

PROYECTO DE LEY

**MODIFICACIÓN AL REGIMEN
PENAL DE ESTUPEFACIENTES**

- LEY N° 23.737 -

**PROYECTO DE LEY
MODIFICACIÓN AL REGIMEN PENAL DE ESTUPEFACIENTES
- LEY N° 23.737-**

Artículo 1º.- Sustitúyase el artículo 5° de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Será penado con prisión de TRES (3) a QUINCE (15) años y multa de VEINTE MIL (\$ 20.000) a DOS MILLONES (\$ 2.000.000) de pesos, el que sin autorización:

a) Sembrare o cultivare plantas para producir estupefacientes, que estuviesen inequívocamente destinados a la comercialización ilegal y no autorizada.

b) Produjere, extrajere o elaborare estupefacientes, que estuviesen inequívocamente destinados a la comercialización ilegal y no autorizada.

c) Vendiere, tuviere para la venta, dé en pago, distribuyere, almacenare, transportare o traficare, en cualquier forma y con fines de comercialización ilegal y no autorizada, estupefacientes, semillas, plantas, precursores o materias primas destinadas a la producción de estupefacientes.

d) Suministre o aplique estupefacientes a título oneroso a personas mayores de edad, o suministre o aplique estupefacientes a menores de edad aunque sea a título gratuito, cuando el suministro fuere por parte de un mayor.

A los efectos del presente artículo, para comprobar los fines de comercialización ilegal y no autorizada determinantes de las conductas descriptas, se deberán tener en cuenta de forma alternativa o complementaria las tareas de inteligencia previamente desarrolladas, la existencia de elementos de fraccionamiento y/o elementos de adulteración para acrecentar el peso y valor de las sustancias estupefacientes, instrumentos de medición de pesaje de las mismas y/o cualquier otro hecho o circunstancia que sirva para constatar inequívocamente dicha finalidad.

En ningún caso se prevendrá o penalizará por la mera tenencia de estupefacientes, siembra o cultivo de plantas, ni se iniciarán procesos judiciales basados exclusivamente en tales circunstancias, sin indicios o pruebas complementarias y suficientes que indiquen que tales conductas están destinadas a la venta ilegal o a la comisión de otros delitos.

El Poder Ejecutivo o el organismo que el mismo determine, establecerá los procedimientos administrativos que garanticen el acceso a semillas, plantas y estupefacientes destinados a la investigación científica, médica, alimenticia o industrial, e incentivará la realización de estudios públicos o privados relacionados con dichos fines”.

Artículo 2º. – Agrégase el artículo 5º Bis a la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“a) Cuando las conductas previstas en la presente ley o en el Artículo 866 del Código Aduanero sean llevadas a cabo por personas en clara situación de vulnerabilidad social, se infiera que el móvil ha sido una situación personal o socioeconómica apremiante, se hayan sometido a un serio riesgo o daño para su salud individual motivo de la comisión del hecho, y/o tales personas hayan sido víctimas de captación, transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, acogida o recepción con fines de explotación mediante engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, se considerará a tales personas incluidas en la Ley Nº 26.364 de PREVENCIÓN Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS, no siendo punibles conforme el Artículo 5º de dicha norma.

b) Cuando las conductas establecidas en el artículo 5º de esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero sean llevadas a cabo por personas en clara situación de vulnerabilidad social y/o el móvil sea el financiamiento del propio consumo problemático de sustancias, la pena aplicable será de SEIS (6) meses a tres (3) años de prisión.

En tales supuestos, será obligación de los funcionarios públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público intervinientes en el proceso, hacer conocer fehacientemente al condenado los alcances y efectos de la condena en suspenso, y las consecuencias de una nueva condena por la comisión del mismo u otros delitos. También darán conocimiento de los hechos al Poder Ejecutivo Nacional y a los Poderes Ejecutivos locales, los que deberán arbitrar los medios a su alcance para brindar la asistencia social y contención requerida por la persona en situación de vulnerabilidad”.

Artículo 3º.- Modifíquese el artículo 10 de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a UN MILLÓN (\$ 1.000.000) el que facilitare, aunque sea a título gratuito, un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos por los artículos anteriores.

En caso que el lugar fuera un local de comercio, se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el tiempo de la condena.

Durante la sustanciación del sumario criminal el juez competente podrá decretar preventivamente la clausura del local”.

Artículo 4º.- Modifíquese el artículo 15 de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“No será punible el comercio de hojas de coca en su estado natural, destinadas a la práctica del coqueo, masticación o a su empleo como infusión, o el comercio de semillas destinadas al cultivo personal o social de especies vegetales para propio uso.

Debe garantizarse el acceso de los pueblos originarios y de cualquier persona o institución que haga un uso cultural, sacramental o religioso de especies vegetales en su estado natural o cualquiera de sus partes.

Sin perjuicio de lo anterior, el cultivo de especies vegetales de las que se puedan extraer estupefacientes, como el comercio de sus partes y semillas, podrá ser regulado por las normas que establezca el Poder Ejecutivo o el organismo que el mismo determine, con el objeto de controlar su destino”.

Artículo 5º.- Modifíquese el artículo 16 de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Cuando el procesado o condenado por cualquier delito estuviera afectado por algún consumo problemático de sustancias, tendrá derecho a acceder voluntariamente a un tratamiento adecuado en los términos del Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), regulado por la Ley 26.934 y su correspondiente reglamentación.

En todo caso, el juez le hará conocer los derechos que le asisten en función de la ley 26.657 y en aquellos casos donde, de acuerdo a lo establecido en dicha norma, sea necesaria la internación de una persona privada de su libertad, el tiempo de duración del tratamiento será computado para el cumplimiento de la pena”.

Artículo 6º.- Agrégase como artículo 23º Bis a la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Quien coloque sustancias estupefacientes en las prendas de vestir o en los bienes de una persona, sin el consentimiento de esta, con el objeto de incriminarla en alguno de los delitos sancionados en esta ley o en el Artículo 866 del Código Aduanero, realice alguna acción tendiente a dicho fin o disponga u ordene tales hechos, será sancionado con prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

Si la persona que incurre en las conductas tipificadas en el párrafo anterior es empleado o funcionario público o finge cumplir órdenes de autoridad competente, será sancionada con prisión de OCHO (8) a DOCE (12) años, e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos.

En el caso que dichas conductas se realicen en el contexto de requisas personales, inspecciones, registros o allanamientos de una propiedad, la escala penal será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos”.

Artículo 7º.- Sustitúyase el artículo 34 de la Ley 23.737, por el siguiente texto:

“Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación:

- 1. Artículo 5º incisos c) y d), cuando se vendiere, suministre o aplique estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor.*
- 2. Artículo 29.*
- 3. Artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal”.*

Artículo 8º.- Sustitúyase el artículo 39 de la Ley 23.737, por el siguiente texto:

“En relación a los bienes decomisados y beneficios económicos a que se refiere el artículo 30, salvo que se hubiese dispuesto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente a su respecto, disponiendo su entrega a la Secretaría de Prevención para la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico – SEDRONAR- , quién deberá afectar los mismos a la ejecución del Plan Integral para el Abordaje de Consumos Problemáticos (Plan IACOP), creado por la ley 26.934.

En los casos que no proceda el decomiso anticipado, los jueces o las autoridades competentes harán entrega de los mismos en carácter de depositario judicial con derecho a uso a la SEDRONAR, quien deberá afectarlos al cumplimiento del Plan mencionado en el párrafo precedente, hasta tanto la sentencia convierta en definitiva aquella entrega o disponga su devolución.

Asimismo, idéntico destino se le dará a los bienes decomisados o al producido de su venta, por los delitos previstos en la sección XII, Título I de la Ley 22.415, cuando el objeto de dichos delitos sean estupefacientes, precursores o productos químicos.

En las causas de jurisdicción federal y nacional los jueces o las autoridades competentes entregarán las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta a que se refieren los párrafos precedentes, conforme lo establecido por esta ley.

En las causas de jurisdicción provincial las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta, se entregarán a las provincias, quienes deberán destinarlo a la ejecución de Plan IACOP, en sus respectivas jurisdicciones”.

Artículo 9º.- Sustitúyase el artículo 42 de la Ley 23.737, por el siguiente texto:

“En consonancia con la Ley 26.586, ‘Programa Nacional sobre las adicciones y el consumo indebido de drogas’, el Consejo Federal de Educación, en coordinación con el Consejo Federal de Salud, y con la SEDRONAR, diseñarán programas y estrategias cuyo objetivo sea la prevención de las adicciones. Para tal fin deberán considerar los planes de estudio, la carrera de formación docente, espacios culturales, formativos, informativos, deportivos y recreativos, y toda otra iniciativa que permita y facilite el cumplimiento de este objetivo”.

Artículo 10º.- Sustitúyase el segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero por el siguiente texto:

“Cuando concurriere alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional, el máximo de la escala penal será aumentado en un tercio”.

Artículo 11º.- Deróguense los artículos 12, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 28 de la Ley 23.737.

Artículo 12º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

FUNDAMENTOS

Sr. Presidente:

I.- Introducción

Transcurridos veintiséis años desde la sanción de la Ley 23.737, plazo en el cual dicha norma no ha recibido modificaciones sustanciales que modifiquen su estructura, y habiendo ocurrido en el mundo y en nuestro país una variedad de sucesos políticos y jurídicos relacionados con la cuestión, están dadas sin duda las condiciones para un análisis de en qué medida los objetivos de dicha norma se cumplieron, qué modificaciones requiere y cuál es su sentido en la actualidad, entre otras cuestiones.

La Ley 23.737 es en parte producto de directivas establecidas en instrumentos internacionales, impulsados por los países centrales y, entre ellos, fundamentalmente los Estados Unidos. Resulta claro, sin embargo, que muchas de las disposiciones de la misma han ido incluso más allá de lo que aquellos instrumentos obligan¹ y de lo que los mismos países promotores de dichas políticas han implementado en sus propios territorios. Más aun considerando que actualmente en el mentado país mentor de la “guerra contra las drogas”, diversos Estados han tomado medidas regulatorias de determinadas sustancias, como ser el cannabis, tanto para su uso recreativo como medicinal.

Argentina es uno de los países de la región con mayor influencia del prohibicionismo en su política de drogas, conservándose hoy en día la penalización de la tenencia para consumo personal -entre otras conductas relacionadas al consumo-, una indudable selectividad penal de los usuarios y medidas de sanitarias compulsivas (tratamientos contra la voluntad) de las personas con usos problemáticos o adicción, entre otras imposiciones legales.

Tan determinante ha sido dicha influencia, que a pesar de los reiterados argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace 29 años (Fallo "Bazterrica" -1986-), y recordadas hace 6 años (Fallo "Arriola" -2009-) declarando sucesivamente la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal, aún no se ha avanzado consecuentemente en sede legislativa con una norma que impida la violencia institucional, extorsión, discriminación y persecución penal selectiva de los usuarios mediante dicha figura y otras relacionadas al consumo.

Más allá de estas consideraciones y del *prohibicionismo-abstencionismo* impuesto, los hechos contundentes de la realidad indican que en las últimas décadas el consumo de sustancias psicoactivas ilegales ha crecido en el mundo, a la vez que se ha diversificado. Lo propio ha ocurrido con el tráfico, la producción y la venta.

¹ Ninguna de las Convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal. En efecto, las Convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda "*a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico*" (artículo 3º, inc. 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes).

A nivel local, si bien no puede deducirse inmediatamente que la propia norma haya sido la causante de la situación descrita —lo cual no quita que un análisis más profundo pueda eventualmente llegar a dicha conclusión—, lo cierto es que lejos estuvo de cumplir con sus objetivos. En particular, vio frustrado su objetivo fundamental: la protección de la «salud pública». En palabras de la CSJN, “...lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos” (Fallo “Arriola”, 2009²).

Recordemos que el bien jurídico “protegido” por la Ley N° 23.737, a partir del cambio de paradigma de su antecesora Ley 20.771, que tutelaba supuestamente “la seguridad nacional” mediante una postura beligerante aún mucho más arraigada, es actualmente la salud pública. La exposición de motivos de las comisiones informantes en motivo del debate de la ley, dejaron en claro que con la norma en cuestión se estaba ejerciendo un rol fundamental “*el Estado no resigna su obligación primaria (...) la de proteger la salud pública*”.

Sin embargo, no obstante surgir de la ley actual como función manifiesta la protección de la salud pública, muchas veces se ha ubicado la cuestión “drogas” en foco de atención de la seguridad ciudadana en vez de la preocupación sanitaria³.

Este quizás sea uno de los aspectos más vulnerables que podemos encontrar cuando analizamos las consecuencias de la aplicación de la ley. Es, a esta altura de la experiencia, indiscutible que la incriminación de la tenencia de drogas para uso personal y otras conductas relacionadas al consumo, conlleva muchísimos daños a la salud pública, ya que la respuesta penal condiciona el contacto de los usuarios de drogas con las instituciones de salud en razón de representarse la posibilidad cierta de ser detenidos por la amenaza de sanción penal. Ello se debe a que la incriminación de los “*delitos de consumo*” sumada a la estigmatización negativa de peligrosidad arraigada sobre los usuarios de drogas, los convierte como sujetos pasible de persecución penal, o sea, de eventuales “delinquentes” conforme la tipificación de tales conductas.

Ello se manifiesta con mayor claridad contra los sectores más vulnerados de nuestra sociedad, principalmente hacia los jóvenes en situación socioeconómica de pobreza, quienes son los seleccionados esencialmente por el sistema punitivo como objeto de extorsión, discriminación y vulneración de sus derechos. Entre los derechos vulnerados, se encuentra como dijimos, la posibilidad cierta de acceder al sistema público de salud sin temor a ser perseguidos o arrestados por el consumo de sustancias prohibidas.

² CSJN, RECURSO DE HECHO “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”. Año 2009.

³ En este sentido, ZAFFARONI afirma que “Desde 1985 se viene perfilando un embate bajo el signo de la ideología de la seguridad ciudadana, apoyado por campañas publicitarias emprendidas por comunicadores mercenarios y operadores políticos clientelistas (...). En lo legislativo la ideología de la seguridad ciudadana se tradujo en la Ley 23.737 de 1989 en materia de estupefacientes”. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR (2011). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar.

La amenaza de sanción penal, de tal forma obstaculiza seriamente la posibilidad de aplicar una política de salud preventiva, información y educación, como así también el tratamiento de eventuales casos de usos problemáticos o adicciones.

En palabras de la CSJN, *“Desde esta perspectiva se asume claramente que la **"adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados"** (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es **primariamente en el ámbito sanitario** —y mediante nuevos modelos de abordaje integral— **que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue**. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias (...) **la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial** (in re "Capalbo", disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308: 1392), **se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro"**.*

II.- Breve historia de la prohibición

El Código Penal de 1921 no contenía disposiciones específicas con relación al comercio y tenencia de estupefacientes, y tan sólo contemplaba penas para quienes vendieren, pusieren en venta, entregaren o distribuyeren medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo. En 1924 se promulgó la Ley 11.309 que penaba a quien, estando autorizado, vendiera, entregare o suministrare alcaloides o narcóticos sin receta médica, o al que lo hiciera sin autorización.

Recién en 1926 se modificó la ley para que también fuera ilícita la tenencia de narcóticos que no estuviera justificada por una razón legítima (ley 11.331).

En el marco de las reformas al Código Penal impulsadas por Sebastián Soler, formalizadas mediante el Decreto-Ley 17.567 de 1968, se modificó el artículo 204 del Código de fondo, estableciendo que sólo serían penados quienes tuvieran en su poder cantidades mayores a las que correspondieran al uso personal, *despenalizándose así la tenencia para consumo*.

Cabe remarcar la paradójica circunstancia histórica en que dicha reforma fue llevada a cabo, siendo *“...el único momento en la historia del país que excluye la persecución de la tenencia que no exceda el consumo personal, es decir su despenalización. Algo inédito en la región (a excepción de la República Oriental del Uruguay, que nunca penaliza la tenencia para consumo). Este posicionamiento parecería extraño en una dictadura signada por una moral nacionalista-católica, donde se perseguía a jóvenes por tener ‘el pelo largo’, a mujeres por utilizar minifaldas, entre otras prohibiciones más duras, como la prohibición de los partidos políticos o la actividad sindical; pero en el plano económico y legal, este gobierno llevó adelante un claro modelo liberal y el impulsor de esta reforma legislativa, es uno de sus mayores exponentes: el abogado Sebastián Soler, que logra mediante la intervención en su cargo de asesor jurídico de la presidencia, la introducción de esta salvedad, ya que las*

libertades individuales y el respeto por la esfera privada exenta del control del estado, son para él base y consecuencia de este posicionamiento ideológico”⁴.

La posterior Ley 20.509 de 1973, anuló por completo la reforma al Código Penal de 1968, incluyendo las modificaciones al artículo 204. Además del contexto nacional, el endurecimiento de la legislación sobre estupefacientes era un fenómeno mundial en el marco del lanzamiento de la “Guerra contra las Drogas” por parte del presidente de Estados Unidos, Richard Nixon, quien califica por entonces a las drogas como *“el enemigo público, no económico, número uno”*, procediendo a la creación de la DEA (Drug Enforcement Agency).

Es inevitable disociar este nuevo marco normativo de la “Doctrina de Seguridad Nacional” que comenzaba a ser implementada en nuestro continente bajo los influjos de la potencia del norte. En tal sentido, el entonces Ministro de Bienestar Social y creador de la fuerza paramilitar conocida como Triple A, José López Rega, declaraba que *“las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por lo tanto la campaña antidrogas será auténticamente una campaña antiguerrilla”*.

“Esta construcción y la imagen bélica potenciada por el régimen prohibicionista, en donde el bien jurídico a proteger mediante la normativa legal era la «seguridad nacional» y el «enemigo» a vencer entre otros fantasmas era la narco-guerrilla, fue funcional a la acción desplegada por el terrorismo de Estado y las dictaduras genocidas en el continente americano que conllevaron a la desaparición física de aproximadamente 200.000 personas (entre otros crímenes de lesa humanidad como el asesinato, la tortura, la apropiación de recién nacidos, etc.). Fue tal la asociación y complemento funcional entre las doctrinas de seguridad nacional relacionadas a la criminalización de drogas y la doctrina de aniquilamiento de la «subversión política», que las normativas vinculadas a ambas materias, datan de fechas muy cercanas y circunstanciadas en un contexto sociopolítico determinado. En Argentina, por ejemplo ambas normativas distan tan sólo en un año desde su promulgación: 1974, Régimen Penal de las Conductas Delictivas Concernientes a Estupefacientes, y 1975 los llamados ‘Decretos de aniquilamiento’ N° 2770/75, 2771/75 y 2772/75. Este último decreto ordenaba a las Fuerzas Armadas, la ejecución de las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de *aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país*”⁵.

En tal sentido, en septiembre de 1974 se aprobó la Ley 20.771, la cual procede a la criminalización de los usuarios castigándolos duramente con una pena determinada entre 1 a 6 años prisión, por el hecho de tener en su poder estupefacientes *“aunque estuvieran destinados a uso personal”*.

En 1978, ya en plena dictadura cívico-militar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación – integrada por Adolfo Gabrielli (presidente), Elías Guastavino, Emilio Daireaux, Pedro Frías y Abelardo Rossi– ratificó a través del fallo “Colavini” la constitucionalidad de la represión a la

⁴ Cfr. IGNACIO N. CANABAL, “Historia de las Políticas de Drogas en Argentina”. Asociación Rosarina de Estudios Culturales -AREC-, 2014.

⁵ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

tenencia para el consumo personal, interpretando y legitimando el mencionado artículo 6º de la ley 20.771.

Con el agotamiento del escenario bipolar, el problema de las drogas tomó renovada importancia, ya no como instrumento de “la lucha antisubversiva” sino como uno de los ejes a partir de los cuales Estados Unidos consolidaría su hegemonía a nivel mundial. En ese marco, se aprobó en 1988 la “Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, que definía una serie de principios normativos sobre el problema de las drogas.

La mayoría de los países actualizaron su legislación a partir de la puesta en vigencia de la Convención. Argentina no fue la excepción, y el recientemente asumido gobierno de Carlos S. Menem promulgó en 1989 la Ley 23.737, que actualmente se encuentra vigente. En su artículo 14 se establece la punición tanto de la tenencia simple como de la tenencia para consumo personal.

Un año después, 1990, la Corte Suprema dictaba el fallo “Montalvo” que determinaba la legitimidad de la penalización de la tenencia para consumo personal. Dicha punición había sido declarada inconstitucional en 1986, cuando en plena “ola democrática” la Corte estableció, a través del fallo “Bazterrica”, que dicha conducta estaba amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

A pesar de dicho fallo, de gran contenido jurídico en sus considerandos, la sumisión hacia la imposición internacional en la materia pudo más que ello y, como hemos dicho, se dictaron en consecuencia la actual ley 23.737 y el fallo “Montalvo”, reforzando así las incipientes “relaciones carnales” entre ambos gobiernos.

III.- Situación actual

La situación jurisprudencial de legitimación de la punición de la tenencia para consumo personal, no ha sufrido variantes hasta el año 2009. Año en el cual la CSJN ha dado a conocer un nuevo cambio jurisprudencial mediante el conocido fallo “Arriola”, el cual retoma los lineamientos de “Bazterrica” y declara la inconstitucionalidad de dicha punición (actualmente establecida en el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737).

La claridad y contundencia del fallo “Arriola” en cuanto a rol de un Estado Constitucional de Derecho ante la política criminal en la persecución del tráfico de drogas, sin duda se opone a la plena vigencia de las disposiciones de la Ley 23.737 relativas a la criminalización de los consumidores.

Como bien es sabido, el fallo, a pesar de su contundencia jurídica y a pesar de provenir del máximo tribunal de la Nación, no tiene la capacidad de quitar validez a la norma legal actualmente vigente y sólo se aplica al caso en concreto. Ello significa en la práctica cotidiana, que por más lineamientos y claridad argumentativa que pueda desprenderse de tal decisorio, los tribunales inferiores pueden abstraerse de su aplicación (aunque ello no suceda con frecuencia), y las agencias punitivas (fuerzas de seguridad, fiscales, etc.) puedan proseguir en

la persecución y encausamiento de meros consumidores, avalados por la vigencia de la norma (cuestión ella, cotidiana).

Esta contradicción se torna aún más peligrosa cuando observamos que la norma ha sido y es utilizada por las fuerzas de seguridad, jueces y fiscales, como fundamento necesario y suficiente para cometer todo tipo de abusos, violencia institucional y selectividad penal en perjuicio de los más vulnerados, mediante una clara manifestación de la criminalización de la pobreza.

Ha llevado, por ejemplo, a disparidad de intervenciones o de resoluciones judiciales conforme la subjetividad policial y judicial –acorde siempre a sus preconceptos, creencias, ideología o valores–, de acuerdo a la persona que tenían enfrente y la sustancia consumida.

“La caracterización social de los usuarios conforme las sustancias de las cuales hacen uso, denota la vinculación que se realiza sobre la situación socioeconómica de los mismos y sus potenciales comportamientos antisociales mediante estigmas negativos de peligrosidad respecto de la pobreza y su vinculación con el delito. Así puede observarse que el consumo de determinadas sustancias ilegales suele vincularse con los sectores más vulnerados de nuestras sociedades (pasta base, crack, marihuana, inhalantes, etc.) y otros consumos a las clases más beneficiadas (éxtasis, MDMA, cocaína de buena calidad, etc.). Tal primigenia asociación se traduce en otra que la segunda, mediante la asociación de tales consumos con supuestos comportamientos antisociales de sus usuarios. Ello más allá de los efectos farmacológicos y factores criminógenos reales o supuestos de cada sustancia.

Los contextos en donde se dan tales consumos, suelen propiciar tal imaginario, ya que el consumo de una persona en situación de calle o en un barrio vulnerado denota mayor peligrosidad para el prejuicio social adquirido, que el consumo de elevadas dosis de alcohol o éxtasis en contextos a los que suelen acudir sectores de altos ingresos (discotecas, fiestas electrónicas, etc.)”⁶.

En general no ha sido la misma intervención para quien consume en un barrio popular que para quien consume en los contextos frecuentados por los sectores acomodados de nuestra sociedad. Los recursos estatales han sido orientados en tal sentido, motivados a un histórico arraigo sociopolítico del prejuicio hacia tales sectores, y por tradiciones judiciales/policiales construidas en otros momentos de la historia argentina que deben ser modificados.

Para ello el camino absolutamente necesario es modificar la ley y de esta manera no permitir a las fuerzas punitivas perseguir conductas relacionadas al consumo personal de sustancias prohibidas, *“ya que la criminalización primaria (normas) resulta la razón suficiente y necesaria en la mayoría de los casos, para que la criminalización secundaria (fuerzas de seguridad,*

⁶ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

fiscalías, poder judicial, etc.) encuentre su respaldo y exculpación de los actos de violencia y extorsión hacia tales sectores”⁷.

Si bien es cierto que luego del dictado del citado fallo Arriola en el año 2009 la persecución del delito de tenencia para consumo ha disminuido –esto se observa con la disminución de causas judiciales–, también lo es que todavía existe un número importante de causas que se inician por esta conducta, y muchos más son los ingresos a comisarías por este motivo, configurándose reiteradas situaciones de privación de la libertad de consumidores.

El Informe Estadístico (2014), editado por la Procuraduría de Narcocriminalidad respecto de las causas iniciadas en el año 2012, da cuenta de eso. Es decir que lejos de ser un tema superado, a pesar del fallo de nuestro máximo tribunal, el sistema penal continúa destinando gran parte de sus recursos y de su violencia estatal hacia la persecución penal de los consumidores.

A modo de ejemplo, pueden observarse el costo que ha conllevado las causas iniciadas por infracción a la Ley de Estupefacientes en Ciudad de Buenos Aires en el año 2012:

Causas iniciadas por estupefacientes (Ley 23.737 y contrabando de estupefacientes, Art. 866 del Código Aduanero) en las Fiscalías de primera instancia en lo Criminal y Correccional Federal y Fiscalías de primera instancia en lo Penal Económico según tipo de delito y formas de inicio, durante el año 2012.				
Delito	Cantidad	%	Costo unitario (\$)¹	Costo total (\$)
TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL Art.14	3.186	40,6	27.164	86.545.275
COMERCIO o tenencia para comercio, almacenamiento, transporte, etc. (Estupefacientes/Materias Primas) ART. 5-C	2.662	33,9	27.164	72.311.212
TENENCIA SIMPLE ART. 14	1.238	15,8	27.164	33.629.332
CONTRABANDO de estupefacientes - Art. 866 - Código Aduanero	612	7,8	27.164	16.624.516
COMERCIO o tenencia para comercio, almacenamiento, transporte, etc. (Plantas/Semillas) ART. 5-D	107	1,4	27.164	2.906.574
Otros	38	0,5	27.164	1.032.241
Total	7.843	100,0	27.164	213.049.151

1 El costo del estudio mencionado corresponde al año 2003 y se actualizó para el año 2012 mediante el Índice de Variación Salarial para el período 2003-2012 (INDEC), ya que el 98% del costo corresponde a sueldos de magistrados y empleados.

Fuente de causas iniciadas: Informe estadístico sobre narcocriminalidad. Sobre la distribución de las causas iniciadas por estupefacientes, población y empleados en el Ministerio Público Fiscal, año 2012. Procuraduría de Narcocriminalidad. Ministerio Público Fiscal (2014).

Fuente de costo: El costo de la Justicia Penal. Estudio referido a la Justicia Ordinaria y Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Adrián Marchisio. Oficina de Investigación y Estadísticas Político Criminales del Ministerio Público Fiscal. Publicado en Nueva Doctrina, Penal, Editores Del Puerto, 2005/A.

⁷ Cfr. MARIANO FUSERO, “¿Por qué nadie grita?”, 24 baires.com, Asociación de Pensamiento Penal (APP) y Espolea (México), 2014. Disponible en <http://www.24baires.com/opinion/48569-por-que-nadie-grita/>

- De lo expuesto en el informe se concluye que las **causas iniciadas por estupefacientes** representan el **48,2%** del total de causas iniciadas en el período.
- Más de la mitad **-56%-** de las causas iniciadas por estupefacientes corresponden a los delitos **"tenencia para consumo personal" y "tenencia simple"**.
- **El costo** para el Sistema Judicial de las causas iniciadas por estas dos conductas se estima en **\$ 120.174.604**.

En una nota del diario *Página/12*⁸, relacionada con otro informe realizado por fiscal federal Federico Delgado, se explica esta realidad de la siguiente forma:

<<De las 277 denuncias que el fiscal federal Federico Delgado trató en su último turno –15 días–, la gran mayoría fueron por infracción a la ley de estupefacientes y de ese total, también el **70 por ciento (156 casos)** fueron procedimientos en los que al detenido o imputado se lo acusó de **tenencia para consumo personal**. Esos casos no terminan en nada, ya que hay un fallo de la Corte Suprema, el fallo Arriola, que menciona la inconstitucionalidad de la penalización a quienes tienen estupefacientes para consumo personal, si esto no afecta a terceros. Parece claro que **las detenciones**, por ejemplo, **se orientan exclusivamente a los pobres**: de un total de 175 detenciones, 70 se hicieron en las estaciones de trenes de Retiro, Constitución y Once. Del resto, la mayoría fueron en San Cristóbal, Barracas, Parque Patricios, Boedo y Constitución. Hay datos notables en el informe: el **87 por ciento de los detenidos fueron argentinos**, en el 95 por ciento de los procedimientos intervino la Policía Federal y sólo en el 4 por ciento la Metropolitana y **resulta sospechoso** –según señala el informe de Delgado– **que se repitan los testigos de procedimientos. Hay 22 que se repiten en distintas causas y algunos de ellos hasta siete veces**. No es un dato menor que la mitad se inició por denuncias anónimas, un viejo artilugio policial [...].

Lo que Delgado plantea es que “estos datos constituyen un muestreo revelador e intentamos incluir variables que permitan visibilizar no sólo la forma en la que opera el Poder Judicial, sino también la selectividad de las fuerzas policiales”.

El fiscal pone el acento en la proporción de causas por drogas y dentro de ellas las de consumo personal. Por ejemplo, en los 156 casos por estupefacientes para consumo personal, se secuestraron 58 gramos de cocaína y 2 kilos de marihuana, a un promedio de 2 gramos por detenido en el caso de los de cocaína y 15 gramos en los de marihuana. La totalidad de esos casos terminó archivada, con todos sobreseídos [...].

Según Delgado, la mitad de los expedientes se inicia porque algún policía dice que vio a una persona en actitud sospechosa. En éstos, indudablemente, pesa el prejuicio policial. La otra mitad –según la actuación uniformada– proviene de personas que estaban consumiendo en la vía pública. Y sólo hay un 1,5 por ciento que es detenida porque, cometiendo otros delitos, se le encontró droga. Se ve que una parte de la población ya sabe que “no pasa nada” si lo sorprenden en la calle fumando marihuana, por lo que Delgado sugiere que el tema –no lo dice, pero es obvio que se trata de la despenalización– debería ser tratado por el Congreso.

⁸ Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-254850-2014-09-09.html>

Este diario dialogó con otros fiscales federales que coinciden en que hay un enorme esfuerzo judicial derrochado en causas de tenencia para consumo personal. Todos saben que serán archivadas. El propio fiscal difícilmente se incline por pedir la detención porque sabe que el futuro del expediente es el archivo y porque las consecuencias son peores: es probable que en caso de detención la persona pierda su trabajo, lo que no hace más que profundizar la situación”.>>

De tal forma, puede observarse que a pesar del gran índice de sobreseimientos en tales causas, que nunca debieron ser encausadas, la criminalización de los “delitos de consumo” coadyuva a la extorsión policial, a la violencia institucional, al derroche innecesario de recursos humanos y presupuestarios, y a la apertura de causas a personas seleccionadas, que ciertamente conservarán el resto de sus vidas el estigma social de su paso por el sistema penal o el encierro.

Las cifras sobre causas relacionadas a la Ley 23.737, son más que elocuentes a la hora de mostrar no sólo el grave daño causado a las personas que se ven llevadas al sistema penal por la práctica de acciones de su esfera privada (cfr. el artículo 19 CN), sino también el enorme dispendio de recursos, que son destinados diariamente a atentar contra los derechos humanos de los usuarios de sustancias, en vez de ser dirigidos a la prevención, educación y tratamiento de adicciones, o hacia la lucha contra el narcotráfico.

La misma Corte, en la jurisprudencia citada, afirma al respecto que *“...debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones **para combatir el narcotráfico, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades.** En este sentido resulta elocuente que según una investigación relevada por el “Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes” creado por resolución 433/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los últimos veinte años **sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El setenta por ciento de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal y el ochenta y siete por ciento se inició por tenencia de hasta cinco gramos de marihuana o cocaína incautada a varones jóvenes entre 20 y 30 años en la vía pública, que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito.** A su vez, la persecución no se ha dirigido a delitos tales como el lavado de dinero y el ingreso de precursores químicos (...) Conclusiones similares pueden colegirse a partir de los datos suministrados por el Observatorio Argentino de Drogas dependiente de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico. Como advertencia adicional, cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos”* (Fallo “Arriola”, 2009. El resaltado es propio).

De tal forma, claramente la persecución de los usuarios, además de ser una acción punitiva inconstitucional que avasalla la dignidad, libertad y autodeterminación de las personas, como posteriormente veremos, es un dispendio de recursos innecesario y sumamente contradictorio con lo que se pretende en la materia. Ello es, involucrar tales recursos en la

prevención, educación, tratamiento y atención en materia sanitaria, y a la lucha contra el narcotráfico. La misma Corte, en el citado fallo, ejemplifica ello afirmando que ***“...en el mismo empeño, puede citarse a prácticamente la mayoría de los países de la región que a la par de haber despenalizado la tenencia para consumo personal, dedican los recursos disponibles a la persecución del tráfico de estupefacientes”***.

En momentos donde la sociedad reclama mejores condiciones de seguridad pública y de eficiencia en la utilización de los recursos policiales, la ley vigente en materia de estupefacientes permite que dichos recursos se orienten a perseguir conductas inocuas para lesionar derechos de terceros.

A su vez, la inclusión de tales recursos y la no criminalización de los usuarios, permitirá en forma cierta y actual, fortalecer las políticas públicas actuales en materia de prevención, educación, tratamiento y atención en materia sanitaria, acercando a los consumidores a los efectores de salud y tratando a los mismos como sujetos de derecho y no como “delincuentes” o “enfermos” bajo estigmas que conducen a su marginación y discriminación.

Así también permitirá fortalecer otras acciones como ser la difusión de la información científica y objetiva, desprovista de prejuicios y preconceptos que lleve a la estigmatización de los consumidores, respecto de los efectos reales del consumo de sustancias psicoactivas, tanto legales como prohibidas; políticas de reducción de los daños relacionados con el consumo y de reducción de la vulnerabilidad de los usuarios de sustancias; la formación y capacitación constante de los profesionales de la salud y de la educación; y el necesario debate acerca de nuevos modelos de abordaje que fomenten la participación mediante un enfoque integral (familias, entornos, sociedad civil y de contexto general), como así también de nuevos paradigmas que nos permitan abordar una nueva política en la materia basada en el respeto irrestricto de los derechos humanos de los consumidores.

IV.- La prohibición constitucional de criminalizar conductas que no lesionen derechos de terceros

Una cuestión que necesariamente debe tenerse en cuenta y resulta de trascendental análisis para el entendimiento de la presente propuesta, es la inconstitucionalidad de la represión de los llamados *“delitos de consumo”*; entre ellos la tenencia de estupefacientes para consumo personal y el *“autocultivo”*, desde la óptica del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Recordemos que dicho artículo establece que *“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 cualquier precedente jurisprudencial o análisis de doctrina que aborde este tópico, la decisión queda supeditada a la interpretación que sobre este artículo se realiza o, en su defecto, de cómo se relaciona con la ley de estupefacientes.

La importancia de este artículo en nuestro ordenamiento jurídico es vital. A través de esta cláusula se protege la autonomía de las personas, esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía sólo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando daños o agresiones. Carlos Nino enseña que este principio de autonomía que “*subyace*” al art. 19, “*es la base de los diversos derechos más específicos que están enumerados en diversos artículos de la primera parte*” de la CN⁹.

Se trata de uno de los pilares sobre los que se asientan las constituciones modernas, que aseguran el resguardo para que toda persona pueda llevar su vida adelante del mejor modo posible, en el marco de sus posibilidades, siempre que ello no represente afectación a una persona concreta o los intereses de la comunidad en general, sin ser afectado por la intromisión del Estado por cualquiera de sus agentes.

El citado jurista afirma respecto a la penalización de delitos de consumo, que “*La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial*”¹⁰.

Luigi Ferrajoli afirmaría en tal sentido que “*es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto de los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad*”¹¹.

La conquista de este derecho es uno de los logros más trascendentes del derecho penal liberal y es importante analizar detenidamente cualquier conflicto que con relación a su interpretación pueda suscitarse. El artículo 19 protege la privacidad, que Nino define como el conjunto de “*las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros*”¹². No se trata sólo de aquello que ocurre fuera de la vista de los demás (lo íntimo), sino que la Constitución protege las elecciones de vida que cada persona hace sin afectar a otras, aunque esas elecciones sean conocidas por el resto. Se protegen también las expresiones públicas de la autonomía ejercida por cada individuo. La intervención estatal se justifica sólo cuando existe un daño a terceros, que -además- debe tener una entidad apreciable y no ser sólo una molestia¹³.

En un fallo de junio de 2012, la Corte Suprema reafirmó esta interpretación de la cláusula constitucional. Al negarse a ordenar una transfusión de sangre contra la voluntad expresa declarada por un paciente que pertenecía a los Testigos de Jehová, el Alto Tribunal reiteró que los “*comportamientos incluso públicos [de una persona] pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del*

⁹ CARLOS NINO, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 323.

¹⁰ CARLOS NINO, “La Constitución de la democracia deliberativa”, Gedisa, 1999, p. 279.

¹¹ LUIGI FERRAJOLI, “El principio de lesividad como garantía penal”, publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología, Año 2, Número 8, editorial La Ley, p. 8.

¹² Op. cit., pág. 304.

¹³ Cfr. NÉSTOR P. SAGÜÉS, “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo 2, pág. 388).

obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior” (“Albarracini”, Fallos, 335:799).

Como amplia garantía constitucional, impacta fuertemente en otras ramas del derecho. En el derecho penal adquiere otra categoría, representa una frontera, un límite infranqueable. Este límite es conocido como principio de reserva. La única forma de verificar si un hecho es factible de ser imputado o atrapado por el acotado margen que debe reservarse al derecho penal en las sociedades democráticas, es en aquellos casos donde no exista intromisión en esa frontera privada.

El derecho penal regula de diversos modos esta relación con el derecho constitucional. Por un lado, estipula que no le interesan conductas que no afectan a terceros, e incluso, las autolesiones que puedan afectar la autonomía personal. La esencia de un hombre libre, es la del que puede llevar a cabo su plan de vida de la forma que crea conveniente, sin que el Estado se entrometa utilizando la faz más represiva del derecho.

Es que nos encontramos frente a la máxima constitucional y, por otro lado, la ley 23.737 regula en qué situaciones pueden criminalizarse conductas vinculadas a estupefacientes. El primer punto de la discusión tiene que ver directamente con la jerarquía normativa y, consecuentemente, ninguna duda debe quedar en cuanto que, en la posible discusión entre una norma constitucional y una ley inferior, debe prevalecer la primera.

La discusión relativa a qué norma debe prevalecer no puede abrigar dudas. La ley fue formalmente sancionada del modo previsto por la Carta Magna (es una ley vigente) y únicamente puede resultar válida si su texto es coherente con aquella. Por ende, al momento de analizar esta colisión, siempre debe considerarse el artículo 19 reseñado. Todos asumimos el riesgo, aun cuando consideramos que otros ciudadanos adoptan ciertas conductas “equivocadas”, potencialmente autolesivas o distintas a nuestros planes de vida. Preferimos que continúen en ellas, a resignar este básico derecho a la libertad.

Un efecto derivado del principio de autonomía de la persona consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional es la idea que está históricamente condensada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando dicen: *“la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás”*, y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en párrafos como éstos: *“Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión (...) la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí solo para la seguridad de otros (...). Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón ‘prima facie’ para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general (...). Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés solo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda*

aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente”¹⁴.

Asimismo Mill sostenía claramente que *“La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás”.*

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny, concluye al respecto que *“La tesis de Mill sigue siendo relevante en materia penal, pues admitir que el Estado pueda imponer coactivamente modelos de virtud, sería abrir el camino a la sociedad totalitaria. Un Estado fundado en el pluralismo y respetuoso de la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas no puede imponer, por medio del derecho penal, a sus ciudadanos modelos de virtud o formas de vida. Si se admite que el Estado prohíba u ordene a alguien efectuar una conducta sólo porque ésta es perjudicial para su propia salud o porque el Estado la considera inmoral, se habrá eliminado todo límite a la interferencia estatal en la autonomía de las personas. Mañana se podrá penalizar el homosexualismo, consumir chocolates o leer determinados libros”¹⁵.*

El principio de autonomía de la persona establece que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. El art. 19 de la C.N., vedando la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicio a terceros, hace explícito este principio de autonomía.

A su vez, tal principio presupone una distinción entre dos dimensiones o áreas de la moral: la moral personal o “autorreferente” que prescribe o prohíbe ciertas conductas y planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter moral de su propio agente, según ciertos modelos de virtud, y la moral social o “intersubjetiva” que prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de sus agentes. El principio de autonomía se apoya en esta distinción y estipula que sólo en lo que hace a su

¹⁴ JOHN S. MILL, "Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham", p. 136-137.

¹⁵ Cfr. RODRIGO UPRIMNY YEPES, "Drogas, derecho y democracia".

desviación de la moral intersubjetiva una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos.

De tal forma, este principio tiene dos aspectos diferentes. El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida.

El segundo aspecto, es la prohibición de que el Estado y los particulares interfieran en la libre elección y materialización de ideales de vida que son parte de la moral autorreferente (se trata de acciones que no afectan la autonomía de terceros).

En tal sentido, consideramos que debida la circunstancia de que el uso de sustancias involucra un aspecto íntimo de la persona (en sí no afecta a terceros), esta última debe quedar reservada a la moral autorreferente. El principio de autonomía, consagrado en el art. 19 de la C.N, exige que el Estado no interfiera en la elección de conductas o planes de vida que sólo afectan a la moral autorreferente, entonces, no se justifica la intervención del Estado para regular tales conductas. En síntesis, dicha decisión debería quedar librada al sujeto, sin intromisiones de ninguna índole y sin necesidad de instancias previas.

V.- Antecedentes jurisprudenciales sobre la inconstitucionalidad de los delitos de consumo

a) Inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal

La CSJN ha sostenido que *“En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...”* (CSJN, fallo "Gramajo"); (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343).

Asimismo, hace 29 años, la misma CSJN en su renombrado fallo “Bazterrica”, ha sostenido que *“Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada”,* declarando allí la inconstitucionalidad de la tenencia de sustancias prohibidas estipulada en el artículo 6º de la antigua Ley Nº 20.771.

En dicho fallo, el Dr. Petracchi sostuvo que *“deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda”.*

Actualmente, el mismo Tribunal ha interpretado la disyuntiva expuesta en los apartados precedentes entre los fallos Colavini, Montalvo y Bazterrica. En 2009, la Corte resolvió el caso

“Arriola” (Fallos, 332:1963), que representa la opinión actual del tribunal en esta cuestión y retoma el antecedente de 1986 en del citado caso “Bazterrica”.

Del fallo “Arriola”, en el cual la Corte declaró inconstitucional el artículo 14 de la ley 23.737 que reprime la tenencia para uso personal, se desprenden interesantes posturas respecto a la punibilidad de estas conductas. Se sostuvo, para ello, que no se había logrado el objetivo de reducir, a través de esta prohibición, el problema de las adicciones ni el del narcotráfico; se añadió que los tratados de derechos humanos incorporados en 1994 (Art. 75 inc. 22 CN), prohíben la injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada y consagran la dignidad que impide tomar a una persona (por ejemplo, el consumidor de drogas) como instrumento en la lucha contra el narcotráfico; asimismo el tribunal destacó también que ningún tratado internacional obliga a castigar la tenencia para consumo personal.

Entre otros considerandos del fallo reseñado, podemos citar resumidamente los siguientes, que hacen mella sobre el tema aquí debatido. La Corte ha dicho que:

- ✓ “...aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad”.
- ✓ Las normativas internas y de derecho internacional que protegen la autodeterminación de las personas (Por ej. el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina), constituyen “...una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.
- ✓ “Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”.
- ✓ “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”.
- ✓ “La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...”.
- ✓ En referencia a la frustración del objetivo fundamental de la ley de drogas, como ser la supuesta protección de la «salud pública», la CSJN, “...lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos”.
- ✓ "Desde esta perspectiva se asume claramente que la "adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados" (cfr. UNODC, Informe del año 2009...). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue..." (Se hace referencia allí al Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

- ✓ "No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud. (...) De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado -cuando no incoherente y contradictorio- de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta".
- ✓ "...resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" -e ignorado en su problemática- no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención".
- ✓ Mediante la reforma constitucional de 1994 y la inclusión de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte sostiene que se "ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional".
- ✓ Más sistemáticamente, el Presidente del cuerpo, R. Lorenzetti, establece en su voto los siguientes criterios: «A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...».

A su vez, es abundante y pacífica la jurisprudencia argentina que ha declarado la inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 23.737, con base en los argumentos sostenidos por el máximo tribunal.

Por su parte, y como antecedente administrativo de la línea argumentativa que venimos sosteniendo, podemos recordar que en el año 2008 un organismo de nuestro Estado Nacional, como ser el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), expresaba que *"...la ley penal de estupefacientes vigente, no solo es inconstitucional por sancionar en modo ilegal una conducta como es la de tenencia de drogas para uso personal, que no lesiona bienes jurídicos de terceros e implica una clara intromisión a la privacidad (art. 19 de la Constitución Nacional), sino que lesiona un derecho fundamental como es el derecho al acceso a la salud, garantizado por los Pactos y Convenciones en materia de Derechos*

Humanos configurando a su vez una conducta discriminatoria violatoria del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación” .

De tal forma, el INADI en su extenso y fundado documento, culmina recomendando “Al Honorable Congreso de la Nación: (i) *Que sancione una ley que despenalice la tenencia de estupefacientes para consumo personal por su manifiesta inconstitucionalidad, al violentarse mediante tal criminalización el principio de NO discriminación, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho a la salud y el derecho al trabajo. (ii) Que mediando un criterio de razonabilidad, se instrumenten acciones afirmativas con relación a los grupos vulnerados y hasta ahora criminalizados por el consumo de estupefacientes, en relación principalmente al acceso al trabajo y a los sistemas de salud...*”¹⁶.

b) Inconstitucionalidad de la siembra y cultivo para consumo personal

Cabe destacar que las argumentaciones jurisprudenciales del fallo “Arriola” de la CSJN, referidas al artículo 14 de la ley 23.737, son trasladadas fundadamente a la penalización del cultivo para uso personal contenido en el Art. 5º anteúltimo párrafo de dicha norma, por la similitud que tienen ambas tipificaciones dirigidas al propio consumo. En tal sentido, ambas normas contienen atenuantes en los casos que “...surja inequívocamente que (la siembra) está destinada a obtener estupefacientes para el propio consumo personal” (Art. 5º), o “...surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal” (Art. 14º).

Motivo de ello, los tribunales han aplicado sucesivamente los antecedentes “Bazterrica” y “Arriola” en casos de siembra para propio consumo, ya que resoluciones dispares o antagónicas en presupuestos de ultraintencionalidades semejantes (fines de consumo), acarrearía a contradicciones analíticas y jurisprudenciales contraproducentes a la previsibilidad de nuestro sistema jurídico. A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes antecedentes:

- En una causa en donde se habían incautado 97 plantas de “Cannabis Sativa” destinadas para producir estupefacientes para consumo personal, se entendió que no existiendo “...ningún elemento que resulte indicativo de que la tenencia del material se correspondería con un fin de comercio (...) se impone en el caso los criterios de justicia expuestos por el Máximo Tribunal de la Nación en el caso “Arriola” (...). Ello es así toda vez que la conducta de Zapata fue desarrollada en el ámbito privado, no se afectó a terceros ni al bien jurídico tutelado por la norma, por lo que debe invalidarse aquella disposición (Art. 5º de la ley Nº 23.737 anteúltimo párrafo) por haber conculcado la garantía constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales”. Allí se citan otros antecedentes en el mismo sentido, como ser la causa Nº 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, en fecha 03 de junio de 2008; causa Nº 42.649 “Dora, Carlos y otra s/sobreseimiento” del mismo tribunal de fecha 13/02/2009. Finalmente, el fallo declara la inconstitucionalidad del art. 5, inc. a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737 y sobresee al imputado. (Causa Nº 1764, caratulada “C/Zapata, Alfredo Oscar s/ley 23.737”, de fecha 25 de septiembre de 2012. Juzgado de Garantías Nº 5 del Departamento Judicial de La Matanza).

¹⁶ Recomendación General Nº 3 en Materia de Discriminación a Consumidores/as de Drogas Prohibidas. INADI-Autor: Mariano Fusero. Año 2008.

- En otro caso en el cual se imputaba la tenencia de seis plantas de Cannabis Sativa, y analizándose el artículo 5º en su parte pertinente, se entendió que *“...la norma analizada presenta, en principio –dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida– problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades (...). En diversos precedentes se ha efectuado la relectura del caso “Montalvo”¹⁷ en función de la revisión del parámetro de la razonabilidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, tras partir de una concepción según la cual las acciones privadas de los hombres previstas por el art. 19 C.N. se refieren a aquellas que no ingresan en el campo de la moral autorreferente, se estimó que en virtud de las consecuencias negativas de la aplicación de la ley en orden a los fines perseguidos, se ha verificado la inadecuación de los medios en relación con aquellos objetivos y, en consecuencia, una tensión irrazonable de la libertad personal comprometida por la incriminación (...). Dichas razones son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas, de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades (...) estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal”*. De tal forma, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del art. 5º inc. a y anteúltimo párrafo de la ley 23.737 (Causa Nº 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, en fecha 03 de junio de 2008).
- En una causa iniciada a una pareja a la que —en el ámbito de su hogar y sin que hubiese prueba alguna de eventual comercialización— se le incautaron 52 plantas de marihuana, el juez de la causa los sobreseyó encuadrándose en el antecedente «Arriola», tras considerar respecto a la cantidad del material incautado *“...que, si bien puede entenderse como ‘considerable’, dicha circunstancia por sí sola no es hábil para descartar que su finalidad haya sido el consumo (...) Es que si se considerase que sólo la cuantía del material ilícito resulta eficaz para sembrar una duda sobre su destino, sería de aplicación al caso el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso VEGA GIMÉNEZ¹⁸ (Fallos: 329:6019)”*. Allí se resolvió que *“El tribunal estima que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir ‘inequívocamente’ de la ‘escasa cantidad y demás circunstancias’ no puede conducir a que si ‘el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga’, quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, pues semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si con las pruebas adquiridas en el proceso puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió”*» (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 9, Causa 681/12, «NN. s/ infracción Ley 23.737»; Zappia, Rossana y Peré, Julián¹⁹).

¹⁷ Fallo del 2008, anterior al caso Arriola. Por ello se evalúa el precedente Montalvo, arribando a conclusiones semejantes a las que posteriormente ratificaría la CSJN en el 2009.

¹⁸ La Corte en el Fallo “VEGA GIMÉNEZ” (Fallos 329:6019), donde se afirmó que al término “inequívocamente” debe interpretarse teniendo en cuenta los principios “in dubio pro reo” y “favor rei”, es decir: si el imputado es inocente y el acusador no puede probar, “inequívocamente” que la sustancia no era para consumo personal, corresponde la figura atenuada.

¹⁹ Cabe destacar que dicha pareja forman parte de la Comisión Directiva de la Agrupación de Agricultores Canábicos de Argentina (AACAA).

VI.- Otras consideraciones referidas a la siembra o cultivo para consumo personal

Además de configurar una intromisión indeseable e inconstitucional en el ámbito de autodeterminación de los consumidores, la punición del autocultivo obliga a los consumidores a adquirir la sustancia (generalmente cannabis) en circuitos de tráfico ilegal, sometiéndolos a una situación de clandestinidad, ilegalidad, violencia y riesgo de criminalización. A su vez, son conducidos a someterse a lo se denomina “efecto góndola”; es decir a la oferta que el mercado ilegal le haga de otras sustancias prohibidas con mayor potencialidad de daño ante su consumo. Del contacto de los usuarios con el mercado ilegal, impuesto por la criminalización, nada bueno puede esperarse. *“El consumidor ocasional no puede depender de sus encuentros más o menos casuales con otros consumidores, y debe procurarse una fuente de abastecimiento más estable, lo que implica entablar relaciones con personas que están en el negocio de la venta de narcóticos”*²⁰.

Recientemente el médico paraguayo Agustín Barúa, afirmaba respecto del “efecto góndola” que *“...la ilegalidad es la que invita y es puerta de entrada (a otras drogas). Porque la oferta está ahí, y el que te vende sesga la oferta porque en el caso el crack genera craving, que es la ansiedad de consumo. El craving del crack es mucho más intenso; entonces, se vende mucho más. Y como gana más el vendedor, él facilita de lo que genera más consumo en términos de mercado”*²¹.

De este modo, bajo el argumento de proteger a la salud, se obliga al consumidor a tomar contacto con redes del tráfico ilegal, lo que claramente lo expone ante situaciones inconvenientes e innecesarias. Cabe recordar sobre el punto, lo sostenido en una entrevista en un medio público por el Dr. Zaffaroni, en tanto afirmó que *“si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón, no habría tráfico”*²².

Por otra parte, al adquirir dicha sustancia en las redes ilegales de tráfico, el consumidor desconoce la calidad de la misma y los elementos de corte y adulteración agregados, o aquellos propios de la falta de control (amoníacos, componentes psicoactivos ajenos a la sustancia que se pretende consumir, excrementos de roedores, orinas, plantas enteras prensadas, etc.), que pueden ser sumamente más nocivos que el consumo de dicha sustancia en su estado natural. Al habilitar la posibilidad de autocultivo, el usuario tiene la posibilidad de cultivar su propia planta y de este modo conocer los productos externos que le aplica.

Una política de reducción de los daños, como la actualmente demandada por el artículo 10º inc. d. de la Ley 26.934 -Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP)-, debe tener en cuenta circunstancias como la expuesta a fin de reducir aquellos daños relacionados al consumo de sustancias adulteradas y la reducción de la vulnerabilidad de los usuarios ante el mercado ilegal y el sistema punitivo.

²⁰ Cfr. HOWARD BECKER, “Outsiders, hacia una sociología de la desviación”, Siglo XXI Editores, 2009, p. 83.

²¹ Cfr. <http://www.paraguay.com/nacionales/un-medico-a-favor-de-la-marihuana-122080>

²² Cfr. <http://www.infobae.com/2009/10/02/475562-zaffaroni-si-cada-consumidor-tuviera-una-planta-marihuana-el-balcon-no-habria-trafico>

“Resta remarcar el absurdo de considerar que cada persona tiene el derecho y la libertad de consumir cualquier sustancia, por los motivos expuestos, pero bajo la exigencia de someterse constantemente a la clandestinidad para la adquisición de la sustancia pretendida, o bajo el riesgo de ser perseguido, extorsionado, prisionizado o tratado compulsivamente en aras de la salud o la seguridad. ¿Se puede acaso ser libre, pero bajo riesgo de perder dicha libertad por el mismo hecho de ejercerla? (...) La permisión del consumo en muchos lares conserva una contradicción lógica con la punición de conductas accesorias y a veces necesarias, al propio consumo. Ello conduce a una punición encubierta de los consumidores mediante tales figuras y a un obstáculo al ejercicio de derechos de los mismos, limitando ciertamente el ejercicio de una supuesta libertad.”²³

Reconocer el consumo de sustancias como el ejercicio de un derecho individual, permitiéndole a los cultivadores generar una sustancia de calidad bajo el propio control, coadyuvaría de tal forma a disminuir los riesgos sobre su salud integral. El Estado debería así garantizar, sin intromisiones en la libertad y autodeterminación de los consumidores, que los usuarios puedan acceder a una sustancia que resulte lo menos perjudicial posible a su salud y sin la necesidad de financiar al narcotráfico como única forma posible de abastecimiento personal.

Las anteriores consideraciones deben anteponerse a cualquier planteo ético, moral o científico respecto de la eventual inconveniencia que para la salud individual, el proyecto de vida o algún bien intangible de carácter espiritual, pueda tener el consumo de determinadas sustancias. Como bien explica Oscar Parés, *«Reconocer un derecho es totalmente diferente a animar a la gente a ejercerlo, es coherente intelectualmente decir: “reconozco tu derecho a consumir drogas pero no te animaré a hacerlo debido a sus potenciales efectos sobre tu salud”. Lo mismo pasa con el suicidio. O en el caso del tabaco: permitir a los adultos consumir tabaco a la vez que ofrecer más y mejores programas de tratamiento para aquellos que busquen la abstinencia. De hecho, según cifras de la OMS, la primera causa de muerte es la cardiopatía isquémica, causada por la acumulación de grasas y colesterol. Entre las diez primeras causas encontramos la diabetes, la cardiopatía isquémica y otras enfermedades relacionadas con los hábitos alimenticios o con el estilo de vida. Pero principalmente por ingesta de grasas y, pese a ello, no se inicia ninguna cruzada contra las grasas; de hecho, es curioso, porque se prohíbe el anuncio de alcohol (que probablemente es responsable de algunas de esas muertes) y del tabaco (una de las principales causas de muerte), pero no se prohíbe la publicidad de las hamburguesas, más bien se publicitan en horario infantil»²⁴.*

Finalmente, y en este orden de ideas, vale la pena destacar un caso de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico “Causa N° 61.538, Folio N° 41, N° de Orden 27.152, con sentencia del 15/4/11”. Allí, los Dres. Hendler y Bonzón sostuvieron que **el hecho de que el acusado tuviera en su haber plantas de marihuana, constituía un estado de necesidad justificante, en los términos del art. 34 inc. 2° del C.P., ya que ése era el modo de**

²³ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

²⁴ OSCAR, PARÉS, exposición en la «IV Conferencia Latinoamericana sobre Políticas de Drogas». Auditorio Huitaca de la Alcaldía Mayor de Bogotá. 5 de diciembre de 2012.

evitar el ingreso en circuitos de tráfico. Resulta por demás destacable el argumento esgrimido por los jueces de la Sala mencionada, ya que toma en cuenta una realidad social que no puede ser dejada de lado racionalmente²⁵.

VII.- Proyectos legislativos de reforma a la actual ley 23.737

Tan determinante ha sido la influencia internacional prohibicionista en nuestro país que, a pesar de los reiterados argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace 29 años (Fallo “Bazterrica”, 1986), y recordadas hace 6 años (Fallo “Arriola”, 2009), declarando sucesivamente la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal, aún no se ha avanzado consecuentemente en sede legislativa con una norma despenalizadora que impida la violencia institucional, persecución, extorsión, discriminación y criminalización selectiva de los usuarios mediante dicha figura y otros “delitos de consumo”.

Los proyectos legislativos que pretendieron infructuosamente adecuar la norma a los preceptos constitucionales, conforme los lineamientos dados por el máximo tribunal de la nación, han sido varios y de diversos signos políticos. Tales iniciativas no han sido tratadas en muchos casos, y en otros, su trámite no prosperó más allá de las comisiones parlamentarias.

La crisis del actual régimen establecido por la ley 23.737, los fundados señalamientos del fallo “Arriola” y la actualidad de debate en el plano internacional, dieron pie a varios de estos proyectos de reforma:

COMPARATIVO DE PROYECTOS DE LEY REFERIDOS A LA NO CRIMINALIZACIÓN DEL AUTOCULTIVO Y DE LA TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL

El objetivo del presente apartado es visibilizar la forma en que las iniciativas parlamentarias presentadas ante el Honorable Congreso de la Nación en sus ambas Cámaras, han tratado determinados delitos que hacen mayormente al consumo de sustancias prohibidas (cultivo personal y tenencia para consumo personal).

El relevamiento ha tenido como base temporal el año 2009, ya que, como hemos dicho, en ese año nuestro máximo tribunal dio a conocer el mencionado fallo “Arriola”, detallado allí determinados lineamientos sustanciales sobre la temática en cuestión, que son generalmente interpretados y contemplados en el desarrollo de los proyectos legislativos presentados en lo sucesivo.

Actualmente podemos contabilizar unas quince **(15) iniciativas** parlamentarias presentadas ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que hacen expresa referencia y brindan tratamiento a alguno de los delitos contemplados en éste análisis, **una iniciativa (1)**

²⁵ Vale destacar el trabajo realizado al respecto de FERNANDO SANDE, “La penalización de cultivo de marihuana. Sus problemas frente a la Constitución Nacional”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/fernando-j-sande>, del cual se ha extraído valiosa información para el presente apartado.

presentada ante el Honorable Senado de la Nación y **una (1) iniciativa** con origen en el Poder Ejecutivo Nacional, contenida en el Proyecto de Reforma del Código Penal de la Nación.

Cabe destacar que para poder realizar el presente análisis, han sido utilizados los buscadores de información parlamentaria respectivos de cada Cámara del Congreso Nacional, conforme la información pública detallada en sus respectivas páginas web²⁶. En otro sentido, las representaciones de proyectos por pérdida de estado parlamentario (cada dos años), han sido contabilizadas una sola vez a los fines del presente análisis y su consideración versará sobre la última presentación realizada.

PROYECTOS

Conforme los criterios expuestos, ante la **Cámara de Diputados de la Nación** han sido presentadas las siguientes iniciativas parlamentarias:

-1-

Iniciado: Diputados Expediente: 4657-D-2009
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 125 Fecha: 25/09/2009

MODIFICACIONES DE LA LEY 23737 SOBRE TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL DE ESTUPEFACIENTES; MODIFICACION DEL: PENULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 5, EL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 29 BIS Y LOS ARTICULOS 8, 12, 14, 19, 21, 24 Y 43. ELIMINACION DEL ARTICULO 22 Y EL INCISO E) DEL ARTICULO 11 DE LA LEY 23737 E INCORPORACION DEL ARTICULO 11 BIS.

FIRMANTES:

PAREDES URQUIZA, ALBERTO NICOLAS	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	LA RIOJA
REJAL, JESUS FERNANDO	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	LA RIOJA

-2-

Iniciado: Diputados Expediente: 7990-D-2010
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 167 Fecha: 04/11/2010

DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL: MODIFICACION DE LA LEY 23737 DE REGIMEN LEGAL DE ESTUPEFACIENTES.

FIRMANTES:

BARRIOS, MIGUEL ANGEL	PARTIDO SOCIALISTA	SANTA FE
CORTINA, ROY	PARTIDO SOCIALISTA	CIUDAD de BUENOS AIRES
CUCCOVILLO, RICARDO OSCAR	PARTIDO SOCIALISTA	BUENOS AIRES
VIALE, LISANDRO ALFREDO	PARTIDO SOCIALISTA	ENTRE RIOS
CICILIANI, ALICIA MABEL	PARTIDO SOCIALISTA	SANTA FE

-3-

Iniciado: Diputados Expediente: 0768-D-2009
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 10 Fecha: 14/03/2009

ESTUPEFACIENTES, LEY 23737: SUSTITUCION DE LOS ARTICULOS 5 (PENAS DE PRISION PARA EL QUE PRODUZCA ESTUPEFACIENTES) Y 14 (PENAS DE PRISION PARA EL QUE DISPONGA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACION), DEROGACION DE LOS ARTICULOS 17, 18, 19, 20, 21 Y 22 (REPRODUCCION DEL EXPEDIENTE 5291-D-07).

²⁶ Cfr. <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/buscador2014-99.html> y <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada>

FIRMANTES:		
RICO, MARIA DEL CARMEN	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	BUENOS AIRES

-4-
 Iniciado: Diputados Expediente: 2464-D-2011
 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 44 Fecha: 09/05/2011

REGIMEN CONTRA EL NARCOTRAFICO (LEY 23737): MODIFICACIONES, SOBRE TENENCIA Y PENALIZACION.

FIRMANTES:		
IBARRA, VILMA LIDIA	NUEVO ENCUENTRO POPULAR Y SOLIDARIO	CIUDAD de BUENOS AIRES

-5-
 Iniciado: Diputados Expediente: 3452-D-2011
 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 79 Fecha: 29/06/2011

ESTUPEFACIENTES - LEY 23737 Y MODIFICATORIA 23975: DEROGACION; ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO REGIMEN.

FIRMANTES:		
CAMAÑO, GRACIELA	PERONISTA	BUENOS AIRES

-6-
 Iniciado: Diputados Expediente: 0981-D-2012
 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 11 Fecha: 16/03/2012

REGIMEN CONTRA EL NARCOTRAFICO - LEY 23737; MODIFICACIONES SOBRE DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA USO PERSONAL.

FIRMANTES:		
GIL LAVEDRA, RICARDO RODOLFO	UCR	CIUDAD de BUENOS AIRES
GARRIDO, MANUEL	UCR	CIUDAD de BUENOS AIRES
GARNERO, ESTELA RAMONA	CORDOBA FEDERAL	CORDOBA
ALFONSIN, RICARDO LUIS	UCR	BUENOS AIRES

-7-
 Iniciado: Diputados Expediente: 2972-D-2012
 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 46 Fecha: 11/05/2012

LEY 23737 DE ESTUPEFACIENTES: MODIFICACION DEL ARTICULO 5, SOBRE PENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGA PARA COMERCIALIZACION, DISTRIBUCION, ALMACENAMIENTO, TRANSPORTE.

FIRMANTES:		
PERALTA, FABIAN FRANCISCO	GEN	SANTA FE
MILMAN, GERARDO FABIAN	GEN	BUENOS AIRES
LINARES, MARIA VIRGINIA	GEN	BUENOS AIRES
STOLBIZER, MARGARITA ROSA	GEN	BUENOS AIRES
DUCLOS, OMAR ARNALDO	GEN	BUENOS AIRES

-8-
 Iniciado: Diputados Expediente: 7655-D-2013
 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 181 Fecha: 27/11/2013

DESCRIMINALIZACION DEL CONSUMIDOR DE ESTUPEFACIENTES, PREVENCIÓN Y ASISTENCIA INTEGRAL DE LAS ADICCIONES, Y OPORTUNIDADES DE REINSERCIÓN. MODIFICACION DE LA LEY 23737 (REGIMEN CONTRA EL NARCOTRAFICO).

FIRMANTES:		
GUZMAN, OLGA ELIZABETH	MOV POP NEUQUINO	NEUQUEN

-9-**Iniciado: Diputados Expediente: 7904-D-2013
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 185 Fecha: 06/12/2013**

CANNABIS: SE ESTABLECE SU LEGALIZACION Y REGULACION. MODIFICACION DE LA LEY 23737, DE ESTUPEFACIENTES Y LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO.

FIRMANTES:		
FERREYRA, ARACELI	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	CORRIENTES

-10-**Iniciado: Diputados Expediente: 0036-D-2014
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 1 Fecha: 05/03/2014**

REGIMEN CONTRA EL NARCOTRAFICO (LEY 23737): MODIFICACIONES, SOBRE DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA USO PERSONAL.

FIRMANTES:		
CONTI, DIANA BEATRIZ	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	BUENOS AIRES

-11-**Iniciado: Diputados Expediente: 0309-D-2014
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 3 Fecha: 07/03/2014**

REGIMEN CONTRA EL NARCOTRAFICO LEY 23737. MODIFICACION, SOBRE TENENCIA Y PENALIZACION (REPRODUCCION DEL EXPEDIENTE 0396-D-12).

FIRMANTES:		
PUIGGROS, ADRIANA VICTORIA	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	BUENOS AIRES

-12-**Iniciado: Diputados Expediente: 0467-D-2014
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 5 Fecha: 11/03/2014**

ESTUPEFACIENTES (LEY 23737): MODIFICACIONES SOBRE DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGAS.

FIRMANTES:		
DONDA PEREZ, VICTORIA ANALIA	LIBRES DEL SUR	BUENOS AIRES
LINARES, MARIA VIRGINIA	GEN	BUENOS AIRES
DUCLOS, OMAR ARNALDO	GEN	BUENOS AIRES

-13-**Iniciado: Diputados Expediente: 0765-D-2014
Publicado en: Trámite Parlamentario nº 8 Fecha: 14/03/2014**

NARCOTRAFICO (LEY 23737): MODIFICACIONES, SOBRE CONSUMO PERSONAL.

FIRMANTES:		
PERALTA, FABIAN FRANCISCO	GEN	SANTA FE
LINARES, MARIA VIRGINIA	GEN	BUENOS AIRES
DUCLOS, OMAR ARNALDO	GEN	BUENOS AIRES

-14-

**Iniciado: Diputados Expediente: 1341-D-2014
 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 15 Fecha: 26/03/2014**

**"PROGRAMA NACIONAL DE PREVENCION Y ASISTENCIA PUBLICA INTEGRAL DE LAS ADICCIONES":
 CREACION EN EL AMBITO DEL MINISTERIO DE SALUD DE LA NACION, MODIFICACION DE LA LEY
 23737, DE NARCOTRAFICO.**

FIRMANTES:		
CARRIO, ELISA MARIA AVELINA	COALICION CIVICA ARI - UNEN	CIUDAD de BUENOS AIRES
SANCHEZ, FERNANDO	COALICION CIVICA ARI - UNEN	CIUDAD de BUENOS AIRES
ARGUMEDO, ALCIRA SUSANA	PROYECTO SUR - UNEN	CIUDAD de BUENOS AIRES
JAVKIN, PABLO LAUTARO	COALICION CIVICA ARI - UNEN	SANTA FE

Por su parte, ante la **Cámara de Senadores de la Nación** ha sido presentada la siguiente iniciativa conforme los criterios ante expuestos:

-15-

**Iniciado: Senadores Expediente: 750/12
 Fecha: 29-03-2012**

PROYECTO DE LEY SOBRE PREPARACION, PRODUCCION, SUMINISTRO Y COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES.

FIRMANTES:		
FERNÁNDEZ , ANIBAL	FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ	BUENOS AIRES

Finalmente, cabe destacar que el proyecto elaborado por la **Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación**, abarca los delitos objeto de análisis en el presente trabajo:

-16-

**Poder Ejecutivo Nacional Decreto Nº 678/2012
 Fecha: 07/05/2012**

PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

MIEMBROS DE LA COMISIÓN		
ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	----
GIL LAVEDRA, RICARDO PINEDO, FEDERICO	DIPUTADO - UCR	CIUDAD de BUENOS AIRES
BARBAGELATA, MARÍA ELENA	DIPUTADO - UNION PRO	CIUDAD de BUENOS AIRES
ARSLANIAN, LEÓN CARLOS	EX PRESIDENTA DE LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES (AABA); APODERADA NACIONAL DEL PARTIDO SOCIALISTA Y DEL FRENTE AMPLIO PROGRESISTA.	----
	EX JUEZ DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL	----

MODIFICACIONES PROPUESTAS

Seguidamente se incluirán las reformas propuestas por los proyectos anteriormente listados, en lo que hace a la modificación de las conductas establecidas en la actual Ley N° 23.737 que son objeto del presente apartado.

TRATAMIENTO DE LOS DELITOS DE CULTIVO PARA CONSUMO PERSONAL

El actual **Artículo 5º de la ley 23.737**, establece que:

*“Art. 5º — Será reprimido con reclusión o prisión de **cuatro a quince años** y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo:*

*a) **Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación;***

*(...) **En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”.***

En el siguiente cuadro observaremos las propuestas realizadas por los proyectos antedichos, que hacen referencia al cultivo personal (Artículo 5º inc. a, penúltimo párrafo):

CUADRO 1: AUTOCULTIVO

Nº EXPTE.	FIRMANTES	MODIFICACIÓN PROPUESTA	OBSERVACIONES
4657-D-2009	PAREDES URQUIZA, ALBERTO NICOLAS REJAL, JESUS FERNANDO	ARTÍCULO 1º.- “Modificase el penúltimo párrafo del Artículo 5º (...): <i>En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, serán aplicables los artículos 17º, 18º y 21º.</i> ”	Despenaliza el autocultivo y aplica medidas de seguridad curativas y educativas.
7990-D-2010	BARRIOS, MIGUEL ANGEL CORTINA, ROY CUCCOVILLO, RICARDO OSCAR VIALE, LISANDRO ALFREDO CICILIANI, ALICIA MABEL	Artículo 1: “Modificase el artículo 5º (...): <i>a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación. El hecho no será punible cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal” (...)</i>	Despenaliza el autocultivo
0768-D-2009	RICO, MARIA DEL CARMEN	Artículo 1.- “Sustitúyase el Artículo 5 de la Ley 23.737, por el siguiente texto: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas	Aumenta el mínimo de la escala penal para todos los tipos penales

		<p>utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación.</p> <p>b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;</p> <p>c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte.</p> <p>d) Comercie con plantas, semillas o sustancias y/o elementos utilizables para producir estupefacientes, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte.</p> <p>e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros, estupefacientes a título oneroso.</p> <p>f) Si los hechos previstos en el inciso d) fueran ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco a quince años.</p>	<p>contenidos en el artículo 5º, de 4 a 5 años.</p> <p>Elimina atenuante para el autocultivo sin hacer mención a él.</p>
2464-D-2011	IBARRA, VILMA LIDIA	<p>Artículo 1º.- <i>“Sustitúyense el penúltimo y último párrafo del artículo 5 (...): En el caso del inciso a), no será punible cuando por la escasa cantidad sembrada, cultivada o guardada y demás circunstancias, surja inequívocamente que está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal.</i></p>	Despenaliza el autocultivo
3452-D-2011	CAMAÑO, GRACIELA	<p>Artículo 1º: <i>“Será reprimido con reclusión de ocho años a veinte años y multa de pesos quinientos mil a diez millones quien sin autorización o con destino ilegítimo:</i></p> <p><i>a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas que puedan ser utilizadas en la producción de estupefacientes, o materias primas o todo otro elemento destinado a su producción o fabricación.</i></p>	<p>Aumenta la escala penal para todos los tipos penales contenidos en el artículo 5º, pasando de 4 a 15 años a 8 a 20. Elimina atenuante para el autocultivo sin hacer mención a él.</p>
0981-D-2012	GIL LAVEDRA, RICARDO RODOLFO GARRIDO, MANUEL GARNERO, ESTELA RAMONA ALFONSIN, RICARDO LUIS	<p>ARTÍCULO 1. <i>Sustitúyase el artículo 5 de la ley 23.737 que quedará redactado, del siguiente modo:</i></p> <p><i>Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a quince (15) años el que sin autorización o con destino ilegítimo:</i></p> <p><i>a) Siembre, cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación</i></p> <p><i>(...) En los casos de los incisos a) y b), cuando por la escasa cantidad sembrada, cultivada o producida y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para uso personal, el hecho no será punible.</i></p>	Baja el mínimo de 4 a 3 años para todos los delitos contenidos en el Art. 5º, despenaliza el autocultivo.
2972-D-2012	PERALTA, FABIAN FRANCISCO MILMAN,	<p>Artículo 1: <i>Deróguese el inciso a) y el anteúltimo párrafo del artículo 5 de la ley 23.737 y sus modificatorias.</i></p>	Despenaliza el autocultivo y los delitos contenidos en

	GERARDO FABIAN LINARES, MARIA VIRGINIA STOLBIZER, MARGARITA ROSA DUCLOS, OMAR ARNALDO	Artículo 2: <i>Modifíquese el inciso d) del artículo 5 de la ley 23.737 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente forma:</i> <i>d) Comercie con plantas utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya o las dé en pago, o las almacene o transporte.</i>	el inc. a (“Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación”); y quita las “semillas” del inc. d.
7655-D-2013	GUZMAN, OLGA ELIZABETH	Artículo 14.- <i>Sustitúyanse el penúltimo y último párrafo del artículo 5º de la Ley N° 23.737, por los siguientes:</i> <i>"En el caso del inciso a), no será punible cuando por la escasa cantidad sembrada, cultivada o guardada y demás circunstancias, surja inequívocamente que está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal.</i>	Despenaliza el autocultivo.
7904-D-2013	FERREYRA, ARACELI	Artículo 1º. – <i>Derógase el inc. a) del art. 5º de la Ley 23.737, con sus modificatorias.</i> Artículo 4º. – <i>Derógase el inc. d) del art. 5º de la Ley 23.737, con sus modificatorias.</i> Artículo 6º. – <i>Deróganse el penúltimo y último párrafos del art. 5º de la Ley 23.737, con sus modificatorias.</i> Artículo 14. – <i>Sustitúyese el art. 15 de la Ley 23.737, con sus modificatorias, por el siguiente texto:</i> <i>«Ninguna especie vegetal en su estado natural, o cualquiera de sus partes, serán consideradas estupefacientes a los fines de esta ley o del art. 866 del Código Aduanero.</i> <i>»Sin perjuicio de lo anterior, el cultivo de especies vegetales de las que se puedan extraer o con las que se puedan producir estupefacientes y el comercio con dichas especies en estado natural o con sus partes, podrá ser regulado por las normas que establezca el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, y por las normas que el Poder Ejecutivo establezca específicamente con el objeto de controlar su destino y prevenir su uso para cometer las acciones previstas en el art. 5º.</i> <i>»En particular, dichas normas deben garantizar el acceso de los pueblos originarios y de cualquier persona o institución que haga un uso cultural, sacramental o religioso de tales especies vegetales».</i> Artículo 37. – <i>Eliminanse del listado aprobado como Anexo I del Decreto 299/2010 las sustancias «Cannabis y resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis» y «Tetrahidrocannabinol».</i> <i>Una ley especial establecerá el marco para la</i>	Considerando que “ninguna especie vegetal en su estado natural, o cualquiera de sus partes, serán consideradas estupefacientes”, se eliminan los delitos de siembra, cultivo, comercio de plantas, entre otros, y se legaliza particularmente el cannabis, demandando una ley complementaria que regule su cadena de valor.

		<i>regulación estatal del cultivo, producción, comercialización y distribución de plantas de cannabis, sus partes y productos elaborados con cannabis.</i>	
0036-D-2014	CONTI, DIANA BEATRIZ	Artículo 1°.- <i>Sustitúyase el último párrafo del artículo 5 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma: "En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para uso personal, el hecho no será punible."</i>	Despenaliza el autocultivo.
0309-D-2014	PUIGGROS, ADRIANA VICTORIA	Artículo 1.- <i>Sustitúyanse el penúltimo y el último párrafo del artículo 5 de la ley 23.737 (...): En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada y cultivada, su carácter privado y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, el hecho no será punible.</i>	Despenaliza el autocultivo.
0467-D-2014	DONDA PEREZ, VICTORIA ANALIA LINARES, MARIA VIRGINIA DUCLOS, OMAR ARNALDO	ARTICULO 1º. - <i>Deróguese el inciso a) y el anteúltimo párrafo del artículo 5 de la ley 23.737 y sus modificatorias.</i> ARTICULO 2º. - <i>Modifícase el inciso d) del artículo 5 de la ley 23.737 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:</i> <i>"d) Comercie con plantas utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte."</i>	Despenaliza los delitos de siembra y cultivo contenido en el inc a. del artículo 5º, entre ellos el autocultivo, y elimina las "semillas" del inc. d.
0765-D-2014	PERALTA, FABIAN FRANCISCO LINARES, MARIA VIRGINIA DUCLOS, OMAR ARNALDO	ARTÍCULO 1º.- <i>Sustitúyanse el penúltimo y último párrafo del artículo 5º de la ley 23.737, por los siguientes:</i> <i>"En el caso del inciso a), no será punible cuando por la escasa cantidad sembrada, cultivada o guardada y demás circunstancias, surja inequívocamente que está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal.</i>	Despenaliza el autocultivo.
1341-D-2014	CARRIO, ELISA MARIA AVELINA SANCHEZ, FERNANDO ARGUMEDO, ALCIRA SUSANA JAVKIN, PABLO LAUTARO	Artículo 37°.- <i>Modifíquese el artículo 5° de la Ley 23.737 (...): En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 16, 18 y 19, en lo que resulten pertinentes.</i>	Mantiene la punición del autocultivo.
750-2012	FERNÁNDEZ, ANIBAL	ARTÍCULO 1º.- El que: a) Siembre o cultive plantas destinadas a producir o fabricar estupefacientes o guarde semillas de las mismas aptas para tal finalidad; (...) será penado: 1. Con prisión de OCHO (8) a VEINTE (20) años cuando se trate de una actividad que, por su magnitud y demás circunstancias, se corresponda con el accionar de un grupo	Varía la pena de la siembra conforme la magnitud del accionar, aumentando los mínimos y máximos legales para el caso del accionar de grupos delictivos (de 4 a 15

		<p>delictivo organizado nacional o transnacional.</p> <p>2. Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años en los restantes casos.</p> <p>ARTÍCULO 2º.- En cualquiera de los casos del artículo 1º la escala penal podrá reducirse a la mitad del mínimo y del máximo cuando el autor cometa el hecho como subordinado. No son punibles las acciones prescriptas en el inciso a) del artículo anterior cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiera que están destinadas al consumo personal y no se ponga en peligro la salud de terceros. (...)</p>	<p>pasa a 8 a 20 años), y disminuye dicha escala para otros supuestos (de 4 a 15 a 3 a 10 años).</p> <p>Despenaliza el autocultivo.</p>
<p>DTO. 678-2012</p>	<p>COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN</p>	<p>ARTÍCULO 199º: Será penado con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa (...), el que sin autorización:</p> <p>a) Sembrare o cultivare plantas o guardar semillas utilizables para producir estupefacientes, salvo para consumo personal. (...)</p> <p>c) Comerciare, tuviere para comercialización, almacenare, transportare o traficare en cualquier forma con estupefacientes, plantas o semillas, precursores o materias primas para su producción o fabricación, siempre que no sean para el uso o consumo común.</p>	<p>Disminuye la escala penal para delitos semejantes a los contenidos en el actual Artículo 5º de la ley 23.737, pasando de 4 a 15 años a 3 a 10 años.</p> <p>Despenaliza el Autocultivo y el comercio, almacenamiento, transporte y tráfico de plantas y semillas si son para "uso o consumo común".</p>

▪ TRATAMIENTO DEL DELITO DE TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL

El actual Artículo 14 de la ley 23.737, establece que:

*"Art. 14 — Será reprimido con prisión de **uno a seis años** y multa de trescientos a seis mil australes **el que tuviere en su poder estupefacientes.***

*La pena será 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**".*

En el siguiente cuadro observaremos las propuestas realizadas por los proyectos antedichos que hacen referencia al delito de tenencia para consumo personal (Artículo 14, segundo párrafo):

CUADRO 2: TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL			
Nº EXPTE.	FIRMANTES	MODIFICACIÓN PROPUESTA	OBSERVACIONES
4657-D-2009	PAREDES URQUIZA, ALBERTO NICOLAS REJAL, JESUS FERNANDO	<p>Artículo 6º.- Modifícase el Artículo 14º de la Ley 23.737 (...): "ARTÍCULO 14º.- Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, y multa de trescientos a seis mil pesos, el que tuviera en su poder estupefacientes.</p> <p><i>Si por la ínfima cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal, resultarán</i></p>	<p>Despenaliza la tenencia para consumo personal y le aplica medidas de seguridad curativas y educativas.</p> <p>Brinda el criterio de "ínfima cantidad" y de</p>

		<p>de aplicación los Artículos 17º, 18º y 21º de esta ley.</p> <p>La tenencia no será considerada para uso personal cuando supere una ínfima cantidad, o cuando el tenedor, aún con una ínfima cantidad en su poder, sea detenido en más de una ocasión por su portación en la vía pública.</p> <p><i>Si de las circunstancias del caso surgiere que en forma excepcional el consumidor tiene en su poder una cantidad mayor, pero muy escasa, y que no las usará para su entrega a otra persona a título gratuito u oneroso, se aplicará lo dispuesto en el segundo párrafo de este artículo. Esta consideración sólo podrá realizarse de modo excepcional, con la debida acreditación de profesionales médicos sobre la adicción del involucrado y las eventualidades que justifiquen la tenencia de una cantidad que supere escasamente lo ínfimo."</i></p>	reincidencia.
7990-D-2010	BARRIOS, MIGUEL ANGEL CORTINA, ROY CUCCOVILLO, RICARDO OSCAR VIALE, LISANDRO ALFREDO CICILIANI, ALICIA MABEL	<p>Artículo 2: <i>Modifícase el artículo 14º de la Ley 23.737, y sus modificatorias (...): Artículo 14º: Será reprimido con prisión de uno a seis años o multa de trescientos (\$300) a seis mil (\$6000) pesos quien tuviere en su poder estupefacientes. El hecho no será punible cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.</i></p>	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
0768-D-2009	RICO, MARIA DEL CARMEN	<p>Artículo 2.- <i>Sustitúyase el Artículo 14 de la Ley 23.737, por el siguiente texto: Será reprimido con prisión de cuatro a diez años el que tuviere estupefacientes debidamente dispuestos y acondicionados para su comercialización o distribución.</i></p>	<p>Disminuye el máximo de la escala penal para la tenencia para comercio (de 4 a 15 cfr. Art. 5º inc. C, a 4 a 10 años).</p> <p>Despenaliza la tenencia simple y la tenencia para consumo personal.</p>
2464-D-2011	IBARRA, VILMA LIDIA	<p>Artículo 2º.- <i>Sustitúyese el último párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, por el siguiente: "No es punible el que tuviere en su poder estupefacientes cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal."</i></p>	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
3452-D-2011	CAMAÑO, GRACIELA	<p>Artículo 9º: <i>Será reprimido con prisión de tres a seis años y multa entre cincuenta mil y doscientos mil pesos, con más la accesoria de trabajo social o en obras públicas durante el mismo lapso, quien tuviere en su poder estupefacientes.</i></p>	<p>Penaliza la tenencia en todo supuesto, no distinguiendo entre tenencia simple y tenencia para consumo personal.</p> <p>Aumenta el mínimo de la escala penal de 1</p>

			año a 3 años.
0981-D-2012	GIL LAVEDRA, RICARDO RODOLFO GARRIDO, MANUEL GARNERO, ESTELA RAMONA ALFONSIN, RICARDO LUIS	ARTÍCULO 3. <i>Sustitúyase el artículo 14 de la ley 23.737 que quedará redactado, del siguiente modo: Será reprimido con prisión de uno a seis años el que tuviere en su poder estupefacientes, cuando de la cantidad y el tipo de sustancia poseída y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, surgiere inequívocamente que la tenencia no es para uso personal.</i>	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
7655-D-2013	GUZMAN, OLGA ELIZABETH	Artículo 15.- <i>Sustitúyase el último párrafo del artículo 14 de la Ley N° 23.737, por el siguiente: "Cuando por su escasa cantidad, y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para uso personal, el hecho no será punible".</i>	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
7904-D-2013	FERREYRA, ARACELI	Artículo 13. – <i>Sustitúyese el art. 14 de la Ley 23.737, con sus modificatorias, por el siguiente texto: «En ningún caso se penalizará la mera posesión de estupefacientes, ni se iniciarán procesos judiciales basados exclusivamente en ésta sin pruebas complementarias y suficientes que indiquen que dicha posesión será destinada a la venta o a la comisión de otros delitos. »Las fuerzas de seguridad no podrán proceder a la demora, aprehensión o detención de una persona por la mera posesión de estupefacientes, sin pruebas complementarias y suficientes que indiquen que dicha posesión será destinada a la venta o a la comisión de otros delitos».</i>	Despenaliza la tenencia simple y la tenencia para consumo personal.
0036-D-2014	CONTI, DIANA BEATRIZ	Artículo 2°.- <i>Sustitúyase el último párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma: "Cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para uso personal, el hecho no será punible."</i>	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
0309-D-2014	PUIGGROS, ADRIANA VICTORIA	Artículo 4.- <i>Sustitúyase el último párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para consumo personal, el hecho no será punible".</i>	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
0467-D-2014	DONDA PEREZ, VICTORIA ANALIA LINARES, MARIA VIRGINIA DUCLOS, OMAR ARNALDO	ARTICULO 5º. -. <i>Deróguese el artículo 14 de la ley 23.737 y sus modificatorias.</i>	Despenaliza tanto la tenencia simple como la tenencia para consumo personal.
0765-D-2014	PERALTA, FABIAN FRANCISCO	ARTÍCULO 2°.- <i>Sustitúyase el último párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, el que</i>	Despenaliza la tenencia para consumo

	LINARES, MARIA VIRGINIA DUCLOS, OMAR ARNALDO	<i>quedará redactado de la siguiente forma: "Cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surja inequívocamente que la tenencia es para uso personal, el hecho no será punible."</i>	personal.
1341-D-2014	CARRIO, ELISA MARIA AVELINA SANCHEZ, FERNANDO ARGUMEDO, ALCIRA SUSANA JAVKIN, PABLO LAUTARO	Artículo 39°.- <i>Sustitúyase el artículo 14 de la ley 23.737 que quedará redactado, del siguiente modo: Será reprimido con prisión de uno a seis años el que tuviere en su poder estupefacientes, cuando de la cantidad y el tipo de sustancia poseída y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, surgiere que la tenencia no es para uso personal.</i>	Despenaliza la tenencia para consumo personal
750-2012	FERNÁNDEZ, ANIBAL	ARTÍCULO 5º.- (...) No es punible la adquisición y tenencia de estupefacientes cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera que está destinada al consumo personal y no se ponga en peligro la salud de terceros.	Despenaliza la tenencia para consumo personal.
DTO. 678-2012	COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN	ARTÍCULO 202º.- 1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y multa de (...), el que tuviere en su poder estupefacientes que no estuvieren destinados al consumo personal.	Despenaliza la tenencia para consumo personal.

■ COMPARATIVO

En el siguiente cuadro podemos visibilizar a modo de resumen, cual ha sido la actitud de los proyectos reseñados respecto de la penalización de los delitos de consumo aquí analizados, conforme la información detallada en los Cuadros 1 y 2. A tal fin, se incluirán únicamente aquellos proyectos que contemplan los delitos bajo análisis o algunos de ellos.

CUADRO 3: COMPARATIVO

Nº EXPTE.	FIRMANTES	DESPENALIZACIÓN DEL AUTOCULTIVO	DESPENALIZACIÓN DE LA TENENCIA PARA CONSUMO PERSONAL
4657-D-2009	PAREDES URQUIZA, ALBERTO NICOLAS REJAL, JESUS FERNANDO	✓	✓
7990-D-2010	BARRIOS, MIGUEL ANGEL CORTINA, ROY CUCCOVILLO, RICARDO OSCAR VIALE, LISANDRO ALFREDO CICILIANI, ALICIA MABEL	✓	✓
0768-D-2009	RICO, MARIA DEL CARMEN	✗	✓
2464-D-2011	IBARRA, VILMA LIDIA	✓	✓
3452-D-2011	CAMAÑO, GRACIELA		

		✗	✗
0981-D-2012	GIL LAVEDRA, RICARDO RODOLFO GARRIDO, MANUEL GARNERO, ESTELA RAMONA ALFONSIN, RICARDO LUIS	✓	✓
2972-D-2012	PERALTA, FABIAN FRANCISCO MILMAN, GERARDO FABIAN LINARES, MARIA VIRGINIA STOLBIZER, MARGARITA ROSA DUCLOS, OMAR ARNALDO	✓	---
7655-D-2013	GUZMAN, OLGA ELIZABETH	✓	✓
7904-D-2013	FERREYRA, ARACELI	✓	✓
0036-D-2014	CONTI, DIANA BEATRIZ	✓	✓
0309-D-2014	PUIGGROS, ADRIANA VICTORIA	✓	✓
0467-D-2014	DONDA PEREZ, VICTORIA ANALIA LINARES, MARIA VIRGINIA DUCLOS, OMAR ARNALDO	✓	✓
0765-D-2014	PERALTA, FABIAN FRANCISCO LINARES, MARIA VIRGINIA DUCLOS, OMAR ARNALDO	✓	✓
1341-D-2014	CARRIO, ELISA MARIA AVELINA SANCHEZ, FERNANDO ARGUMEDO, ALCIRA SUSANA JAVKIN, PABLO LAUTARO	✗	✓
750-2012	FERNÁNDEZ , ANIBAL	✓	✓
DTO. 678-2012	COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN	✓	✓

CONCLUSIONES

De los **15 proyectos** que son posibles de comparar entre sí por abarcar el tratamiento de ambas conductas, y más allá de la técnica legislativa elegida en cada iniciativa, podemos afirmar los siguientes datos:

➤ **Autocultivo:**

13 proyectos despenalizan la figura de siembra o cultivo para consumo personal (Art. 5 inc. a y anteúltimo párrafo), significando el **86.66 %** de los proyectos presentados desde el año 2009 a febrero de 2015.

➤ **Tenencia para consumo personal:**

14 proyectos despenalizan la figura de tenencia para consumo personal (Art. 14 segundo párrafo), significando el **93.33 %** de los proyectos presentados desde el año 2009 a febrero de 2015.

La contundencia de tales datos permite afirmar que en nuestro país existe cierta transversalidad y consenso político/legislativo respecto al cambio de paradigma que se pretende abordar, referido al tratamiento que se les brinda a los consumidores de sustancias prohibidas. Salvo muy excepcionales casos, los representantes legislativos de las fuerzas políticas más variadas, han presentado proyectos legislativos que entienden que la persecución penal a los consumidores mediante figuras que tienden a limitar su ámbito de libertad y autodeterminación, como ser la tenencia o el autocultivo, son lesivas a nuestro bloque constitucional federal, a nuestra democracia y a los derechos humanos más elementales de nuestra población como ser la libertad y autodeterminación personal.

VIII.- Normativas y otras medidas relacionadas a un cambio de paradigma

El cambio de paradigma que puede observarse en las propuestas reseñadas en el apartado anterior, puede visibilizarse a su vez en distintas normas que han sido aprobadas en el Congreso Nacional mediante un amplio consenso de las fuerzas políticas, y otras medidas recientemente arbitradas por el Poder Ejecutivo Nacional.

En el primero de los casos, cabe mencionar por ejemplo la aprobación de la ley N° 26.657 de “Derecho a la Protección de la Salud Mental”, sancionada y promulgada en el año 2010, y la reciente aprobación del “Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP) mediante ley N° 26.934 del año 2014.

Ambas normas diseñan el tratamiento de los consumos problemáticos y adicciones, con el eje puesto en la salud pública y el respeto fundamental de los derechos humanos de las personas que requieran de los mismos, denotando el abocamiento y responsabilidad del Estado en la articulación de políticas de públicas referidas al tema que prescindan del sistema penal y de los tratamientos compulsivos en tales casos.

En palabras de la CSJN, “...tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones positivas del Estado. En este entendimiento esta Corte ya ha afirmado que los legisladores han pretendido alcanzar con medidas de acción positiva la situación de aquellos afectados por patologías como el S.I.D.A. o la droga. **No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud. (...) De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado —cuando no incoherente y contradictorio— de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada. Por lo demás, de acuerdo a tales directivas y a las normas federales en juego que han comenzado a delinearlas, resulta**

incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención.” (Fallo “Arriola”, 2009. El resaltado es propio)

Por su parte, cabe destacar el Decreto Nº 48/2014 del Poder ejecutivo Nacional, que ha venido separar el paradigma represivo penal del paradigma sanitario, haciendo conservar ésta última competencia a la SE.DRO.NAR mientras que la competencia represiva contra el narcotráfico se coloca bajo la órbita del Ministerio de Seguridad de la Nación. Cabe destacar a dicha medida como un cambio sustancial en la forma de entender la complejidad del tema, ya que la imposición internacional históricamente ha determinado estructuras en donde la confusión de paradigmas venía a reforzar la asociación de todo consumidor como un “delincuente” o potencial delincuente; más aun en casos de consumos problemáticos de sustancias de las poblaciones más vulneradas.

En tal entender histórico del paradigma prohibicionista, sí todo consumidor es un potencial delincuente, se justifica la existencia de estructuras en donde la cuestión sanitaria y la cuestión penal se entremezclan, atendiendo los consumos mediante la imposición de tratamientos compulsivos, medidas de seguridad curativas o prisionización dentro de las “soluciones” propuestas.

“Estos paradigmas fueron fusionados bajo un complejo argumental y normativo, en donde las competencias de los organismos vinculados contienen multiplicidad de funciones supuestas y contradictorias, como perseguir y reprimir al narcotráfico y, a su vez, brindar asistencia sanitaria a las personas con abuso de sustancias. Una mezcla extraordinaria de funciones policiales, militares y sanitarias que ha demostrado a toda luz ser ineficaz tanto para la represión del tráfico como para la contención sanitaria de los usuarios con problemas de abuso o adicción”²⁷.

Actualmente nos encontramos en otro momento histórico, con un Estado que tiene a los derechos humanos como eje de toda política pública, en la que se protege y se valora al ser humano, y para fortalecer este concepto es necesario que los recursos estatales de persecución criminal se orienten de manera eficaz a perseguir aquellas conductas que realmente causan un perjuicio a la sociedad. Es decir orientar la persecución hacia el delito organizado, hacia aquellos que trafican y comercian ilegalmente estupefacientes. Ello es más complejo, por supuesto, pero es absolutamente necesario.

La política criminal de un Estado es definida por la forma en que selecciona conductas y particularmente a sectores sociales, a quienes aplica violencia estatal mediante una estructura organizada que la legitima. El planteo de no criminalización de los consumidores, entonces, va de la mano de dos conceptos: garantizar sus derechos constitucionales y orientar los recursos

²⁷ CFR. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

estatales hacía la prevención y tratamiento de los consumos problemáticos de sustancias, y a la represión de la criminalidad compleja. El consumo problemático hay que quitarlo de la mirada prohibicionista-abstencionista, para tratarlo como lo que es: un problema de *salud social*.

En este sentido desde fines de 2013 se inaugura, en materia de construcción y ejecución de las políticas públicas de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR) de Presidencia de La Nación, un nuevo camino a recorrer, donde es necesario dejar atrás los enfoques orientados en la conceptualización pasiva y estigmatizante de nociones como “*adicto*”, “*paciente*” y “*enfermo*” para adentrarse en el paradigma de la inclusión y de la priorización del sujeto activo de derecho, promoviendo la construcción de proyectos de vida. Ello es, sin más, cambiar el *paradigma de la mirada sobre el otro*.

Este paradigma desde el cual se ha comenzado a abordar la temática, faculta a implementar un conjunto de acciones de manera coordinada, equilibrada y acorde a las necesidades de las personas vinculadas al uso problemático de sustancias, permitiendo trabajar por su inclusión social.

De tal forma, debe partirse de la presencia estatal en la materia, que garanticen el desarrollo de redes preventivo-asistenciales de carácter integral, destinada a jóvenes y a la población en general. Una presencia estatal que supere a la mera intervención profesional con su conocida distancia objetiva para con el otro, para implicarse mediante la presencia y escucha activa en el desarrollo individual y colectivo de las personas, buscando trascender más allá de lo inmediato y generando las bases para continuar en la profundización de la solidaridad y reconstrucción del tejido social.

En este escenario, la SE.DRO.NAR, desde sus diferentes áreas programáticas, ha ampliado la oferta de espacios de consulta, información y contención mediante el fortalecimiento de la atención integral brindada por el CE.DE.COR (Centro de Consultas y Orientación) y la línea 141 –un canal anónimo, gratuito y de alcance nacional– que articula con una red ampliada de prestadores de asistencia, contención, derivación y orientación. Asimismo, se está promoviendo la creación y el fortalecimiento de las áreas locales (provinciales y/o municipales) con competencia en la prevención y atención, para que sinérgicamente puedan desarrollar políticas locales destinadas a todos habitantes del territorio nacional, en articulación con las instancias nacionales e instituciones sociales, deportivas, académicas y religiosas, entre otras.

La SE.DRO.NAR, con el objeto de brindar respuesta inmediata a las demandas de familiares y personas que se encuentran en situación de riesgo por consumos problemáticos, asumió como compromiso junto al Ministerio de Planificación Federal, la construcción de 60 Casas Educativas Terapéuticas (CETs) y 150 Centros Preventivos Locales de las Adicciones (CePLAs), que ya se ha puesto en marcha. Estos dispositivos, están dirigidos a toda persona con consumo problemático de sustancias, aunque no de manera exclusiva, que necesite un lugar donde encontrar herramientas para la construcción de un proyecto de vida que lo incluya y lo

reconozca como un sujeto de derecho valioso para la sociedad. Estarán asimismo, distribuidos estratégicamente en todo el país, en función de los lugares con mayor vulnerabilidad social.

El objetivo de estos centros es la recepción, acogimiento, apoyo, orientación, evaluación y asistencia de los sujetos de derechos vulnerados por esta realidad, convirtiendo a estos Centros en una verdadera casa que recibe, un hogar que cobija; en una unidad educativa y de formación laboral que enseña desde su cultura y realidad; en un espacio lúdico, artístico, deportivo y recreativo para el desarrollo personal y; en un espacio de contención terapéutico que posibilite el fortalecimiento del autoestima y la resolución de conflictos. Asimismo, son un lugar de capacitación, en el que, a través de convenios con universidades, se brinden cursos y capacitación en arte y oficios.

En definitiva, creemos y sostenemos, desde la labor diaria y la impronta impresa en los ejecutores de este nuevo paradigma, que el debate y/o reforma legal que facilite la no criminalización de los usuarios de sustancias, encuentra en la actualidad los pilares sobre los que las personas que transitan por un consumo problemático de sustancias, pueden encontrar el acompañamiento para su resolución.

Sin embargo, con ello no debe entenderse que una política de no criminalización conllevará indefectiblemente a una alza en el consumo de sustancias prohibidas, ya que experiencias internacionales que se han desarrollado en idéntico sentido, han destacado lo contrario²⁸.

En términos generales, los estudios de evaluación del impacto de la eliminación de sanciones sobre los usuarios de sustancias prohibidas, no identifican cambios significativos en los patrones de consumo. En este sentido, la no criminalización, aun cuando se aplica también al cultivo personal, no se asocia a incrementos en las prevalencias de consumo tanto en adultos como en adolescentes.

Al respecto, por ejemplo es recomendable observar el trabajo de Ricardo Vargas Meza y la comparación de efectos de las políticas en Portugal, San Francisco y Ámsterdam, referidas a políticas más o menos represivas en cada uno de tales territorios con respecto al cannabis y otras sustancias. Sus conclusiones arriban a afirmar lo siguiente *«Los resultados no apoyan las aseveraciones de que la criminalización reduce el consumo de cannabis y su despenalización lo aumenta. De otro lado, ni la despenalización holandesa parece estar asociada con un mayor uso de otras drogas ilícitas ni la penalización en San Francisco parece estarlo con un menor consumo de otras drogas ilícitas en relación con el uso que se hace en Ámsterdam. De hecho, a*

²⁸ Al respecto es recomendable observar el trabajo de Ricardo Vargas Meza y la comparación de efectos de las políticas en Portugal, San Francisco y Ámsterdam, referidas a políticas más o menos represivas en cada uno de tales territorios con respecto al cannabis y otras sustancias. Sus conclusiones arriban a afirmar lo siguiente *«Los resultados no apoyan las aseveraciones de que la criminalización reduce el consumo de cannabis y su despenalización lo aumenta. De otro lado, ni la despenalización holandesa parece estar asociada con un mayor uso de otras drogas ilícitas ni la penalización en San Francisco parece estarlo con un menor consumo de otras drogas ilícitas en relación con el uso que se hace en Ámsterdam. De hecho, a juzgar por la prevalencia de vida del consumo de otras drogas ilícitas, lo contrario puede ser el caso»*. VARGAS MEZA, RICARDO. "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas". Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). 2013.

juzgar por la prevalencia de vida del consumo de otras drogas ilícitas, lo contrario puede ser el caso»²⁹.

En dicho sentido, el fallo Arriola afirma que “...**Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal.** Más aún, tal como señala el Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa (OEDT) que valoró el impacto de la legislación en materia de estupefacientes, el Consejo Nacional para la Delincuencia de Suecia había concluido que **“no exist[ían] indicios claros de que la criminalización del consumo de drogas [hubiera tenido] efecto disuasorio para los jóvenes”** (el resaltado nos corresponde).

IX.- Nuestra propuesta

Hasta el presente punto hemos brindado los lineamientos generales que dan basamento al presente proyecto, siendo que en lo sucesivo nos abocaremos a brindar ciertos argumentos en particular de las reformas propuestas, intentando resumir los mismos en sus considerandos más relevantes e incluyendo los argumentos expuestos por otros diputados en sus propias iniciativas.

1) Reforma propuesta en el Artículo 1º:

- Escala penal aplicable y actualización de las multas

En primer lugar, se disminuye levemente el mínimo de la escala penal aplicable a los delitos allí establecidos, pasando de 4 años a 3 años de prisión y conservándose el máximo de 15 años³⁰.

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, CHEMES, FIAD y LA DIPUTADA STORANI³¹.

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 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*

²⁹ RICARDO, VARGAS MEZA. "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas". Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). 2013.

³⁰ “Será penado con prisión de TRES (3) a QUINCE (15) años y multa de VEINTE MIL (\$) 20.000) a DOS MILLONES (\$) 2.000.000) de pesos, el que sin autorización...”

³¹ Expte. 6154-D-2010.

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, establece 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).

Cabe destacar que la disminución del máximo de la escala en los proyectos antes reseñados, es posible motivo de la reforma integral que realizan ambas iniciativas al régimen legal de estupefacientes y su norma 23.737. Al ser nuestra propuesta una iniciativa de reforma parcial, dicha disminución, por más que sea compartida en su fundamentación, haría perder cierta armonía, lógica y proporcionalidad con la tipificación de otros delitos contenidos en la actual ley (Artículo 10º por ejemplo), considerando que la mayor importancia actual reviste en la disminución del mínimo legal de la escala establecida, para brindar al Poder Judicial cierta flexibilidad para graduar la sanción en relación al grado de culpabilidad de los autores, y posibilitar la imposición de penas de ejecución condicional ante delitos menores ante los cuales las sanciones exorbitantes puedan resultar manifiestamente injustas.

Dicha norma se complementa con lo establecido en el Artículo 2º de la propuesta aquí formulada, cuyo inciso primero establece claramente la no punición de personas bajo situaciones de explotación o trata (generalmente las mal llamadas “mulas”) -cuya fundamentación desarrollaremos más adelante-, y una disminución de la escala penal aplicable (de SEIS (6) meses a tres (3) años de prisión) “*Cuando las conductas establecidas en el artículo 5º de esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero sean llevadas a cabo por personas en clara situación de vulnerabilidad social y/o el móvil sea el financiamiento del propio consumo problemático de sustancias...*”.

Sumado a ello, y en idéntico sentido a la propuesta realizada por la diputada ARACELI FERREYRA en su proyecto de ley Nº **7904-D-2013**, se establece que “*En tales supuestos, será obligación de los funcionarios públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público intervinientes en el proceso, hacer conocer fehacientemente al condenado los alcances y efectos de la condena en suspenso, y las consecuencias de una nueva condena por la comisión del mismo u otros delitos. También darán conocimiento de los hechos al Poder Ejecutivo Nacional y a los*

Poderes Ejecutivos locales, los que deberán arbitrar los medios a su alcance para brindar la asistencia social y contención requerida por la persona en situación de vulnerabilidad”.

Como menciona la Asociación Civil Intercambios en sus «15 Ideas para incorporar al debate parlamentario sobre una nueva ley de drogas»³², *«La evaluación para la definición de la pena debe basarse en la pregunta: ¿Cuál es la función de esa persona en la estructura del crimen organizado? ¿Es lo mismo un joven, pobre y desocupado, que hace delivery de sustancias a casas de clase media desde un barrio humilde que aquellos funcionarios públicos cómplices del tráfico en gran escala? Es necesario atenuar la escala penal para los pequeños actores del tráfico en situaciones de vulnerabilidad que en la actualidad va de 4 a 15 años de prisión (Ley 23.737, Art. 5) y fijar una proporcionalidad de las penas, según el nivel de compromiso en el negocio»*

En idéntico sentido a lo expuesto, en la propuesta se gradúa y actualiza la sanción de multa, yendo de un monto de \$20.000 a \$2.000.000; lo cual brinda un amplio margen de aplicación conforme la gravedad de las conductas realizadas y la vinculación o no con el desarrollo de acciones delictivas a gran escala. Cabe destacar que en el expuesto caso de vulnerabilidad social, obviamente no se aplican tales sanciones pecuniarias.

- ***Semillas y materias primas***

Por su parte, la modificación propuesta al inc. a) del Artículo 5º³³, elimina las semillas y materias primas de su enunciado, motivo a que las semillas per se no contienen generalmente componentes psicoactivos y pueden ser utilizadas para varios fines distintos a la elaboración de estupefacientes destinados a la venta. En el caso de las semillas de cáñamo, los especialistas afirman que las mismas *“...son muy nutritivas y carecen de psicoactividad. Contienen ocho proteínas con una combinación de alto valor biológico y altas en ácidos grasos poliinsaturados Omega 3, que las convierten en un alimento muy saludable que además baja el LDL (el colesterol “malo”). Su aceite es usado en muchas comidas, pomadas, lociones y otros productos de higiene, cuidado de la salud y cosméticos”*³⁴.

El proyecto de ley **Nº 2973-D-2012** firmado por FABIAN FRANCISCO PERALTA, GERARDO FABIAN MILMAN, MARIA VIRGINIA LINARES, MARGARITA ROSA STOLBIZER y OMAR ARNALDO DUCLOS, se retiran también las semillas del enunciado de la norma, afirmándose en sus fundamentos *“...que la prohibición de las semillas y el autocultivo, en la actualidad impide llevar adelante una práctica imprescindible para el cambio en cuanto a la política de drogas y la lucha contra el narcotráfico. Si revisamos un poco la bibliografía y las prácticas en otros contextos veremos que ya en la Convención sobre Estupefacientes de la ONU de 1961, se excluye explícitamente a las semillas de la fiscalización internacional. Dicho documento dice textualmente: ‘Por cannabis se entiende a las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de cannabis, a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades’. A partir de ese*

³² Disponible en <http://www.intercambios.org.ar/wp-content/uploads/2013/01/15-Ideas-completo-con-Dise%C3%B1o.pdf>

³³ “a) Sembrare o cultivare plantas para producir estupefacientes, que estuviesen inequívocamente destinados a la comercialización ilegal y no autorizada”.

³⁴ LIC. PABLO ALBERTO ASCOLANI, “Uso Terapéutico y Toxicología del Cannabis”. Asociación de Estudios culturales de rosario –AREC-, Año 2014.

texto, en varios países se ha adoptado una postura no penalizadora respecto a la tenencia y el acceso a semillas. Así por ejemplo en Uruguay, las semillas de cannabis no se encuentran dentro del listado de sustancias prohibidas por la ley de drogas. Lo mismo sucede en Chile, aunque a pesar de que su legislación es una de las más duras de la región tampoco se encuentra prohibida la venta de semillas de cannabis (...). En nuestro país la prohibición del acceso a las semillas con penas de prisión sigue basándose exclusivamente en la razón de que pueden ser usadas para producir estupefacientes, pero se olvida que las semillas no son estupefacientes y que si por ello fuera también la tierra y los fertilizantes son materias primas que pueden usarse para producir plantas de marihuana que pueden llegar a comercializarse. Es decir que lo que se está prohibiendo es un peligro abstracto. Para ser más claros: se está penando la creación de un riesgo que crearía otro riesgo de daño para la salud pública. Claramente algo totalmente alejado de nuestros principios constitucionales básicos”.

En idéntico sentido, el proyecto de ley **Nº 0467-D-2014** firmado por las diputadas VICTORIA ANALIA DONDA PEREZ, MARIA VIRGINIA LINARES, y OMAR ARNALDO DUCLOS, elimina las semillas y materias primas del enunciado de la norma. Asimismo el proyecto de ARACELI FERREYRA (**Nº 7904-D-2013**), elimina también cualquier punición a las semillas o materias primas.

En nuestra propuesta se incluye meramente a las *semillas y materias primas* dentro de la posibilidad de que las mismas sean utilizadas como un medio para acceder a la producción, venta ilegal y no autorizada de estupefacientes (conforme inc. c del Artículo 5º propuesto³⁵). A su vez, dicha norma es complementada por disposiciones que tienden a garantizar el acceso a las mismas para su utilización legítima, como ser la previsión contenida en el Artículo 5º *in fine* y el Artículo 4º de la propuesta formulada.

Allí se establece que *“El Poder Ejecutivo o el organismo que el mismo determine, establecerá los procedimientos administrativos que garanticen el acceso a semillas, plantas y estupefacientes destinados a la investigación científica, médica, alimenticia o industrial”³⁶; y que “No será punible (...) el comercio de semillas destinadas al cultivo personal o social de especies vegetales para propio uso (...) Sin perjuicio de lo anterior, el cultivo de especies vegetales de las que se puedan extraer estupefacientes, como el comercio de sus partes y semillas, podrá ser regulado por las normas que establezca el Poder Ejecutivo o el organismo que el mismo determine, con el objeto de controlar su destino”³⁷.*

Como se observa en las normas propuestas, a fin de brindar cierto control respecto de la utilización legítima o no de dichos elementos, se brinda amplia facultad de regulación institucional en todo caso.

Pareciera una contradicción lógica y sin sustento, el hecho de proponer la no criminalización de ciertas conductas que consideramos legítimas y amparadas por el ordenamiento constitucional, como ser el consumo y autocultivo de sustancias vegetales, pero impedir el

³⁵ “c) Vendiere, tuviere para la venta, dé en pago, almacenare, transportare o traficare, en cualquier forma y con fines de comercialización ilegal y no autorizada, *semillas*, plantas, precursores o materias primas para producción o fabricación de estupefacientes”.

³⁶ Cfr. Artículo 5º *in fine*.

³⁷ Cfr. Artículo 4º.

acceso a semillas y materias primas que permitan el ejercicio de dichas conductas. La prohibición acrítica, fomentaría el mantenimiento de estructuras ilegales que faciliten dichos insumos y el contacto de los consumidores con tales circuitos clandestinos.

Lo mismo sucede con el acceso a las hojas de coca por ejemplo, en donde se ha legitimado históricamente *“la tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión”*³⁸; pero el autocultivo de plantas, la producción de hojas de coca a tales fines y su venta, son actividades ilegales (aunque toleradas en algunas provincias de nuestro territorio). La prohibición totalizante, a menudo incurre en tales contradicciones lógicas.

En todo caso, la opción sobre tales puntos no es la prohibición, sino más bien su regulación a fin de permitir el control sobre la actividad.

En dicho sentido, es que en la norma aquí propuesta, como otras que le suceden, hablamos de **“comercialización ilegal y no autorizada”**; ya que la punición absoluta de cualquier acto de comercio y sus conductas asociadas, impediría el acceso a insumos y sustancias que puede tener una finalidad legítima como las aquí expuestas.

Sobre el tema, cabe resaltar el PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, que en idéntico sentido elimina la punición de conductas relacionadas a *semillas y materias primas* (como ser *guardar, comerciar, tener para comerciar, almacenar, transportar o traficar*), siempre que dichas conductas se relacionen al *“consumo personal”* o *“el uso o consumo común”*³⁹.

En sus fundamentos se afirma que *“La exclusión de las plantas o semillas o materias primas para su producción o fabricación, siempre que no sean de uso o consumo común (...) resulta indispensable. Es sabido que se pueden extraer o producir estupefacientes de múltiples vegetales; prácticamente cada jardín es un reservorio de posible producción de estupefacientes*⁴⁰. *También pueden obtenerse de múltiples productos de uso corriente: yerba mate, café, etc. Si bien algunas lejanas sentencias habían planteado la cuestión respecto de las hojas de coca destinadas del coqueo o a infusiones, lo mismo podría plantearse respecto de otros muchos productos, generando decisiones jurisprudenciales ridículas, que nada tienen que ver con la salud pública. Por tal motivo se considera necesario no sólo hacer la precisión*

³⁸ El Art. 15 de la actual ley 23.737 establece que *“La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes”*.

³⁹ *“Será penado con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa (...), el que sin autorización: a) Sembrare o cultivare plantas o guardare semillas utilizables para producir estupefacientes, salvo para consumo personal. (...) c) Comerciare, tuviere para comercialización, almacenare, transportare o traficare en cualquier forma con estupefacientes, plantas o semillas, precursores o materias primas para su producción o fabricación, siempre que no sean para el uso o consumo común”*.

⁴⁰ La diputada ARACELI FERREYRA, en su proyecto de ley, afirma que *“El exceso cometido por el legislador al penalizar estas acciones queda a la vista al constatar que muchas otras especies de las que pueden obtenerse sustancias psicoactivas como Salvia divinorum o Brugmansia sp. son de libre circulación e incluso, como en el caso del género Brugmansia (Floripondio), adornan nuestros jardines y plazas aun cuando por sus características de toxicidad representan un riesgo mucho más palpable que el de las plantas prohibidas”*.

respecto de las hojas de coca (que se hace en el artículo 202 proyectado), sino incluir una fórmula general, para todo lo que sea de uso y consumo común”.

- Producción, extracción y elaboración de estupefacientes

En el inc. b)⁴¹ de la propuesta de reforma al Artículo 5º de la ley 23.737, sucintamente hemos resumido los verbos típicos contenidos en la actual norma, sin dejar de lado ninguna de las conductas penalizadas en la actualidad y a sólo fin de evitar una sobreabundancia de verbos típicos que en definitiva vienen a sancionar idénticas conductas. Tal propuesta es aportada por el PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, afirmando que tal abundancia de verbos es “...propia de la legislación norteamericana y extraña a nuestra técnica...”. En el artículo 199 inc. b de dicho proyecto, se incluyen los mismos verbos típicos que los usados en nuestra iniciativa (*Produjere, extrajere o elaborare*).

Seguido a ello, agregamos la salvedad sobre la que ya hemos hablado en el párrafo precedente, referida a la punición únicamente de conductas que se encuentren *destinadas “a la comercialización ilegal y no autorizada”* de estupefacientes.

- Venta, tenencia para la venta, dación en pago, distribución, almacenamiento, transporte y tráfico

El inc. c) propuesto⁴², establece la punición de estas conductas, unificando los actuales incisos c) y d) de la actual ley 23.737, cuya redacción es semejante⁴³, y variando meramente los elementos sobre los que versan las conductas descriptas.

Respecto del verbo “*comerciare*”, se propone en la presente iniciativa su variación por el verbo “*vendere*”. Ello obedece al hecho de que la actividad de “comercio” puede entenderse como una conducta bilateral, en donde existe como mínimo un vendedor y un comprador. El reproche del sistema penal se encuentra dirigido a quien “*vendere*” de forma ilegal y no autorizada tales elementos, sin pretender la penalización de la conducta del usuario que “*comprase*” los mismos. Una interpretación en sentido contrario, nos llevaría a sostener la penalización del consumo y de los consumidores, bajo anacrónicos argumentos utilitaristas de persecución al narcotráfico.

Finalmente, se agrega al enunciado el verbo típico “*traficare*”, por las particularidades típicas de dicho accionar que puede ser distinguido eventualmente de otras conductas.

⁴¹ “b) Produjere, extrajere o elaborare estupefacientes, que estuviesen inequívocamente destinados a la comercialización ilegal y no autorizada”.

⁴² “c) Vendiere, tuviere para la venta, dé en pago, distribuyere, almacenare, transportare o traficare, en cualquier forma y con fines de comercialización ilegal y no autorizada, estupefacientes, semillas, plantas, precursores o materias primas destinadas a la producción de estupefacientes”.

⁴³ “c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;
d) Comercie con planta o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte”.

- **Suministro o aplicación de estupefacientes**

El inciso d)⁴⁴ de la presente propuesta, se mantiene la punición del suministro o aplicación onerosa de estupefacientes a mayores de edad, y el suministro gratuito sólo en caso de que se encuentre dirigido a menores de edad por parte de un mayor de edad.

Son numerosas las propuestas que han sostenido la no criminalización del llamado “*suministro ocasional y gratuito*”, como ser la iniciativa de los diputados MIGUEL ANGEL BARRIOS, ROY CORTINA, RICARDO OSCAR CUCCOVILLO, LISANDRO ALFREDO VIALE y ALICIA MABEL CICILIANI, bajo número de expediente N° **7990-D-2010**; la propuesta de la diputada MARIA DEL CARMEN RICO, bajo expediente N° **0768-D-2009**; el proyecto de los diputados RICARDO GIL LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO y RICARDO LUIS ALFONSIN, N° **0981-D-2012**; la iniciativa de la diputada ARACELI FERREYRA, N° **7904-D-2013**; el proyecto del entonces Senador ANÍBAL FERNÁNDEZ bajo N° **750-2012**, y el proyecto de la COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN.

Generalmente la mayoría de estas iniciativas propenden la despenalización del suministro gratuito cuando este “*sea ocasional y para uso personal del receptor*”, conservándose la punición en otros supuestos. Entre sus argumentos, podemos encontrar los siguientes:

“...se excluye la entrega ocasional y para uso personal del receptor, pues sin esta salvedad se volvería al mismo problema de la tenencia para consumo. Lo más frecuente es que entre consumidores de marihuana, en especial, se realicen estas conductas en ocasión del consumo (se pasan el porro en círculo) y la no previsión de esta modalidad generalizada daría lugar a un nuevo dispendio de actividad policial, que permitiría otra vez que ésta se orientase hacia el lado más vulnerable del problema, descuidando —o disimulando con una sobreactuación un descuido u omisión dolosa— la persecución del tráfico” (Del PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN).

“...hemos decidido incluir al suministro, entrega o facilitación ocasional y a título gratuito de estupefacientes, cuándo surge que es para uso personal de quien lo receta, dentro del universo de conductas que pasarían a quedar por fuera del ámbito de lo prohibido. Esto porque entendemos que se ajusta mejor a la nueva lógica de intervención que pretendemos imponer a las fuerzas de seguridad y evita la criminalización de conductas que pueden estar comprendidas dentro del ámbito de autonomía de cada individuo. El suministro ocasional y gratuito de estupefacientes para uso personal de quien lo receta es una conducta que podemos estimar frecuente entre los usuarios de estupefacientes y que, en ocasiones, puede resultar inocua por lo que no siempre debería ser penalizada” (Del proyecto firmado por los

⁴⁴ “Suministre o aplique estupefacientes a título oneroso a personas mayores de edad, o suministre o aplique estupefacientes a menores de edad aunque sea a título gratuito, cuando el suministro al fuere por parte de un mayor”.

diputados RICARDO GIL LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO, RICARDO LUIS ALFONSIN, N° 0981-D-2012).

Compartiendo dichos fundamentos en lo sustancial, en nuestra iniciativa entendemos que tal conducta generalmente está relacionada al consumo ocasional de sustancias entre personas adultas, sin ánimo de lucro como elemento esencial y determinante de cualquier conducta relacionada con el tráfico y distribución. Por lo cual, una iniciativa como la presente, que tienda a la no criminalización de los consumidores mediante la penalización de conductas accesorias al propio consumo, debe contemplar la reforma de cualquier norma que pueda ser utilizada por el sistema punitivo y sus agencias de seguridad para continuar penalizando selectivamente a los mismos.

Sin embargo, ello no obsta a penalizar la conducta de “*suministro gratuito*” cuando sus destinatarios sean personas menores de edad. Se motiva ello en la eventual falta de maduración suficiente de las mismas como para elegir libre y discrecionalmente el consumo de sustancias dentro de su ámbito de autodeterminación –como podría hacer una persona adulta-, y la posibilidad de verse atraídas al consumo por las redes de distribución ilegal, mediante algunos suministros gratuitos iniciales que conlleven a su captación posterior como clientes del mercado.

En dicho entender, el PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, establece un agravante “*cuando el suministro fuere a un menor por parte de un mayor, aun cuando fuere ocasional o para uso personal del menor*”.

- ***No criminalización de los delitos de consumo y desinversión de la carga de la prueba***

En los párrafos finales del Artículo 5º propuesto, incluimos en primer lugar⁴⁵ un agregado que exige la comprobación “*inequívoca*” de los fines de “*comercialización ilegal y no autorizada*” incluida en las restantes tipificaciones de la norma, y por su parte otro agregado que de forma complementaria viene a *desinvertir* la carga de la prueba a favor de los consumidores, exigiendo al sistema penal un quehacer tan básico como comprobar la culpabilidad de las personas imputadas, presumiéndose en todo caso su inocencia. Cuestión ella que tal vez pueda pecar de elemental y sobreabundante, pero que hasta el momento no ha sido considerada, debiendo los consumidores probar su inocencia y finalidad de consumo de sus actos asociados (tenencia, cultivo, etc.).

“Lo más importante tal vez sea que las fórmulas de despenalización propuestas contengan términos claros y taxativos a fin de lograr su legítimo propósito de no incriminación de usuarios. Ello no siempre sucede, a causa de formulaciones que dejan a discreción de policías,

⁴⁵ “A los efectos del presente artículo, para comprobar los fines de comercialización ilegal y no autorizada determinantes de las conductas descritas, se deberán tener en cuenta de forma alternativa o complementaria las tareas de inteligencia previamente desarrolladas, la existencia de elementos de fraccionamiento y/o elementos de adulteración para acrecentar el peso y valor de las sustancias estupefacientes, instrumentos de medición de pesaje de las mismas y/o cualquier otro hecho o circunstancia que sirva para constatar inequívocamente dicha finalidad”.

fiscales y jueces la oportunidad de evaluar cantidades u otras circunstancias que conlleven a la incriminación o no de una persona, bajo concepciones arbitrarias.

Las tipificaciones penales referidas a la tenencia generalmente contienen, por sí mismas, formulaciones abiertas, vagas y ambiguas que permiten la discrecionalidad interpretativa de las agencias punitivas, bajo una arbitrariedad irreconciliable con los principios más elementales del derecho penal, como ser el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa⁴⁶ y el principio de inocencia.

Tales fórmulas suelen repetirse acriticamente en algunas propuestas despenalizadoras, con la mera diferencia de ubicar semánticamente la no punición en donde existía una pena⁴⁷, pero conservando la abstracción en la redacción de las normas y la consecuente discrecionalidad interpretativa de las agencias penales.

Formulaciones referidas por ejemplo a la «escasa cantidad», «demás circunstancias del caso»⁴⁸, «circunstancias personales», etc., dejan abierta la posibilidad de arbitrariedad interpretativa de las agencias punitivas, conllevando ello a la posibilidad de abusos, extorsiones policiales, violencia institucional, selectividad penal de los más vulnerados, disparidad de resoluciones judiciales conforme la subjetividad del pretor (acorde a sus preconceptos, creencias o supersticiones), y todas las consabidas consecuencias de la discrecionalidad en manos de los funcionarios y de las fuerzas de seguridad.

La presunción de inocencia se distorsiona, operando respecto de la valoración subjetiva que la fiscalía, o en última instancia el juez, haga de las circunstancias que rodean la tenencia, creando así un ámbito de discrecionalidad judicial sumamente arbitrario y casuístico. La persona debe probar, en última instancia, que la tenencia de sustancias es para su propio consumo, mediante un sistema en donde impera la «presunción de culpabilidad», la inversión inconstitucional del *onus probandi* (carga de la prueba) en materia penal, y la afrenta del *in dubio pro reo* (en la duda, hay que estar en favor del acusado).

Pareciera absurdo continuar brindado tales prerrogativas al poder punitivo, que como resultado histórico ha arrojado una cuantiosa y desproporcionada persecución y criminalización de consumidores. Las fórmulas despenalizadoras deben ser extremadamente cuidadosas en desinvertir esta carga probatoria, readjudicando al sistema penal su obligación

⁴⁶ Este principio exige de los legisladores el mayor esfuerzo en precisión en la redacción de normas penales. En falta a este principio, el juez tiene dos opciones: (1) declara la inconstitucionalidad de la ley, o (2) la interpreta de la forma en que más se restrinja el poder punitivo. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General (Primera edición). Ediar Temis.

⁴⁷ Ejemplo de redacciones semejantes, serían las siguientes: «La pena será 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» (fórmula penalizadora abstracta); «Cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal, la conducta no será punible» (fórmula despenalizadora con el mismo nivel de abstracción).

⁴⁸ Es el caso por ejemplo del actual Artículo 14 de la Ley Nº 23.737, el cual establece que "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será 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".

primaria de probar la eventual culpabilidad de las personas que selecciona para juzgar. Y ello no es más que lo que manda la normativa constitucional en la mayoría de los sistemas jurídicos, así como el derecho internacional en materia de derechos humanos (cfr. Art 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

Todo esto resulta sumamente razonable siendo que el Estado, mediante sus agencias de inteligencia y seguridad, se encuentra en una posición asimétrica de poder a su favor para recolectar pruebas complementarias y suficientes que indiquen que la tenencia de sustancias prohibidas, por ejemplo, sería eventualmente destinada a la venta o a la comisión de otros delitos⁴⁹.

Atento ello, ¿por qué continuar invirtiendo inconstitucionalmente la carga de la prueba, solicitando a los usuarios que demuestren su inocencia y la orientación al consumo personal de la tenencia -por ej.-, cuando el Estado es quien debería probar lo contrario, contando con mecanismos y facultades suficientes a tal fin? ¿Por qué seguir permitiendo tales márgenes de arbitrariedad, desigualdad y discrecionalidad, empoderando a un estado punitivo contra los ciudadanos y legitimando lo que no es más que el caldo de cultivo de todo tipo de irregularidades en el actuar de las fuerzas de seguridad?”⁵⁰

En el mismo trabajo que venimos citando, se hace mención a ciertas experiencias internacionales que a pesar de la finalidad manifiesta de no criminalización de los consumidores, han incurrido en tipificaciones abstractas que han dado lugar a un ejercicio mayor del poder punitivo contra los mismos. Creemos relevante volcar su contenido, motivo de la importancia que reviste el tema conforme la finalidad de la iniciativa aquí presentada:

“Existen antecedentes recientes de reformas supuestamente descriminalizadoras o despenalizadoras en la región, que han acarreado peores resultados punitivos que sus normas precedentes, motivo de la reacción de las agencias del orden y el abuso hecho sobre la abstracción de la norma aprobada.

Claramente puede observarse tal circunstancia en el caso de Brasil. En el año 2006 fue aprobada su nueva Ley de Drogas, N° 11.343, en sustitución de la Ley N° 6.368, de 1976. La nueva ley, de manera general, fue apoyada por los sectores más progresistas de la sociedad y su aprobación representó la esperanza de que el país pudiese caminar en dirección a una política de drogas más humana y liberal.

En cambio, el resultado de su implementación, como se verá, fue exactamente el contrario.

⁴⁹ Por ejemplo, el poder punitivo tiene amplias facultades y posibilidades de detectar que la persona sospechada está fraccionando y/o vendiendo sustancias como para encausarla, mediante su facultad de allanar un domicilio, posibilidad de realizar tareas de inteligencia en el lugar en que supuestamente se realiza dicha acción, recabar indicios o pruebas como podría ser la adquisición de sustancias legales usadas frecuentemente para «cortar» estupefacientes, elementos de fraccionamiento, de pesaje, recopilación de testimonios, etc.

⁵⁰ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

Más allá de que la nueva ley contiene una parte inicial de anuncios de principios bastante avanzada, su gran novedad —al menos la que se anunciaba— fue que por vez primera se derogaba expresamente la pena de prisión para el porte de drogas para consumo personal. La conducta continúa siendo perseguida —es importante que se diga—, pero las sanciones que corresponden de acuerdo a la nueva ley, deben ser la advertencia «sobre los efectos de la droga», prestación de servicios a la comunidad y medidas educativas.

De tal modo, muchos consideraban que con la aprobación de la ley, sería posible comenzar a diferenciar de forma más clara a los traficantes de los usuarios, suponiendo así que el número de presos por motivos relacionados con las drogas, evidentemente, disminuiría.

Sin embargo, la aplicación de la ley conllevó una realidad completamente opuesta a sus intenciones. En vez de producir una disminución del número de presos, la nueva ley de drogas produjo una explosión carcelaria de proporciones inimaginables. Mientras que los prisioneros por todos los otros delitos —exceptuándose el tráfico— crecieron en un 8,5%, en los tres años posteriores a la ley de 2006, la población carcelaria de presos relacionados a las drogas creció más de 62%. Por primera vez el «tráfico de drogas» se transformó en el crimen que más brasileños encarcela.

¿Qué es lo que pasó? ¿Cómo el resultado de la ley puede ser tan radicalmente diferente a sus intenciones? Si bien la ley anterior preveía una pena de seis meses a dos años para el usuario y de tres a quince años para el traficante, es verdad también que ella admitía la sustitución de esas penas por penas alternativas (para la ley brasileña, cualquier persona sin antecedentes condenada hasta cuatro años de prisión, puede sustituir su pena por otra alternativa a la prisión).

De tal forma, muchas personas que se situaban en una frontera poco clara entre usuario y traficante eventual no violento, terminaban por fin recibiendo una pena distinta a la pena de prisión.

La nueva ley, aunque derogó la pena de prisión para el porte de sustancias prohibidas, elevó la pena para el tráfico (incluyendo los casos de tráfico primario y sin relación con el crimen organizado) y eliminó la posibilidad de conceder una pena alternativa.

Esa situación, sumada a un criterio vago para diferenciar entre traficantes y usuarios, conduce de facto a que la policía sea quien se encuentre facultada para realizar tal distinción, a partir de criterios no siempre claros y casi siempre más severos con las personas en situación socioeconómica de pobreza: lo que hace muy común que personas detenidas con cantidades idénticas de sustancias, sean calificadas de usuarias en algunos casos, o como traficantes por el hecho de vivir en situación de calle o en las favelas.

En excepcionales casos, tal circunstancia es modificada por el control judicial. A pesar de que los jueces reconocen a veces que una persona detenida por la policía como un traficante, es en verdad un usuario, esa persona permanece presa durante todo el proceso. Ello acontece también motivo de que la ley estableció una absurda norma por la cual una persona acusada de tráfico de sustancias prohibidas no puede permanecer en libertad durante el proceso

(excarcelación), cosa que no ocurre, por ejemplo, con personas no reincidentes acusadas por homicidio⁵¹.

Tal vaguedad en la diferenciación entre usuarios y traficantes condujo a que haya muchísimos más usuarios prisionados después de la aprobación de la ley que antes de ella, a pesar de que la misma representaba supuestamente una decisión política de descriminalización de la tenencia para consumo personal.

Conforme la literalidad de la norma en cuestión, la misma contiene criterios vagos y abstractos de interpretación, que condujo a la realidad antes expuesta. De tal forma, luego de establecer fórmulas de punición para el porte y el cultivo, se establece la siguiente norma interpretativa:

«Art. 28. § 2º. Para determinar si la droga era destinada al consumo personal el juez atenderá la naturaleza y cantidad de sustancia aprehendida, al lugar y las condiciones en las que se desarrolló la acción, las circunstancias sociales y personales, así como la conducta y los antecedentes de imputado».

Discrecionalidad punitiva, derecho penal de autor y arbitrariedad judicial en su estado puro.

La circunstancia ha sido de atención en la región, y bien debería de procurarse ello en todo proceso de reforma, a fin de no repetir supuestas experiencias descriminalizadoras/despenalizadoras con efectos adversos tan radicalmente opuestos a lo que presunta y legítimamente se pretendía con la reforma. Por ejemplo, la misma OEA menciona el caso en su Informe del año 2013, afirmando que «[e]n Brasil se experimentó un gran incremento en la población de presos por tráfico como consecuencia de la nueva legislación de 2006. Si bien la ley abolió la pena de encarcelamiento para consumidores de drogas (siendo esta conducta aún considerada un crimen), no contó con una clara definición jurídica sobre lo que significa consumo personal. La nueva ley aumentó la pena mínima para el tráfico de drogas y la previsión legal de prisión preventiva obligatoria. Entre 2007 y 2012 el número de presos por este delito creció en 123%, pasando de 60.000 a 134.000»⁵².

Cabe destacar que propuestas semejantes a estos propósitos han sido aportadas por la diputada ARACELI FERREYRA (expediente N° **7904-D-2013**)⁵³ y los diputados RICARDO GIL

⁵¹ Ello es a su vez, contrario al derecho internacional cfr. art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al principio de proporcionalidad en materia penal.

⁵² Cfr. MARIANO FUSERO, "Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible", Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

⁵³ La diputada ha propuesto como norma sustitutiva del actual artículo 14, el siguiente enunciado: «*En ningún caso se penalizará la mera posesión de estupefacientes, ni se iniciarán procesos judiciales basados exclusivamente en ésta sin pruebas complementarias y suficientes que indiquen que dicha posesión será destinada a la venta o a la comisión de otros delitos. Las fuerzas de seguridad no podrán proceder a la demora, aprehensión o detención de una persona por la mera posesión de estupefacientes, sin pruebas complementarias y suficientes que indiquen que dicha posesión será destinada a la venta o a la comisión de otros delitos*».

LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO, RICARDO LUIS ALFONSIN (expediente N° 0981-D-2012)⁵⁴.

Este último proyecto menciona en su argumentación que *“De acuerdo a la interpretación de la ley vigente, que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Vega Giménez, por aplicación del principio in dubio pro reo, en aquellos casos donde no pueda emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad de consumo nunca existió, la duda debe computarse a favor del imputado. Pero esto parece no haber conseguido evitar por completo la criminalización de simples usuarios y hemos tenido noticias de casos donde estos han sido privados de su libertad por tiempos prolongados o con graves consecuencias para su integridad. (...) Hemos creído conveniente proponer un nuevo enfoque que, entendemos, permite la realización de la ley penal en aquellos supuestos donde todos coincidimos en que resulta necesario y ofrece mayores garantías de resguardo de la autonomía personal, al invertir lo que hasta ahora era el principio rector y exigir que lo demostrado inequívocamente sea que no existió la finalidad de consumo”*.

- **Tenencia simple**

Todo lo expuesto en el apartado precedente, conlleva a su vez a derogar en nuestra iniciativa la punición de la mera tenencia (tenencia simple), por su imposibilidad de diferenciación técnica interpretativa con la conducta de tenencia para consumo personal, y entendiendo que la única tenencia que eventualmente puede ser penalizada, conforme lo que venimos sosteniendo y sin afectar el orden constitucional, es la tenencia con fines de *venta ilegal y no autorizada* conforme el inciso c) del Artículo 5º propuesto.

El mantenimiento de la penalización de una conducta como la tenencia simple, sin parámetros claros que impida la criminalización selectiva de los consumidores, seguirá permitiendo la detención y encausamiento de los mismos, y la actual inversión inconstitucional de la carga probatoria que hace que cada consumidor deba probar *“su inocencia”* ante aquellos estrados policiales y judiciales que suelen presumir su *“culpabilidad”*.

La experiencia reseñada de Brasil y otras semejantes, hacen que seamos extremadamente cautelosos en los enunciados propuestos, a fin que la norma propuesta se condiga con sus intenciones y sea válida en sus resultados.

En tal sentido, seguiremos los argumentos esgrimidos oportunamente en el mencionado proyecto de la Diputada ARACELI FERREYRA (expediente N° 7904-D-2013), los cuales hacemos propios:

“A la luz de los argumentos y parámetros expuestos en «Arriola» y «Bazterrica», no sólo surge la explícita inconstitucionalidad de la simple tenencia para consumo personal, sino que bien puede argumentarse lo mismo para la simple tenencia en cualquier supuesto. En efecto,

⁵⁴ *“Será reprimido con prisión de uno a seis años el que tuviere en su poder estupefacientes, cuando de la cantidad y el tipo de sustancia poseída y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, surgiere inequívocamente que la tenencia no es para uso personal”*. Más allá de contemplar determinadas abstracciones en su enunciado, la norma propuesta desinvierte la carga de la prueba, debiéndose demostrar en todo caso e *“inequívocamente que la tenencia no es para uso personal”* a fin de que dicha conducta sea pasible de penalización.

existiendo consenso de que el bien jurídico protegido por los tipos penales establecidos en la ley 23.737 es o pretende ser la «salud pública», no puede argumentarse peligro concreto para la misma en el mero acto de posesión de una sustancia psicoactiva.

Por cierto, existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas situaciones en las que el Estado avala —a veces en forma regulada— la posesión de sustancias u objetos que pueden, mediante actos deliberados o accidentales atentar contra la integridad física o incluso la vida de las personas. En dichos casos, el/la legislador/a ha entendido que el peligro que importa dicha posesión para los bienes jurídicos en cuestión, es abstracto, al punto que no justifica la punibilidad sino de las conductas ulteriores que puedan derivar de aquella. Este es el caso, por ejemplo, de la posesión de armas o de sustancias inflamables o tóxicas, entre otras. Tomando el ejemplo de las armas, las mismas eventualmente pueden utilizarse para cometer un ilícito, pero también pueden ser utilizadas legítimamente para utilidad de las fuerzas armadas y de seguridad, para la legítima defensa, por motivos deportivos, coleccionismo, etc. De tal forma, llevando dicho ejemplo a los estupefacientes, lo punible no debería ser la conducta previa de la simple tenencia, ya que la misma puede ser destinada tanto para una conducta ilegítima, como ser la venta, como para una conducta legítima, como es el consumo, uso terapéutico, uso industrial, etc.

Otro ejemplo real y ciertamente irónico es el de los automóviles. Pareciera irracional suponer que la mera posesión de un automóvil, con su conocido poder de daño hacia bienes jurídicos de terceros, que conlleva altos índices de afectación y daño a la vida y la integridad física de las personas, debiera per se considerarse una conducta de peligro concreto que amerite su punibilidad. Ahora bien, la utilización de los mismos de forma irresponsable y más allá de las normas que la reglamentan, tiene la potencialidad real y comprobada de grave afectación de derechos de terceros. Por lo cual, nuevamente se renueva la idea de que no es peligrosa la mera tenencia (ni siquiera su uso racional) sino estrictamente su uso ilegítimo (...)

Si nuestro sistema jurídico no persigue la posesión de las sustancias o elementos mencionados en los ejemplos anteriores, resultaría muy difícil argumentar sobre la existencia de un peligro concreto para la salud pública en la sola posesión de sustancias psicoactivas. Queda claro que el peligro es, en todo caso, abstracto, y por lo tanto resulta a todas luces inconstitucional punir la mera tenencia de las mismas como lo hace la legislación vigente.

Aun cuando la peligrosidad exista en caso de mediar acciones tales como la venta o distribución, no resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico penar el hecho previo necesario de la tenencia, en función de los mismos criterios. En este punto, cabe destacar los principios «pro homine» y de «dignidad de la persona» como opuestos a la visión «utilitarista» del ser humano (...). La punición de la simple tenencia bajo cualquier pretexto no supera, desde este punto de vista, el test de constitucionalidad en función de los parámetros expuestos por el máximo tribunal”.

Una cuestión adicional abona la necesidad de derogar la figura de la simple tenencia bajo cualquier circunstancia (y no sólo para «consumo personal»), referida al sistema *de determinación de cantidades* que haga presumir el propio consumo. No se conocen parámetros razonables que permitan establecer claramente si la tenencia está destinada o no

a consumo personal. Las cantidades que diferentes usuarios pueden estimar necesarias para satisfacer sus necesidades o deseos de consumo varían ampliamente entre los mismos, y también tal variación se da ante diferentes circunstancias. Así, quien desee aprovisionarse de cantidades suficientes para un período prolongado, requerirá cantidades que en otras circunstancias podrían ser juzgadas de excesivas. Esto ocurre, por ejemplo, si el consumidor desea evitar un contacto frecuente con el mercado ilegal o si permanecerá alejado mucho tiempo de su lugar de residencia habitual y no tiene garantizado el acceso a otro circuito ilegal de comercialización que sea de su “confianza”.

Pedirle a los consumidores que compren por cantidades mínimas para respetar los márgenes de tenencia establecidos por ley, sería pedirles que se sometan constantemente a la clandestinidad y violencia que produce el contacto con el mercado ilegal, los riesgos de criminalización y el sometimiento al *efecto góndola*, entre otros daños y riesgos creados innecesariamente.

Por otro lado, el listado de sustancias psicoactivas prohibidas, contenido en el Decreto Nº 299/2010, es harto extenso: en él se enumeran alrededor de 220 sustancias diferentes. Definir los parámetros de tenencia permitida de cada una de ellas y la puesta en práctica de su control por las fuerzas de seguridad, es cuasi imposible. Ello se debe principalmente porque las sustancias no suelen encontrarse en estado puro en el mercado ilegal; por ejemplo, un gramo de cocaína tal vez pueda tener un 5% real de sustancia y el resto son elementos de corte ajenos a la misma. Cabría preguntarse en tal caso si la tenencia se calcularía sobre ese 5% de sustancia prohibida, o sobre el gramo total a fines de su pesaje.

Lo mismo pasa con las restantes sustancias, en su mayoría adulteradas. El conocido como “*prensado*” de marihuana, no es cannabis en estado puro y menos aún de la selección única de sus partes psicoactivas; las llamadas drogas sintéticas o de diseño son generalmente mezclas de diferentes sustancias químicas con constantes variables; etc.

Las fuerzas de seguridad, además de realizar los controles mediante instrumentos de pesaje, deberían contar con un laboratorio ambulante para determinar la calidad de las sustancias, sus proporciones y determinar en base a ello si las circunstancias se ajustan a los parámetros de una eventual ley. Suponemos que en la práctica, lo que realmente pasaría, es que ante la duda se detendría a la persona (seleccionada generalmente entre los más vulnerados), se la violentaría criminalizándola, eventualmente se la procesaría y en un tiempo, siempre indeterminado, un juzgado tal vez determine que la sustancia en sí no era pura, sino que contenía adulterantes, por lo cual estaría dentro del pesaje permitido por ley de aquella sustancia que se pretende perseguir. El estigma de haber pasado por un proceso penal, sin embargo perdurará para siempre.

Esto, sumado a las anteriores consideraciones, sugiere que la determinación de cantidades «razonables» es prácticamente imposible y resultaría siempre arbitraria. El principal resultado de este sistema, aplicado en algunos regímenes internacionales que se encuentran actualmente en crisis, radica en la criminalización indiscriminada de consumidores que poseen una cantidad de sustancia sensiblemente superior a la fijada por ley, aun cuando no exista

ningún otro elemento que relacione la tenencia con la venta o la comisión de alguna otra conducta de gravedad penal.

Entendemos entonces que no existen parámetros claros que garanticen el respeto de la autonomía personal en todas las circunstancias y eviten al mismo tiempo al consumidor enfrentarse constantemente a la persecución policial/judicial, al tener que demostrar cada vez el objeto de «consumo personal» de la tenencia. Tal inversión de la carga de la prueba entraría en abierta contradicción con los principios constitucionales que se busca restituir mediante las reformas que se proponen. Resulta entonces que sólo se puede garantizar la vigencia del principio de autonomía permitiendo la tenencia en todos los supuestos, mientras que no haya pruebas complementarias que indiquen la comisión de alguna otra conducta punida.

Por cierto, aún con la actual redacción de la norma, existe jurisprudencia que afirma que la cantidad no puede ser considerada un parámetro que por sí sólo permita descartar el fin de consumo personal de la tenencia, y afirmar lo contrario implicaría una inadmisibles inversión de la carga probatoria. En anteriores apartados, hemos hecho referencia a ella.

A su vez, puede que tal entendimiento sobre la inviabilidad del sistema de *determinación de cantidades* y su actual puesta en crisis, haya obstaculizado que los legisladores firmantes de todos proyectos reseñados en el apartado correspondiente, establecieran normas en dicho sentido. De tal forma, ninguna de las 17 iniciativas presentadas sobre la materia, ha procedido a la *determinación de cantidades* como supuesto parámetro “objetivo” para la no criminalización de los consumidores mediante conductas asociadas al consumo individual.

Cabe mencionar que otros proyectos de los anteriormente reseñados, eliminan la tenencia simple de las conductas pasibles de sanción penal, como ser el proyecto presentado por la diputada MARIA DEL CARMEN RICO (expte. Nº **0768-D-2009**), la iniciativa firmada por VICTORIA ANALIA DONDA PEREZ, MARIA VIRGINIA LINARES, y OMAR ARNALDO DUCLOS (expte. Nº **0467-D-2014**), y el ya nombrado proyecto de la diputada FERREYRA.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, en nuestra propuesta propendemos a la derogación plena del Artículo 14 de la actual ley, conforme se establece en el Artículo 11º del proyecto.

2) Reforma propuesta en el Artículo 2º:

- Inciso a. Las mal llamadas “mulas”.

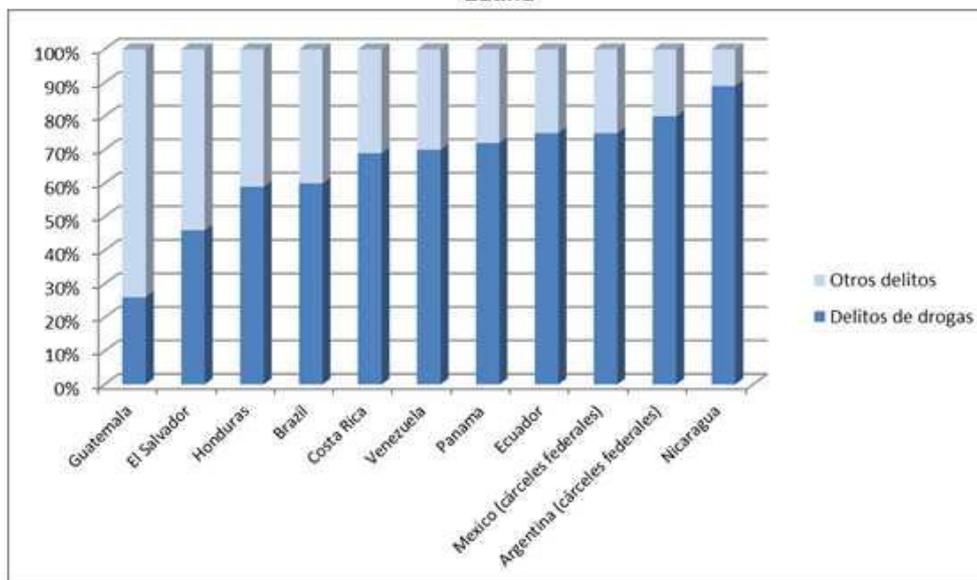
En el inciso a)⁵⁵ de la presente iniciativa, se contempla la situación de aquellas personas, generalmente mujeres, cruzadas por una historia de pobreza extrema y necesidades

⁵⁵ “a) Cuando las conductas previstas en la presente ley o en el Artículo 866 del Código Aduanero sean llevadas a cabo por personas en clara situación de vulnerabilidad social, se infiera que el móvil ha sido una situación personal o socioeconómica apremiante, se hayan sometido a un serio riesgo o daño para su salud individual motivo de la comisión del hecho, y/o tales personas hayan sido víctimas de captación, transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, acogida o recepción con fines de explotación mediante engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, se considerará a tales

desatendidas, que son captadas por las redes del narcotráfico para la realización de alguna de las conductas penalizadas por el régimen prohibicionista, exponiéndolas a un gran riesgo y visibilidad para la selectividad del sistema punitivo. A cambio de ello, son recompensadas generalmente con pagos de miseria que sólo ayudan a paliar sus necesidades de forma transitoria. El riesgo al que son sometidas es extremadamente alto; los beneficios individuales son extremadamente bajos; y las ganancias relativas del mercado ilegal son extremadamente cuantiosas.

Un reciente informe del Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC, por sus siglas en inglés —International Drug Policy Consortium—)⁵⁶, refleja la misoginia del paradigma prohibicionista, el cual tiene especial predilección por el encarcelamiento de mujeres de los sectores más vulnerados en las cárceles latinoamericanas. Entre 2006 y 2011, la población penitenciaria femenina de América Latina casi se duplicó, pasando de 40.000 a más de 74.000 internas. **La mayoría de las mujeres encarceladas lo están por haber sido acusadas de delitos menores relacionados con drogas (75%-80% en Ecuador, entre 30% y 60% en México, 64% en Costa Rica, 60% en Brasil, 70% en Argentina)**, vinculados a la supervivencia económica en contextos marcados por el abuso, el machismo y la violencia.

Proporción de mujeres encarceladas por delitos de drogas en países de América Latina



Fuente: Corina Giacomello, "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium), 2013

personas incluidas en la Ley Nº 26.364 de PREVENCIÓN Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS, no siendo punibles conforme el Artículo 5º de dicha norma".

⁵⁶ CORINA GIACOMELLO, "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium). Octubre 2013. Disponible en <http://idpc.net/es>.

A su vez, la misoginia se intersecta con la xenofobia en la mayoría de los casos. Un estudio en Argentina sobre mujeres en prisión del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)⁵⁷, indica que en el caso de las mujeres extranjeras el porcentaje de prisionizadas por delitos de drogas es del 90%; es decir, nueve de cada diez mujeres extranjeras en las cárceles de Argentina están acusadas por tales delitos. La mayoría son originarias de otros países latinoamericanos.

A lo largo del documento del IDPC reseñado, se visibiliza cómo las mujeres ocupan los eslabones más bajos de la cadena delictiva. «Se desempeñan principalmente como cultivadoras, recolectoras, vendedoras al menudeo, correos humanos (lo que se suele conocer como “mulas” o “burreras”, entre otros nombres) e introductoras de drogas a centros de reclusión.

»Es decir, con pocas excepciones, fungen como mano de obra fácilmente reemplazable de las redes criminales transnacionales. En América Latina, las circunstancias socioeconómicas constituyen la principal motivación por la cual las mujeres “eligen” cometer una actividad penada. La región tiene el índice más alto de desigualdad económica del mundo y un alto porcentaje de la población que vive en la pobreza o la indigencia en la región son mujeres. Este fenómeno se conoce como feminización de la pobreza y se manifiesta en áreas urbanas y rurales. Es importante resaltar el aumento de los hogares monoparentales a jefatura femenina. Las mujeres a menudo son las únicas responsables de sus hijos e hijas y cumplen dobles o triples jornadas laborales para poder fungir como sustento económico y, al mismo tiempo, no desatender las responsabilidades que les son asignadas como madres o abuelas. El peso de los cuidados de niños, niñas y a veces personas de la tercera edad recae enteramente sobre ellas, empujándolas a veces a buscar en la venta de drogas una manera de combinar sus múltiples obligaciones. Esta situación se refleja en el perfil de las mujeres encarceladas por delitos de drogas en América Latina: muchas de ellas son madres solteras que entran al negocio de las drogas solamente para poder alimentar a sus hijas e hijos.

»Las relaciones de género son otro elemento causal de cómo y por qué las mujeres cometen delitos de drogas, puesto que suelen involucrarse en estos actos ilícitos a partir de sus relaciones familiares o sentimentales, ya sea como novias, esposas, madres e hijas, y en cumplimiento de los roles asignados por relaciones de género marcadas por una asimetría entre hombres y mujeres.

»La mayoría de estas mujeres procede de los estratos sociales más marginados y socialmente excluidos, y no cuenta con los medios económicos ni con el conocimiento legal o el capital social para proveerse de una defensa legal adecuada. Asimismo, una vez que son aprehendidas, las mujeres en reclusión suelen ser abandonadas a su suerte y dejadas en un estado de indefensa plena. Dicha situación se agrava en los casos de mujeres extranjeras, indígenas o de aquellas que son aprehendidas lejos de su lugar de origen y cuyas familias no

⁵⁷ CELS, en conjunto con el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina. "Mujeres en prisión. Los alcances del castigo". Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 2011.

cuentan con los medios para asistirlos o ni siquiera se enteran de que su familiar ha sido detenida»⁵⁸.

El estudio del CELS antes mencionado es coincidente con ello, aportando datos estadísticos propios que ratifican lo dicho y mencionando que «la selectividad penal recae sobre las mujeres pertenecientes a sectores social y económicamente desfavorecidos: la gran mayoría de las encarceladas encabezaba familias monoparentales y ejercía la jefatura del hogar. El 60,1% del total de encuestadas respondió que en el momento de la detención no convivía con un cónyuge o pareja, y el 63,5%, que era el principal sostén económico de su hogar, porcentaje que alcanza el 70,4% en el caso de las extranjeras. Incluso 4 de cada 10 mujeres respondieron que, aun luego de la detención, continuaron realizando aportes económicos a sus hogares. Este último dato es categórico en cuanto a la acuciante situación económica del grupo familiar, más aún si se consideran los magros ingresos que perciben las reclusas por las actividades laborales que desarrollan.

»...las consecuencias que posee la pena privativa de libertad exceden de manera amplia sus efectos intrínsecos y abarcan la totalidad de los aspectos de la vida de las personas detenidas. Cuando se escucha el relato de alguien que pasó por el encierro, es evidente que la cárcel deja huellas imborrables en el sujeto y en su grupo familiar. En el caso de las mujeres, tiene un impacto diferenciado vinculado al papel que ellas desempeñan en nuestras sociedades, que se caracteriza, en la mayoría de los casos, por mantener los lazos familiares y ocuparse de forma preeminente de la crianza de los hijos y del cuidado de otros familiares (además de, muchas veces, trabajar fuera de casa). Este rol social hace que la mujer sufra en mayor medida los efectos del encierro, ya que éste significa el desmembramiento del grupo familiar y su alejamiento.

»En el caso de las detenidas que son madres, el alejamiento se vuelve más grave tanto para ellas como para sus hijos. La destrucción del vínculo materno-filial constituye una “pena” añadida a la condena, que además trasciende a los hijos. Es fundamental prestar atención también a las circunstancias en que se encuentran los hijos menores de 4 años que conviven con sus madres en prisión. No hay duda con respecto a la idea de que la cárcel es un lugar absolutamente inadecuado para la crianza de los niños y que produce severos efectos en el desarrollo de sus aptitudes físicas, mentales y afectivas. Por otro lado, en los casos en que se separa a los hijos de sus madres, los efectos no son menos perniciosos. La pretensión estatal de castigar a las mujeres con pena de prisión implica la ruptura de ese vínculo materno-filial y obliga a los niños a crecer sin el cuidado y la supervisión de sus madres, a quedar a cargo de otros familiares o ser institucionalizados, lo que a veces desemboca en la ruptura definitiva del vínculo (...)

»Estos elementos presentan interrogantes sobre la racionalidad de la actual política criminal relacionada con las mujeres y conducen a plantear la hipótesis de que *existe una desproporción entre las penas que éstas sufren y el daño producido por los delitos que se les atribuyen*. La mayoría de las detenidas fue condenada por delitos no violentos –en general,

⁵⁸ CORINA GIACOMELLO, "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium). Octubre 2013. Disponible en <http://idpc.net/es>.

por tráfico o contrabando de drogas a menor escala— y no había estado en prisión con anterioridad.

»Las preguntas que se imponen, entonces, son: **¿por qué se da una respuesta carcelaria como modalidad punitiva hegemónica frente a estos casos?, y ¿cuáles son los efectos que persigue de manera ideal este encarcelamiento, en comparación con los que produce en realidad?»**⁵⁹.

Ello a su vez se encuentra reforzado por el aporte reciente de la OEA, en cuyo informe del año 2013 afirma que *«En América del Sur las cárceles femeninas están llenas de “mulas” o pequeñas traficantes, que muchas veces tienen de compañía en la cárcel a sus hijos pequeños. Algunos estudios afirman que aproximadamente el 70% de las mujeres en prisión están allí por micro tráfico no violento*⁶⁰. *La mayoría de ellas vienen de comunidades socialmente marginalizadas y vulnerables y comúnmente son migrantes o provienen de poblaciones indígenas. Como resultado de lo anterior, muchas cárceles presentan niveles de hacinamiento muy altos y en ellas las presas son víctimas de abuso sexual, extorsiones y matonaje»*⁶¹.

“Por lo cual, observamos que el prohibicionismo ha sido funcional a la feminización y criminalización de la pobreza, puestas de manifiesto en la amplia población de mujeres prisionizadas en aras de la prohibición, que no ha sido capaz de distinguir entre aquellas personas que realmente realizan conductas de gravedad social y aquellas a las que una realidad socioeconómica acuciante sumada a condiciones patriarcales de desventaja estructural, empujan a tales actividades por motivos de extrema necesidad. Pero el mandato prohibicionista exige la punición más allá de toda contemplación humanitaria”⁶².

- **Propuestas legislativas en torno al tema “mulas”**

Fueron varias las propuestas legislativas en nuestro país que contemplaron la situación expuesta:

- el proyecto de la diputada ARACELI FERREYRA (expediente N° **7904-D-2013**)⁶³, el cual establece una reducción de la escala penal para dichas situaciones y una eximición de

⁵⁹ CELS, en conjunto con el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina. "Mujeres en prisión. Los alcances del castigo". Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 2011.

⁶⁰ MEETAL, P. AND YOUNGERS, C. (Eds), 'Systems Overload: Drugs Law and Prisons in Latin America', Transnational Institute and the Washington Office on Latin America, 2010.

⁶¹ Informe de la SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS -OEA-, "El Problema de las Drogas en las Américas". 2013.

⁶² Cfr. MARIANO FUSERO, "Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible", Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

⁶³ "Agrégase como art. 5º Ter a la Ley 23.737, con sus modificatorias, el siguiente texto:

«a) Cuando las conductas previstas en el art. 5º de esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero sean llevadas a cabo por personas en clara situación de vulnerabilidad social, o que para su comisión hayan puesto en grave riesgo la propia vida o salud, o bajo cualesquiera otras circunstancias de las que se infiera que el móvil ha sido una situación personal o socio-económica apremiante, la pena prevista será de seis meses a tres años de prisión. El/la imputado/a quedará en libertad durante el proceso y, de hallárselo/a culpable, se dejará en suspenso el cumplimiento de la pena.

»En los supuestos previstos en el primer párrafo de este artículo, será obligación de los/as funcionarios/as públicos/as del Poder Judicial y del Ministerio Público intervinientes en el proceso, hacer conocer fehacientemente al/la condenado/a los alcances y efectos de la condena en suspenso, y las

- pena ante casos de “estado necesidad justificante” conforme el Código Penal de la Nación;
- el proyecto de los diputados RICARDO GIL LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO y RICARDO LUIS ALFONSIN (expediente Nº **0981-D-2012**)⁶⁴, el cual baja el mínimo de la escala penal establecida para el delito de contrabando de estupefacientes, en contemplación de tales supuestos, y menciona en sus fundamentos que “...las personas empleadas por organizaciones delictivas para transportar pequeñas cantidades de estupefacientes a través de fronteras son habitualmente mujeres, pertenecen a estratos sociales extremadamente vulnerables y se ven forzadas a realizar esta actividad, muchas veces poniendo en grave riesgo su salud, a cambio de pagos irrisorios. Debido a la tosquedad de las maniobras desplegadas es habitual que sean detenidas en zonas fronterizas y su condición de extranjeros o extranjeras casi indefectiblemente hace que permanezcan detenidas hasta la fecha del juicio”;
 - la iniciativa firmada por VICTORIA ANALIA DONDA PEREZ, MARIA VIRGINIA LINARES y OMAR ARNALDO DUCLOS (expte. Nº **0467-D-2014**)⁶⁵, la cual establece una disminución en el mínimo de la escala penal establecida en el segundo párrafo del Artículo 6º de la actual ley, entendiendo que “disminuir el mínimo de la pena de 3 a 2 años de prisión, permitiría la aplicación de penalizaciones más flexibles que redunden en un trato más humano para con quienes son también víctimas del narcotráfico y que, por lo general, pertenecen a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad”;
 - el proyecto firmado por la diputada OLGA ELIZABETH GUZMAN (Nº **7655-D-2013**)⁶⁶, el cual solicita al Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de

consecuencias de una eventual nueva condena por el mismo u otros delitos. También darán conocimiento de los hechos al Poder Ejecutivo Nacional y a los Poderes Ejecutivos locales, los que deberán brindar al/la imputado/a o al/la condenado/a la asistencia social y contención que requiera.

»Cuando el móvil de la conducta detallada en el primer párrafo haya sido una situación personal o socio-económica en extremo apremiante, de suma indefensión social o necesidad, el hecho no será punible, en concordancia con lo establecido en el art. 34, inc. 2, del Código Penal. En la interpretación de dichas circunstancias y norma se velará especialmente por los principios “pro homine” e “in dubio pro reo”.”

⁶⁴ “ARTÍCULO 2. Sustitúyase el segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero que quedará redactado, del siguiente modo: Cuando concurriere alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional, el máximo de la escala penal será aumentado en un tercio”.

⁶⁵ “ARTICULO 4º. - Modifícase el artículo 6 de la ley 23.737 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de veinte mil a un millón de pesos el que introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación o materias primas destinadas a su fabricación o producción, incluso cuando habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana posteriormente alterare ilegítimamente su destino de uso.

En estos supuestos la pena será de dos a doce años de reclusión o prisión, cuando surgiere inequívocamente, por su cantidad, que los mismos no serán destinados a comercialización dentro o fuera del territorio nacional”.”

⁶⁶ “Artículo 18.- El “Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja”, o el organismo que designe en su reemplazo el Poder Ejecutivo, deberá elevar, en el plazo de 120 días a partir de la sanción de la presente, una

Estupefacientes, *“una iniciativa legislativa que contemple atenuar la escala penal para los pequeños actores en la cadena del tráfico que se encuentren en situación de vulnerabilidad”*;

- la reforma propuesta por las diputadas ADRIANA VICTORIA PUIGGROS, ADELA ROSA SEGARRA, y MARIA DEL CARMEN BIANCHI (Nº **0396-D-2012**)⁶⁷, que establece una considerable reducción de las penas ante casos de *“vulnerabilidad socioeconómica”* y la no punición en casos de *“madres de niños/as menores de edad”* o *“estado de embarazo”*;
- el proyecto del entonces senador ANÍBAL FERNÁNDEZ (Nº **750-2012**) menciona en sus argumentos que *“Del estudio del fenómeno, se detecta que las mujeres detenidas en relación a estos delitos cumplen esencialmente dos roles: en relación al comercio o tenencia con fines de comercialización, se trata de mujeres pobres que trabajan en su casa y se dedican a la venta por menudeo de estupefacientes y, en relación al delito de transporte, se trata de extranjeras, con hijos, “mulas”, por lo que el móvil se relaciona con un objetivo de tipo económico familiar. Es decir que, en la actualidad, se criminaliza mayoritariamente estos casos puntuales, en los que la marginalidad y la pobreza son protagonistas”*;
- y el proyecto de la COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, el cual fundamenta la posibilidad de aplicar una figura atenuada en tales supuestos (contrabando básico)⁶⁸, de la siguiente forma: *“El inciso 3º contempla una situación de particular vulnerabilidad: este delito suele cometerse valiéndose de personas que se hallan en situación de necesidad o pobreza, e incluso miseria, y de cuyo destino los traficantes se desentienden en caso que sean detenidas y procesadas, sin perjuicio de que muchas veces arriesgan su vida o su salud por transportar las sustancias en su cuerpo. En su mayoría son mujeres de las más humildes condiciones sociales: las llamadas mulas. Se propone facultar al juez para que contemple estas situaciones particulares y, en caso de verificarlas, pueda imponer la pena del inciso 1º del artículo precedente, o sea, la del contrabando básico”*.

iniciativa legislativa que contemple atenuar la escala penal para los pequeños actores en la cadena del tráfico que se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

⁶⁷ “Artículo 8.- Incorpórese a la Ley 23.737 el artículo 29 quáter, que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 29 quáter.- A las personas incursoas en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirles las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirles de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación, se comprobara su situación de vulnerabilidad socioeconómica, su participación como actores menores, y falta de antecedentes penales. La condición de madres de niños/as menores de edad, o su estado de embarazo, las exime directamente de la pena”.

⁶⁸ “1. Se impondrá prisión de TRES (3) a DOCE (12) años, cuando el objeto del contrabando del artículo anterior fueren sustancias estupefacientes, en cualquier etapa de elaboración, que por su cantidad estuvieren inequívocamente destinadas a ser comercializadas dentro o fuera del territorio nacional. (...) 3. En el supuesto del inciso 1º, según la situación personal de vulnerabilidad del agente y el riesgo o el daño para su salud que resultare de la comisión del hecho, el juez podrá imponerle la pena del inciso 1º del artículo anterior (contrabando básico, con una pena de SEIS (6) meses a SEIS (6) años de prisión)”.

- ***Nuestra propuesta***

Coincidiendo en lo sustancial con todas las propuestas mencionadas, consideramos sin embargo que hay situaciones excepcionales en las que la utilización del sistema punitivo, por más leve que sea dicha utilización, viene a agravar indignamente situaciones de extrema necesidad y vulnerabilidad que hay sido las determinantes de la comisión de estos delitos. La prisionización en tales casos, además de ser un acto inhumano, causa mayores daños al tejido social y familiar al encarcelar a determinadas personas por el simple hecho de encontrarse en una situación socioeconómica de pobreza, vulnerabilidad y ser víctimas descartables de las redes del narcotráfico; siendo que a veces incluso son utilizadas y denunciadas deliberadamente por las mismas redes, a modo de distracción para la comisión de otras infracciones mayores.

Una vez descartadas por el narcotráfico, son captadas por la selectividad del sistema punitivo y encerradas bajo acusaciones tan graves y estigmatizantes como “*contrabando de estupefacientes*” y la imposición de penas absolutamente desproporcionadas e infundadas (hasta 16 años de prisión), que no brindan margen posible al sistema judicial para la contemplación empática de tales supuestos.

En nuestro país se ha avanzado recientemente con normativas vinculadas, que deben de ser consideradas a fin de comprender a tales personas como posiblemente víctimas dentro de los supuestos que dicha normas establecen. Tal es el caso de la Ley Nº 26.364 de PREVENCIÓN Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS y su normativa complementaria.

La docente de la UBA y Secretaria Letrada de la Procuración General de la Nación (MPF), Dra. Marisa Tarantino, brinda argumentos que son de imprescindible lectura para fundar dicho entender:

“La pregunta que quiero plantear e intentar responder es si debe considerarse a esta “mula” como un eslabón más de la cadena de tráfico de drogas (tal y como se ha hecho hasta ahora) o, en realidad, deberíamos considerarla una víctima del delito de trata de personas (...). Creo podemos partir de una idea más o menos estable del concepto de trata de personas establecido en la ley y coincidir en que la captación de una persona, cuando media un abuso de su estado de vulnerabilidad y cuando tiene por finalidad su explotación (en alguna de las modalidades previstas en el art. 4to. ley 26842), en principio, configuraría el delito de trata de personas agravado (art. 145 ter inc. 1º del CP); y, además, que, cuando se logra consumir la explotación que fue su finalidad, la conducta consistiría en un delito doblemente agravado (art. 145 ter. inc. 7mo. del CP), además de que pudiera configurar otros ilícitos (vgr. arts. 140, 125 bis, 127 etc. del CP).

En lo que atañe al concepto de ‘abuso de un estado de vulnerabilidad’, existen instrumentos internacionales que permitirían establecer su alcance mediante algunas pautas objetivas. Así, por ejemplo, las Reglas de Brasilia establecen que ‘se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales

dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.’

Por su parte, la finalidad de explotación está expresamente definida por la ley vigente 26364 en su artículo 4to. (que la ley 26842 no modificó) y, entre los supuestos que se consideran abarcados por este concepto, la ley se ocupa -en los incs. a y b- de los casos en que ‘se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad’ y ‘cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados’.

Si bien la actividad a la que es sometida la ‘mula’ probablemente no pueda considerarse un ‘trabajo o servicio forzado’ en sentido estricto, no puede negarse que ella encarna una forma de explotación muy grave y compatible con la figura de la reducción a la servidumbre, a la que sí se refiere expresamente la ley vigente. Además, esta es una conducta prevista especialmente en el art. 140 del Código Penal y se la encuentra siempre ‘asociada a la obtención de la fuerza de trabajo de la víctima a través de su sometimiento a una condición servil.’

Por otra parte, es evidente que la naturaleza misma de la actividad que se encomienda a la ‘mula’ entraña unos riesgos tan extremos que solo pueden explicarse en el marco de una condición servil o esclava. No en vano el lenguaje popular ha elegido la palabra ‘mula’ para nombrarla: la mula es un animal de carga.

(...) Las ‘mulas’ se convierten en un envase seguro con el que se busca satisfacer una necesidad de transporte propia del tráfico comercial ilícito, que de este modo se solventa con muy bajo costo y casi ningún riesgo para los narcotraficantes, ya que cualquier detección de las sustancias que pudieran lograr las autoridades de control, la dejaría principalmente a ella ante un proceso de criminalización, el cual siempre será asumido bajo el manto del silencio más profundo, propio de una complicidad lograda extorsivamente y establecida muchas veces entre la vida y la muerte.

Queda claro, entonces, que las personas sometidas a esta condición no son tratadas como tales, más bien son consideradas cosas de las que se sirve el traficante y, a mi juicio, esto debe plantearnos un límite, debe ser un parámetro que encienda la alarma y ponga freno al inicio de un proceso de criminalización en su contra, y hay que resaltar que esta no es una frontera problemática, porque de lo que se trata es de marcar el límite cuando la situación ya implica que se ha puesto en juego el cuerpo, la salud, la vida de estas personas. Cuando es esto lo que está en riesgo, la respuesta del Estado no puede ser la criminalización; la persona que ha llegado a esta situación debe ser tratada como lo que es: una víctima, y una víctima muy vulnerable.

En resumen, si podemos afirmar que el caso de una persona que es captada en una situación de vulnerabilidad, con la finalidad de explotarla, es decir, de obtener de ella un servicio bajo una condición servil, configura un caso de trata de personas agravado, no hay dudas de que el caso de ‘mula’ (...) es el caso de una víctima de este delito.

A esto debe sumársele que como pauta interpretativa, el legislador ha vedado expresamente la consideración de su consentimiento. Por lo tanto, ella debe ser tratada como tal desde el primer momento y, por ende, no puede ser criminalizada, ya que es de aplicación del art. 5to. de la ley 26364 –que tampoco fue modificado por la ley 26842- y que establece que ‘las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.’

Si lo vemos de este modo, el encuadre de estos casos en la ley de trata de personas debería ser determinante de un cambio sustancial de las prácticas actuales, tanto de las prácticas de las fuerzas policiales como las de los operadores judiciales, ya que el tratamiento de las personas que se encuentran en esa situación obligaría a atender su caso desde el primer momento desde el lugar de víctima de este delito y no desde el lugar del imputado, lo que trae como consecuencia también que se deberá proveer lo necesario para el cumplimiento de las ‘garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas’, traídas en la nueva redacción del art. 6to. Y que se complementan con las previsiones de la también nueva redacción del art. 250 quater del CPPN.

(...) En mi opinión, esta ley aporta una pauta que pertenece a un enfoque político criminal muy diverso del que ha primado hasta ahora. En consecuencia, todo operador del sistema penal debería incorporar este cambio de paradigma porque, además, con él se pone en juego un marco legal que habilita a priorizar la persecución y criminalización de otras instancias de la cadena de tráfico de estupefacientes y, por ende, tendrá que desembocar en nuevas prácticas tendientes a evitar la criminalización de los eslabones más vulnerables”⁶⁹.

Coincidiendo en dicho entender y compartiendo todos sus argumentos, es que en nuestra propuesta contemplamos expresamente la aplicación de la Ley Nº 26.364 de PREVENCIÓN Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS, cuando las conductas “...sean llevadas a cabo por personas en clara situación de vulnerabilidad social, se infiera que el móvil ha sido una situación personal o socioeconómica apremiante, se hayan sometido a un serio riesgo o daño para su salud individual motivo de la comisión del hecho, y/o tales personas hayan sido víctimas de captación, transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, acogida o recepción con fines de explotación mediante engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad”.

En dicho sentido, se hace expresa mención de lo contemplado por el Artículo 5º de dicha norma, al establecer: “No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

Sumado a ello, y a fin de contemplar otros supuestos que puedan no adecuarse claramente a lo anteriormente establecido, recogemos la iniciativa propuesta en el proyecto RICARDO GIL LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO y RICARDO LUIS ALFONSIN

⁶⁹ MARISA TARANTINO, “Las mulas del narcotráfico y la ley de trata de personas”. DPI Diario. Año 2014.

(expediente Nº **0981-D-2012**), incluyéndola en nuestro Artículo 10⁷⁰, mediante el cual se elimina el agravante en el mínimo penal del segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero, conservando así el mínimo de tres (3) años.

Ello permitiría la imposición de una pena de ejecución condicional, con lo cual el sistema conserva la “...flexibilidad necesaria para graduar la sanción en relación al grado de culpabilidad de cada sujeto (...), para evitar situaciones de hacinamiento y superpoblación y la imposición de sanciones que en determinados casos pueden resultar manifiestamente injustas”; en el propio decir de los diputados firmantes del mencionado proyecto.

- **Inciso b. Atenuantes por vulnerabilidad.**

Cabe remitirnos a la fundamentación antes mencionada en el análisis del Artículo 1º, bajo el título “Escala Penal aplicable y actualización de las multas”, en donde se ha mencionado la reforma establecida en el Artículo 2º inciso b. de nuestra propuesta.

3) Reforma propuesta en el Artículo 3º:

El Artículo 3º⁷¹ de nuestra propuesta contiene una modificación al Artículo 10 de la actual ley 23.737, derogando la punición a quien “...facilitare un lugar para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes” y el agravante de la pena de inhabilitación “...si se tratare de un negocio de diversión”.

En primer lugar, cabe recordar que la conducta de “consumo” no se encuentra penalizada en nuestro régimen jurídico actual, sino más bien la penalización se ha concentrado en conductas accesorias al consumo como ser la tenencia, el autocultivo, etc. O sea, aquellas conductas cuya constitucionalidad fue cuestionada sucesivamente y sobre las cuales proponemos en el presente su derogación, conforme los argumentos ya esgrimidos.

Sin embargo, a pesar de que la norma actual no establece la punición del acto de consumir, sí establece, en la norma aquí cuestionada, una gravosa penalización (3 a 12 años) para quien facilite un lugar para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes, aunque sea a título gratuito.

⁷⁰ Artículo 10º.- Sustitúyase el segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero por el siguiente texto: “Cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional, el máximo de la escala penal será aumentado en un tercio”.

⁷¹ “Artículo 3º.- Modifíquese el artículo 10 de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años y multa de DIEZ MIL (\$ 10.000) a UN MILLÓN (\$ 1.000.000) de pesos el que facilitare, aunque sea a título gratuito, un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos por los artículos anteriores.

En caso que el lugar fuera un local de comercio, se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el tiempo de la condena.

Durante la sustanciación del sumario criminal el juez competente podrá decretar preventivamente la clausura del local.”

Ello sin más denota cierta contradicción lógica de la actual norma, que reviste un resabio punitivo cuya filosofía imperante es la punición del mero acto de consumo, como un disvalor pasible de ser sancionado mediante el sistema penal. Más bien, la prohibición de consumo en determinados espacios públicos, podría ser materia del derecho administrativo/sancionatorio; conforme es el tratamiento brindado respecto de otras sustancias como ser el alcohol y el tabaco.

La punición del mero acto de facilitar un lugar para el consumo, conlleva a la posibilidad cierta de punición de aquellos actos privados de las personas que son realizados en colectivo, dentro de un contexto determinado. Ello significa, a modo de ejemplo, la punición del dueño de un hogar que se reúne con sus amistades y entre ellas se produce el consumo de sustancias ilegales. Dedicar recursos del sistema punitivo y establecer una severa penalización (3 a 12 años) sobre dicha acción, significa como mínimo un despropósito.

Por su parte, la punición mencionada, conllevaría un impedimento de llevar adelante políticas de reducción de los daños relacionados al consumo⁷², en lugares acondicionados e higiénicos para llevar adelante dicha conducta. Tal experiencia y sus resultados beneficiosos en términos de salud individual y de salud social, puede observarse en la formulación de las llamadas “Salas de consumo de Drogas (SCD)”⁷³ que durante los últimos 10 a 20 años “se han convertido en una parte integral de estrategias de tratamiento de la dependencia a las drogas y de reducción de daños en una serie países de Europa occidental, Norteamérica y Australia”^{74,75}.

A su vez, dicha punición contiene, junto a la punición del consumo ostentoso (Artículo 12º inc. b de la ley 23.737⁷⁶), una filosofía clasista referida al ejercicio del consumo. Decimos ello porque el consumo de sustancias prohibidas podría ser ejercido libre y discrecionalmente, o sea sin riesgos de captación punitiva, mientras se posea un ámbito de privacidad *propio* en

⁷² Política actualmente demandada por el artículo 10º inc. d. de la Ley 26.934 -Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP)-.

⁷³ “Las SCD son espacios protegidos usados para el consumo higiénico de drogas previamente adquiridas, en un ambiente libre de valoraciones morales y bajo la supervisión de personal calificado. Dichas salas constituyen un servicio altamente especializado en el campo de las drogas, están incluidas en una red más amplia de servicios para personas que consumen drogas, incorporadas a estrategias integrales locales con el fin de satisfacer las diversas necesidades personales y comunitarias que surgen del consumo de drogas. El objetivo de las SCD es tender puentes a grupos de consumidores de drogas específicos de alto riesgo, especialmente a quienes se inyectan o consumen drogas en espacios públicos, y atender sus problemas. Estos grupos tienen considerables necesidades de atención de salud que, con frecuencia, no se encuentran cubiertas por otros servicios, y plantean problemas que no han sido resueltos a través de otras respuestas ofrecidas por agencias que trabajan en el campo de las drogas, entidades de servicios sociales o las fuerzas del orden”. IDPC, “Salas de consumo de drogas: Evidencias y prácticas”. Junio de 2012. Ver nota siguiente.

⁷⁴ Algunos de los países en donde se han llevado adelante éstas prácticas son Alemania, España, Canadá, Australia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Suiza, etc.

⁷⁵ Documento Informativo del IDPC, Consorcio Internacional sobre Política de Drogas, “Salas de consumo de drogas: Evidencias y prácticas”. Autores: Eberhard Schatz y Marie Nougier. Junio 2012. Disponible en <http://idpc.net/es/publications/2012/07/documento-informativo-del-idpc-salas-de-consumo-de-drogas-evidencias-y-practicas>

⁷⁶ “Art. 12 — Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: (...)

b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público”.

donde ejercerlo. La falta de dicho espacio impediría, con la norma actual, la posibilidad de consumir sin riesgos de penalización. Ello se debe a que si el consumo se ejerce en la vivienda de una amistad (por ejemplo), la misma se encontraría *facilitando el lugar* y dicha persona podría ser pasible de una sanción de tres (3) a doce (12) años de prisión conforme el actual Artículo 10. Por otro lado, si el consumo se ejerce en la vía pública, con posible e inevitable trascendencia a terceros, conlleva a su vez la penalidad actual de dos (2) a seis (6) años de prisión conforme el actual Artículo 12.

Ello, una vez más, afecta a los sectores más humildes de nuestra sociedad, quienes pueden no contar eventualmente con un espacio propio e íntimo para ejercer el consumo, entre los cuales se destacan las personas en situación de calle.

Dichas penalidades recuerdan recientes discursos retrógrados de algunos sectores sociales, y sus representantes políticos, referido a que el ámbito de privacidad de las personas sólo debe circunscribirse a lo realizado en la intimidad de una morada sin que tenga trascendencia a otras personas; o dicho en otras palabras, *“dentro de cuatro paredes”*. Discurso generalmente dirigido a fin de obstaculizar el libre ejercicio de la diversidad sexual e identidad de género, con afirmaciones al estilo de *“no hay problema con tu homosexualidad, mientras que la ejerzas en la privacidad de tu hogar y no trascienda públicamente a los niños”*⁷⁷. Pareciera que en el caso del consumo de sustancias prohibidas, no sólo se sostiene la *“ideología de las cuatro paredes”*, sino que las cuatro paredes, a su vez, deben ser *propias*.

Sostener que el consumo ostentoso o con trascendencia pública puede ser penalizado por el *“efecto de contagio social”*, es en primer lugar totalmente incongruente con la permisión de consumo público de sustancias legales de gran morbimortalidad como ser el tabaco, el alcohol, o el abuso de psicofármacos legales; y en segundo lugar, una subestimación o quita de responsabilidad absurda del deber indelegable de la educación y la familia, en su rol de fortalecer valores que conlleven a no incurrir en el abuso eventual de sustancias.

Cabe recordar sobre el punto, algunos argumentos ya expresados, pero que volvemos a incluir a fin de brindar mayor claridad sobre el punto. Por ejemplo, lo afirmado por el Presidente de la CSJN, Ricardo Lorenzetti, en el citado fallo *“Arriola”*: *“A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”*.

Recordemos también lo afirmado por Nino, definiendo la **privacidad** como el conjunto de **“las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros”**⁷⁸. O lo afirmado por Sagüés, al respecto que la privacidad no se trata sólo de aquello que ocurre fuera de la vista de los demás (lo íntimo), sino que la Constitución protege las elecciones de vida que cada persona hace sin afectar a otras, aunque esas elecciones sean conocidas por el resto. **Se protegen también las expresiones públicas de la autonomía ejercida por cada individuo. La**

⁷⁷ Durante los debates públicos organizados en torno a la discusión de los proyectos de ley de *“Matrimonio Igualitario”* e *“Identidad de Género”*, fueron sobradas las experiencias en dicho sentido.

⁷⁸ Op. cit., pág. 304.

intervención estatal se justifica sólo cuando existe un daño a terceros, que -además- debe tener una entidad apreciable y no ser sólo una molestia⁷⁹.

Finalmente, recordemos el fallo de junio de 2012 de la Corte Suprema que reafirmó esta interpretación de la cláusula constitucional. El Alto Tribunal reiteró así que los *“...comportamientos incluso públicos [de una persona] pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”* (“Albarracini”, Fallos, 335:799).

De tal forma, en el Artículo 3º propuesto, se elimina la punición de quien *“...facilitare un lugar para que concurran personas con el objeto de usar estupefacientes”* y el agravante de la pena de inhabilitación *“...si se tratare de un negocio de diversión”*. Este último punto se funda en su íntima relación con el primero, siendo como dijimos, eventual objeto de regulación administrativa/sancionatoria como en el caso de otras sustancias.

A su vez, en el Artículo 11º de nuestra propuesta, se deroga el Artículo 12 de la actual ley, conforme los argumentos aquí vertidos sobre su inciso b (*consumo ostentoso y con trascendencia al público*). Posteriormente nos adentraremos en el análisis de su inciso a., conllevando a la derogación total del mentado Artículo.

4) Reforma propuesta en el Artículo 4º:

En la propuesta contenida en el Artículo 4º⁸⁰, mantenemos la previsión contenida en la actual ley respecto a la práctica del coqueo, masticación y utilización de hojas de coca para infusiones (Artículo 15 de la actual ley 23.737), sumando la no criminalización del comercio de *hojas en su estado natural* para dichos fines.

Es particularmente interesante el caso de la planta de coca (*Erithroxylum coca*), cuyo cultivo y comercio está prohibido, pero sin embargo la tenencia de hojas para la práctica del coqueo se encuentra despenalizada (art. 15 de la ley 23.737), dado que se trata de una práctica cotidiana ampliamente extendida en algunas regiones de nuestro país. Fueron de hecho los legisladores de dichas regiones quienes se opusieron a la prohibición del coqueo⁸¹, que habría sido tan

⁷⁹ Cfr. NÉSTOR P. SAGÜÉS, “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo 2, pág. 388).

⁸⁰ “No será punible el comercio de hojas de coca en su estado natural, destinadas a la práctica del coqueo, masticación o a su empleo como infusión, o el comercio de semillas destinadas al cultivo personal o social de especies vegetales para propio uso. Debe garantizarse el acceso de los pueblos originarios y de cualquier persona o institución que haga un uso cultural, sacramental o religioso de especies vegetales en su estado natural o cualquiera de sus partes.

Sin perjuicio de lo anterior, el cultivo de especies vegetales de las que se puedan extraer estupefacientes, como el comercio de sus partes y semillas, podrá ser regulado por las normas que establezca el Poder Ejecutivo o el organismo que el mismo determine, con el objeto de controlar su destino.”

⁸¹ Cuenta Elías Neuman, que durante el debate de la Ley 23.737 en la Cámara de Diputados, «los diputados por Salta y Jujuy extrajeron hojas de coca y coquearon mientras intentaban convidar a sus

abiertamente violatoria de derechos individuales y colectivos como sería para otros sectores la prohibición de beber mate, café o té.

De tal forma, nuestro proyecto viene a subsanar la contradicción que significa el hecho de mantener “clandestina”, aunque tolerada, la conducta de comercio de *hojas de coca en su estado natural* para dichos fines. Ello, junto a la no criminalización del autocultivo sobre el cual ya hemos hecho referencia, permitiría la adquisición legal de tales insumos, cuya permisión se sostiene a su vez en base al respeto a la interculturalidad de nuestro pueblo. Este último punto, se incluye en el segundo párrafo del artículo propuesto, al sostener que *“Debe garantizarse el acceso de los pueblos originarios y de cualquier persona o institución que haga un uso cultural, sacramental o religioso de especies vegetales en su estado natural o cualquiera de sus partes”*.

A su vez se incluye la previsión de acceso a semillas para usos legítimos, conforme ya nos hemos referido en la fundamentación brindada bajo el título *“Semillas y materias primas”*, a la cual nos remitimos, conservando la amplia facultad institucional de regulación de tales actividades a fin de *“controlar su destino”*.

5) Reforma propuesta en el Artículo 5º:

El Artículo 5º⁸² contiene una propuesta modificatoria del actual Artículo 16 de la ley 23.737, adecuando sus disposiciones al actual régimen establecido por el recientemente aprobado Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), regulado por la Ley Nº 26.934, y a la Ley de Salud Mental Nº 26.657.

Existe un amplio consenso en cuasi la totalidad de las propuestas legislativas anteriormente relevadas, respecto a la eliminación de las medidas de seguridad o educativas impuestas en el actual régimen, por su manifiesta incompatibilidad con los actuales regímenes establecidos en las normas referidas y por la inconstitucionalidad de tales tratamientos compulsivos/extorsivos. Creemos que ello nos exime de brindar mayores precisiones al respecto, impulsando la reforma del artículo 16 a fin de adecuarlo al nuevo paradigma de derechos humanos en el tratamiento de usos problemáticos de sustancias, más allá de la circunstancia de proceso o contexto de encierro que eventualmente transiten las personas.

pares» (Neuman, Elías – *La legalización de las drogas* – 3era Ed – Buenos Aires: Universidad, 2005. pág. 50).

⁸² *“Modifíquese el artículo 16 de la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma: “Cuando el procesado o condenado por cualquier delito estuviera afectado por algún consumo problemático de sustancias, tendrá derecho a acceder voluntariamente a un tratamiento adecuado en los términos del Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), regulado por la Ley 26.934 y su correspondiente reglamentación. En todo caso, el juez le hará conocer los derechos que le asisten en función de la ley 26.657 y en aquellos casos donde, de acuerdo a lo establecido en dicha norma, sea necesaria la internación de una persona privada de su libertad, el tiempo de duración del tratamiento será computado para el cumplimiento de la pena.”*

Asimismo, como se observa en el Artículo 11 de nuestra propuesta, se derogan los Artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la actual ley, que son complementarios al mencionado artículo 16 y/o contienen disposiciones actualmente reñidas con las mencionadas leyes.

Finalmente, cabe destacar que al final del Artículo propuesto se incluye una propuesta aportada en el proyecto de los diputados RICARDO GIL LAVEDRA, MANUEL GARRIDO, ESTELA RAMONA GARNERO y RICARDO LUIS ALFONSIN (expediente N° **0981-D-2012**), estableciendo que *“En todo caso, el juez le hará conocer los derechos que le asisten en función de la ley 26.657 y en aquellos casos donde, de acuerdo a lo establecido en dicha norma, sea necesaria la internación de una persona privada de su libertad, el tiempo de duración del tratamiento será computado para el cumplimiento de la pena”*.

Dicha formulación, con sus obvias diferencias conforme lo antedicho, se condice con la disposición contenida en el actual Artículo 19 de la Ley 23.737, el cual establece que *“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”*.

6) Reforma propuesta en el Artículo 6º:

En el Artículo 6º⁸³ de nuestra propuesta, incluimos la tipificación del delito denominado por otras legislaciones como *“Acciones de mala fe para involucrar en delitos”*. Dicha norma se encuentra incluida por ejemplo en el recientemente aprobado Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador⁸⁴, del cual se extrae la iniciativa.

Consideramos que la conducta penalizada, cuyo objeto es la incriminación maliciosa de una persona por los delitos contenidos en la ley de drogas, con las altas penas que la misma contiene y con la gravedad asociada a la carga estigmatizante respecto de la imputación por cualquier delito vinculado a los estupefacientes, debe ser gravemente sancionada por significar ello el arruinamiento de la vida de las personas injustamente criminalizadas por aquel accionar.

⁸³ “Artículo 6º.- Agrégase como art. 23º Bis a la Ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

‘Quien coloque sustancias estupefacientes en las prendas de vestir o en los bienes de una persona, sin el consentimiento de esta, con el objeto de incriminarla en alguno de los delitos sancionados en esta ley, realice alguna acción tendiente a dicho fin o disponga u ordene tales hechos, será sancionada con prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años. Si la persona que incurre en las conductas tipificadas en el párrafo anterior es empleado o funcionario público o finge cumplir órdenes de autoridad competente, será sancionada con prisión de OCHO (8) a DOCE (12) años, e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos. En el caso que dichas conductas se realicen en el contexto de la realización de requisas personales, inspecciones, registros o allanamientos de una propiedad, la escala penal será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos.’

⁸⁴ Artículo 225 del Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador.- *“Acciones de mala fe para involucrar en delitos.- La persona que ponga sustancias estupefacientes o psicotrópicas en las prendas de vestir o en los bienes de una persona, sin el consentimiento de esta, con el objeto de incriminarla en alguno de los delitos sancionados en este capítulo; realice alguna acción tendiente a dicho fin o disponga u ordene tales hechos, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la persona que incurre en las conductas tipificadas en el inciso anterior es servidor público o finge cumplir órdenes de autoridad competente, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad”*.

A su vez, más allá de las penalidades y sanciones que puedan corresponder *per se* por el mal desempeño de funcionarios y empleados públicos en semejante proceder, se estipula aquí un agravante de la pena en el caso de que los mismos sean sujetos activos de tales conductas. No es desconocida la circunstancia de que determinados miembros de las fuerzas de seguridad, han procedido históricamente al encausamiento de personas inocentes por delitos relacionados a la ley 23.737, incluyendo sustancias en sus pertenencias a fin de hacerlas responsables de delitos de “*tenencia*”, “*venta*”, “*contrabando*”, etc. Tal realidad, difícil de ser desconocida⁸⁵, justifica el agravante aquí dispuesto por lo aberrante de las conductas descriptas, ya que provienen de aquellos agentes del orden que deberían estar vinculados a la persecución de los verdaderos responsables de las redes criminales, y no de la extorsión y encausamiento de múltiples inocentes. Cabe destacar que el agravante dispuesto, se aplica a cualquier “*empleado o funcionario público*”, sea o no parte de las agencias de seguridad, o a quien “*finge cumplir órdenes de autoridad competente*”.

Finalmente, se establece un agravante aún mayor en los casos de que “*dichas conductas se realicen en el contexto de la realización de requisas personales, inspecciones, registros o allanamientos de una propiedad*”, motivo de la circunstancia de invasión a la privacidad que dan lugar al proceder malicioso y al estado de indefensión de las personas ante las agencias públicas que realicen dicho accionar.

7) Reforma propuesta en el Artículo 7º:

La propuesta contenida en el Artículo 7º⁸⁶, sólo es una adecuación de lo establecido por el Artículo 34 de la actual ley (producto de la llamada “*ley de desfederalización*”), conforme la adecuación al lenguaje utilizado en los tipos penales antemencionados, y a la derogación expresa de otras normas que actualmente se encuentran contenidas en el mencionado artículo (Artículo 5º penúltimo párrafo, Artículo 5º último párrafo y Artículo 14).

8) Reforma propuesta en el Artículo 8º:

El Artículo 8º⁸⁷ propuesto sustituye el segundo párrafo del art. 39 de la Ley 23.737, destinando “*...los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refiere el artículo 30*”, “*...a*

⁸⁵ Recordemos el ya citado informe realizado por fiscal federal Federico Delgado, quien menciona que: “*...resulta sospechoso que se repitan los testigos de procedimientos. Hay 22 que se repiten en distintas causas y algunos de ellos hasta siete veces. No es un dato menor que la mitad se inició por denuncias anónimas, un viejo artilugio policial (...)*”.

⁸⁶ “*Artículo 7º.- Sustitúyase el artículo 34 de la Ley 23.737, por el siguiente texto: ‘Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación: 1. Artículo 5º incisos c) y d), cuando se vendiere, suministre o aplique estupefacientes a título oneroso y fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor. 2. Artículo 29. 3. Artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal’*”.

⁸⁷ “*Artículo 8º.- Sustitúyese el segundo párrafo del art. 39 de la Ley 23.737, por el siguiente texto: ‘Los bienes o el producido de su venta se destinarán a la ejecución del Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), regulado por la Ley 26.934.’*”

la ejecución del Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), regulado por la Ley 26.934.”

Creemos que una de las principales víctimas de las redes narcotraficantes, son aquellas personas con consumos problemáticos de sustancias, cuyos padecimientos deben ser comprendidos dentro de los parámetros actuales de la mencionada norma (IACOP). Por lo cual, proponemos aquí que el destino de los bienes y beneficios económicos obtenidos por la persecución a dicha actividad ilegal, sean destinados a la ejecución del mencionado Programa en forma de reparación de los daños causados a aquellas víctimas.

9) Reforma propuesta en el Artículo 9º:

El artículo en cuestión⁸⁸ reformula y actualiza la norma actualmente establecida en el Artículo 42 de la ley 23.737, haciendo lugar al régimen establecido por la Ley 26.586 -Programa Nacional de Educación y Prevención sobre las Adicciones y el Consumo Indebido de Drogas-, sancionada y promulgada en diciembre de 2009.

La redacción de la norma propuesta, corresponde a la iniciativa de las diputadas ADRIANA VICTORIA PUIGGROS, ADELA ROSA SEGARRA, y MARIA DEL CARMEN BIANCHI, en el expediente N° 0396-D-2012.

10) Reforma propuesta en el Artículo 10º:

Los fundamentos del Artículo 10 propuesto, fueron brindados oportunamente bajo el título “Reforma propuesta en el Artículo 2º”, a los cuales nos remitimos.

11) Reforma propuesta en el Artículo 11º:

Finalmente, en el Artículo 11º⁸⁹ de nuestro proyecto, se establece la derogación expresa de los tipos penales contenidos en los artículos 12 (*preconizar o difundir públicamente el uso de estupefacientes, o inducir a otro a consumirlos; o el consumo ostentoso con trascendencia al público*), 14 (*tenencia simple y tenencia para consumo personal*), 17, 18, 19, 20, 21, 22 (*medidas de seguridad educativas y sanitarias*) y 28 (*impartir públicamente instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, o quien por medios masivos de comunicación social explique en detalle el modo de emplear como estupefaciente cualquier elemento de uso o venta libre*), de la Ley 23.737.

⁸⁸ Artículo 9º.- Sustitúyase el artículo 42 de la Ley 23.737, por el siguiente texto: “En consonancia con la Ley 26.586, ‘Programa Nacional sobre las adicciones y el consumo indebido de drogas’, el Consejo Federal de Educación, en coordinación con el Consejo Federal de Salud, diseñarán programas y estrategias cuyo objetivo sea la prevención de las adicciones. Para tal fin deberán considerar los planes de estudio, la carrera de formación docente, espacios culturales, formativos, informativos, deportivos y recreativos, y toda otra iniciativa que permita y facilite el cumplimiento de este objetivo”.

⁸⁹ “Artículo 11º.- Deróguense los artículos 12, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 28 de la Ley 23.737”.

Respecto de la mayoría de los Artículos mencionados, ya hemos fundamentado su derogación en párrafos anteriores, a los cuales nos remitimos. Resta así brindar cierta argumentación respecto de la derogación del inciso a. del Artículo 12 y el Artículo 28 de la actual ley.

En primer lugar, cabe recordar que el “consumo” de sustancias prohibidas, no es considerado un delito conforme nuestra normativa actual (ya lo hemos expuesto en la fundamentación de la derogación del consumo ostentoso), por lo cual ninguna norma penal podría entender que pueda hacerse “apología” de una conducta que no es delito. Si bien puede que el objetivo de dichas normas sea la prohibición de ciertas conductas que puedan relacionarse con la “publicidad” e inducción al consumo, el sistema penal no es el medio idóneo a fin de regular ello; como tampoco lo es para regular la publicidad del alcohol o del tabaco por ejemplo, conforme la normativa vinculada y vigente sobre tales sustancias.

Es más, el alcohol es publicitado constantemente por sus compañías bajo *slogans* de unión familiar, *sabor del encuentro* entre amistades y cierto falso exitismo personal en lo patrimonial y en las relaciones interpersonales. Si uno observa los graves daños al tejido social, a la salud individual y a la salud social producto del consumo esta sustancia, que causa alrededor de 40.000 muertes por año en Argentina, aproximadamente 60 enfermedades asociadas, su ubicación primera en las estadísticas de sustancias criminógenas, accidentes vehiculares, violencia social e intrafamiliar, dudaría realmente si tales *slogans* se condicen con la realidad. Pero aun así, ello se publicita libremente.

“El discurso de la salud referido exclusivamente al consumo de drogas prohibidas y la nocividad de las mismas en un todo englobado como «la droga», no se sostiene en consideración a la permisividad legal y aceptación social de otras drogas con mayores niveles de morbilidad y mortalidad, como ser el caso del alcohol y el tabaco. Así las cosas, dos millones y medio de personas mueren por año a causa del alcohol en todo el mundo, que a su vez es causante de más de sesenta enfermedades relacionadas; mientras que el tabaco, con todos sus aditamentos incluidos con fines adictivos —aunque tolerados legalmente—, se encarga de la muerte de seis millones de personas por año.

Se supone que englobando a todas las drogas prohibidas, y a pesar de la adulteración de las mismas por falta de control institucional en sus calidades, la cifra de mortalidad por abuso no supera las trescientas cincuenta mil personas⁹⁰. Cifra no menor, ni despreciable, cabe aclarar; pero demuestra una manifiesta desproporción entre el potencial dañino de determinadas sustancias legales —y a veces promocionadas— y aquellas endemoniadas bajo la totalización prohibicionista. A ello deberían sumarse los hábitos alimenticios y la promoción del consumo de alimentos nocivos o «chatarras», (...ya que...) según cifras de la OMS, la primera causa de muerte es la cardiopatía isquémica, causada por la acumulación de grasas y colesterol⁹¹.

“Entre las diez primeras causas encontramos enfermedades relacionadas con los hábitos alimenticios o con el estilo de vida. Pese a ello, no se inicia ninguna cruzada contra las grasas;

⁹⁰ OEA/OMS, 2011.

⁹¹ Cfr. MARIANO FUSERO, “Conceptos Básicos para un Cambio de Paradigma Posible”, Colegio Médico de Chile (COLMED) y Asociación de Pensamiento Penal (APP), 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39163-conceptos-basicos-cambio-paradigma-posible>

de hecho, es curioso, porque se prohíbe el anuncio de alcohol y del tabaco, se endemonian a todas las sustancias ilegales y a sus usuarios, pero no se prohíbe la publicidad de las hamburguesas; más bien se publicitan en horario infantil y se suelen ofrecer a sus principales consumidores, los niños y adolescentes, mediante una "cajita feliz" servida por un simpático y amistoso payaso⁹².

Respecto del tabaco, su normativa⁹³ establece regulaciones que hacen a la materia administrativa/sancionatoria, pero tampoco se establece en ningún momento penas de prisión ante comportamientos asociados a la "publicidad, apología o inducción" al consumo⁹⁴.

Resta sumar a ello la gran cantidad de publicidad de medicamentos (¡drogas!) de venta libre o bajo receta que podemos observar, en cualquier horario, ante los medios masivos de comunicación. Los mismos nos venden constantemente "bienestar", "quita de dolor", "energía", "placer", "belleza" y otros incentivos a su consumo propiciados por su mercadotecnia, ocultándonos sus efectos adversos, sus potencialidades adictivas y los riesgos ante consumos crónicos o abusivos que pueden conllevar a graves trastornos y hasta la muerte.

Por otra parte, cabe afirmar que tales tipificaciones sostienen penalidades de los llamados "delitos de opinión", históricamente cuestionados por la doctrina penal por su afrenta a nuestra Constitución Nacional. En dicho sentido, volcaremos aquí algunos extractos del trabajo realizado por Gerardo Nicolás García, y publicado por la Asociación de Pensamiento Penal (APP):

<<En la República Argentina está penada –en algunos casos- la opinión de las personas. Es decir que existen como una categoría jurídica los delitos de opinión. (...)

Por aplicación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (DUDH, art. 19) son inconstitucionales todos los tipos penales que habiliten poder punitivo por la emisión de opiniones. Esta declaración dice que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión". Esta norma está en la misma línea de pensamiento que su preámbulo, que en una parte dice "que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias".

Son opiniones las manifestaciones exteriores de un concepto o parecer. En última instancia la manifestación exterior del pensamiento. Es por ello que allí donde una persona diga algo o escriba algo habrá una opinión. La manifestación de la opinión de una persona es una de las

⁹² Cfr. MARIANO FUSERO, "¿Por qué nadie grita?", 24 baires.com, Asociación de Pensamiento Penal (APP) y Espolea (México), 2014. Disponible en <http://www.24baires.com/opinion/48569-por-que-nadie-grita/>

⁹³ Ley 26.687, Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco.

⁹⁴ Ello se conforme a lo previsto en el artículo 81 inciso j) de la ley 26.522, disponiendo la aplicación de las sanciones que correspondan en caso de infracción, de acuerdo a lo establecido en el Título VI de la misma norma.

formas en que se ejerce la libertad de expresión, la que en el ámbito internacional es considerada como uno de los llamados derechos preferidos, o sea de mayor importancia (concretamente en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos -CADH-) (...)

Una de las mayores molestias que puede afrontar una persona es la de tener que afrontar un proceso penal a causa de sus opiniones, y el verse sometido a la sola posibilidad de que pueda ser encerrada por ello. De la interpretación del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos surgen consecuencias muy importantes para las personas, para el progreso del Estado de derecho y el de la democracia. Diversas cartas regionales o universales se han ocupado de la libertad de opinión y de expresión, así como de la protección del honor de las personas”.

El autor menciona ello como “...falta la legitimación externa (o sea no normativa) de estos tipos penales, **siendo imposible o muy difícil responder a la pregunta de ¿por qué prohibir penalmente y no civil o administrativamente estos hechos?, cuestión vinculada con la llamada ultima ratio del derecho penal**” (...).

“Alfredo L. Palacios comenzaba su comentario a los delitos de opinión diciendo que: “la opinión es un concepto o parecer que en ningún caso constituye delito, pues **las ideas no son punibles** (...). Y en otra parte sostenía: “**el estado democrático dejaría de serlo si persiguiera a las ideas**, pues él expresa una relación entre hombres, entre fuerzas, una coordinación que regula esas relaciones. No puede, pues, poner valladares al pensamiento. Al hacerlo destruiría sus propios fundamentos para crear una sociedad abstracta y ficticia que no podría vivir”.

La búsqueda de una sociedad democrática, libre, justa, pacífica e igualitaria no puede realizarse mediante la intromisión penal del Estado en las expresiones y opiniones de sus ciudadanos. **Por medio de la amenaza con sanciones penales no se logrará un pueblo libre y respetuoso del otro, sino un pueblo disciplinado, temeroso y silenciado, que guardará sus críticas y opiniones por temor a una sanción y no por decisión propia. Al fin y al cabo “las ideas no deben combatirse sino con otras ideas”**^{95>>96}.

Compartiendo tales argumentos, resta afirmar que conforme la selectividad típica del sistema penal al que hemos hecho referencia en más de una oportunidad, la persecución de los “delitos de opinión” respecto a la temática que nos aboca, se encuentra vinculada generalmente a opiniones de consumidores que realicen expresiones autorreferenciales conforme el uso que hagan de sustancias prohibidas; agrupaciones cannábicas que promuevan el autocultivo como forma de combatir el narcotráfico; especialistas en reducción de daños asociados al consumo, que brinden información respecto de técnicas de uso menos riesgoso de sustancias prohibidas; militantes por la regulación de los usos medicinales de tales sustancias, que sostengan públicamente argumentos sobre sus potencialidades terapéuticas o médicas; y/o un artista que en el contexto de un recital diga “*me estoy sintiendo tan a gusto*

⁹⁵ "Delitos de opinión", en Enciclopedia Jurídica Omeba, TVI Defe-Dere, Buenos Aires, Driskill s.a., 1991, comentado por el Dr. ALFREDO L. PALACIOS.

⁹⁶ GERARDO NICOLÁS GARCÍA, “Los delitos de opinión en el estado constitucional de derecho”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/05/doctrina33136.pdf>

que me fumaría un porrito⁹⁷ y luego del dispendio judicial que demandó 11 años, salga absuelto y se le pida disculpas de parte de la fiscalía, por priorizarse su libertad de expresión por sobre cualquier norma anacrónica de nuestro actual régimen penal de estupefacientes.

Sin intenciones de hacer un recuento jurisprudencial que avale la postura aquí sostenida, cabe destacar meramente el fallo de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos "Vita, Leonardo Gustavo y otros/recurso de casación", que confirmó el sobreseimiento de dos jóvenes que difundían técnicas de cultivo y consumo de marihuana a través de dos sitios de internet, entendiendo que debía de priorizarse la libertad de expresión.

Según el criterio del juez Gustavo M. Hornos, que finalmente fue el mayoritario, "*...si bien el art. 12 inc. a) de la ley 23.737 prohíbe la preconización o difusión pública del uso de estupefacientes, dicho precepto debe ser interpretado en función del objetivo -superior en rango- que se quiso garantizar con la consagración constitucional -en todas sus manifestaciones- de la libertad de expresión, que tiene como necesario punto de partida el debate libre y desinhibido de todas las cuestiones de interés público, así como el derecho social a ser informado*".

Agregando también que: "*la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende el derecho de tratar de comunicar a otras sus puntos de vista por cualquier medio -en tanto derecho individual de expresión y difusión del pensamiento y de la información que son indivisibles- y también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho de difundir la propia*".

Por los motivos expuestos, en nuestro Artículo 11 proponemos la derogación de los Artículos 12 y 28 de la actual ley 23.737.

X.- CONCLUSIONES

A lo largo de nuestra expresión de motivos que ha conllevado a la presentación de esta iniciativa, hemos sostenido como eje y finalidad, la modificación, sustitución y derogación de aquellas normas que han sido históricamente utilizadas por el sistema punitivo para extorsionar, perseguir, criminalizar y prisionizar a los sectores más vulnerados de nuestra sociedad.

A la luz de los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional, como así también los comprendidos en los instrumentos internacionales de los cuales nuestro país es signatario, resulta imperioso gestar tanto una nueva política pública respetuosa de los derechos fundamentales de todo ser humano, como, asimismo, modificar la política criminal reasignando y garantizando los recursos para perseguir a aquellos altos eslabones del tráfico

⁹⁷ Ver por ejemplo <http://www.lanacion.com.ar/697159-absolvieron-a-calamaro-en-un-juicio-por-apologia-del-delito>

internacional, y para prevenir y atender aquellos casos de consumos problemáticos de sustancias legales o prohibidas.

Somos conscientes que la intervención penal genera más inconvenientes que soluciones. Tanto a los que tienen problemas con el consumo de sustancias como a los que no, les adiciona las vicisitudes y consecuencias de tener un proceso penal abierto por delitos cuya manifiesta inconstitucionalidad e injusticia es conocida. Si bien es cierto que la modificación de la ley penal no resuelve la eventual falta de respuestas suficientes en materia social y de salud en todo nuestro territorio, su persistencia tampoco ayuda en ese sentido, ya que estigmatiza al usuario y alimenta la falsa convicción de que con la existencia de la ley penal se da una respuesta al problema.

Finalmente, quisiéramos dedicar esta iniciativa a la memoria de Miguel Ángel Durrels y a su familia, como así también a las aproximadamente 500.000 personas acusadas por *delitos de consumo* en nuestro país desde la sanción de la ley 23.737 en el año 1989.

A Miguel Ángel Durrels, joven humilde de 29 años, oriundo de la Provincia de Entre Ríos, luego de ser detenido en septiembre de 2013 por supuesta tenencia de unos pocos gramos de cannabis para consumo personal, lo encontraron ahorcado en la Comisaría 1ra de Pilar (cuyas celdas estaban inhabilitadas judicialmente para el alojamiento de detenidos) con un cable atado a su cuello, golpes en el pecho y rostro. La justificación de su detención, la actual ley de drogas, determinó que Miguel no se encuentre más con vida y su familia, mes tras mes, reclame justicia convocando a una marcha por la Ciudad de Pilar que transcurre casi en soledad e indiferencia institucional⁹⁸.

Por lo expuesto, por Miguel y por todos los consumidores que diariamente son perseguidos, hostigados, criminalizados, discriminados y encerrados por el ejercicio de actos propios de su libertad individual, es que solicitamos el acompañamiento y aprobación del presente proyecto de ley⁹⁹.

⁹⁸ Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-228846-2013-09-12.html> ; <http://pilandetodos.com.ar/policiales/policiales/caso-durrels-advierten-que-el-cuerpo-de-miguel-angel-tenia-golpes-y-cortaduras>