

El Consumo de Estupefacientes, ¿Delito o padecimiento de Salud? Análisis de respuestas normativas.

Ignacio Funes Peralta

El presente ensayo tiene como propósito realizar un análisis normativo y doctrinario a partir de la sanción de la nueva Ley de Salud Mental (Ley N° 26.657). Se desarrollan las implicancias de la nueva ley, las modificaciones estructurales que hace a las interpretaciones jurídicas sobre el modo en que el Estado debe dar respuesta al conflicto social del consumo de estupefacientes. Se resalta el cambio de paradigma histórico del Prohibicionismo y la criminalización de los consumidores al nuevo abordaje de Salud con perspectiva en derecho. Se enfatiza en la modificación que realizó el Poder Legislativo en la nueva Ley de Salud Mental del objeto del delito de tenencia para consumo personal tipificado en el art. 14 de la Ley N° 23.737.

El abordaje histórico que se ha propuesto desde el Estado, el prohibicionismo y la criminalización del consumo (Convención Única sobre Estupefacientes, 1961) ha entrado en crisis al no dar una respuesta eficiente a la problemática social. Tal como menciona el Dr. Ruchansky en el vídeo de consulta, los modelos suizo, holandés y uruguayo de respuesta pública ante la problemática modificó este paradigma. Se reconoció al consumo (adicción) como un problema a ser abordado desde la perspectiva de DDHH en Salud, más allá de las particularidades específicas de regulación de cada Estado. Estos países vienen a discutir en sus gestiones el modelo propuesto y firmado en la convención de 1961.

En nuestro país, desde el año 2009, existe la doctrina del fallo "*Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080*", en donde se discutió la legalidad del delito de tenencia para el consumo personal (Art. 14, Ley N° 23.737). La doctrina del fallo evidenció que la tenencia con fines de consumo no constituye un delito en la legislación argentina. El principal argumento utilizado en el fallo es que la norma que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal avanza sobre el ámbito privado de las personas, afectando el derecho a la intimidad protegido por normas constitucionales (Art. 19 CN, Art. 75 inc. 22 CN). Es decir, es una acción privada de los hombres no reprochable penalmente. Al respecto se señaló: "la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieran a la moral pública o a los derechos de terceros" (Voto de la Dra. Argibay Fallo Arriola: A.891.XLIV).

A su vez, es interesante observar el análisis que la C.S.J.N realiza en este fallo en los considerandos 14°, se detalla que: "La extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto,

allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”. (Fallo Arriola -Fallo: A.891.XLIV) Por lo tanto evidencia empíricamente el fracaso del paradigma prohibicionista y alude a la inconstitucionalidad del utilitarismo que había convalidado el mismo tribunal en su fallo anterior. (Fallos Montalvo: 313:1333).

Al mismo tiempo, en el año 2010, se sancionó la nueva Ley de Salud mental N° 26.657, en donde se legisló una perspectiva legal obligatoria para abordar las respuestas públicas a la problemática social de consumo. En el cuerpo de la norma su Art. 4 incorpora explícitamente a las Adicciones como un *padecimiento de Salud Mental*, así como en su Art. 1 define que la problemática de salud mental debe ser abordada con una perspectiva de DDHH.

Es importante resaltar que esta ley “Tiene como objetivo la protección de los ciudadanos con padecimiento mental y problemas de adicciones, reconociendo derechos, dando lugar a singularidades y a la propia decisión sobre el plan de vida” (Perel, Glanc, Habib, Semeria, Acosta, 2013:178). Esta interpretación es la que explica el cambio paradigmático relacionado con los consumidores de estupefacientes. Se realiza un cambio del paradigma histórico de enfermo sin voluntad – objeto de derecho – y se plantea la nueva perspectiva en donde el sujeto que sufre el padecimiento debe ser leído y comprendido atendiendo a sus propias particularidades, respetando todos sus derechos y garantías inherentes a su condición de ser humano – sujeto de derecho.

Desde allí que se nos permite pensar y reflexionar sobre las diferentes respuestas que plantea el Estado ante tal padecimiento. Por un lado, la histórica visión de discutir la peligrosidad que representa en abstracto alguien adicto, por no disponer de su voluntad, que autorizaba la intervención punitiva del Estado. Finalmente, el nuevo paradigma sancionado en la ley descripta visibiliza la necesaria perspectiva en derecho humanos y reconoce como sujetos de derecho a las personas que sufran adicciones.

En el texto de Perel, Glanc, Habib, Semeria, Acosta sobre el cambio de paradigma de la nueva salud mental, se traduce la necesaria incorporación en la burocracia estatal de abordaje de padecimientos de salud mental, la nueva perspectiva en Derechos Humanos. Esto implica abandonar la idea paternalista que venía desarrollando el Estado para transformarla en la necesaria interpretación como sujetos de Derecho. Implicando la readaptación de las

interpretaciones y decisiones judiciales que deberán ser respetuosas de los derechos de quienes sufran padecimientos en su salud mental. Resulta obligatorio el respeto por el Derecho a la Salud y su Atención Integral. (Perel, Glanc, Habib, Semeria, 2013).

Es importante atender que la nueva ley de Salud Mental propone el abordaje con perspectiva de derechos humanos. Por lo tanto, cambia el foco de enfermedad histórico que menciona Ortiz Millán en su texto “El Prohibicionismo, las adicciones y la autonomía individual”, ya que ahora es necesario atender a las personas con padecimiento mental, como sujeto de derechos, primando y garantizando el pleno goce de sus derechos humanos y su voluntad. (Ortiz Millán)

A su vez el derecho a la salud goza de reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional. En el art. 41 se declara el derecho de todos los habitantes a gozar de un “ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano...”, en el art. 42, que “los consumidores, al reconocer al conjunto de consumidores y usuarios de los bienes y servicios, públicos y privados, como merecedores de la protección de la salud...”. En el art. 75 inc. 23 se establece que corresponde al Congreso Nacional “... legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”.

Es relevante resaltar la protección que posee el Derecho a la Salud en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (Art. 75 inc. 22 CN). Particularmente el *Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* “1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El *Pacto de San José de Costa Rica* no se ocupó específicamente de la regulación de derechos de naturaleza social, categoría donde se incluyó tradicionalmente al derecho a la salud. Dichas falencias debieron ser completadas por *el Protocolo de San Salvador*, el cual amplía y actualiza el contenido del Pacto de Naciones Unidas al reconocer a la salud como un bien público, obligando a los Estados a adoptar medidas para la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Tal como se detalló el Derecho a la Salud y su Atención Integral es un Derecho Humano de máxima jerarquía en nuestra constitución. La nueva Ley de Salud Mental viene a regular la perspectiva obligatoria en respuesta a la problemática de consumo, la cual anteriormente se regulaba en el objeto del delito de tenencia para consumo personal (Art. 14 ley 23.737). Por lo

tanto, teniendo en cuenta los principios que rigen la interpretación de estos derechos (Progresividad, Pro Homine), su jerarquía normativa y los principios generales del derecho, esta nueva ley viene a traer de foco que la respuesta punitiva que regulaba el estado para criminalizar a quienes consumen estupefacientes carece de fundamentos jurídicos constitucionales.

Es importante atender a la Ley penal más benigna, garantía consagrada en nuestro digesto jurídico en el Art. 2 del Código Penal. En este caso particular, el consumo, criminalizado con la ley de estupefacientes, perdería vigencia con la sanción de la ley de salud mental, ya que se propone legislar una nueva respuesta para dar solución al mismo objeto de derecho. Se debería aplicar, siguiendo las reglas normativas, la solución más benigna para el reo que en este caso sería la propuesta por la ley de salud mental.

Ante los diferentes conflictos sociales que se presentan el Estado debe garantizar la ULTIMA RATIO del ejercicio del derecho penal. Implicando necesariamente que ante una conflictividad específica la respuesta punitiva debe ser la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema (Binder, 2012).

El derecho penal constituye el último recurso del ordenamiento jurídico global, tendiente a solucionar conflictos sociales que afectan ciertos bienes, valores o intereses especialmente significativos de la comunidad. Ello, así pues, en principio, implica el monopolio estatal del uso de la fuerza, traduciéndose en sanciones particularmente rigurosas. (CONDOMÍ, 2017).

Al existir un medio menos severo legislado para encauzar la conducta humana jurídicamente sancionada, la criminalización de las adicciones violaría la garantía de la ULTIMA RATIO. Ello es así de momento que, existiendo otros medios para encauzar la conducta humana jurídicamente sancionada, no ha de incurrirse en *las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad* del ciudadano como son las de orden penal (ROXIN, CLAUS, 1997).

En relación con la mencionada garantía es importante resaltar que la C.S.J.N ha señalado que "...el derecho penal debe ser la última ratio del orden jurídico y el principio pro homine impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal..." (Fallo Acosta: 331:858).

Es menester realzar la importancia de lo afirmado por la CorteIDH en la Opinión Consultiva N° 5 y en el caso "*Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*"- entre muchos otros-. En igual sentido, en ambos casos, se determina que el principio pro homine exige escoger entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos.

Si bien la ley de salud mental no es una ley penal específicamente, se trata de un abordaje más integral para el mismo problema social. El Estado propone un tratamiento de salud como respuesta a la problemática de consumo, por ende, el paradigma criminalizador del art. 14 de la ley de estupefacientes N° 23.737 pierde vigencia, conclusión que se arriba en el ejercicio práctico de las garantías mencionadas anteriormente.

En la práctica se evidencia la falta de criterio jurídico respetuoso de los Derechos Humanos que suelen llevar a cabo los jueces y fiscales de la nación. En la estadística publicada por el C.E.L.S en el año 2016, "Estudio Nacional sobre condiciones de salud, consumo de sustancias psicoactivas y demanda de tratamiento", se analiza la población carcelaria del sistema penitenciario federal en el año 2012. Este estudio evidencia que el 31,4% de las personas se encuentran detenidas por delitos relacionados a la Ley de Estupefacientes N°23.737 y se demuestra que el 68,5% del total de los entrevistados consume o ha consumido una droga ilícita. Así como el mismo organismo ha publicado una declaración institucional, "*Declaración a 10 años de Arriola*" (2019), en donde informan que alrededor de 25.000 personas por año son criminalizadas por las fuerzas federales con motivo de tener escasa cantidad de sustancias para su propio consumo, principalmente cannabis. La mayoría son jóvenes, entre 16 y 30 años, de nacionalidad argentina, de bajos ingresos, sin antecedentes penales y sin estar cometiendo delito alguno al momento de su detención. De allí que se observa que el Estado continúa dando respuesta punitiva desconociendo el nuevo paradigma normativo.

Para finalizar es menester destacar las palabras de LASCANO (2016:5) "*Podemos afirmar con LUIGI FERRAJOLI que el modelo garantista de Derecho Penal está configurado por un conjunto de principios que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de Derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena*". Entendiendo que, para sostener nuestro estado de Derecho, es primordial dar un modelo garantista de interpretación del ejercicio del poder punitivo estatal.

Por todo ello, es que se evidencia que, siguiendo las reglas que regulan nuestro Estado de Derecho la tenencia para el consumo, al presente, no sería una acción reprochable por el derecho penal. Al sancionarse la Ley de Salud Mental N° 26.657, el Estado reconoce que la conflictividad social del consumo problemático (adicción) debe ser abordado a través de una perspectiva de Salud respetuosa de los DDHH, abandonando la regla fijada en la ley de estupefaciente N°23.737 de 1989. Teniendo en miras las garantías mencionadas y el respeto por nuestro ordenamiento jurídico la criminalización del consumo ha dejado de ser una opción de

solución legal para el Estado. Es importante entender que continuar con la práctica de solución punitiva responde más a valores morales que jurídicos ¡Consumir no es delito!

Bibliografía.

Bibliografía normativa

- Constitución Nacional Argentina.
- Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.
- Ley de Estupefacientes N° 23.737.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Protocolo de San Salvador.
- Código Penal Argentino.
- Convención Única sobre Estupefacientes 1961.
- C.S.J.N Fallo Arriola -Fallo: A. 891: XLIV.
- C.S.J.N Fallo Montalvo – Fallo 313:1333.
- C.S.J.N Fallo Acosta: Fallo 331:858.
- CortelDH Opinión Consultiva N° 5.
- CortelDH "*Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*".

Bibliografía académica

- "Estudio Nacional sobre condiciones de salud, consumo de sustancias psicoactivas y demanda de tratamiento", 2016 C.E.L.S.
- "Declaración a 10 años de Arriola", 2019 C.E.L.S.
- "Derecho Penal -Parte General-" ROXIN, CLAUS, Tomo I; Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- "Legitimación social del derecho penal en tanto "última ratio" del ordenamiento jurídico "CONDOMÍ SAIJ, 2017.
- "El Prohibicionismo, las adicciones y la autonomía individual" Ortiz Millán
- "Alcances y aplicaciones de la Ley Nacional de Salud Mental", Perel, Glanc, Habib, Semeria, Acosta, 2013.
- "La posible tensión de los delitos de tenencia con los principios constitucionales del derecho penal sustantivo", LASCANO, 2016.
- "El caso "Arriola" y las fuentes del derecho", Trejo, 2016.
- "Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina", Binder, 2012.