

## APUNTES CRÍTICOS RESPECTO DEL PROYECTO DE “LEY CONTRA EL PACO”

Mariano Fusero<sup>1</sup>

### ▪ INTRODUCCIÓN:

El 20 de diciembre de 2016, por iniciativa del Ministerio de Seguridad de la Nación, se ha presentado ante el Congreso Nacional un proyecto de ley -0042-PE-2016<sup>2</sup>- que tiene como objeto el agravamiento de las penas dispuestas en la ley 23.737, respecto de la fabricación, suministro, venta y tráfico de pasta base de cocaína, conocida localmente como “paco”. En el presente mes de marzo, y bajo el impulso del Presidente de la Nación en su discurso inaugural del año parlamentario, existen indicios de que dicho proyecto pueda recibir tratamiento en lo próximo.

Cabe circunstanciar dicha iniciativa en el contexto de un año electoral en donde las propuestas demagógicas-punitivas hacen mella en ciertos sectores de la sociedad. Se ofrecen soluciones simplistas y mágicas a una realidad compleja, utilizando para ello siempre las mismas fórmulas: señalamiento a los migrantes de países limítrofes; baja de la punibilidad de los menores de edad y aumento de penas para determinados delitos que son de cierta sensibilidad social.

En el presente texto, aportaremos una evaluación crítica respecto a dicha iniciativa, analizando algunas de sus premisas, fundamentaciones y articulado. El mismo tiene como objetivo brindar argumentos contrarios a la necesidad de mayor penalización a las conductas señaladas, cuya puesta en práctica siempre tiene los mismos destinatarios: consumidores y vendedores minoristas por subsistencia, quienes desarrollan tales conductas en contextos de exclusión social y ausencia de políticas estatales que no sean las de mayor represión y criminalización de la pobreza.

### ▪ CUESTIONES GENERALES:

▪ **Función disuasiva de la pena:** El proyecto de ley se sustenta en una premisa demostrada como falsa por la mayor parte de la criminología mundial: que el aumento de las penas disuade conductas disvaliosas (en dogmática penal, esto se llama *teoría de la prevención general negativa* que data del Siglo XVIII). Dicha fórmula es acientífica, motivo de

---

<sup>1</sup> Director del Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal -APP-.

<sup>2</sup> Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/44684-proyecto-ley-agravar-penas-fabricacion-venta-trafico-y-suministro-pasta-base>

que considera que la motivación delincinencial se basa en una relación costo beneficio respecto del acto cometido y la eventual pena a cumplir en caso de ser descubierto. No hay caso alguno en donde se compruebe dicho efecto, ya que las motivaciones por las cuales una persona comete un delito, son múltiples y no se condicen con la mera realización de un cálculo de costo/beneficio entre hechos y penas. Para dar un ejemplo reciente, se puede observar que los índices de femicidios y violencia de género no han disminuido a pesar de que las penas se hayan agravado en el Código Penal, contemplándose la figura agravada del femicidio con prisión perpetua. Son cuantiosos los ejemplos de agravamiento de penas y su inutilidad en los resultados de los índices de criminalidad, aunque se insista con dichas fórmulas.

▪ **Desproporcionalidad penal:** El aumento de las penas de forma espasmódica y sin consideración del resto del ordenamiento penal, hace perder la lógica y armonía al sistema (lo que se denomina *inflación penal* y desproporción de las penas). Las penas establecidas para determinadas conductas relacionadas con la sustancia conocida como “paco” (venta, producción, etc.), se elevan de 6 a 18 años de prisión en el proyecto de ley –siendo actualmente, de 4 a 15 años-. Dichas penas exceden por ejemplo, lo dispuesto para los siguientes delitos que pueden considerarse de mayor gravedad contra la vida, la integridad física y sexual de las personas:

- Art. 81 inc. a: Homicidio en estado de emoción violenta (3 a 6 años de prisión)
- Art. 81 inc. b: b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte (3 a 6 años de prisión).
- Art. 83: Instigación al suicidio o colaboración para realizarlo (1 a 4 años de prisión)
- Art. 84: Homicidio culposo (1 a 5 años de prisión y 2 a 5 años cuando fuera más de una víctima fatal)
- Art. 84 bis: Homicidio por conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo (2 a 5 años de prisión con agravantes de 3 a 6 años de prisión)
  - Art. 89: Lesiones (1 mes a 1 año)
- Art. 90: Si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro (1 a 6 años).
  - Art. 91: Si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir (3 a 10 años).
    - Art. 92: Lesiones con agravantes (3 a 15 años)

- Art. 95: Homicidio o lesiones en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas (2 a 6 años por homicidio, 1 a 4 en caso de lesiones)
- Art. 119: Abuso sexual de menor de 13 años o mediante violencia (6 meses a 4 años)
- Art. 119: Abuso sexual configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante (4 a 10 años)
  - Art. 119: Violación (6 a 15 años)
- Art. 125: Corrupción de menores (3 a 10 años de prisión / 6 a 15 si la víctima es menor de 13 años)
  - Art. 127: Explotación sexual (4 a 6 años)
  - Art. 128: Pornografía infantil (6 meses a 4 años)

La falta de armonización entre hechos y penas contenidas en el régimen penal, es uno de los fundamentos que dieron lugar a la creación reciente de la *Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación* (Decreto 103/2017, de fecha 13/02/2017) y otras que la precedieron. Entre sus argumentos, se observa la intención de brindar coherencia al régimen:

*“El Código ha sido objeto de múltiples reformas, las que importaron la introducción de modificaciones tanto en su Parte General como en su Parte Especial, **afectando seriamente a lo largo del tiempo su coherencia interna original**. Que asimismo, se han promulgado diversas leyes que incorporaron tipos penales sin integrarse al CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, lo que **ha resentido la sistematicidad del régimen punitivo**, e implica en la práctica apartarse del criterio de codificación unificada en materia penal, tal como lo determina el artículo 75 inciso 12 de nuestra CONSTITUCIÓN NACIONAL”.*

La ausencia de coherencia punitiva entre el agravamiento de las penas dispuestas por el proyecto bajo análisis, redundando en una afrenta contra la coherencia y sistematicidad del sistema punitivo.

▪ **La adicción punitiva:** La desproporcionalidad de las penas en el régimen de drogas, es una realidad actual más allá de lo propuesto en el proyecto de ley. En todo caso, el proyecto de ley agrava ello, aumentando las mismas y acentuando la desproporcionalidad del sistema. Es lo que se llamó en una publicación como *“La adicción punitiva”*<sup>3</sup>. En palabras de sus autores/as:

▪ *“En América Latina es más grave contrabandear cocaína a fin de que pueda ser vendida a alguien que quiere consumirla, que violar a una mujer o matar voluntariamente al vecino. Eso puede parecer increíble, pero es la conclusión a la que llega el estudio riguroso de la evolución de la legislación penal en la región, la cual muestra que nuestros sistemas jurídicos prevén penas mayores para el tráfico de drogas, incluso en cantidades a veces*

---

<sup>3</sup> Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/doctrina42529.pdf>

modestas, que para conductas tan atroces como la violencia sexual o el homicidio doloso, esto es, intencional”.

▪ “Como se sabe, el uso problemático genera en el dependiente una necesidad cada vez mayor de consumir unas drogas que le producen cada vez menores efectos; finalmente, consumidor problemático simplemente consume para evitar el síndrome de abstinencia. La legislación frente a las drogas en América Latina parece proseguir un camino similar: **es cada vez mayor la necesidad que experimentan nuestros Estados de aumentar los delitos e incrementar las penas en relación con el tráfico de drogas**, en principio para controlar un mercado ilícito en expansión; son cada vez menores los efectos de esa punibilidad acentuada en disminuir la oferta y el consumo de drogas ilícitas”.

▪ “Aunque la mayoría de los países del mundo ha firmado acuerdos internacionales (y en algunos casos también regionales) que reconocen el principio de proporcionalidad, por lo general no incorporan los requisitos de dicho principio en su marco de imposición de penas por delitos de drogas”

▪ “Esta tendencia a usar el derecho penal como estrategia fundamental en la lucha contra las drogas debería ser analizada con cuidado por varias razones fundamentales. En primer lugar, porque implica una **tendencia a maximizar el uso del derecho penal, lo cual va en contra de uno de los principios básicos del mismo, que señala que el derecho penal debe ser la última ratio**. Esta constituye una garantía fundamental que implica que las sanciones penales solamente pueden ser previstas y usadas cuando hay plena justificación para ello. En segundo lugar, porque **puede afectar derechos y garantías fundamentales en el contexto de un Estado constitucional, como la garantía de la proporcionalidad de los delitos y de las penas**”.

▪ Respecto de la diferencia entre el tratamiento punitivo al tráfico de pequeñas cantidades de droga (microtráfico) y su equivalente al tráfico de grandes cantidades que involucra las fuertes mafias criminales (macrotráfico): “las legislaciones suelen no hacer esta diferenciación, lo que demuestra otro elemento de desproporcionalidad: un trato penal igual a conductas considerablemente diferentes, pues, como infortunadamente lo hemos experimentado en la región, los posibles daños asociados al microtráfico son evidentemente mucho menores a los asociados al gran narcotráfico. Aún así, **en varios países, el tratamiento punitivo es semejante en uno y otro caso, de suerte que un pequeño distribuidor de marihuana es penalizado como si fuera Pablo Escobar**”.

▪ “Así las cosas, frente a la evidente desproporción de los delitos de drogas en América Latina, es urgente que los Estados adopten medidas suficientes para revertir esta situación y **avanzar en la implementación de políticas de drogas que respeten los derechos humanos y las garantías penales básicas**. Esto se ve reforzado por el hecho de que **quienes resultan más afectados por la desproporción en los delitos y las penas tienden a ser las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad en las sociedades latinoamericanas, y quienes constituyen los eslabones más débiles en las cadenas del tráfico**. En efecto, como fue

*documentado en el estudio **Sistemas sobrecargados**, publicado en el año 2010, **la criminalización por el cultivo, fabricación, comercialización, tráfico, e incluso consumo de sustancias controladas, recae en general sobre las personas que se encuentran en condiciones socioeconómicas más precarias y con más bajos niveles educativos. Además, en mayor proporción tienden a ser quienes cumplen el rol de eslabones débiles dentro del negocio de la droga***<sup>4</sup>.

▪ **Principio de proporcionalidad:** Dentro de las normas de derecho internacional que dan respaldo jurídico al principio de proporcionalidad se encuentran los artículos 5 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De igual manera se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

▪ **Proyectos referidos a brindar mayor proporcionalidad a la sanción penal de delitos menores relacionados a las drogas:** En contrario sentido a lo dispuesto por el proyecto bajo análisis, y con el fin de brindar mayor racionalidad y proporcionalidad a la sanción pena, algunos legisladores han presentado proyectos de ley en los cuales se propone una disminución leve del mínimo de la escala penal aplicable a los delitos allí establecidos por el Artículo 5º de la ley 23.737, pasando de 4 años a 3 años de prisión y conservándose el máximo de 15 años.

Tal disminución concuerda con la propuesta realizada por los diputados RICARDO GIL LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO, RICARDO LUIS ALFONSIN, en el proyecto N° **0981-D-2012**, el cual retoma la presentación realizada en el año 2010 por los diputados ALFONSÍN, ALBRIEU, CEMES, FIAD y LA DIPUTADA STORANI<sup>5</sup>.

En la exposición de motivos de dicho proyecto, se menciona que la iniciativa propone *“La modificación del artículo 5 de la ley 23.737 a fin de **atenuar el mínimo penal de una norma que habitualmente recae inequitativamente sobre sectores sociales marginales y distraen esfuerzos y recursos humanos de la investigación de otras conductas más severamente perseguidas** (...) En definitiva, y como expresamos anteriormente, las graves consecuencias que esta actividad produce en la sociedad permiten defender la necesidad de una escala penal*

---

<sup>4</sup> Así se verificó en un estudio previo del CEDD en el que se concluyó que las principales víctimas de la excesiva represión de las políticas de drogas son personas de origen humilde y de baja formación escolar, que tienen una participación menor en el ciclo de la droga y que pueden ser fácilmente sustituibles dentro de las diferentes fases de la economía de la droga. Ver Metaal y Youngers (Eds.) (2010).

<sup>5</sup> Expte. 6154-D-2010.

*alta, pero no podemos dejar de tener en cuenta que la selectividad propia de nuestro sistema penal genera que **las consecuencias penales recaigan casi exclusivamente sobre los sectores más vulnerables de estas organizaciones delictivas, que generalmente se ven involucrados a causa de necesidades económicas apremiantes. Al establecer un mínimo de 4 años, que impide la imposición de una pena de ejecución condicional, el sistema pierde la flexibilidad necesaria para graduar la sanción en relación al grado de culpabilidad de cada sujeto y este cuadro sugiere la conveniencia de llevar los mínimos a 3 años para evitar situaciones de hacinamiento y superpoblación y la imposición de sanciones que en determinados casos pueden resultar manifiestamente injustas***”.

Cabe recordar asimismo que en el PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN (2014), en el cual participaron miembros de los bloques con mayoría parlamentaria, entre ellos el actual Senador Federico Pinedo por el partido de gobierno, estableció para algunos de los delitos contenidos en el actual Artículo 5º, una disminución tanto del mínimo de la escala penal (de 4 a 3 años de prisión), como de su máximo (de 15 a 10 años de prisión). Ello a fin de resguardar el principio de proporcionalidad penal y la armonización con la integridad de la reforma penal allí propuesta.

Finalmente, el entonces Senador ANÍBAL FERNÁNDEZ había establecido un agravante en el caso de que tales delitos “...se corresponda con el accionar de un grupo delictivo organizado nacional o transnacional”, y una pena “...de TRES (3) a DIEZ (10) años en los restantes casos” (cfr. Proyecto Nº 750-2012).

▪ **Vulnerabilidad social:** Conforme lo antedicho, la realidad indica que los principales vendedores al menudeo de la sustancia conocida como “paco”, son personas que realizan tales acciones motivados en la mera subsistencia personal y la de sus familias, o para hacerse de los recursos con el fin de abastecer su propia adicción, en contextos de exclusión social y ausencia del Estado. A su vez, dichas personas son utilizadas por el crimen organizado como un recurso prescindible del cual no es relevante su eventual encierro o muerte. Son los últimos eslabones de la cadena de tráfico, los más visibles, vulnerables y reemplazables. Muchas veces, niños y adolescentes son llevados extorsivamente a la realización de tales conductas, sobre los cuales no pesa (ni debería de pesar) ninguna amenaza de encierro. Su abordaje debe ser alternativo a la imposición de las penas, conforme lo afirman organismos internacionales como UNICEF.

En el supuesto caso de que normas como las propuestas se sancionen, y se sume a ello la baja de la edad de punibilidad de los menores de edad, veremos una gran cantidad de niños encerrados en nuestras cárceles producto de ejercer acciones de subsistencia, por la extorsión criminal a la cual son sometidos, o para abastecerse sus propios consumos problemáticos.

Ello no representa una política de drogas respetuosa de los derechos humanos conforme la legislación internacional de la cual nuestro país es parte y ha brindado jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN) y el criterio de los máximos organismos internacionales en la materia.

▪ **Recomendaciones de organismos internacionales:** Decenas de organismos recomiendan un abordaje no punitivo para con los consumidores, los delitos menores de drogas –entre los que se incluyen la venta al por menor- y los delitos asociados a dicho consumo. Asimismo, se expresan de forma determinante respecto a la necesidad de abolir los tratamientos compulsivos respecto al consumo de sustancias.

Entre tales organismos y sus respectivos documentos, podemos citar:

- ❖ CND -COMMISSION ON NARCOTIC DRUGS- COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES -. ONU. *“Perfeccionamiento de la fiscalización de drogas para adecuarla a la finalidad para la que fue creada: Aprovechando la experiencia de diez años de acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas”*. Marzo de 2008.
- ❖ UNODC-OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO -. ONU. *“De la coerción a la cohesión Tratamiento de la drogodependencia mediante atención sanitaria en lugar de sanciones. Documento de Debate”*. Septiembre de 2010.
- ❖ OEA -ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS- . *“Escenarios para el Problema de las Drogas en las Américas (2013– 2025)”*. Mayo de 2013. *“El Problema de las Drogas en las Américas. Informe Analítico”*. Mayo de 2013.
- ❖ ONU-MUJERES (NU-WOMEN). *“Una perspectiva de género sobre el impacto del uso, el comercio y los regímenes de control de drogas”*. Julio de 2014.
- ❖ ONU-SIDA (UNAIDS). *“Un enfoque de salud pública y derechos sobre las drogas”*. 2015.
- ❖ PNUD (UNPD), PROGRAMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *“Perspectivas sobre las dimensiones de desarrollo de la política de fiscalización de drogas”*. Marzo 2015.
- ❖ UNASUR, UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS. *“Visión Regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de la UNASUR para UNGASS 2016. II Reunión Extraordinaria del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas - CSPMD”*. Agosto de 2015.

- ❖ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH). *"Estudio del impacto del problema mundial de las drogas en el disfrute de los Derechos Humanos"*. Septiembre 2015.
  - ❖ UNODC -OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO- *"Declaración Informal del Comité Científico: Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Drogas (UNGASS 2016)"*. Octubre de 2015.
  - ❖ UNU-UNESCO, UNIVERSIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *"¿Qué viene después de la guerra contra las drogas - Flexibilidad, fragmentación o pluralismo de principios?"*. Noviembre de 2015.
  - ❖ CELAC - COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS - *"Declaración de Santo Domingo. III Reunión Ministerial sobre el Problema Mundial de las Drogas"*. Marzo de 2016.
  - ❖ OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - *"La dimensión de salud pública del problema mundial de las drogas, en particular en el contexto del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas"*. Mayo 2016.
  - ❖ OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD -. *"Directrices Consolidadas sobre la Prevención del VIH, Diagnóstico, Tratamiento y Cuidado de las Poblaciones Clave. Actualización 2016"*. Julio de 2016.
  - ❖ JIFE - JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES -. *"Informe 2016"*. Marzo de 2017.
- **Recomendación de Magistrados de Argentina:** En el año 2016, 265 magistrados nacionales (jueces, fiscales y defensores oficiales), han firmado la *"Declaración de magistrados argentinos por una política de drogas respetuosa de los derechos humanos"*<sup>6</sup> a 30 años del conocido fallo de la CSJN, *"Bazterrica"*. Uno de los puntos tratados en dicha declaración, aborda el tema de la desproporcionalidad penal y necesidad de flexibilizar el sistema:

*"Debiera evaluarse la **implementación de alternativas al encarcelamiento para delitos no violentos relacionados a las drogas, como ser la venta minorista**. La mayoría de estos delitos son realizados por personas caracterizadas por historias de exclusión, pobreza y violencia social o familiar, a modo de subsistencia económica y/o obtención de sustancias relacionadas a sus consumos problemáticos, que son utilizados por el narcotráfico como el eslabón más débil y pasible de ser seleccionado por el sistema penal. **El encarcelamiento suele acrecentar la exclusión social de esas personas y sus***

---

<sup>6</sup> Disponible en <http://www.pensamientopenal.org.ar/bazterrica/>

*núcleos familiares*, denotando uno de los motivos más atendibles de la sobrepoblación carcelaria en nuestro país y la región. La prisión refuerza los comportamientos conforme a estereotipos de pertenencia al mercado ilegal y la imposibilidad posterior de inclusión social por el estigma y etiquetamiento que agravarán sus circunstancias personales. La reincidencia en el mercado ilegal se presenta como una de las pocas posibilidades de subsistencia de las personas que han pasado por el encierro, agravando y haciendo perdurar la exclusión social y prisionización. **Las alternativas a la prisión y la reducción de los mínimos penales (como proponen algunos proyectos de ley), se presentan como opciones viables para paliar dichos efectos y brindar mayor flexibilidad al sistema”.**

Cabe destacar que dicha Declaración fue adherida a su vez por treinta organizaciones locales e internacionales, especializadas en política de drogas.

- **Indeterminación de la calidad de la sustancia – Principio de legalidad:** La composición de la sustancia conocida como “paco” o “pasta base de cocaína”, no es clara en su composición ya que suelen ser los restos que quedan de las cocinas de clorhidrato de cocaína. En tal proceso, son disímiles los precursores químicos que suelen utilizarse, afectando ello la calidad del residuo resultante en dicho proceso. Sumado a ello impurezas, elementos de corte y adulteración, porcentajes indeterminados de clorhidrato de cocaína, etc.

De tal forma, la indeterminación de la calidad de la sustancia afecta gravemente el análisis jurídico que puede realizarse para considerar a una sustancia como “paco/pasta base” o no. Tal circunstancia en materia penal, no es menor, ya que tal indeterminación afecta el principio constitucional de legalidad (Art. 18 y 19 CN), principalmente cuando la calidad de la sustancia es funcional al agravamiento de las penas. Dicha indeterminación de la norma penal, redundando en su inconstitucionalidad.

Los fundamentos del proyecto intentan determinar la calidad de la sustancia, lo cual claramente es imposible conforme allí mismo se expresa:

*“La pasta base de cocaína es un polvo blanco, crema o beige que a menudo contiene grumos y generalmente es húmedo. Tiene un olor característico y presenta una baja solubilidad en agua y está constituida por una mezcla de diversas sustancias que se producen durante el proceso de extracción de los alcaloides de la hoja de coca. Entre sus componentes se encuentran cocaína en un porcentaje variable, otros alcaloides de la hoja de coca e impurezas tóxicas. Además, suele contener adulterantes o sustancias de corte como lidocaína, cafeína, dipirona, entre otras”.*

Un universo de indeterminaciones que hace imposible determinar con exactitud qué sustancia puede considerarse como “paco” y cuál no.

- **ERRORES O DESATENCIÓNES QUE FUNDAN EL PROYECTO:** En los fundamentos del proyecto, pueden observarse ciertos errores utilizados como argumentos:

*“La realidad jurisprudencial de los tribunales demuestra que **cuando los jueces advierten que los estupefacientes que motivaron el inicio de un sumario penal eran utilizados para consumo personal; suelen archivar las actuaciones sin disponer ninguna medida sobre la situación procesal de quien resultare imputado**”.*

- **Observaciones:** Cabe destacar que ello no se produce de forma arbitraria, sino en respeto del fallo “Arriola” del año 2009, mediante el cual la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal. En tal sentido, si no corresponde al sistema penal inmiscuirse en la libertad y autodeterminación personal (Art. 19 CN) mediante la imposición de penas, tampoco corresponde que los juzgados dispongan alguna otra medida. Ello redundaría en la inconstitucionalidad conforme el criterio sostenido por el máximo tribunal.

*“El **sistema legal** actualmente vigente solamente contempla brindar ayuda sanitaria a quien estuviere **procesado judicialmente o cuando el imputado fuere declarado culpable** por algún tipo penal descrito en la Ley N° 23.737, sin prever los casos en que se advirtieran problemas de adicción en alguien que **no fuere condenado o ni siquiera resultare sometido a proceso**. Incluso en los casos en los que se ordena un tratamiento o medida de seguridad curativa, su implementación demora varios meses para hacerse efectivo, lo que en los casos de graves adicciones -como sucede con el “Paco”-, implica una desatención del Estado, lo que obviamente es mucho más grave y evidente para quien no resulta nunca sometido a proceso, ya que en esos casos **la desatención del Estado se convierte en una completa ausencia de respuesta**.”*

- **Observaciones:** Pareciera ser que en el caso de que el Estado no se presente mediante su sistema penal (el cual debe ser de excepción *-última ratio-*), no es posible abordar los consumos problemáticos. Ello es desconocer las funciones de organismos de prevención y asistencia, como ser la misma SEDRONAR, y de la vigencia de la Ley de Salud Mental y Adicciones, y la Ley IACOP. Con tal visión, exclusivamente punitivista, el proyecto supone que los abordajes de las adicciones siempre deben realizarse mediante la judicialización penal de los casos, ya que los únicos que –aparentemente- tienen la “suerte” de ser tratados, son los

*procesados y condenados*. Es por ello que habría que establecer, según dicho criterio, un tratamiento compulsivo para con cualquier consumidor dentro del sistema penal.

Se afirma en los fundamentos que:

*“Para hacer efectiva la respuesta del Estado en los casos en lo que se advirtiese una grave afectación a la salud por el consumo de “Paco”, en el presente proyecto de ley se estipula que, para los casos reglados en la actual redacción del art. 18 de la Ley N° 23.737, **el magistrado judicial competente deberá: dar intervención urgente a un establecimiento habilitado por la autoridad sanitaria nacional o provincial, a fin de que se le brinde tratamiento inmediato de desintoxicación y/o rehabilitación a quien evidenciare dependencia física o psíquica a la pasta base de cocaína, cualquiera sea la situación procesal de la persona afectada por la adicción y con independencia de la continuidad, o no, de las actuaciones”.***

▪ **Observaciones:** En idéntico sentido a lo dicho con anterioridad. Aquí se explicita que la persona debe ser remitida por la justicia penal para ser tratada *“inmediatamente”, “cualquiera sea la situación procesal”* o *“con independencia de la continuidad, o no, de las actuaciones”*. Ello es instituir un proceso de tratamientos compulsivos, digitado por la justicia penal. Cabe destacar que ello se encuentra en contrario sentido de la legislación vigente, nuestra constitución nacional (Art. 18 –principio de legalidad-y 19 –libertad, autodeterminación y privacidad) y las recomendaciones internacionales ante citadas –entre otras-. Se establece una “pena” (tratamiento compulsivo) contraria a nuestro sistema jurídico e independientemente de la continuidad o no de las actuaciones penales; o sea, una pena ajena al proceso penal y el debido proceso que debe regir el mismo. La mera calidad de adicto, determina la imposición de la misma y la atribución del juzgado penal en determinar ella. Resta aclarar, nuevamente, que ello es inconstitucional. Luego se volverá a abordar este tema analizando el articulado.

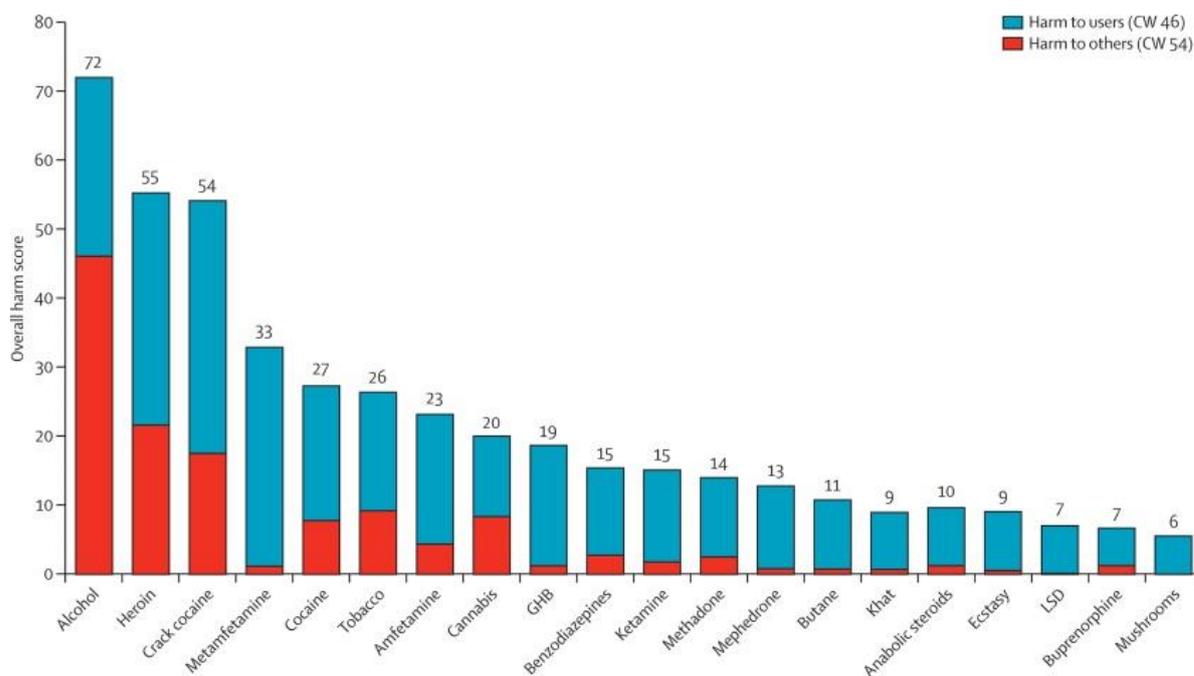
▪ **Respecto de la dañisidad de la sustancia en comparación con otras:** Más allá de que está claro de que la sustancia conocida como *“paco”* es una sustancia altamente perjudicial para la salud, suele sobredimensionarse ello en relación con otras sustancias de igual o peor potencialidad de daño. Por ejemplo, el alcohol; el cual es legal, publicitado y promocionado generalmente hasta en horario de protección al menor.

Según las investigaciones de un equipo de académicos y científicos británicos, publicadas por vez primera en el año 2007 en la prestigiosa revista científica *The Lancet*<sup>7</sup>, el alcohol es la sustancia con mayor potencialidad de daño individual y social, entre las veinte sustancias estudiadas. Para ello, definieron el concepto de daño por consistir en tres componentes: el

---

<sup>7</sup> David Nutt, et al., “Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse,” *The Lancet* 369:9566 (24–30 March 2007): 1047–53 ([www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673607604644](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673607604644)).

daño físico al consumidor; la tendencia de la droga a causar una dependencia; y—notablemente—el efecto de su consumo sobre las familias y las comunidades del consumidor, una categoría que incluye los crímenes cometidos como consecuencia eventual, directa o indirecta del consumo (robo, vandalismo, etc.). En la siguiente tabla podemos ver los resultados arribados en dicha investigación, de los cuales se visibiliza la gran potencialidad dañina del alcohol en comparación de otras sustancias legales o prohibidas. El “paco”, o “*crack cocaína*”, está en tercer lugar.



- **Niveles de consumo:** En los fundamentos del proyecto de ley se sostiene que:

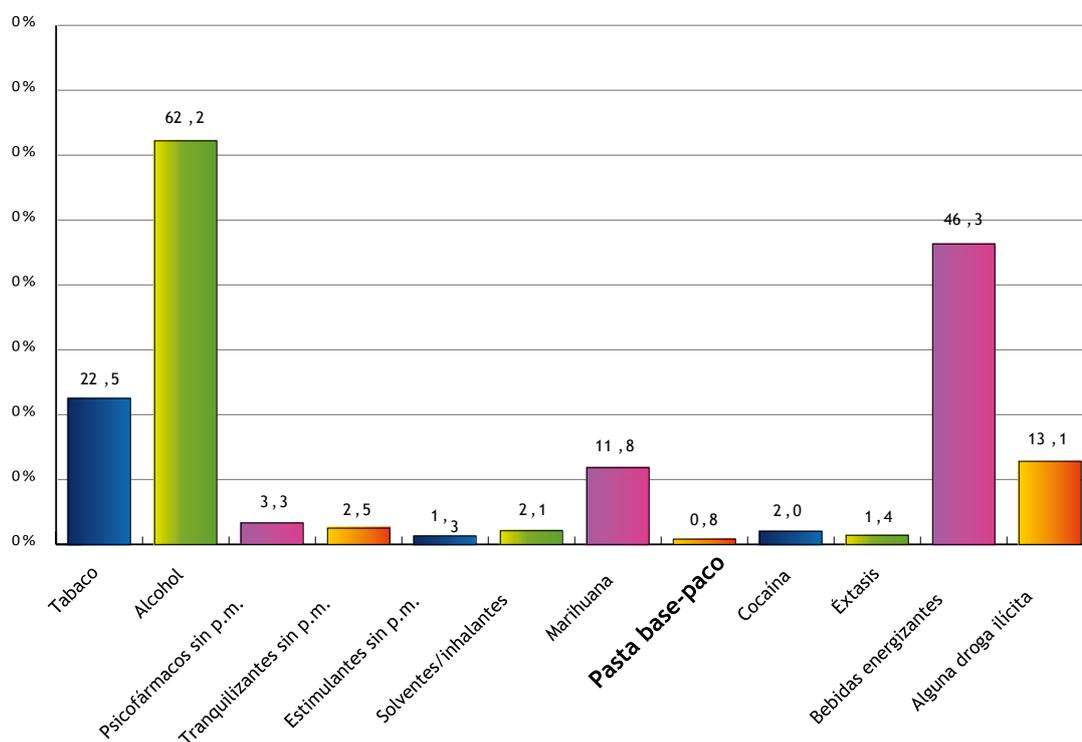
*“Es sumamente preocupante la cuestión abordada en el presente proyecto de ley, a poco de advertirse que **el consumo de pasta base de cocaína se ha elevado en los últimos años, más precisamente en la última década**, afectando especialmente a los más jóvenes y los más carenciados, quizás por su fácil acceso y por su bajo precio en el mercado de las drogas (...)*

*El Sexto Estudio Nacional Sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas en Estudiantes de Enseñanza Media en el año 2014 realizado por la SECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA DROGADICCIÓN Y LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO (SEDRONAR), confirma que el consumo de Pasta Base de Cocaína suele iniciarse a temprana edad, ya que los adolescentes empiezan a consumir mayormente esta droga a los 16 años de edad. **Estas estadísticas oficiales indican que el consumo de Paco se incrementó un 200 %***

*en los últimos años. Se estima que en nuestro país se consumen unas 400.000 dosis de paco por día<sup>8</sup>.*

- **Observaciones:** Utilizando la misma fuente que se cita en los fundamentos del proyecto de ley<sup>9</sup>, en principio se observa que el consumo de “pasta base/paco”, se sitúa como la sustancias de menor **consumo reciente (0.8%)** en el último año relevado por el estudio.

Gráfico 3.6. % de estudiantes que declararon haber consumido durante el último año, por tipo de sustancia psicoactiva. Población escolar nivel medio. Total país, 2014.

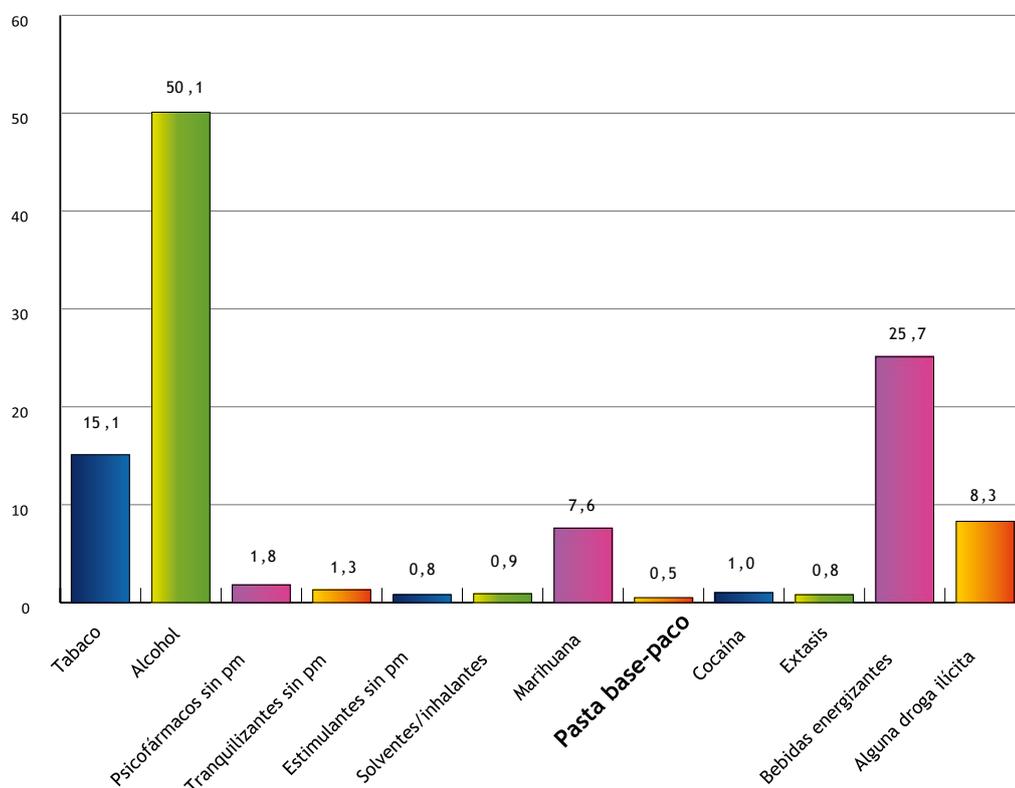


Dicha cifra disminuye en razón del **consumo actual**, a un **0.5%** de la población consultada. Como señala el Estudio, “Al observar las tasas de consumo actual, la mitad de los estudiantes declaró haber consumido alcohol durante el último mes. Por otra parte, el 25,7% manifestó haber consumido bebidas energizantes, el 15,1% tabaco y el 7,6% marihuana. Siguiendo el mismo patrón que el señalado en los puntos anteriores, el consumo actual de psicofármacos se sitúa a continuación del de marihuana con un 1,8%. Las prevalencias de mes para el resto de las sustancias psicoactivas son inferiores al 1%”.

<sup>8</sup> Sobre este último dato, no se cita fuente alguna.

<sup>9</sup> Disponible en [http://www.observatorio.gov.ar/media/k2/attachments/AS\\_14337909681.pdf](http://www.observatorio.gov.ar/media/k2/attachments/AS_14337909681.pdf)

Gráfico 3.8. % de estudiantes que declararon haber consumido durante el último mes por tipo de sustancia psicoactiva. Población escolar nivel medio. Total país, 2014.



▪ **Edad de inicio:**

Tabla 3.2. Promedio de edad a la que los estudiantes consumieron por primera vez, según sustancia. Población escolar nivel medio. Total país, 2014.

Sustancia	Media	Desvío Estándar
Tabaco	13,3	1,9
Alcohol	13,4	1,8
Psicofármacos	13,9	2,2
Tranquilizantes	14	2,2
Estimulantes	13,8	2,2
Solventes/inhalantes	13,5	2,0
Popper	14,6	2,3
Marihuana	14,6	1,6
<b>Pasta base/ Paco</b>	<b>13,7</b>	<b>2,1</b>
Cocaína	14,6	1,9

Éxtasis	14,9	2,1
Alucinógenos	15,4	2,0
Crack	13,9	2,2
Morfina	13,5	2,3
Ketamina	14,1	2,4
Anfetaminas/Metanfetaminas	14,5	2,3

▪ **Observaciones:** La edad de inicio en el consumo de las sustancias no difieren drásticamente una de otras, siendo que el inicio de consumo de la sustancia llamada “paco” está en el mismo rango etario que la mayoría de las otras sustancias (14 años promedio). Como resume el Informe, si consideramos el universo de estudiantes que declararon haber consumido alguna vez en la vida encontramos que:

- El 78,7% de los estudiantes que declararon haber consumido alcohol alguna vez, lo hizo antes de los 15 años.
- El 55% de los estudiantes que declararon haber consumido marihuana alguna vez, lo hizo antes de los 15 años.
- El 67,3% de los estudiantes que declararon haber consumido psicofármacos alguna vez, lo hizo antes de los 15 años.

▪ **ANÁLISIS DE TENDENCIA A NIVEL PAÍS (2009-2014): VARIACIONES EN EL ÚLTIMO QUINQUENIO**

En los fundamentos del proyecto bajo análisis se afirma que **“el consumo de paco se incrementó un 200% en los últimos años”**, valiéndose para ello del Estudio que venimos reseñando.

Ahora bien, consultando el mismo, **no hay dato alguno que pueda validar dicha afirmación**, sino lo contrario en sentido que **el consumo habría descendido o mantenido estable**. Citaremos la parte del Estudio en lo pertinente:

**CONSUMO DE PASTA BASE**

*“En cuanto al consumo de pasta base se observan valores estables a lo largo del quinquenio. Al desagregar según sexo, **se observa un leve descenso** entre los varones tanto para el consumo de alguna vez en la vida como el consumo en el último año y el último mes. No se observan diferencias en las prevalencias obtenidas para las mujeres en el 2009, 2011 y 2014”.*

Tabla 5.3. Prevalencia de vida, año y mes (%) de consumo de pasta base, total y según sexo. Población escolar nivel medio. Total país, 2009, 2011, 2014.

		Prevalencias (%)		
		Vida	Año	Mes
Varones	2009	2,6	1,3	0,9
	2011	2,7	1,3	0,7
	2014	1,9	0,8	0,5
Mujeres	2009	1,2	0,6	0,3
	2011	1,6	0,8	0,4
	2014	1,3	0,7	0,4
Total	2009	1,9	0,9	0,6
	2011	2,1	1,0	0,6
	2014	1,7	0,8	0,5

**“En cuanto a las diferencias por grupos de edad, las prevalencias de vida año y mes para los tramos de 14 años o menos y los de 17 años y más se mantienen estables, mientras que entre los estudiantes de 15 y 16 años puede observarse un leve descenso si se compara el año 2009 con respecto al año 2014 tanto para prevalencia de vida, año y mes”.**

Tabla 5.4. Prevalencia de vida, año y mes (%) de consumo de pasta base, según grupo de edad. Población escolar nivel medio. Total país, 2009, 2011, 2014.

		Prevalencias (%)		
		Vida	Año	Mes
14 o menos	2009	1,2	0,5	0,3
	2011	1,8	0,9	0,5
	2014	1,2	0,7	0,5
15 y 16	2009	2,7	1,6	1,0
	2011	2,0	1,0	0,6
	2014	1,8	0,9	0,4

17 o más	2009	1,5	0,6	0,3
	2011	2,1	0,8	0,4
	2014	1,8	0,7	0,4

▪ **Respecto de la interpretación brindada a la Ley de Salud Mental y Adicciones, y el Código Civil:**

Los fundamentos del proyecto de ley, sostiene que:

*“También se prevé en el proyecto puesto a análisis legislativo que el tratamiento terapéutico previsto en el actual art. 19 de la Ley N° 23.737, podrá aplicársele preventivamente al **imputado o procesado cuando se advirtiere la existencia de dependencia física o psíquica por consumo de pasta base de cocaína**, cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro.*

*El sistema propuesto no afecta el principio de autonomía de las personas ni los derechos y garantías contemplados en la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, puesto que se aplican las disposiciones que al efecto ha reglado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado con posterioridad a la Ley N° 26.657. En el nuevo Código Civil se prevé en el arts. 41 la procedencia de la internación sin consentimiento de una persona ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros”.*

- **Observaciones:** La actual ley 23.737, dispone en su Artículo 19 que **“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”.**

Mientras que la norma propuesta establece lo siguiente: **“El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al imputado o procesado cuando se advirtiere la existencia de dependencia física o psíquica por consumo de pasta base de cocaína, cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás, cualquiera fuere su situación procesal y sin perjuicio de la continuidad, o no, de las actuaciones.”**

Al respecto cabe destacar que mientras que exista “consentimiento” de la persona y el mismo no se manifieste bajo amenaza de sanción penal de forma extorsiva (*pena o tratamiento*), ello no contradice la legislación local, internacional y nuestra constitución nacional. Puede funcionar como un ofrecimiento y puesta de conocimiento respecto de los tratamientos que tiene a su disposición; cuestión que puede realizar cualquiera de los poderes públicos.

Ahora bien, el régimen de internaciones compulsivas cuando exista “*peligro de daño a sí mismo o a los demás*”, es una cuestión regulada en el **régimen civil y en la misma Ley de Salud Mental y Adicciones**. No es materia del régimen penal y menos aún en los casos de que la persona sea un mero “*imputado*” y/o no se continúen las actuaciones respecto de su persona y actos.

Con la actual legislación vigente, la autoridad pública puede solicitar la derivación de un caso de “*peligro*” al régimen de internación civil y sus controles. Ello es independiente de que el consumidor tenga un consumo problemático de la sustancia denominada “*paco*” o cualquier otra. Por lo cual, la individualización en tales casos, es errónea.

**La Ley de Salud Mental y Adicciones, dispone de un régimen de internaciones involuntarias** y regula las mismas (Capítulo VII), siendo la norma “especial” que rige la materia.

En tal sentido, la ley dispone:

**ARTICULO 20.** — ***La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediere situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar:***

*a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra;*

*b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento;*

*c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.*

**ARTICULO 21.** — ***La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20. El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corridos de notificado debe:***

*a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley;*

*b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o;*

*c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata.*

*El juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla”*

Cabe destacar que la ley continúa regulando las internaciones involuntarias en los artículos siguientes, estableciendo derechos y obligaciones tanto de la persona bajo tratamiento como de los órganos institucionales que intervienen. Ello es un **régimen especial** establecido para tales casos, independientemente del paso de la persona por el sistema penal. Es un régimen civil, que no se contradice con otras normas posteriores como ser el Código Civil de la Nación. En tal sentido, el Código establece:

*“ARTICULO 41.- Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede **sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial** y las reglas generales de esta Sección. En particular:*

*a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;*

*b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;*

*c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;*

*d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;*

*e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.*

*Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.*

*ARTICULO 42.- Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, **debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial**. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”.*

Precisamente la norma civil complementa y condice con lo dispuesto por la Ley de Salud Mental y Adicciones, reconociendo y jerarquizando sus principios en la codificación. Por lo cual buscar antagonismos entre las normas o preminencia de una de ellas por ser “posterior”, es cuanto menos errado y desprovisto de una lectura armónica entre la ley y la codificación.

▪ **Respecto del suministro gratuito:**

Los fundamentos del proyecto de ley, argumentan de la siguiente forma el agravamiento del delito conocido como “*suministro gratuito*”:

*“También se propone **agravar las penas para quien suministre pasta base de cocaína a título gratuito y aún cuando**’ por su escasa cantidad y demás circunstancias, **surgiere inequívocamente que sea para uso personal de quien lo receta, puesto que el criterio de política criminal es acentuar el reproche a los traficantes de esta sustancia, y no a los consumidores**”.*

Cabe destacar que la jurisprudencia y doctrina especializada coinciden en que casi la totalidad de hechos de “*suministro gratuito*” se producen en el mismo acto de consumo colectivo, cuando los consumidores comparten la sustancia que están consumiendo. El traspaso de la sustancia con dicho fin, suele o puede interpretarse como “*suministro gratuito*”.

Por lo cual, se estarían agravando de tal forma las penas a los consumidores (de 6 meses a 3 años, a 1 a 4 años de prisión), en desmedro precisamente del criterio de política criminal que supuestamente sustenta el proyecto y el principio sostenido por el Plan “*Argentina Sin Narcotráfico*”<sup>10</sup> difundido por el mismo Gobierno, que insta a no criminalizar a los mismos.

---

<sup>10</sup> Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/44141-argentina-sin-narcotrafico-plan-gubernamental-guerra-drogas>

▪ **CONCLUSIÓN:**

El proyecto no resiste un análisis racional dentro de la actual legislación argentina e internacional de la cual nuestro país es parte. Meramente se lo puede analizar en términos de sensacionalismo y demagogia punitiva en el contexto de un año electoral.

Si observamos el mismo bajo criterios racionales, observamos que las actuales penas respecto a ciertos delitos de droga, se encuentran absolutamente desproporcionadas en razón al restante ordenamiento punitivo. Un agravamiento de las mismas, redundaría en tal inconstitucional desproporción.

Los índices de consumo de la sustancia conocida como “*paco*”, no han aumentado en estos años como afirma el proyecto de forma alarmista. Más bien, conforme los datos oficiales de los cuales -en apariencia- se basa el mismo proyecto, tales índices de consumo se han reducido o mantenido estables.

La penalización agravada de conductas recaerá en los mismos eslabones vulnerables: consumidores y vendedores por subsistencia o adicción. Ello no se condice con un régimen penal respetuoso de los derechos humanos conforme lo han señalado diversos organismos internacionales, legisladores y magistrados nacionales.

La indeterminación de la calidad de la sustancia y los agravantes dispuestos, afrentan el principio de legalidad en materia penal, en contradicción a lo demandado por nuestra Constitución Nacional.

La actual legislación civil, permite y regula las llamadas internaciones involuntarias; por lo cual el establecimiento de un régimen particular para el “*paco*” y su contemplación en régimen penal, es un retroceso a lo ya normado en la legislación civil, aprobada en años recientes por unanimidad del Congreso Nacional.

La legislación penal en materia de drogas, necesita una reforma que se condiga con los altos estándares en materia de respeto a los derechos humanos de los consumidores, tratamientos basados en ciencia dentro de la órbita civil y proporcionalidad de las penas. El proyecto analizado, va en franco detrimento de todo ello.

*Buenos Aires, 17 de marzo de 2017.*