

Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina etc.



DESPENALIZACION DE LA TENENCIA DE DROGAS

ARTÍCULO 1º.- 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."

ARTÍCULO 2º.- 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."

ARTÍCULO 3º.- Deróganse los artículos 17, 18, 21 y 22 de la ley 23.737.

ARTÍCULO 4º.- Modifícase el artículo 19 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

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



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, etc.

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

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

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

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

ARTÍCULO 5º.- Modifícase el artículo 20 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 20º.- Para la aplicación de los supuestos establecidos en el artículo 16 el juez, previo dictamen de peritos, deberá distinguir entre el delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito, para que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido en función de nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada."

ARTÍCULO 6º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.



DIANA BEATRIZ CONTI
DIPUTADA NACIONAL



FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

La penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal ha dado a lo largo de muchos años innumerables polémicas. La doctrina y la jurisprudencia han debatido su constitucionalidad, y distintos sectores tanto desde el campo de las ciencias jurídicas como desde otras disciplinas han cuestionado su conveniencia, racionalidad y justicia.

Por ello, la fundamentación de este proyecto se pronunciará sobre distintos aspectos de esta problemática, a partir de los cuales llegamos a la conclusión de que la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal debe ser abolida de nuestra legislación penal.

La inconstitucionalidad de la penalización

Sostenemos que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal viola expresamente el artículo 19 de la Constitución Nacional, donde dice: *"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"*, es decir, lo que se conoce en el campo del derecho constitucional como "principio de reserva".

El tema ha sido ampliamente debatido por la doctrina y ha habido cambios de legislación y fallos contradictorios que fueron modificando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Carlos Nino cita en su artículo "¿Es la tenencia de drogas con fines de uso personal una de las 'acciones privadas de los hombres'" los tres argumentos utilizados para sostener la penalización:



a) El argumento *perfeccionista*: Este argumento parte del presupuesto de que existe *una* moral universalmente válida, que debe ser preservada y protegida por el Estado. Cualquier tipo de conducta contraria a esa moral o que, según ella, sea degradante de la persona, degrada por extensión la moral colectiva y atenta por ello contra la sociedad toda. Siguiendo esta concepción, no sería posible establecer que exista una esfera de las "acciones privadas" que sean ajenas a la moral pública, en tanto que la degradación moral de la persona es causal de la degeneración social y pone en peligro "valores esenciales de la humanidad".

Es una concepción fundamentalmente dogmática y que ha servido a lo largo de la historia de la humanidad para la intromisión del Estado en la esfera de las acciones privadas de los hombres, so pretexto de preservar los "valores de la sociedad".

El Estado, desde la concepción *perfeccionista*, tiene entre sus metas la de procurar una moral "correcta" y por ello deben reprimirse las acciones contrarias a ella. Se busca así la imposición coactiva de modelos morales virtuosos, partiendo de la premisa de que existen criterios objetivos suficientes para determinar cuáles lo son y cuáles no.

La penalización del consumo de drogas, o su forma encubierta en la legislación local: la penalización de la tenencia para consumo, se justificaría como medio para impedir conductas consideradas inmorales o que degradan a la persona y, a través suyo, a la sociedad.

b) El argumento *paternalista*: Este argumento sostiene que el Estado puede actuar sobre la esfera de las acciones privadas, ya no para imponer un modelo de conducta por razones morales, que queda librado a la libertad individual, sino para proteger al individuo de sus propias acciones, cuando éstas pongan en riesgo o dañen su salud mental o psíquica o su seguridad. La penalización del consumo de drogas, o su forma encubierta en la legislación local: la penalización de la tenencia para el consumo, se justificaría como medio para proteger al adicto o



consumidor de drogas por los daños que éstas le producirán. La intromisión del Estado en la vida privada se justifica en cuanto tiende a proteger a la persona de la autolesión.

Consideramos en contrario que la libertad individual incluye la posibilidad de la autolesión, siempre que esta no importe un daño a terceros. Esta idea está muy bien desarrollada en el artículo de Nino. El límite del principio de reserva es el daño a terceros, como bien señala la Corte en el fallo Bazterrica: "*Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones*".

- c) El argumento de la *defensa social*: Se propone proteger no al individuo sino a la sociedad considerada agregativamente, es decir, como algo distinto y de entidad superior a los intereses individuales de cada uno de sus miembros. El hombre, por su propia naturaleza, vive en sociedad, y sus acciones de uno u otro modo afectan, en mayor o menor medida, a quienes lo rodean.

Desde este punto de vista, lo que se buscaría con la penalización sería proteger a la sociedad de los perjuicios que le ocasiona la acción individual de algunas personas de consumir drogas. Se afirma que el consumidor de drogas incita a otros el consumo, que es más probable que cometa delitos para obtener la droga o por su efecto: en definitiva, que posee una peligrosidad para el conjunto social por el hecho de consumir drogas o ser adicto.

Esta teoría, que podríamos incluir dentro del concepto de "peligrosidad de autor", es la que mayoritariamente se utiliza para justificar la penalización.

En nuestra legislación y en la jurisprudencia de la Corte, el tema ha dado lugar a cambios de leyes, fallos en uno y otro sentido, y sobre este punto el Dr. Enrique Prack, entonces presidente de la Cámara Federal de San Martín, hace en un trabajo sobre el tema una breve reseña de los antecedentes históricos destacando



los siguientes acontecimientos:

- El 3 de octubre de 1974, bajo la influencia de Lopez Rega, entró en vigencia la ley 20.771 que impuso prisión de 1 a 6 años al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieren destinados a uso personal. Esa misma norma agregó al último párrafo del art. 77 del Código Penal la definición de estupefacientes que comprenden los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias "(...) capaces de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que elabore la autoridad sanitaria nacional".
- En 1978, en plena dictadura militar, la Corte dictó el fallo "Colavini" por el que rechazó la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771 con el argumento de que la tenencia de estupefacientes no constituía una de las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados, toda vez que a su criterio ese obrar afectaba el orden público y el derecho de terceros. Decía entonces la Corte que no se castigaba al vicioso por el hecho de serlo sino por afectar la ética colectiva y porque de "algún modo" se ofendía el orden y la moral pública.
- Modificada ya la situación institucional del país con la vuelta de la democracia, la Corte dictó dos importantes fallos en las causas "Bazterrica" y "Capalbo" (ambas del 29 de agosto de 1986) merced a las cuales decretó la inconstitucionalidad de la norma que reprimía la tenencia de estupefacientes. La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, por su parte, se pronunció en pleno en la causa "Bernasconi" (28-9-87) señalando que correspondía efectuar distinciones interpretativas sobre la concurrencia del tipo legal del art. 6º de la ley 20.771, según la cantidad de estupefacientes y las circunstancias de cada caso.
- El 11 de octubre de 1989 se sancionó la ley 23.737 actualmente vigente. La norma dispone dos previsiones sancionatorias respecto de la tenencia: la tenencia simple (art. 14, 1er. párrafo) que establece la pena de 1 a 6



H. Cámara de Diputados de la Nación



Las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur son Argentinas

años de prisión y multa para el que tuviere en su poder estupefacientes, y la tenencia para consumo (art. 14, 2do. párrafo) que sanciona a quien tuviere estupefacientes que por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que es para uso personal.

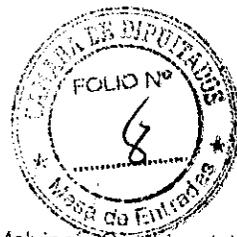
- El 11 de diciembre de 1990 la Corte Suprema de Justicia en su nueva composición de nueve miembros resolvió la causa "Montalvo, Ernesto" y decidió apartarse del criterio adoptado "por mayoría estricta" en "Bazterrica" y "Capalbo" y retomar la doctrina establecida a partir del caso "Colavini".
- Más recientemente, la Cámara Nacional de Casación Penal en los casos "Echaide" (Sala I, del 8 de mayo de 1997) y "Silvera Silva" (Sala III del 5 de mayo del mismo año) revocó las decisiones adoptadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital y con remisión a los argumentos de la Corte volcados en los considerandos 8 a 12 in re "Montalvo" sentenció que no se había afectado el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional, como tampoco se podía aceptar la teoría de la insignificancia, igualmente descartada por la Corte en los considerandos 15 y 16 del mismo pronunciamiento.

Observemos:

En el fallo Colavini, durante la dictadura militar, la Corte falló a favor de la constitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (Art. 6º de la ley 20.771), basándose fundamentalmente en los argumentos que Nino agrupa en el concepto de "defensa social".

Cabe resaltar muy especialmente además, dos argumentos utilizados en ese fallo, a nuestro entender de extrema gravedad:

- Afirmó la Corte entonces que "toda operación comercial, sea ella legítima o ilegítima, supone inevitablemente la presencia de dos o más partes contratantes: la o las que proveen el objeto y la o las que lo adquieren". Cpn este argumento la tenencia se considera, por cuanto es consecuencia



de la compra, un acto integrante del tráfico: traficante y adicto pasan entonces a ser ya no victimario y víctima, sino coautores de la compraventa de estupefacientes. *"Si no existieran usuarios o consumidores –afirmó la Corte- no habría interés económico en producir, elaborar y traficar el producto (...) el tenedor de la droga prohibida constituye un elemento indispensable para el tráfico"*. Se transfiere en consecuencia al adicto parte de la responsabilidad y culpabilidad de su proveedor.

- Basándose en "los datos de la común experiencia", la Corte consideró que *"el influjo que ejerce el consumo de drogas sobre la mentalidad individual, a menudo se traduce en impulsos que determinan la ejecución de acciones antisociales"*. De esta forma afirmó el principio de "peligrosidad de autor" como fundamento del derecho penal, imputándole potenciales delitos que pudiera eventualmente cometer.

En el fallo "Bazterrica", luego de la restauración democrática, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 6º de la ley 20.771 y revocó la sentencia de primera instancia que había condenado por tenencia de tres gramos de marihuana y 0,06 de cocaína. Votaron en disidencia los doctores Fayt y Caballero. Los argumentos más salientes del voto de la mayoría firmado por los doctores Belluscio y Bacqué (Petracchi votó por la inconstitucionalidad también, pero con argumentos propios), son a nuestro entender más que suficientes para fundamentar lo que sostenemos en este proyecto, es decir, que la penalización es inconstitucional por cuanto viola el principio de reserva.

Citamos algunos de los principales párrafos del fallo:

"En el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones



intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos.

"La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

"No está probado -aunque sí reiteradamente afirmado dogmáticamente- que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general.

"El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción.

"Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse 'de acuerdo a los datos de la común experiencia' no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros.

"No se encuentra probado, ni mucho menos, que la prevención penal de la tenencia, y aun de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas.



"Por el contrario, tal tesis es discutida en la actualidad, por quienes sostienen que las causas de la adicción son de origen múltiple y que la sola forma de atacarla es mediante la corrección de las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea. Quienes se inclinan hacia esta tesis no creen que la incriminación del toxicómano ayude a su tratamiento y, por el contrario se inclinan por sistemas que impongan los tratamientos de desintoxicación como los que han sido adoptados por algunos países europeos.

"Además, nuestro país se encuentra vinculado por la convención única sobre estupefacientes, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas reunida el 30 de marzo de 1961 y aprobada por dec.-ley 7672/63, art. 7º, cuyo art. 38 obliga a las partes contratantes a considerar las medidas que pueden adoptarse para el tratamiento médico, el cuidado y la rehabilitación de los toxicómanos y si sus recursos económicos lo permiten a establecer servicios adecuados para su tratamiento.

"Por eso es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento desviado de los sujetos.

"Es necesario, en definitiva, comprender, pese a todos los prejuicios, que se puede atender al drogado, que el camino de un individuo a la adicción es paulatino, no es abrupto, ni se produce de un día para el otro.

"El sujeto puede un día probar la droga, comenzar luego a consumirla ocasionalmente y finalmente arribar a un estado de dependencia psíquica -y en algunos casos física- de ella. Frente a estas distintas situaciones o etapas, las diferentes respuestas que debe proporcionar el Estado tienen una gran influencia sobre el individuo. Una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en



H. Cámara de Diputados de la Nación



muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley. Este individuo quedará estigmatizado como delincuente por la misma comunidad que debe encargarse de proporcionar medios para tratar a los adictos, tendrá un antecedente penal que lo acompañará en el futuro y le obstaculizará posibles salidas laborales y la reinserción en la realidad que trataba de evadir. La función del derecho debería ser controlar o prevenir, sin estigmatizar, y garantizar, o al menos no interferir, con el derecho a ser tratados que tienen los adictos.

"En este marco -médico-psicológico-, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan.

La jurisprudencia de la Corte cambió nuevamente luego de la ampliación del número de miembros y la designación de nuevos jueces (y con ellos de una "mayoría automática") durante el gobierno de Carlos Menem.

En el caso "Montalvo", la Corte volvió a los argumentos del fallo "Colavini". Con los votos de los doctores Levene (h), Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O'Connor, y las disidencias de los doctores Belluscio y Petracchi, la Corte confirmó la constitucionalidad del artículo 14º segunda parte de la ley 23.737, sancionada en reemplazo de la 20.771.

Sobre los fundamentos de este fallo no vamos a abundar en detalles ya que en gran parte reproducen argumentos antes explicados, pero nos detendremos sí en un punto que a nuestro entender es sumamente importante para entender el contexto en el que se produce.

Al referirse al fallo Bazterrica, afirma la Corte que la norma cuestionada "había sido declarada inconstitucional por la mayoría del tribunal en causas tramitadas durante su anterior integración". Y más adelante concluye: "(...) esta Corte, en su actual



composición, decide retomar la doctrina establecida a partir del caso Colavini".

En una crítica a este fallo citada por Horacio Verbitsky en su libro "Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control", el Dr. Alberto F. Garay recuerda que expresiones como éstas sólo eran habituales cuando lo que se modificaba era la jurisprudencia establecida por jueces designados por gobiernos de facto: *"Pareciera que, para la mayoría signataria de esta sentencia, el hecho político del nombramiento de nuevos ministros legitimaría per se la revisión de la jurisprudencia establecida".*

La oportunidad de la acción penal en la administración de justicia

Ahora bien, señalados los argumentos de tipo constitucional como quedaron expuestos, consideremos ahora aquellos de política criminal que nos convencen de la oportunidad de este proyecto.

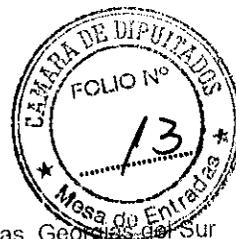
La penalización de la tenencia de drogas para propio consumo no la ha erradicado, ni siquiera disminuido. Los recursos humanos y presupuestarios del sistema penal todo dedicados a esta materia y, por tanto, restados a otras, no han resultado eficaces. Tampoco útiles para disminuir el comercio y tráfico de estupefacientes, cuestión que sí debe interesarnos.

La justicia penal debe concentrarse en su misión y no abordar otras cuestiones que son ajenas a su misión principal y encontrarán una respuesta eficaz en otras áreas del Estado. Los recursos materiales y humanos del Poder Judicial, de por sí ya bastante escasos, no deben desperdiciarse en perseguir a las víctimas de la droga, sino que deben estar dirigidos en cuanto a esta problemática en poner tras las rejas a las mafias que manejan el tráfico, el lavado de dinero y otros negocios ilícitos derivados o conexos.

Sirva de ejemplo a nuestros fundamentos el siguiente dato, extraído de un informe del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales y sociales: "En cuanto al tipo de delitos perseguidos, el fuero federal con asiento en la ciudad de Buenos



H. Cámara de Diputados de la Nación



Las Islas Malvinas, Georgias del Sur
y Sandwich del Sur son Argentinas

Aires, persigue mayoritariamente los vinculados con infracciones a la ley 23.737 de estupefacientes (56% del total de los casos). Durante el período 2002-2003, del total de casos ingresados en este ámbito, se elevaron a juicio el 1,37% de los casos y se obtuvo una condena en el 0,52% de los casos. *En ningún caso se trató de condena en materia de organización o financiamiento de tráfico, ni tampoco de casos de almacenamiento de estupefacientes*".

El flagelo de la drogadicción es un problema de suma gravedad, que debe ser atendido por el Estado. Pero debe separarse el ámbito de las políticas de salud del ámbito del derecho penal. La justicia debe perseguir a los narcotraficantes y el Ministerio de Salud y otras áreas del Estado vinculadas con las políticas sanitarias, educativas y sociales, prevenir la drogodependencia y ayudar a los adictos a superar su enfermedad.

El presente Proyecto de Ley reedita la propuesta del expediente S-2557/04 de mi autoría.

Por lo expuesto pido a mis pares la aprobación del presente Proyecto de Ley.


DIANA BEATRIZ CONTI
DIPUTADA NACIONAL