

## PROYECTO DE LEY

*El Senado y la Cámara de Diputados sancionan con fuerza de ley....*

**ARTÍCULO 1º.-** Sustitúyase el penúltimo y último párrafo del artículo 5º de la ley 23.737, por los siguientes:

*"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.*

*En el caso del inciso e), cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión."*

**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.-** Modifícase el artículo 16 de la ley 23.737, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Cuando el condenado por cualquier delito dependiera física o psíquicamente de estupefacientes tendrá derecho a acceder a un tratamiento adecuado, siempre que prestare consentimiento para ello.

El tratamiento se llevará a cabo en establecimientos adecuados que se encuentren dentro o fuera de las unidades del Servicio Penitenciario Federal o Provincial, los que estarán bajo conducción profesional reconocida y evaluada periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, y que el Juez determine como el más adecuado para cada caso particular, previo dictamen de peritos especialistas en la materia; quienes deberán tener en cuenta que la internación compulsiva es el último recurso a implementar, según la ley de salud mental. Las alternativas son: terapia individual -con o sin acompañamiento terapéutico-, hospital de día e internación en casos donde esté en riesgo la integridad del ciudadano."

**ARTÍCULO 4º.-** Deróganse los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la ley 23.737.

**ARTÍCULO 5º.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

**Firmante: Margarita Stolbizer**

## FUNDAMENTOS

Señora presidenta:

El presente proyecto es una representación del Expediente 1238-D-2016, mi autoría con el antecedente del expediente 765-D-2014, autoría del diputado (MC) Fabián Peralta, y cuyo proyecto llevó las firmas de los diputados Linares y Duclos.

En este contexto, es fundamental destacar la ocasión de su presentación, que coincide con los 14 años desde el histórico fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este antecedente jurisprudencial marcó un hito al descriminalizar la tenencia para consumo personal, restituyendo la perspectiva de los derechos individuales y la diferenciación entre consumidores y traficantes. A través de este proyecto, buscamos una transformación profunda en la política de la lucha contra las drogas en nuestro país, reconociendo la ineficacia de la vía penal y enfocándonos en políticas de salud pública, prevención y tratamiento, tal como ha sido instado tanto por la Corte Suprema de acuerdo a los estándares del derecho internacional y convencional argentino. En un momento en que la sociedad demanda una revisión de las estrategias que se han mostrado ineficaces, creemos que este proyecto de ley representa un paso significativo hacia una política más justa y efectiva en la lucha contra el narcotráfico y sus implicaciones para la salud pública y los derechos individuales.

Ya es conocido que la intromisión del sistema penal para resolver los "problemas" asociados con el consumo de drogas consideradas ilegales, ha resultado disfuncional respecto al objetivo explícito en la legislación nacional y en las diversas Convenciones Internacionales de salvar el bien jurídico Salud Pública a través de la reducción de la producción y consumo de sustancias.

Sin embargo y no obstante el evidente fracaso del abordaje penal en esta materia, a la par que se registraba un ininterrumpido incremento de la presencia de drogas a nivel mundial, paradójicamente se ha ido potenciando el mecanismo coercitivo del sistema penal focalizando su atención básicamente en el eslabón más débil de la cadena.

En el primer informe del Comité Científico Asesor en Materia de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja creado en febrero de 2008 en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, quedó plasmado un duro diagnóstico sobre la situación Argentina en la materia. Allí se señala que la legislación vigente durante más de 20 años "no ha podido contener la realidad del aumento exponencial de la oferta y la demanda de sustancias legales e ilegales a partir de los años 90". Asimismo, señala que la

aplicación de esta legislación sólo "genera impunidad y al mismo tiempo la percepción social de que la sanción punitiva por excelencia alcanza a los más vulnerables y los más débiles, esto es al consumidor", lo que se sostiene en las estadísticas del Poder Judicial que indican que del total de ingresos al sistema penal, casi el 70% corresponde a tenencia y consumo personal de drogas, en general resultado de decomisos en la vía pública. También se señala que persisten el tránsito y el tráfico internacional de drogas a través del país, dado que, pese al aumento de los decomisos, "se mantienen fronteras permeables a todos los tráficos ilegales", es decir, "hay zonas de frontera sensibles" en las que se observa "una enorme corrupción que facilita negocios ilícitos". A ello se añade que "la represión de contrabando de estupefacientes se centra principalmente en el tráfico de las 'mulas'", que son "el eslabón más débil de la cadena y deben padecer un maltrato que a veces llega a la muerte".

Además, el documento destaca el incremento notable del consumo de drogas, aun bajo una legislación que penaliza la tenencia para el consumo. Pese a una legislación penal que desde el año 1926 castiga la tenencia para el propio consumo, lo cual ha sido reforzado por los pronunciamientos de nuestro más alto tribunal de los años 90, nunca se ha consumido más y por sectores más amplios, lo que demuestra el fracaso de la política criminal adoptada.

Creemos que es pertinente, a los fines de la argumentación, traer a consideración algunos antecedentes históricos de la prohibición. El texto original del Código Penal -que pese a sus numerosas reformas aún nos rige- no contenía precepto alguno relacionado con la tenencia de estupefacientes. Sólo se limitaba a reprimir con prisión de 6 meses a 2 años a quien, estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas. La pena era de 2 a 6 años de prisión si del hecho resultaba enfermedad o muerte de alguna persona.

Recién en 1926 (cuatro años después de la entrada en vigencia del Código Penal) el codificador decidió penalizar a quienes, no estando autorizados para la venta, tuvieran en su poder "las drogas a que se refiere esta ley y no justificasen la razón legítima de su posesión o tenencia". Esa fórmula legal gozó de una prolongada vigencia, recién en 1968 la ley 17.567, dio lugar a una hipertrofia de las descripciones legales alusivas a esta materia que quedaron plasmadas en una nueva redacción del artículo 204 y en los nuevos 204 bis, ter y quater. Esta ley no obstante el global aumento de las penas para esta clase de infracciones, introdujo una cláusula que dejaba expresamente afuera de su régimen a quien tuviere en su poder sustancias estupefacientes o materias destinadas a su preparación en cantidades que no excedieran de "las que corresponden a su uso personal".

En 1974 la sanción de la ley 20.771 abrió un nuevo capítulo para el tratamiento jurídico penal de la cuestión y en el artículo 6º pasó a reprimir con prisión de 1 a 6 años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes aunque estuvieran destinados a su consumo personal. A partir de ese momento y en los años siguientes fue interesante la jurisprudencia que se fue abriendo paso para conciliar la salvaguarda del bien jurídico

de la salud pública con el respeto al vallado de privacidad con que nuestra Constitución Nacional ampara las acciones privadas de los hombres.

Así en plena dictadura militar en 1978 la Corte Suprema en el fallo "Colavini" afirmaba que la actitud de un joven que fumaba marihuana en una plaza desierta del Gran Buenos Aires, no sólo habría puesto en jaque la salud pública sino la seguridad nacional, habida cuenta de que el poder del narcotráfico dependería de la existencia de consumidores como el allí procesado.

Sin embargo con el correr de los años y el retorno de la democracia fue ganando terreno la postura judicial empeñada en someter a un serio control de constitucionalidad a la disposición que penaba sin excepciones la tenencia de estupefacientes. Así los fallos "Capalbo" y "Bazterrica" de la Corte en 1986 declaran la inconstitucionalidad de la norma que reprimía la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Asimismo el fallo "Bernasconi" de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal en 1987 señala que corresponde efectuar distinciones interpretativas tomando en consideración la cantidad de sustancia estupefaciente incautada y las demás circunstancias del caso.

Así llegamos a la actual ley 23.737 en vigencia desde 1989 que además de disparar una vez más los topes punitivos de las conductas asimiladas al comercio de estupefacientes fijándolas ahora entre los cuatro y los quince años de prisión y multa, sin perjuicio de posibles circunstancias agravantes, desdobló la punición de la tenencia, manteniendo la escala penal de uno a seis años de prisión y multa para la tenencia simple y fijándola entre un mes y dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para consumo personal. Esto además agravado por el nuevo fallo de la Corte de 1990 ya con la nueva composición de nueve miembros en la causa "Montalvo" que vuelve a retomar la doctrina establecida en "Colavini" apartándose del criterio de los casos "Bazterrica" y "Capalbo".

De esta manera con estos avances y retrocesos es que llegamos a mediados del año 2009 al reciente y riquísimo fallo "Arriola" de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación (por unanimidad de la decisión) que vuelve a descriminalizar a la tenencia para consumo personal retomando los argumentos del fallo "Bazterrica" al remarcar muy nítidamente la diferencia entre consumidor y traficante.

Pero además es interesante en cuanto exhorta a los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes controlando también los precursores químicos, como así también a adoptar medidas de salud preventivas en especial hacia los grupos más vulnerables, y la necesidad de fijar estándares más claros definiendo de un modo inequívoco los casos de tenencia que no puedan causar daño o poner en peligro bienes jurídicos de terceros. Ello está en sintonía con las propuestas elaboradas por el comité de expertos que asesora al Poder Ejecutivo, tendiente a la reforma integral de la legislación de la materia

El Poder Judicial no puede despenalizar ni destipificar conductas sino que ello corresponde al Congreso Nacional; lo que pueden y deben hacer los jueces es controlar que las leyes sean conforme a directrices constitucionales, y si no es así deben considerarlas inconstitucionales en el caso concreto y no aplicarlas

Es por ello que creemos que el fallo "Arriola" ha enviado un mensaje al poder que encabeza, a los otros poderes estatales y a la sociedad toda. El mensaje es preservar las acciones privadas de los hombres y mujeres siempre que no afecten a terceros; adoptar efectivas medidas preventivas en relación a los grupos vulnerables; asistir al adicto (a quien considera una víctima) y perseguir al narcotraficante.

Es en ese espíritu en el que está basado nuestro proyecto fundamentalmente los artículos 1 y 2. En el artículo 3 reformulamos el artículo 16 de la ley 23.737 en el sentido de que sólo las personas que cometieran delitos y que sean adictas a estupefacientes pueden ser sometidos a tratamiento siempre con su previo consentimiento cosa no exigida en la actual redacción.

En el mismo sentido derogamos los actuales artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la 23.737 ya que en ellos además de una redacción confusa, tampoco se toma en cuenta la decisión personal de comenzar o no un tratamiento, cuestión esencial para la implicación y posterior desarrollo del tratamiento.

En relación a este aspecto del marco normativo, queremos profundizar al señalar que podemos denominar todo inicio posible de tratamiento bajo la llamada "Demanda del sujeto", que es posible sólo en libertad de elección sobre su malestar. La "Demanda" (teorizada por Jaques Lacan) en el ámbito del psicoanálisis hace referencia a que el sujeto supone un saber sobre lo que le ocurre, un sentido que a él se le escapa y que lo transfiere al terapeuta. El pedido de tratamiento corresponde así a una doble operación: por un lado, suposición de un saber que daría respuesta al enigma sobre su malestar y por otro lado, ubicar ese saber supuesto en el terapeuta. "No hay tratamiento posible sin Demanda", lo que significa que si en vez de haber Demanda por parte del sujeto hay una imposición jamás se podrá llegar a una concientización de la problemática del sujeto en cuestión y su respectiva implicación en lo que respecta al tratamiento. No hace falta aclarar que los resultados esperados nunca se concretan; no se alcanza el grado de bienestar programado en la medida de asistencia impuesta y en vez de considerarlo una debilidad del sujeto sufriente, una dificultad de la misma lógica del abordaje terapéutico (para criticar el mismo), se lo penaliza nuevamente.

El sistema penal, obliga a un tratamiento en una esfera que sólo es incumbencia de esa persona, "hay que atacar a la droga, y el drogadicto cobra status de desadaptado social que hay que socializar a cualquier precio" (Gallinal, Roberto "Propuestas preventivas")

Los medios también contribuyen a difundir el mensaje en el que la droga convierte en marginal, en delincuente potencial, encubriendo que el alcohol y los psicofármacos son plausibles de ser adicciones.

Otro tema es el límite temporal a los tratamientos ya que habitualmente la fórmula utilizada es que durará "el tiempo necesario a esos fines" o "cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen", lo que la convierte en una pena sin término, lo cual vulnera una vez más el principio de legalidad.

Es necesario cuestionar qué entendemos por "rehabilitar" desde un posicionamiento ético, qué espera la sociedad del "adicto", cómo se juzgan ciertas conductas y no

otras, dependiendo de la sustancia y su aceptación legal. Porque cuando lo jurídico se intercepta con la salud, allí aparece acentuada la diferencia de la esfera de lo privado y lo público. Es casi de sentido común la idea, a nuestro juicio equivocada, de que el derecho penal sirve para atacar los graves problemas que padece nuestra sociedad; y en realidad casi nunca soluciona nada y ocasiona otros problemas. El derecho penal es el último recurso del Estado, el más extremo y violento (como que puede privar de su libertad a una persona casi de por vida); por eso debe utilizarse con racionalidad y proporcionalidad. Por otro lado, y siguiendo al filósofo Immanuel Kant, el principio de la dignidad del hombre hace que sea un fin en sí mismo y ello se opone a que sea tratado como un instrumento para lograr otros objetivos que no sean los propios.

Se puede acordar que las drogas son perniciosas para la salud, pero ello dependerá del uso que se haga de ellas, recordemos el concepto griego de Farmakon, "venenoremedio" es decir que una droga puede ser remedio o veneno según el uso o el modo de consumo. Por ello y sin dejar de reconocer que las drogas pueden ser perniciosas para la salud humana como lo indican los estudios médicos, creemos que castigar penalmente a quien consume o abusa de estupefacientes resulta una demasía inútil. Es evidente que el prohibicionismo no da los resultados esperados como se demostró con la Ley Seca norteamericana de la década del veinte del siglo pasado que llevó a que se consumiera más alcohol, se lo produjera clandestinamente y a veces resultara tóxico, generando una criminalidad organizada que corrompió amplios sectores del Estado.

Sumado a lo anterior cabe mencionar que existen otras sustancias que generan un malestar en la salud, como ser las llamadas "legales" de venta y consumo libre, que por generar ganancias económicas a los grandes capitales, su consumo no está penalizado ni altamente cuestionado. Además es de suma importancia diferenciar las categorías de "uso ocasional", "abuso", "adicción" o "dependencia", ya que no es el mismo daño el que acarrea la sustancia en cada caso. Asimismo, y con relación a la necesidad de un tratamiento, no se debe caer en la "psicopatologización de todos los malestares", esto es tender a una excesiva recomendación terapéutica en casos donde no hay necesidad del tratamiento o el consumidor no lo solicite. De lo contrario caeríamos en la fácil estigmatización y generalización del malestar con sus consecuencias negativas para la subjetividad de la persona.

Es por todo ello que solicitamos a los señores diputados que acompañen el presente proyecto de ley.

**Firmante: Margarita Stolbizer**