

MODIFICACION A LA LEY 23737 Y NORMATIVA PENAL APLICABLE EN LA MATERIA

Artículo 1°: Modifíquese el artículo 5 de la Ley 23.737, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 5.- Será reprimido con prisión de cuatro años (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijadas el que sin autorización y/o con destino ilegítimo:

- a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, con fines de comercialización ilegal;
- b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes con el fin de su comercialización ilegal;
- c) Comercie con plantas utilizables para producir estupefacientes, precursores químicos o materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización ilegal, los distribuya, los dé en pago, los almacene o los transporte;
- d) Entregue, suministre, aplique o facilite otros estupefacientes a título oneroso. La pena será de cuatro (5) a quince (15) años, si la entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes se hiciera a título gratuito u oneroso a una persona menor de edad, por parte de una persona mayor de edad y/o se entregue como medio de pago dentro de la narco-estructura a escalafones menores en la cadena de comercialización ilegal.

Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de ocho (8) a veinticinco (25) años.

Si las acciones tipificadas en los incisos del presente artículo se desarrollaran por narcotraficantes dentro de la narco-estructura definida en el artículo 5 bis, la pena será de seis (6) a dieciocho (18) años.

Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quienes ejerzan el narcomenudeo dentro de la narco-estructura, la pena será de tres (3) a diez (10) años. No siendo aplicable la pena de multa.

En los casos de los incisos c) y d), si la conducta fuera ocasional y/o se encuadrara dentro de una problemática de consumo y/o adicción presente, y de las circunstancias surgiera que su destino es para uso personal de quien lo recepta y/o se observa que no existe enriquecimiento ilícito de esta práctica y la misma es realizada con la simple finalidad de obtener estupefacientes para su consumo personal, la pena será de dos (2) a cinco (5) años, siendo necesario, junto a la aplicación de sanción, garantizar una medida curativa para su padecimiento durante la ejecución de la pena. En tales casos, no resultará aplicable la pena de multa.

En los casos en que se incurra en las conductas previstas en los incisos a), b), c), y d), y cuando surja que tal conducta fue realizada en un contexto de extrema vulnerabilidad y/o en contexto de violencia de género, la pena será de uno (1) a tres (3) años. En tales casos, no resultará aplicable la pena de multa.

Se considerará que la sustancia es destinada para consumo personal cuando las cantidades, según las diversas sustancias, sólo sean suficientes para obtener efectos psicotrópicos para una persona, considerando asimismo la relación entre el valor económico de la sustancia y las posibilidades económicas del consumidor. En igual sentido, deberá analizarse la previsibilidad del usuario y ponderarlo con otros elementos independientes de prueba que surjan de la instrucción.

Artículo 2°: Incorpórese el Artículo 5 bis a la Ley 23.737, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“A los efectos establecidos en el párrafo noveno del artículo 77 del Código Penal de la Nación Argentina, considérese:

La expresión “extrema vulnerabilidad”, usada en esta ley, designa a todo el que se encuentra en una situación de fragilidad, amenaza y/o enfermedad. Si bien tal condición podrá ser circunstancial, deberá corroborarse su configuración al momento del hecho que se juzga. Deberá mediar necesidad económica y desesperación causada por la autopercepción de padecer un mal irreparable, o no encontrar otra salida. Se pondrá en consideración la situación económica, la ausencia de un salario y/o asignación, y en cuanto a lo social la carencia de una red de contención. Se ponderará, a la hora de determinar la situación de extrema vulnerabilidad, el análisis de los accesos a derechos básicos fundamentales como vivienda digna con servicios públicos, educación, formación laboral, empleo estable, salud y seguridad personal, analizada a partir de la sistematicidad expuesta a tal vulneración. Contextualizada con las situaciones descriptas anteriormente, podrá considerarse en estado de extrema vulnerabilidad a aquellos que hayan transitado un tratamiento de rehabilitación por consumo problemático sin un resultado positivo.

Por el término “narco-estructura” se considerará al negocio a gran escala de tráfico de estupefacientes o sustancias psicoactivas - definidas en el presente artículo - conformado por los narcotraficantes organizados en red con el objeto de hacer llegar a los territorios la sustancia para su comercialización. La organización descrita deberá contar con una estructura de tipo jerárquica, con diversos escalafones de participación en la cadena ilícita de comercialización, partiendo de autoridades máximas que posean la conducción del negocio, con la consecuente ganancia a partir de la actividad ilícita.

Por el término “narcotraficante” se designará a quien comercia estupefacientes a media y gran escala, formando parte de los estratos más altos de la narco estructura. Entre otras actividades desarrollan la importación y exportación de estupefacientes en grandes cantidades sin fraccionamiento en dosis destinadas al consumidor. *La cantidad, fraccionamiento, y modalidad de transporte permitan suponer inequívocamente que es responsable en la cadena de mando de las producciones y que posee la potestad de decidir o efectuar cambios en ellas;* y/o son los responsables en la cadena de mando de las producciones de estupefacientes, cuentan con varias personas a su cargo que realizan tareas de producción y transporte, destinan su mercadería a otros narcotraficantes ubicados en los territorios donde se distribuyen posteriormente al consumidor a través de las personas que tienen bajo su mando y que llevan adelante el narcomenudeo. Generan ganancias extraordinarias de la actividad ilícita. Máxima jerarquía en la narco-estructura.

La expresión “distribuidor territorial” define a aquel integrante de la cadena de narcotráfico que tiene dependencia jerárquica del narcotraficante; puede o no producir estupefacientes. A su vez los recibe en grandes cantidades y los fracciona para distribuirlos a través de una red de alcance territorial local. Organiza la red de menudeo y es el responsable del armado de la red de narcomenudeo en el territorio, de su control y su desarrollo. Genera un nivel de enriquecimiento de la actividad ilícita menor al narcotraficante. Son jerárquicamente superiores a quienes ejercen el narcomenudeo.

Por el término “narcomenudeo” se designa a la actividad de distribución de sustancias fraccionadas en pequeñas dosis con destino al consumidor final. Son el último escalafón en la narco-estructura, no toman decisión alguna sobre la cadena de comercialización. Su actividad principal es la distribución de estupefacientes de venta directa a usuarios.

Por la expresión “destino ilegítimo”, se comprenderá la finalidad de ingreso a la red de distribución de estupefacientes, que comienza con la importación o producción hasta el distribuidor territorial.

Por la expresión “consumo problemático” se designa a aquellos usos y abusos que afecten negativamente, en forma crónica, la salud física o psíquica del sujeto y/o las relaciones sociales.

Por “comercialización ilegal” se denominará a la actividad económica de vender estupefacientes ilegales definidos por este artículo. Para determinar que estamos en presencia de esta actividad deberán tenerse en cuenta, entre otros medios de prueba analizados de forma integral, la existencia de sustancias en cantidades que excedan notoriamente lo necesario para un consumo personal.

Artículo 3°.- Modifíquese el Art 12 de la Ley 23.737, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 12°.- Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cuatrocientas (400) unidades fijas:

- a) El que preconizare o difundiera públicamente el uso de estupefacientes, o indujese a otro a consumirlos;
- b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia pública

No serán punibles las conductas en el marco del inciso a) cuando estén referidas al uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis, autorizado por la ley 27.350 y Decreto 883/2020. En todos esos casos, deberá informarse sobre las consecuencias en la salud física, psicológica y emocional del consumo de dicha sustancia, como asimismo difundir las líneas de contacto de SEDRONAR a los efectos de obtener información sobre dispositivos de tratamiento.

Artículo 4°. - Establézcase que la tenencia de estupefacientes debe encuadrarse dentro de una problemática de salud a ser abordada por políticas sanitarias. De allí que la mera tenencia de estupefacientes no constituya un delito, y dicha conflictividad social no deba ser abordada mediante una política criminal. En consecuencia, deróguense los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la ley 23.737.

Artículo 5°: Modifíquese el artículo 28 de la ley 23.737, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 28.- El que públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años.

En la misma pena incurrirá quien por medios masivos de comunicación social, explique en detalle el modo de emplear como estupefacientes cualquier elemento de venta libre.

No será punibles dichas conductas cuando estén referidas al uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis, autorizado por la ley 27.350 y Decreto 883/2020. En todos los casos, deberá informarse sobre las consecuencias en la salud física, psicológica y emocional del consumo de dicha sustancia, como

asimismo deberá informarse y difundir las líneas de contacto de SEDRONAR para obtener información sobre dispositivos de tratamiento.

Artículo 6°. - Modifíquese el artículo 30 de la Ley N° 23.373, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 30: — El juez dispondrá la destrucción por la autoridad nacional correspondiente de los estupefacientes en infracción o de los elementos destinados a su elaboración, salvo que pertenecieran a un tercero no responsable o que pudieran ser aprovechados por la misma autoridad, dejando expresa constancia de su destino. Las especies vegetales de *Papaver somniferum* L, *Erithroxylon coca* Lam y *Cannabis sativa* L se destruirán por incineración.

En todos los casos, previamente, deberá practicarse una pericia para determinar su naturaleza, calidad y cantidad, conservando las muestras necesarias para la sustanciación de la causa o eventuales nuevas pericias, destruyendo tales muestras cuando el proceso haya concluido definitivamente.

A solicitud del Registro Nacional de Precursores Químicos establecido en el artículo 44, el juez entregará una muestra para la realización de una pericia para determinar la naturaleza y cantidades de los precursores y sustancias químicas presentes en la misma. Dicho procedimiento será realizado conforme a la reglamentación que se dicte al respecto.

La destrucción a que se refiere el párrafo primero se realizará en acto público dentro de los cinco (5) días siguientes de haberse practicado las correspondientes pericias y separación de muestras en presencia del juez o del secretario del juzgado y de dos (2) testigos, convocando a las autoridades competentes del Poder Ejecutivo del área respectiva.

Se dejará constancia de la destrucción en acta que se agregará al expediente de la causa firmada por el juez o el secretario, testigos y funcionarios presentes.

Además, se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieran a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acreditaran que no podía conocer tal empleo ilícito. Igualmente se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito. Dichos bienes se utilizarán para atender el abordaje integral de los consumos problemáticos, según las pautas y lineamientos fijados por la Secretaría de Políticas Integrales de Drogas de la Nación (SEDRONAR).

Artículo 7°.- Incorpórese el Art. 30 bis a la Ley 23.737, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 30 bis: Los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos Fiscales y Fuerzas de Seguridad, deberán respetar los umbrales definidos en el artículo 5° de la presente. A los fines de la comercialización ilegal de estupefacientes, deberán considerar como umbral mínimo y en forma integral, entre otros medios de prueba que puedan incluirse en las tareas de investigación e inteligencia previamente implementadas, el hallazgo de elementos de fraccionamiento o adulteración para acrecentar peso, el valor de la sustancia e instrumentos de medición o pesaje.

Será instruidos sobre procedimientos e implementación de protocolos a seguir en la implementación de la política criminal los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos Fiscales y las fuerzas de seguridad de orden Nacional, Provincial y Municipal para dar cumplimiento a sus funciones, con las previsiones del presente artículo, debiendo garantizar en particular los siguientes principios:

- a) Principio de no criminalización: Tal como ha sido definido en la presente ley, la tenencia per se y el consumo personal de estupefacientes no se encuentran alcanzados por la política punitiva del Estado. Por ende, deberán evitar las detenciones y/o aprehensiones de las personas cuando su conducta no resulte inequívocamente, en los parámetros definidos en la presente, relacionada con la comercialización ilegal de estupefacientes.
- b) Perspectiva Salud Comunitaria: Se deberá oficiar a la SEDRONAR para que brinde información sobre la persona cuya conducta se sospeche relacionada con la comercialización ilegal de estupefacientes, con la finalidad de que informe si ha recibido tratamiento y/o si cuenta con información sobre el padecimiento de adicciones del sujeto imputado.
- c) Perspectiva de vulnerabilidad: Se deberá confeccionar un informe socioambiental de la persona imputada en delitos vinculados a la presente ley con la finalidad de obtener información sobre su situación socioeconómica, y así poder categorizarla dentro de la cadena de narco-estructura definida en la presente.
Asimismo deberá oficiarse a ANSES y/o cualquier organismo Nacional, Provincial y/o Municipal que aborde la Seguridad Social, a fin de determinar la situación en la que se encuentra dicha persona en sus registros.
- d) Perspectiva de Género: En caso de tratarse de mujeres y/o identidades disidentes, deberá solicitarse la redacción de un informe que evidencie la situación en la que se encuentra la persona imputada, con el objeto de corroborar su situación en particular, teniendo en miras la perspectiva de género necesaria en la aplicación de la presente ley, como asimismo analizar si existen denuncias efectuadas en las cuales haya sido víctima de violencia.
- e) Perspectiva de Acceso a Derechos: Deberá incorporarse al informe socioambiental una perspectiva que desarrolle la posibilidad de acceso y garantía a derechos humanos fundamentales que ha tenido la persona imputada en su trayectoria de vida. Al mismo tiempo, la persona imputada deberá ser instruida sobre las diferentes categorías penales previstas en la presente ley, y garantizar su pleno acceso a defensa técnicas eficaces.

Artículo 8°.- Modifíquese el artículo 39° de la Ley N° 23,373, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 39.- Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refiere el artículo 30.

Los bienes o el producido de su venta se destinarán a atender el abordaje integral de los consumos problemáticos, según las pautas y lineamientos fijados por la Secretaría de Políticas Integrales de Drogas de la Nación (SEDRONAR) y la normativa aplicable a la materia.

El mismo destino se dará a las multas que se recauden por aplicación de esta ley.

Asimismo, igual 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, corresponderá a la provincia, que deberá utilizarlos con el mismo criterio del segundo párrafo del presente artículo.

Artículo 9°.- Incorpórese el artículo 39° bis a la Ley 23.373, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 39 bis. - En el caso de que por su naturaleza los bienes indicados en los artículos 30° y 39° no fueran funcionales al abordaje integral de los consumos problemáticos según las pautas y lineamientos establecidos por la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (SEDRONAR), se podrá autorizar la cesión de dichos bienes a otros organismos del Gobierno Nacional. Anualmente, el monto total de los bienes cedidos no podrá superar al 50% del total del patrimonio comisado en dicho año.

Fundamentos

Señor presidente

El flagelo del narcotráfico es desarrollado en nuestro territorio nacional, de manera compleja, multifactorial y multidimensional él cual desarrolló un nivel de complejidad en su amplitud territorial y su desarrollo comercial que es urgente tipificar en una ley penal que permita dar respuestas punitivas para prácticas criminales contra la salud y el bienestar de nuestro pueblo.

El objetivo principal de la presente es poder visibilizar como se ha venido desarrollado la práctica criminal, poder exponer a sus principales actores, a sus víctimas y lograr desarrollar diferentes herramientas de respuesta criminal que otorgue mayor responsabilidad penal a quienes generan ganancias extraordinarias con el negocio ilegal y dejar de englobar en la misma respuesta criminal a todos los actores de la compleja cadena de comercialización de estupefacientes.

Un primer paso fundamental es despenalizar la tenencia y el consumo personal de estupefacientes reconociendo a los usuarios como víctimas de un padecimiento de salud. En igual sentido de se ha pronunciado este honorable congreso en el año 2010 al sancionar la Ley 26.657 ¹y en su Art. 4° ha definido *“Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”* Es decir, ya existe definición legal normativa que engloba dicha problemática como un problema de salud pública, por lo tanto, es urgente que este congreso evite contradicciones normativas que expongan a las personas que poseen un padecimiento de salud mental a una respuesta punitiva.

A su vez los principios rectores de la mencionada ley se enmarcan en su artículo 1° el cual define *“ La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”* .

A las claras nos encontramos ante una situación que exige al Estado Argentino garantizar acciones positivas que tienden a dar una respuesta sanitaria urgente al conflicto social de las problemáticas de consumo. Es decir, continuar ofreciendo una respuesta punitiva a una problemática de salud, solo perpetúa que el padecimiento de las víctimas continúe sin poner en práctica políticas públicas que permitan a la persona acceder a su derecho humano fundamental a la salud y su atención integral.

En este sentido es importante entender el ordenamiento jurídico argentino vigente, en donde 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,*

¹ Ley Nacional N° 26.657 “Ley nacional de Salud Mental” Reglamentada por Decreto 603/2013

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 "**12. 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 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.

Ante tal contradicción normativa es urgente atender a despenalizar la tenencia y el consumo, entendiendo que es una problemática social que el derecho penal no va a ofrecer respuestas o soluciones reales. Solo logra estigmatizar y criminalizar a las víctimas de las redes de narcotráfico. Condenándolas a un sistema penitenciario que ni siquiera cuenta con una red para dar tratamientos intramuros.

A su vez es importante atender al desarrollo histórico jurisprudencial en la materia, resumiendo la posición de nuestro máximo tribunal en el fallo "Arriola"² del año 2009. En este fallo la C.S.J.N entendió que la tenencia de estupefacientes que no afecte a terceros no es una conducta punible, por ende, no se encuentra alcanzada por el sistema penal. 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**

² "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080 25/08/09, disponible en <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arriola-sebastian-otrosrecurso-hecho-causa-9080-fa09000059-2009-08-25/123456789-950-0009-0ots-eupmocsollaf>

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 de criminalizar consumidores y alude a la inconstitucionalidad del utilitarismo que había convalidado el mismo tribunal en su fallo anterior. (Fallos Montalvo³).

Es interesante observar cómo nuestro tribunal de máxima jerarquía a reconocido institucionalmente el problema de hecho que trae acarreada la equivocada estrategia punitiva de perseguir a los consumidores de estupefacientes. Evidencia a las claras el fracaso que ha demostrado esa estrategia de política criminal para combatir los delitos vinculados a los estupefacientes.

Es importante resaltar que el consumo de estupefacientes constituye una problemática de salud física, psíquica y emocional para los usuarios. Como representantes del Estado debemos estar a la altura de diseñar políticas públicas con enfoques pragmáticos claros que permitan categorizar de manera correcta el abordaje necesario que permita dar respuesta pública a una problemática social. Es innegable, de hecho y de acuerdo con nuestra normativa y jurisprudencia vigente que las y los consumidores presentan un padecimiento de salud que debe ser atendido con políticas sanitarias serias, integrales que den respuestas eficientes a sus problemáticas.

Al mismo tiempo la propuesta legislativa concreta busca lograr visibilizar la narco estructura, los diferentes actores que se involucran en la cadena de la comercialización de estupefacientes. Evidenciar las diferentes participaciones, implicancias y cadenas de mando son fundamentales para poder entender al fenómeno al que nos estamos enfrentando y poder poner los recursos existentes en erradicar el problema de raíz y dejar de hacer caer, únicamente, a los últimos eslabones de la cadena de comercialización.

Al analizar los antecedentes parlamentarios, se observa la necesidad manifestada por parte de legisladores de la época, de obtener una ley que diera respuesta de manera eficiente a la problemática creciente de estupefacientes en el país. Principalmente se intentó adecuarlo a la criminalización que comenzaba a reinar en la Comunidad Internacional luego de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961⁴, Por otra parte, se estableció la competencia federal argumentando que *"el criterio para atribuir la competencia federal no puede ser otro que el de que deben ser juzgados por los magistrados de este fuero todos aquellos delitos que afectan la seguridad de la Nación, el orden jurídico total de la República y que afectan profundamente los*

³ Fallo C.S.J.N (313:1333)

⁴ Enmendada por el Protocolo de 1972 y Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 de O.N.U.

*intereses colectivos de manera que deba intervenir en función de la primera parte del art. 100 de la Constitucional Nacional*⁵(hoy art. 116)...”.

Se avanzó en este criterio. En el año 1989 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23.737 (Ley de estupefacientes) en donde con una finalidad disuasoria se buscó agravar la escala penal en los delitos relacionados con la comercialización y suministro de estupefacientes de 4 (CUATRO) a 15 (QUINCE) años (Art 5 Ley 23.737) sin tener presente, en esa época, la complejidad de su comercialización y los diferentes actores que constituyen hoy la nacro estructura. También se continuó en fijar la competencia federal por entender que en la comisión de este tipo penal es caracterizada por la Inter jurisdiccionalidad.

Ahora bien, en el año 2005 se sanciona la ley nacional N° 26.052 ⁶la cual modificó principalmente el criterio de competencia federal fijado por la Ley N° 23.737. habilitando la posibilidad de que las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, asumiera – previa adhesión por ley- **la competencia en delitos de tenencia y tráfico menor de estupefacientes. Es decir, la ley modifica la política criminal en la materia y realiza un reconocimiento expreso en materia de política criminal. Es la primera ley que reconoce las diferentes escalas que se presentan en la cadena de comercialización al entender que no presenta la misma gravedad la comercialización a gran escala de aquella que presenta una escala proporcionalmente menor.** En lo particular de la ley en el caso de la comercialización de estupefacientes fraccionados en dosis directamente al consumidor (nuevo art. 34 inc. 1º), se aludió expresamente **a la menor entidad y cuantía del delito por tratarse del último tramo o eslabón de la cadena de comercialización.** Asimismo, se refirió a la intención de dejar en la órbita provincial únicamente el comercio minorista o el "menudeo" de la droga, reservando el ámbito federal para la comercialización "a gran escala"⁷.

Dicha norma representa un cambio de paradigma en materia de política criminal. **Hace expresa mención a la menor entidad del delito, reconociendo que la respuesta ofrecida por el estado en materia criminal no puede ser abordada con la misma magnitud.** Siguiendo la directriz adoptada por el propio legislador al sancionar la Ley 26.052 al quitar el interés federal reconoce la modalidad tipificada como menos gravosa. Teniendo presente los principios y garantías que constitucionalmente rigen nuestro Bloque Federal Constitucional (Principio de Igualdad, Principio de Proporcionalidad) es que no puede continuar siendo la misma la respuesta punitiva que se ofrece desde el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial de cada jurisdicción.

Al presente, con posterioridad a la sanción de la mentada Ley, se han adherido las siguientes provincias; Provincia de Buenos Aires (adhiere mediante Ley Provincial N°13.392) Provincia de Córdoba (adhiere mediante Ley Provincial N° 10.067) Provincia de Salta (adhiere mediante Ley provincial N° 7.782) Provincia de Chaco (adhiere mediante Ley Provincial N° 7.573) Provincia de Formosa (adhiere mediante Ley Provincial N° 1.627)

⁵ cfr. Diario de Sesiones Cámara de Diputados del día 19/9/1974, p. 2863 y 2866

⁶ Ley Nacional N° 26.052 (BO 31/08/2005)

⁷ Cámara de Senadores, 27 reunión, 21º sesión ordinaria del 6/10/2004, Versión Taquigráfica - provisional-, p. 17/20

Provincia de Entre Ríos (adhirió mediante Ley Provincial N° 10.556) Provincia de Santiago del Estero (adhirió mediante Ley Provincial N° 7.252) Ciudad Autónoma de Buenos Aires (adhirió mediante Ley Provincial N° 5935) La Rioja (adhirió mediante Ley provincial N° 7.893). Es menester aclarar que la provincia de Jujuy (Ley Provincial N° 5.888) adhirió a la ley pero aún no se encuentra en vigencia.

Es decir, que al presente existen varias jurisdicciones llevando adelante la política criminal propia en relación con el delito de “narcomenudeo”. Ahora bien, esto abre al gran interrogante **¿Cuál es la diferencia en la respuesta criminal entre la comercialización a gran escala y el narcomenudeo?** Por qué, tal como se ha detallado con anterioridad, la modificación Legislativa debe implicar un cambio de política criminal que impacte de manera cierta en las respuestas punitivas pensadas para abordar tal fenómeno social. Sobre todo, si queremos continuar en un Estado de Derecho que respete los derechos y garantías mínimas establecidas en nuestras normas de mayor jerarquía.

Esta modificación legislativa deja de manifiesto que en nuestra normativa ya no se trata de conductas igualmente graves – a partir de la sanción de la ley 25-092- sino que entre, lo que se considera, el comercio mayorista y el comercio minorista – narcomenudeo- existen diferencias sustanciales sobre las que hace descansar la modificación de la competencia. Se diferencian en aquellas que considera especialmente graves, las cuales involucra un interés federal permaniendo en esa órbita y aquellas que son de escasa gravedad, no involucran tal interés y puede ser investigadas y juzgadas por autoridad local.

A las claras esta que en caso de dar la misma respuesta punitiva estas conductas discriminadas por los legisladores, sería violatoria del **principio de Proporcionalidad**. Dicho principio presenta máxima jerarquía normativa en nuestro digesto jurídico y es requisito de posibilidad para garantizar el desarrollo en un Estado de Derecho. En tal sentido es atinado destacar *“La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrando y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el texto constitucional argentino, esto resulta manifestado por las exigencias del art.28 de la C.N. Desde perspectiva constitucional, este principio pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio sea adecuado al fin, resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficaces y respeto el contenido esencial de los derechos involucrados (16). En el campo penal, este principio representa un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. De esos criterios de proporcionalidad penal surgen incluso los principios de ultima ratio, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel su consistencia explicativa. Dice a ese respecto Prittwitz que el principio de proporcionalidad requiere de criterios de subsidiariedad y de ultima ratio para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin (17).”⁸*

⁸ El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal - Yacobucci - 2004 - SAIJ

En lo particular es importante resaltar el presente de la CSJN *“toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...”*⁹ A las claras se observa que si dentro del Derecho Penal se entiende que la magnitud de la conducta esta medida a partir de la escala penal, no tendría ninguna proporcionalidad que existe una expectativa de sanción en escala penal (De 4 a 15 años art. 5 ley 23.737) para conductas que el legislador ha diferenciado. Por lo tanto, de ofrecerse la misma respuesta punitiva como política criminal al delito de comercialización, sin tener en cuenta la diferenciación que ha establecido la Ley N° 26.092, estaríamos violentando el principio de proporcionalidad que rige en materia penal.

Este antecedente normativo nos sirve a las claras para entender que este honorable congreso ha realizado una primera aproximación a la tipificación que intentamos sancionar en este proyecto. Es importante entender cómo funciona el fenómeno criminal en el presente, observar que los actores que participan de la cadena de comercialización de estupefacientes poseen diferentes jerarquías y se desenvuelven en un entramado estructural que busca garantizar la impunidad de las grandes cadenas de mando y llevar como chivo expiatorio a los últimos eslabones de la cadena de comercialización. Más grave aún se evidencia en las pibas y los pibes de nuestros barrios que presentan problemáticas de consumo y ante las ineficientes respuestas que hemos dado como estado de manera estructural, en muchos casos, se ven expuestos y son utilizados por esta narcoestructura como soldados de sus negocios. Sacando provecho de sus padecimientos de salud y exponiéndolos como únicos responsables penales de toda su estructura criminal. De allí que es urgente tipificar las conductas de los diferentes actores discriminando su responsabilidad penal, a partir de las diferentes escalas penales propuestas, evidenciando que el fenómeno criminal de la venta de estupefacientes no se resuelve únicamente persiguiendo a los que efectúan la práctica del narcomenudeo, sino que es fundamental poner los recursos del Estado en combatir de raíz la matriz principal de la narco estructura que intentamos tipificar en la presente.

La retórica de la “guerra contra las drogas” fue reemplazada por la “guerra contra el narcotráfico” este encuadre sin sentido no hace ninguna distinción de las diferentes particularidades propias de la narcoestructura definidas en la presente, es decir, no diferencia narcotraficantes, distribuidores territoriales o pequeños vendedores. Amparados en la ley 23.737 vigente que no realiza ninguna distinción de la respuesta punitiva esperada. **Al no haber una distinción en la política criminal se gastan de manera ineficientes los recursos del Estado para combatir la problemática, teniendo como efecto miles de personas**

⁹ Del voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni en autos “Gramajo”, S. 5/9/2006, Fallos: 329:2810; TSJ, Sala Penal, “Simonetti”, S. n° 144, 2/11/2006, “Pereyra”, S. n° 152, 3/11/2006, “Acuña”, S. n° 176, 30/11/2006, “Baigorria”, S. n° 177, 30/11/2006, “Gutiérrez”, S. n° 184, 14/12/2006; “Romero”, S. n° 215, 29/12/2006; “Unanue”, S. N° 37, 26/3/2007; “Ibáñez”, S. n° 72, 11/5/2007; “Ortiz”, S. n° 178, 8/8/2007; “Bustos”, S. n° 195, 17/8/2007

encarceladas, principalmente pibes y pibas de barrios populares, sin que logre afectar el negocio del narcotráfico. Vulnerando los derechos de aquellos que menos recursos tiene. “La guerra contra el narcotráfico” en la práctica evidencia que es la pura encarnación de la selectividad penal, se vuelve una guerra contra los pobres y se convierte a la vez en una nueva manera de legitimar la militarización de los barrios populares y los abusos policiales y judiciales.

Es importante evidenciar las estadísticas presentes en la temática. *“La desfederalización produjo dos problemas. En primer lugar, como era previsible, el trabajo policial generó un aumento pronunciado de las causas por delitos menores asociados al consumo, la tenencia o la comercialización de drogas, procesados por los sistemas de justicia provinciales. En la provincia de Buenos Aires hubo un aumento de más del 300% en la cantidad de causas iniciadas por consumo y narcomenudeo: pasaron de 13 948 en 2006 a 48 046 en 2017. Esto implica que cada año se abren alrededor de 10 300 causas por consumo solo en esa provincia* La población encarcelada por delitos de drogas en todo el país crece con rapidez y la evidencia disponible sobre quiénes quedan tras las rejas arroja una regularidad abrumadora: la gran mayoría de quienes están privadas de la libertad por delitos de drogas son personas que cometieron delitos leves. **Eslabones de fácil reemplazo en la cadena de comercio de estupefacientes como los “soldaditos”, vendedores minoristas, personas usadas como correos o microtraficantes. El enorme costo humano, material y administrativo del encarcelamiento contrasta con el escaso efecto de la medida coercitiva de la libertad sobre el mercado de drogas.”¹⁰**

En este mismo informe se pueden observar estadísticas en el gráfico a disposición en donde se analiza la Evolución Anual de la Población carcelaria por infracción a la ley 23.737¹¹, Argentina 2002-2017, donde puede ver que el número evoluciona de 3.315 detenidos en el año 2002 a 11.748 en el año 2017. Evidenciando que la cantidad de detenidos no ha afectado a la narcoestructura.

Al mismo tiempo es importante atender al dato cualitativo que arroja el estudio, en donde se evidencia que *“Los datos sociodemográficos muestran que la mayoría de las encarceladas pertenece a los estratos más vulnerabilizados. En 2017, el 61% de las personas presas por drogas no había terminado el nivel primario de educación, y el 85% no había completado el secundario. Además, al momento de ingresar al sistema carcelario, una gran parte –el 36% de los varones y el 46% de las mujeres– se encontraba desocupada.”¹²*

Estos datos nos permiten analizar que estamos equivocando el camino de persecución penal a la conflictividad de la comercialización de estupefacientes. La persecución a los sectores populares se agudiza, profundiza y estigmatiza por parte del sector judicial y policial, pero el fenómeno de comercialización y su

¹⁰ Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Pag. 135 y 138

¹¹ Grafico N° 3 Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019. CELS Pag. 138.

¹² Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Pag. 139

narcoestructura no se ve afectada. Es un sistema perverso que dispone del cuerpo de los pibes y las pibas de barrios populares como descarte para perpetuar su negocio de manera impune. Es momento de hacernos cargo del entramado de esta narcoestructura, diseñar políticas criminales eficaces que ataquen la problemática de raíz y deje de ser la herramienta de selectividad penal preferida para el control y criminalización de los sectores populares.

Dato no menor, arrojado por el mismo informe, pone en el centro de atención la perspectiva de género necesaria para abordar esta problemática. *“La infracción a la ley de drogas es la principal causa de privación de la libertad de mujeres y personas trans en la Argentina. En 2017 un 43% de las mujeres (1561) y el 70% del total de personas trans (89) estaban encarceladas por estos delitos. En el caso de las mujeres, en los últimos tres años pasaron de 1093 a 1561: un crecimiento del 42,8%.”*¹³

La estrategia “contra las drogas” que se viene desarrollando en nuestra región tiene un círculo sin fin de perseguir a consumidores o narcomenudeantes que son la última cadena y/o las víctimas de la red de comercio ilegal. Las situaciones de México y Colombia son un ejemplo agravado de esta situación. Militarizando ciertos territorios que agravan la situación de violencia sin resolver la problemática de fondo. Al no diferenciar en las escalas penales el tipo penal, el Estado pareciera que persigue el delito del narcotráfico, pero en la realidad solo persigue consumidores y vendedores menores, que genera como consecuencia la sobrepoblación penitenciaria sin combatir realmente la problemática criminal. Haciendo ineficientes los recursos del estado para combatir el narcotráfico a gran escala. Evidenciado en los datos aportado por el informe citado *“En once años, la población encarcelada por drogas en el Servicio Penitenciario Bonaerense se multiplicó casi diez veces (de 391 en 2006, a 3804 en 2017). Por su parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación reconoció la crisis del sistema de encierro en el ámbito federal: en 2017 las personas detenidas por drogas representaban un 38% de la población.”*¹⁴

En conclusión, con la legislación y la práctica judicial vigente estamos colmando las cárceles de pibes con padecimientos de salud y con el último eslabón de la cadena de comercialización. Es decir, nuestra política criminal vigente ha fracasado y se ha vuelto totalmente funcional a la narcoestructura que continúa engrosando su patrimonio a costa de la vida de nuestro pueblo.

Por lo expuesto anteriormente, solicito a mis pares que me acompañen en la aprobación del presente proyecto.

¹³ Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Pag 140.

¹⁴ Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Pag. 137