamiento suspenderá la prescripción de la acción penal.

El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación del artículo 16.

Artículo 7°.- Deróganse los artículos 20, 21 y 22 de la ley 23.737.

Artículo 8°.- De forma

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El Artículo N°19 de la Constitución Nacional 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 1974 se sancionó la Ley N°20.771 que estableció penas de prisión a todo tenedor de estupefacientes, incluso aunque aquéllos estuvieren destinados a uso personal. En 1978, la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo "Colavini" que rechazó la inconstitucionalidad la Ley N°20.771, argumentando que la tenencia de narcóticos para uso personal no constituiría acciones privadas de las personas, suponiendo que este comportamiento, aún en ámbitos privados, afectaría el orden y moral pública.

Tras la restauración democrática, en agosto de 1986, la Corte Suprema de Justicia dictó los fallos "Bazterrica" y "Capalbo", declarando la inconstitucionalidad de la punibilidad sobre la tenencia de estupefacientes. La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuestionó, un año después en la causa "Bernasconi", el Art. 6° de la Ley N°20.771, discriminando la punibilidad, según la cantidad de estupefacientes y las circunstancias de cada caso.

En este marco de discusión interpretativa sobre la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal, en el año 1989 se sancionaría la Ley que aún hoy en día regula esta cuestión. En efecto, la Ley N°23.737, lejos de proponer nuevos enfoques sobre esta problemática, incrementó los topes

punitivos para la comercialización de narcóticos (entre los cuatro y los quince años de prisión); los mantuvo para la tenencia (de uno a seis años de prisión); y fijó, entre un mes y dos años de prisión, la pena para cuando surgiera inequívocamente que la tenencia fuera para consumo personal.

En el año 1990, un nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia, revirtió los criterios que estaban marcando fallos como los "Bazterrica" y "Capalbo", retomando en la causa "Montalvo" la tradicional doctrina punitiva de las leyes de estupefacientes o la establecida años antes en la causa "Colavini".

Finalmente, en un nuevo giro, en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia declaró por unanimidad la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley N°23.737, retomando los criterios ya establecidos en el fallo "Bazterrica", fundándose los criterios de dicho fallo en los principios consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Así, en Agosto del 2009 la Corte Suprema en la Causa Arriola por un lado declara la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que establece como delito penal la tenencia de drogas para consumo personal y por otro lado exhorta "a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país".

Allí, además, señala que "...han pasado 19 años de la sanción de la Ley 23.737, y 18 de la doctrina "Montalvo" ... La extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido".

En este contexto, se elabora el presente Proyecto de Ley que se justifica en la anacronicidad y disfuncionalidad de la Ley de Estupefacientes N°23.737 en todos los aspectos que pretende regular.

La misma persigue judicialmente a miles de ciudadanos que en el peor de los casos muestran un comportamiento problemático en torno al consumo de una miríada de sustancias muy distintas, englobadas en la categoría de "estupefacientes". Al criminalizar el consumo y al consumidor fomenta la creación de mercados negros de estas sustancias y en consecuencia la formación de redes criminales que operan en ellos. Finalmente, esta norma, al promover las actividades narco-criminales, estimula la violencia asociada a la dinámica propia de los mercados ilícitos.

Del relevamiento integral de las causas iniciadas en la Justicia Federal de todo el país como infracciones a la Ley de Estupefacientes (Ley 23.737) en el año 2015, surge que el 38% de ese total son causas por tenencia para consumo personal,

mientras que el 35% corresponden a comercialización. Esto significa llanamente que hoy por hoy el mayor esfuerzo de las fuerzas de seguridad y de la Justicia, al menos medido mediante este indicador, se encuentra enfocado en la persecución de consumidores.

La reciente declaración de Ministros y Ministras de América Latina y el Caribe en la ciudad de Santo Domingo (dirigida a UNGASS 2016), recomendó promover “la facultad que tienen los Estados de formular sus propias políticas de drogas a partir de sus realidades, promoviendo y garantizando el acceso, sin restricción alguna, a la prevención, a la atención integral, el tratamiento, la rehabilitación y a la reintegración social de la persona”. No se entiende por qué después de tantos años de frustración, sangre y fracasos, se sigue transitando un camino que se ha mostrado invariablemente equivocado. Como precisamente sugiere el ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, “las drogas han destruido muchas vidas, pero las malas políticas de gobierno han destruido muchas más”.

Alguna vez Albert Einstein describió a la locura como “hacer lo mismo una y otra vez esperando resultados diferentes”. Repetir fórmulas que han fallado una y otra vez en un lapso temporal ciertamente largo, esperando de ello obtener un resultado exitoso, no resiste la menor verificación lógica.

Proponer un cambio paradigmático y analizar y ensayar nuevos encuadres para estos viejos problemas, no implica proponer livianamente una sociedad que acepte acríticamente las drogas. Suele descalificarse a estos nuevos enfoques – a veces arteramente – como ingenua y negligentemente abolicionistas. Nada más alejado de la realidad. El punto de partida es, por el contrario, un estricto análisis costo-beneficio del statu quo.

Del mismo modo que el abuso de drogas lícitas como el alcohol y el tabaco entrañan un costo y un daño en términos sanitarios y sociales; cabe esperar que la despenalización del consumo de otras drogas (hoy ilícitas) también lo tenga. Por ello resulta un ejercicio muy adecuado, entre otras cosas para el diseño de políticas públicas, mensurar los costos sociales de las drogas legales y los que devendrían de la regulación de algunos aspectos de algunas que hoy día son ilegales.

El punto es el siguiente: no está ni bien ni mal per se adoptar un enfoque más prohibicionista o más abolicionista en torno al problema de las drogas. Sin embargo, tomar una determinada postura desconociendo los beneficios y costos de uno u otro encuadre solo puede ser calificado como negacionista; además de que no existen fundamentos serios y verificables –como pareciera ocurrir en base a la experiencia recogida desde la vigencia de la norma que aquí se viene a modificar- respecto de la conveniencia de recurrir al derecho penal, se estarían violando principios que se derivan de un Estado Democrático de Derecho como ser el reconocimiento de que el derecho penal es refractario, de última ratio y de mínima intervención.

Continuando con el razonamiento esbozado, resulta central, entonces, no perder de vista que algunos de los efectos más deletéreos de las drogas no son producto

de su consumo por parte de un sector de la sociedad, sino un efecto directo de su condición ilícita. Los niveles de violencia por el control de los canales de comercialización; los “soldaditos” y los “tranzas”; la corrupción policial y política; el desplazamiento de campesinos y pueblos originarios; el lavado de activos ilícitos; entre otros, son fenómenos que sólo pueden explicarse por el carácter ilícito de estos mercados, al igual que los altísimos niveles de rentabilidad asociados a la comercialización de esas sustancias.

Es preciso asumir que la mejor política contra el narcotráfico es aquella que protege la seguridad, la integridad y el desarrollo de todos los ciudadanos, especialmente de aquellos que por su situación de vulnerabilidad social y económica puedan llegar a ser presa fácil de redes criminales de toda índole. La preservación de la democracia y el Estado de derecho también tienen que ser el foco en el diseño de políticas públicas y estrategias de acción frente a emporios criminales con la capacidad e incentivos de corromper y co-optar policías, jueces y políticos.

Por ello, en este proyecto se establece expresamente que no serán punibles las conductas realizadas orientadas al consumo personal, como por ejemplo la siembra y el cultivo; derogándose el artículo 14, que establece una pena de prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes para “el que tuviere en su poder estupefacientes”, y una pena de un mes a dos años de prisión “cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

Por otro lado, también se propone la modificación de los artículos 16 y 19 y la derogación de los artículos 17, 18, 20, 21 y 22 de la ley 23.737, de forma tal que el “tratamiento” del consumidor deje ser obligatorio y se transforme en un derecho, siendo su consentimiento la clave para acceder al mismo. A su vez, para que no se aplique siempre y de manera automática un mismo tratamiento con independencia de las particularidades del caso, sino que con la intervención de expertos deba decidirse cuál es el tratamiento más adecuado en cada supuesto. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, recogiendo las pautas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y pronunciamientos de la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y luego de recordar también toda la legislación nacional, sostuvo: “Que dicho marco normativo –tanto nacional como supranacional – permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación y volverla ilegítima e) derecho a la continuidad del

tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva, que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de áquel y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición” (cf. CSJN, R.N.J” s/Insania del 19/2/08. En el mismo sentido” Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/GCBA s/Amparo (Art. 14 GCABA) Causa Nro. Exp.23262/0 – 17/2/2009).

Allí claramente se entendió que los casos en que el consumo problemático de sustancias legales e ilegales requieran necesariamente de un tratamiento con o sin internación, éste siempre le será brindado teniendo en cuenta su condición de sujeto de derecho acreedor al más alto nivel posible de salud, mediante prácticas reconocidas y supervisadas por la autoridad sanitaria.

Por ello, en considerandos sucesivos la Corte dejó sentado que: “1.- El debido respeto a los derechos enunciados (en el considerando) debe extremarse durante el transcurso de las medidas de internación. 2.- Toda internación involuntaria en los distintos supuestos en que un juez puede disponer un encierro forzoso debe, a la luz de la normativa vigente, sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una enfermedad mental susceptible de internación, en tanto en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes, para esa persona o para terceros o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente. 3.- La razonabilidad de la internación depende de su legitimación. 4.- De resolverse la implementación de una medida de internación, ésta debe durar el tiempo mínimo e indispensable, en razón de ser un tratamiento restrictivo que debe presentarse como última opción, dejando sentada la regla de la libertad del paciente. 5.- La medida de la privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. 6.- Apenas han cesado las causas que determinaron la internación, el paciente tiene el derecho al egreso, sin que ello implique dar por terminado su tratamiento, ya que el mismo puede optar por continuarlo, conforme es su derecho” (cf. DOCUMENTO OFICIAL DEL COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR EN MATERIA DE CONTROL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y CRIMINALIDAD COMPLEJA SOBRE LOS USUARIOS DE DROGAS Y LAS POLÍTICAS PARA SU ABORDAJE, publicado en

http://www.comunidadessegura.org.br/files/declaracion_comite_cientifico_argentina.pdf).

A su vez, para garantizar el enfoque de derechos y abordar las diferentes dimensiones que abarca del problema, a la hora de definir un tratamiento debe garantizarse un enfoque interdisciplinario que conjugue la dimensión sanitaria, la dimensión subjetiva y la dimensión social del problema. Así, estas situaciones de consumo problemático de drogas deberían analizarse desde el triángulo conformado por Las Drogas-Los Sujetos-Los Contextos, evitando así la cosificación del paciente, donde todas las respuestas a la cuestión están del lado de la eficacia de la sustancia.

A tales fines se elaboró la “Guía de orientación a la magistratura para la adecuada atención de personas consumidoras de sustancias psicoactivas / dirigido por Miguel Arnedo” (cf. 1a ed. - Buenos Aires : Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010; elaborada por LA COMISION INTERDISCIPLINARIA DE EXPERTOS EN ADICCIONES, publicada en

http://www.fmed.uba.ar/depto/toxico1/guia_magistratura.pdf). Allí, se establece que el objetivo es “contribuir con un tratamiento que promueva que el sujeto tome la palabra, pase de la queja por padecer esa adicción a la responsabilización de ese acto por el cual padece, implicándose así subjetivamente. Resulta importante en este sentido, que los dispositivos públicos con ofertas diversas de tratamiento, tomen en cuenta no sólo la accesibilidad a los mismos sino también la aceptabilidad de parte de los mismos usuarios de drogas que tomen contacto”.

“No se debe calificar a los dispositivos de tratamiento como unos mejores que otros. La singularidad clínica establecerá, de acuerdo a la aproximación diagnóstica, cual sería el dispositivo más adecuado para ese momento subjetivo del paciente. Por eso es importante desarrollar enfoques interdisciplinarios en la Evaluación Psiquiátrica y Psicológica que favorezcan la construcción del “Diagnóstico Presuntivo”, paso indispensable hacia una aproximación de la estructura clínica del sujeto”.

En este sentido, se establecieron una serie de recomendaciones tales como:

- Recomendamos que todas las personas en tratamiento y en todos los dispositivos, dentro de sus posibilidades, continúen o retomen la escolaridad primaria o secundaria, respetando la obligatoriedad de la enseñanza, en los ámbitos escolares usuales.
- Recomendamos abordar en todos los dispositivos de internación, medidas educativas sobre sexualidad y profilaxis de las enfermedades de transmisión sexual.
- Recomendamos que se ejecuten las medidas necesarias para que el tratamiento de personas con distintas identidades de género y orientaciones sexuales diversas, observe las disposiciones vigentes en materia de diversidad sexual, derechos sexuales y reproductivos.
- Recomendamos para asegurar la mejor calidad posible de atención y tratamiento, la capacitación continua de los profesionales involucrados en los

efectores de salud, así como de los referentes comunitarios que participan de la temática.

Por todos estos motivos es que vengo a presentar este proyecto de Ley.

FIRMANTES	
FIRMANTE	DISTRITO
GARRE, NILDA CELIA	CIUDAD DE BUENOS AIRES
DI TULLIO, JULIANA	BUENOS AIRES
GAILLARD, ANA CAROLINA	ENTRE RIOS
CONTI, DIANA BEATRIZ	BUENOS AIRES
PEDRINI, JUAN MANUEL	CHACO
MENDOZA, SANDRA MARCELA	CHACO