

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

MODIFICACIÓN DE LA LEY 23.737.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1. -Modifícase el art. 5 de la Ley 23.737, que quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 5 — Será reprimido con prisión de tres (3) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco

(30) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización 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, 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 a otros estupefacientes a título oneroso. La pena será de 2 a 8 años y multa de veinte (20) a seiscientas (600) unidades fijas, si la entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes se hiciera a título gratuito a una persona menor de edad, por parte de una persona mayor de edad.

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 cinco (5) a quince (15) años.

No serán punibles quienes incurran en las conductas previstas en los incisos a), b, c) y d) cuando surja que la conducta fue determinada en un contexto de violencia de género y/o de extrema vulnerabilidad.

En los casos de los incisos c) y d) si la conducta fuere ocasional y de las circunstancias surgiera que su destino es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión y multa de veinte (20) a cuatrocientas (400) unidades fijas, cuando recaiga exclusivamente sobre cannabis de efecto psicoactivo.

Cuando se trate de semillas, plantas, flores, resinas o derivados de cannabis psicoactivo, no será punible:

- 1) En el caso del inciso a) cuando de las circunstancias surja que su destino es para uso personal.
- 2) Se considerará inequívocamente como cantidad destinada consumo personal, hasta 40 gramos de flores y el cultivo domiciliario de hasta 9 plantas de cannabis de efecto psicoactivo.
- 3) Cuando de las circunstancias surja que su destino es medicinal, terapéutico y/o paliativo, para consumo personal o de un tercero para quien se cultiva, almacena o produce solidariamente.

Artículo 2. -Modifícase el artículo 9 de la ley 23.737, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 9.- Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a trescientas (300) unidades fijas e inhabilitación especial de uno a cinco años, el médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrar o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias. Si lo hiciera con destino ilegítimo la pena de reclusión o prisión será de cuatro a quince años.

En ningún caso será punible el médico u otro profesional autorizado para recetar, cuando las prescripciones, suministros o entregas recaigan sobre cannabis con destino medicinal, terapéutico y/o paliativo.

Artículo 3°. -Modifícase el artículo 10 de la ley 23.737, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 10. — Será reprimido con reclusión o prisión de tres a doce años y multa de treinta (30) a trescientas (300) unidades fijas al que facilitare, aunque sea a título gratuito, un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos por los artículos anteriores.

En caso que el lugar fuera un local de comercio se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el tiempo de la condena, la que se elevará al doble del tiempo de la misma si se tratare de un negocio de diversión.

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

Artículo 4°. - Deróganse los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la ley 23.737.-

Artículo 5- Modifícase el artículo 12 de la ley 23.737, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 12 — Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de veinte (20) a cuatrocientas (400) unidades fijas:

- a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;

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

No serán punibles dichas conductas cuando en el caso del inciso a) cuando estén referidas al uso personal y adulto o al uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis, sus semillas, aceites, resinas, tinturas y, en el caso del inciso b), cuando se trate de consumo personal de cannabis.

Artículo 6-Modifícase 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 a ocho años.

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

No serán punibles dichas conductas cuando estén referidas al uso personal y adulto o al uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis, sus semillas, aceites, resinas, tinturas, derivados o productos que lo contengan

Artículo 7°-Incorpórase el artículo 30 bis a la ley 23.737, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 30 bis: Las fuerzas de seguridad, jueces y juezas y fiscalías penales se abstendrán de iniciar causas, ordenar y ejecutar detenciones y decomisar cultivos de personas usuarias o cultivadoras solidarias de cannabis de uso medicinal, terapéutico y/o paliativo que estén inscriptos en el Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN) previsto en la ley 27.350 de "Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados" y su decreto reglamentario o los que en el futuro los reemplacen.

En el caso de que se haya procedido con un allanamiento de morada y se encuentren cultivos, plantas, aceites, resinas y/o productos que contengan cannabis psicoactivo, cuyo/a tenedor/a alegue, y razonablemente pueda presumirse por otros elementos indiciarios, que el mismo tiene destino medicinal, terapéutico y/o paliativo, deberán extremarse los cuidados para que en el procedimiento se preserven los cultivos y producidos de cannabis, así como los elementos para su elaboración, y dejarlos en depósito judicial a la persona responsable de los mismos, sin alterarlos.

Los poderes judiciales, ministerios públicos fiscales y las fuerzas de seguridad en el orden federal, nacional, provincial y municipal serán instruidos sobre estos procedimientos e implementarán protocolos de actuación específicos para dar cumplimiento con las previsiones previstas en este artículo, en particular deberán garantizar los siguientes principios:

- a) Principio pro usuario de cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo: Ninguna interpretación, disposición y/o normativa vigente debe ser interpretada en desmedro del derecho humano a la salud, y en particular del derecho al acceso de cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo.
- b) Principio de no criminalización: El Estado Nacional debe garantizar la no criminalización de las conductas vinculadas al cultivo, producción, acopio y almacenamiento, uso, desarrollo, industrialización, distribución, comercialización, importación, exportación de cannabis con fines medicinales, terapéuticos y paliativos y otros usos autorizados por la Autoridad de Aplicación. A tal fin instruirá a la población y a los agentes estatales vinculados a las áreas de seguridad, estableciendo protocolos claros de actuación para impedir cualquier vulneración de este principio en los marcos de investigaciones penales o preventivas.
- c) Principio de no discriminación: el Estado Nacional debe prevenir, eliminar y sancionar cualquier forma de discriminación hacia las personas usuarias del cannabis medicinal, terapéutico y /o paliativo y en general, a personas usuarias de estupefacientes.
- d) La falta de licencia para el autocultivo no generará *per se* presunción de un destino ilícito o distinto al medicinal, terapéutico y/o paliativo u otro uso autorizado por la Autoridad de Aplicación cuando haya indicios de contexto que permitan razonablemente presumir que ese es el uso que le da la persona lleva el cultivo. A tal fin rige la libertad probatoria, teniéndose en especial consideración, las afecciones de salud.
- e) En el marco de investigaciones penales vinculadas a cultivos, producción y comercialización ilegal de cannabis con destino comercial o ilegítimo, a los fines de preservar el derecho de las personas usuarias medicinales, deberá proveerse una información sumaria específica previo a disponer o adoptar medidas de coerción, detención, incautación o allanamiento, que incluirá, entre otras medidas posibles:
 - 1. Oficiar a los Registros creados por la ley 27.350 de "Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados", y su decreto reglamentario o las normas que en el futuro los reemplace, a fin de que se informe sobre posibles autorizaciones expedidas o en trámite, cuyos titulares y/o domicilios coincidan con los que recae la investigación.
 - 2. Oficiar a ANSES y a la autoridad que otorgue certificados de discapacidad a fin de comprobar que la persona que las personas que habitan el domicilio no tengan una discapacidad por la que, presumiblemente, se esté tratando con cannabis.
 - 3. Se dispondrá la inmediata suspensión de la medida, frente a toda otra constancia médica o que acredite el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo que se presente sobre la persona respecto de quien se lleva el cultivo o un tercero para quien lo lleve solidariamente,

aunque la misma sea esgrimida en el momento del allanamiento o la detención.

Artículo 8°-Incorpórase el artículo 30 ter a la ley 23.737, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 30 ter. Los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos Fiscales y Fuerzas de Seguridad, no ordenarán detenciones, ni iniciarán actuaciones preventivas o procesos judiciales por debajo de los umbrales establecidos en el artículo 5 parágrafo 2).

Por encima de dichos umbrales, a los fines de establecer el fin de comercialización ilegal de los estupefacientes se deberá considerar en forma integral, entre otros medios de prueba que puedan surgir, las tareas de inteligencia previamente implementadas, el hallazgo de elementos de fraccionamiento o adulteración para acrecentar peso, el valor de las sustancias y los instrumentos de medición y pesaje.

Artículo 9°: Modifícase el artículo 34 ter de la ley 23.737:

Artículo 34 ter: Créase en cada jurisdicción que haya ejercido la opción a la que refiere el artículo 34 de la presente ley, una mesa de intercambio de información que está integrada por los Jueces Federales, los representantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación, los Fiscales Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y/o los Jueces Provinciales, que tengan a su cargo las investigaciones por infracción a la ley 23.737 y sus modificatorias y por los representantes de la Procuraduría de Narcocriminalidad. En dicho ámbito se intercambiarán criterios de política criminal en torno a las investigaciones y se compartirá toda la información relacionada con las causas e investigaciones en curso.

Asimismo, deberán impartirse las instrucciones, recomendaciones y protocolos de actuación para las fuerzas de seguridad en el orden federal, provincial y municipal, a fin de dar cumplimiento con los artículos 30 bis, 30 ter y 34 ter, llevando a cabo capacitaciones a los funcionarios policiales y judiciales para evitar toda forma de criminalización de personas usuarias de cannabis medicinal terapéutico y/o paliativo, así como también, de quienes posean estupefacientes estrictamente para uso personal.

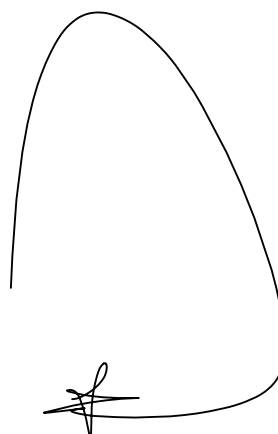
Artículo 10- Deróguese la ley 21.671 de 1977.

Artículo 11°.-Modifíquese el artículo 866 del Código Aduanero, ley 22.41, que quedará redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 866. – Se impondrá prisión de tres (3) a doce (12) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos.

Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurriera alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados o precursores químicos, que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional. No serán punibles quienes incurran en las conductas previstas en este artículo, cuando surja que la conducta fue determinada en un contexto de violencia de género y/o de extrema vulnerabilidad .

Artículo 12.- De forma.



Ana Carolina Gaillard
Diputada de la Nación

Fundamentos

Sr Presidente:

El presente proyecto es reproducción del expediente 2787-D-2023, el que a su vez es representación del expediente 5167-D-2021.

El presente proyecto se propone una reforma de la ley 23.737, que prevé el Régimen Penal de Estupefacientes, con el objeto de despenalizar el consumo personal de estupefacientes, aplicando la doctrina del fallo Arriola de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ y que retoma la ya fijada por la misma Corte, en el histórico fallo, Bazterrica y Capalvo².

El proyecto también se propone ajustar la política de drogas en relación al cannabis, otorgándole un estatus jurídico proporcional al estatus de la sustancia y comprensivo de su dimensión medicinal, terapéutica y paliativa, reconocida por Ley 27.350, de Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta De Cannabis y sus Derivados.

En función del bien jurídico protegido, la salud pública, el proyecto armoniza la ley 23.737 con un abordaje respetuoso de los derechos consagrados en la Ley de Salud Mental, Nº 26.657 y la Constitución Nacional, en particular en relación al principio de reserva y derecho a la intimidad, la razonabilidad, el debido proceso, la presunción de inocencia, la lesividad y la proporcionalidad de las penas, entre otros, derivados de los Tratados de Derechos Humanos, el modelo de seguridad democrático, el principio republicano de gobierno y el recurso al sistema penal como *última ratio* (arts. 1, 18, 19, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En tal sentido, se proponen reformas en varios puntos de la ley 23.737:

- a) Se propone la modificación de los artículos 5, 9, 10, 12 y 28, en términos sustantivos – despenalizando conductas y adecuando penas- y ordenatorios -redacción tendiente a brindar mayor certeza a los elementos objetivos y subjetivos del tipo-; en igual sentido en el artículo 11, se introduce la no punibilidad en los casos en los que la persona se encuentre imputado por el artículo 866 del Código Aduanero, ley 22.41, pero de las circunstancias surja que la conducta fue determinada en un contexto de violencia de género y/o extrema vulnerabilidad.
- b) Se propone derogar el artículo 14 y resituando el propósito de la persecución penal orientada a la narcocriminalidad y el negocio ilegal de estupefacientes, y desterrando figuras penales *sui generis* que no cumplen con el objetivo de proteger el bien jurídico que se propone la ley (salud pública) y son por el contrario fuente de sistemáticas afectaciones a los derechos fundamentales.
- c) Se enuncian una serie de disposiciones complementarias a los lineamientos de las políticas de persecución del tráfico de estupefacientes.

¹Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080, 25/08/09, disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arriola-sebastian-otros-recurso-hecho-causa-9080-fa09000059-2009-08-25/123456789-950-0009-0ots-eupmocsollaf>

² Fallos 308-1392.

d) Se propone derogar la ley 21.671 sobre Prohibición de cultivo, tenencia y comercialización de opio, marihuana y coca, a fin de dar coherencia, consistencia y unificación al ordenamiento penal vinculado a los estupefacientes.

La modificación que se propone al artículo 5, consiste en un reordenamiento del texto, unificando los incisos b y c, que en el texto actual regulan prácticamente lo mismo, a los fines de una mayor claridad en las conductas típicas descriptas. Además de la unificación se elimina del tipo penal la conducta que recae sobre las semillas con el fin de sanear la cadena del autocultivo, que se despenaliza. Acorde con la dogmática finalista que guía nuestro Código Penal (art. 41 del Código Penal) y el principio de legalidad sustantiva (art. 19 de la Constitución Nacional), se precisa el fin de comercialización ilegal como elemento subjetivo del tipo en los diferentes incisos.

Del inciso d) se elimina la entrega, suministro, aplicación y facilitación a título gratuito, excepto cuando se trate de una persona menor de edad, en cuyo caso se prevé una pena de 3 a 8 años y multa, en aras de desincriminar conductas vinculadas al uso adulto y personal de los estupefacientes (cf. Fallo Arriola, ya citado).

Luego de los cuatro incisos en los que quedan tipificadas las conductas, se agrega un párrafo, en el cual se prevé que los incisos c) –referido a la comercialización- y d) -referido a la entrega, suministro, aplicación o facilitación a título oneroso-, si la conducta fuere ocasional y de las circunstancias surge que su destino es para uso personal de quien lo recepta, la pena se reduce de tres a seis años de prisión y multa de 30 a 400 cuando recaigan exclusivamente sobre cannabis de efecto psicoactivo, esto por aplicación de los principios de racionalidad, lesividad y proporcionalidad acordes al estatus jurídico diferencial del cannabis y en función de una política de reducción de daños (desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la salud pública).

Se agrega un párrafo en el que se elimina la punibilidad en los casos en los que quien lleva a cabo las conductas se encuentra en un contexto de extrema vulnerabilidad o violencia de género, en atención a las recomendaciones efectuadas en tal sentido, por los órganos internacionales, y a la vista de una característica generalizada entre las llamadas “mulas” o “camellos”, que suelen ser personas –generalmente mujeres- que se encuentran en condiciones de extrema vulnerabilidad socio económica o también, en virtud de situaciones de violencia de género, quedando expuestas a la sanción punitiva por una actividad que les es impuesta por sus parejas afectivas en el marco de una relación violenta.

Finalmente, se establece la no punibilidad en el caso del inciso a) –referido a la siembra y cultivo de cannabis- cuando de las circunstancias surja que su destino es para uso personal, fijándose adicionalmente, un umbral de dosis, por debajo del cual se considerará inequívocamente como cantidad destinada consumo personal, hasta 40 gramos de flores y/o semillas y la cosecha o cultivo de hasta 9 plantas de cannabis de efecto psicoactivo. Estos umbrales se establecen en base a los modelos comparados

(vg. Uruguay) y lo que autoriza actualmente el REPROCANN (Registro de Programa de Cannabis) creado por la ley 27.350 Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados. Considerando el mismo marco protectorio de la ley 27.350 y la protección constitucional del derecho a la salud, también se prevé como causal de no punibilidad, cuando de las circunstancias surja que su destino es medicinal, terapéutico y/o paliativo para consumo personal o de un tercero para quien se cultiva, almacena o produce solidariamente.

A fin de eliminar descripciones típicas defectuosas, y que dieron lugar al uso arbitrario y discrecional de la ley penal, que riñe con el principio de legalidad y el recurso al sistema punitivo como última ratio, se elimina el artículo 14, vinculado a la tenencia simple y la tenencia para uso personal de estupefacientes, en base a la vasta doctrina y jurisprudencia que se fue acumulando, los lineamientos de la OMS. Sumado a las expresiones de los organismos especializados en materia de persecución de la narcocriminalidad, que recomiendan a los Estados sacar el foco de la persecución a personas usuarias y últimos eslabones (generalmente, los más vulnerables) de la cadena criminal. En atención a este último lineamiento, se reducen las penas del narcomenudeo cuando se trata de cannabis.

Se excluye de responsabilidad criminal a médicos y profesionales que receten cannabis con destino medicinal, terapéutico y/o paliativo, a los fines de adecuar el marco jurídico con la evolución que ha tenido el conocimiento científico en relación a los usos del cannabis para la salud, evitar que la criminalización se contraponga al objetivo del desarrollo científico y de propender al bienestar de la población con condiciones de salud que, al ser tratadas con cannabis, han encontrado un remedio o un efecto paliativo a sus dolencias.

El artículo 10, deroga la figura de facilitación de un lugar al que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes, toda vez que estas conductas están vinculadas al uso personal de estupefacientes, amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Como consecuencia de la derogación del artículo 14, propuesta en proyecto, se derogan las disposiciones de los artículos 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la ley 23.737, en tanto establecen y refieren a medidas de seguridad educativas, en circunstancias que concurren con la persecución al destino personal de los estupefacientes, que se deroga, y que contrarían no sólo el principio de legalidad, reserva y privacidad, sino que contrarían también, la protección de la salud. Los organismos especializados coinciden en que, en los casos de consumos problemáticos, la criminalización inhibe, condiciona y aleja del acceso de las personas afectadas a los servicios de salud, amén de que estigmatizan y profundizan las vulnerabilidades.

Acordes con el estatus diferencial de cannabis, y el principio de proporcionalidad, lesividad y racionalidad, se modifican los artículos 12 y 28, eliminando la punibilidad de las conductas allí descriptas cuando recaigan exclusivamente sobre el cannabis (arts. 5 y 6 del proyecto). En este sentido, no sólo la tarea de las organizaciones sociales en

materia de difusión de saberes ha sido fundamental para el conocimiento de las propiedades medicinales del cannabis, sino que, además, la propia ley 27.350 no sólo incluye la temática en las currículas de formación, sino también alienta la difusión del conocimiento.

En el marco de desincriminación del uso personal y adulto, así como del uso medicinal del cannabis, la circulación de la información, especialmente, aquella destinada a mejorar el cultivo y la calidad de la sustancia, también se inscribe en una política de reducción de daños.

A los fines de eliminar toda forma de persecución punitiva a personas usuarias medicinales de cannabis, que además ponga en riesgo los respectivos tratamientos, se disponen en el artículo 30 bis (que se incorpora), una serie de pautas para garantizar el derecho a la salud en el marco de las actividades policiales, judiciales y del Ministerio Público Fiscal, con el objetivo de discernir entre personas usuarias medicinales y la persecución de quienes se dedican a la venta ilegal de cannabis. Allí, se vuelcan principios de interpretación que tienden a forjar garantías sustantivas al derecho constitucionalmente protegido, principalmente, el *principio pro usuario* que pretende ser una herramienta técnica para la garantía del derecho a la salud, para el análisis de los escenarios probatorios, el alcance de las normas penales y las medidas coercitivas de cualquier índole.

El artículo 30 ter, del texto propuesto, tiende a brindar pautas para evitar la criminalización de quienes hacen uso personal y adulto del cannabis, tanto en función de los umbrales de dosis como de los escenarios de prueba, no sólo a los fines de la preservación del principio de reserva y el derecho a la privacidad de personas usuarias, sino también a los fines de implementar en la práctica el principio de razonabilidad y racionalidad de los recursos estatales, que como indica la estadística oficial, se encuentran volcados a la persecución de personas usuarias y eslabones más débiles del delito organizado, y que impide orientar las investigaciones y recursos a quienes mayores beneficios obtienen y, sin embargo gozan de mayor impunidad dentro de la narcocriminalidad.

En el artículo 34 ter se agrega un párrafo a fin de que tanto los Ministerios de Seguridad, como las policías, Justicia y Ministerios Públicos Fiscales instruyan en sus respectivos ámbitos de competencia sobre los lineamientos criminológicos que incorpora el proyecto. Es fundamental que la descriminalización de estas figuras sea comprendida cabalmente por las fuerzas de seguridad, mediante orientaciones claras que permitan a su personal discernir a priori situaciones de delito de las que no lo configuran, mediante una formación permanente, y orientar su capacitación y estrategias de persecución para dar respuesta al delito complejo.

Por último, se deroga también la ley 21.671, sobre Prohibición de cultivo, tenencia y comercialización de opio, marihuana y coca, a fin de dar claridad, certeza, unidad y coherencia al ordenamiento jurídico vinculado a la política de persecución de la narcocriminalidad. Esta Ley, resabio de la dictadura, que imbricaba la política de drogas con la llamada "Doctrina de la

Seguridad Nacional", fue dictada durante el gobierno de facto de Jorge Rafael Videla, y prohíbe la siembra, plantación, cultivo y cosecha de adormidera, cáñamo y coca y de la tenencia y tráfico de cannabis, aceites, resinas y semillas, sin prever sanción alguna, lo cual de por sí sólo genera incertidumbre sobre el alcance de esta prohibición. Otra de sus deficiencias técnicas es que, no sólo hace recaer una prohibición sobre plantas (como el cáñamo), que no son objeto de fiscalización internacional, sino que, además, es inconsistente con la legislación vigente sobre cannabis medicinal (27.350) y con la regulación que luego se hiciera de la propia ley 23.737, de modo que su derogación tiende a brindar mayor certeza jurídica y coherencia al corpus legal referido a la política de drogas.

Se unifican y adecúan los montos de las multas y la unidad en el que se expresan.

I. Política criminal de persecución del tráfico de drogas- Posición de Organismos Especializados

Desde el punto de vista de la política criminal, el presente proyecto, se inspira en la evolución que ha tenido la doctrina internacional de los organismos especializados, en cuanto a la prioridad del abordaje desde la perspectiva del derecho a la salud, y el fracaso de la política conocida como "guerra contra las drogas", dando lugar a un modelo diversificado de respuestas, adecuadas al daño a la salud pública, y la flexibilidad en los enfoques.

Así, la comunidad internacional dio lugar a discusiones sobre políticas de drogas que hacen hincapié en el abordaje desde la salud y el respeto de los derechos humanos y confrontan con las políticas basadas en un enfoque meramente represivo. En estos debates, se proponen la despenalización de la tenencia para consumo personal, políticas de reducción de daños y alternativas al encarcelamiento, siguiendo la noción de flexibilidad surgida de los consensos internacionales y que, incluso, abarcan la crecientes iniciativas de regulación de los mercados, particularmente, respecto del cannabis, no sólo habilitando su uso medicinal sino también su uso recreativo³.

Por su parte, las convenciones de fiscalización de drogas generalmente requieren que las partes establezcan una amplia gama de actividades relacionadas con las drogas como delitos en su legislación nacional, pero permiten que las partes respondan proporcionalmente, incluso a través de alternativas a la condena o el castigo por delitos menores. La función de estas Convenciones es establecer estándares mínimos en cuyos márgenes, cada Estado tiene la facultad discrecional de transponer las disposiciones del convenio en la legislación y la práctica nacionales de conformidad con su propio sistema legal y principios. Cada Estado puede

³ Reviejo, S. (2020) Mapa mundial del cannabis: ¿Qué países han acometido ya su regulación? <https://www.publico.es/internacional/marihuana-mapa-mundial-cannabis-paises-han-acometido-regulacion.html>

también aplicar medidas más estrictas o severas si las considera deseables o necesarios para la protección de la salud pública y bienestar o para la prevención y represión del tráfico ilícito.

La Junta Internacional Fiscalizadora de Estupefacientes (JIFE), abordó específicamente la cuestión de la proporcionalidad en la respuesta como la forma más efectiva en los abordajes desde los sistemas penales a la cuestión del tráfico ilegal de estupefacientes. En este sentido la JIFE aborda la cuestión de la proporcionalidad, la razonabilidad, la minimización del daño, la lesividad propendiendo a que los Estados elaboren respuestas acordes a las prescripciones del Estado de derecho.

Asimismo, las propias pautas de los organismos especializados, tal como la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC)⁴, indican que la persecución penal de los estupefacientes objeto de tratados específicos no debe desvincularse de una lectura integrada con los numerosos instrumentos de derechos humanos emitidos por ese organismo internacional, generalmente suscriptos por nuestro país, así como de otros ámbitos internacionales de derechos humanos (vg. OEA). En tal sentido, los códigos legales no pueden definir un delito basado en mera sospecha o asociación, que resulta en una presunción de culpabilidad como punto de partida en el juicio. Al buscar proporcionar herramientas legales para combatir el crimen organizado y la corrupción, no pueden implementarse disposiciones incompatibles con el derecho a un juicio justo o dejar de perseguir el propósito de evitar contribuir directa o indirectamente a un aumento hacinamiento en las cárceles ni de condenar a personas a detención en condiciones incompatibles con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los presos.⁵

Siguiendo el estudio de 2019, de Souto Zavaleta, en las deliberaciones en torno al seguimiento del Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General sobre el Problema Mundial de las Drogas (UNGASS), celebrado en 2016, se evidenció una tendencia a reconocer el impacto negativo del prohibicionismo generalizado dando lugar a posturas que señalaron que no existía una única solución y, a ese respecto, aportaron información sobre las iniciativas que habían emprendido sus países con miras a aplicar las recomendaciones operacionales contenidas en el documento final del Trigésimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, de conformidad con los tratados de fiscalización internacional de drogas, que permitían suficiente flexibilidad para dar cabida a distintos enfoques.⁶

⁴ United Nations Office on Drugs and Crime

⁵ UNODC (2012) UNODC AND THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS POSITION PAPER.-disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Human_rights_position_paper_2012.pdf

⁶Souto Zavaleta, Mariana (2019) El régimen internacional de control de drogas, las «interpretaciones flexibles» y las incómodas iniciativas de regulación del mercado de cannabis, en Revista Pena y Estado, junio - Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) e Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED). Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/2019/06/Revista-Pena-y-Estado-NE-1.pdf>

Estas nuevas líneas de abordaje del problema abrieron paso a otras líneas vinculados a "la sensatez" de la política de "guerra contra las drogas", la desproporción de las penas con la ofensa, la descriminalización de personas usuarias, la represión indiscriminada contra toda la cadena de drogas y la escalada de violencia que en los hechos implicó esta política, sin que se vea debilitada la delincuencia organizada transnacional y el lavado de dinero, generando mayor impunidad respecto de quienes gozan de sus mayores beneficios.⁷

Lo estratégico en la persecución es "la superación de los límites jurisdiccionales a través de una mirada geográfica global, detectando vinculaciones entre organizaciones delictivas que responden a similares métodos o modalidades delictivas"⁸, objetivo sobre el que no se logra avanzar en la persecución de la pequeña escala del delito y el consumo.

En el proyecto, al reducir la pena del narcomenudeo de cannabis destinado consumidor final, se pretende corregir los desequilibrios del actual texto, que no diferencia matices en la responsabilidad criminal en torno a las drogas ni diferencia la dañosidad entre unas y otras, lo que en la práctica centra la persecución punitiva en personas que lejos están de integrar las estructuras jerárquicas que motorizan la narcocriminalidad a gran escala, y cuya persecución permitiría desbaratar el crimen organizado, que es, en definitiva, el principal objetivo que debiera ocupar la agenda punitiva.

De acuerdo con la Comisión de Estupefacientes, la única respuesta responsable es regular el mercado, **establecer regulaciones adaptadas a la peligrosidad de cada droga y monitorear y hacer cumplir estas regulaciones y que la regulación de las drogas actualmente ilegales no sólo es posible, sino que es necesaria**» (la negrita nos pertenece- CGPD, 2018).⁹

Como ha dicho el Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC) "«el sistema de control de drogas de Naciones Unidas ha sistemáticamente establecido metas no realistas sobre la reducción e incluso la erradicación de los mercados globales de drogas», circunstancia que ha «dejado a los Estados miembros frente a un difícil dilema: cómo enfatizar la importancia actual de un problema mundial de las drogas en escalada, sin reconocer abiertamente las fallas inherentes y la ineffectividad de los abordajes actuales». De acuerdo

⁷ Tercera Sesión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas, Intervención de Uruguay en el Trigésimo Período Extraordinario de la Asamblea General de Naciones Unidas; 19 de abril de 2016 (A/S-30/PV.2), citado en Souto Zavaleta, M. (2019), op. cit.

⁸ PROCUNAR(2020), Informe de gestión, disponible en <https://docplayer.es/177659275-Informe-de-gestion-procuraduria-de-narcocriminalidad-procunar-diseno-direccion-de-comunicacion-institucional-publicacion-febrero-2020.html>

⁹ Comisión Global de Políticas de Drogas (2018), Regulación. El control Responsable de las Drogas, disponible en https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2018/09/SPA-2018_Regulation_Report_WEB-FINAL.pdf

con IDPC, «la incapacidad de proveer una crítica honesta dificulta el progreso y la exploración de necesarias nuevas aproximaciones»¹⁰.

Así es que la presente propuesta corrige aspectos fundamentales de política criminal, recogiendo estas recomendaciones, al desincriminar el consumo de estupefacientes para uso personal (que a su vez recepta la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia en el fallo "Arriola"), disminuir las penas del narcomenudeo de cannabis, haciendo especial mención al cannabis medicinal (alineándolo con su carácter de estar destinado a la salud) y haciéndose eco asimismo de los problemas que, en la práctica, ha generado la redacción de la actual ley, principalmente entre personas usuarias de drogas y los eslabones más vulnerables de la cadena de comercialización.

El proyecto pues, se propone eliminar y disminuir los efectos negativos de la criminalización cuando las conductas cuya dañosidad no trasciende la esfera de lo privado o no configura delitos violentos, reconociendo el efecto negativo, en lo que hace a la prevención especial, de la criminalización, así como propendiendo a la racionalidad y eficacia de los recursos estatales.

En función de la consabida selectividad del sistema de justicia penal las personas detenidas que suelen ocupar las cárceles por infracción a la ley de estupefacientes, provienen de clases populares, carecen de empleos formales e instrucción básica y resulta preocupante el aumento sostenido de mujeres y disidencias sexuales que son privadas de la libertad por este delito.

Esto significa que, en la práctica la aplicación de la ley ha expuesto a la persecución penal a grupos históricamente excluidos del mercado laboral y, en muchos casos, avocados a tareas de cuidado, por lo que el comercio de drogas en pequeña escala suele ser la única salida plausible, poniendo de relieve la selectividad discriminatoria con la que opera el modelo de seguridad en el que se inspira la ley, sobre los grupos más vulnerables. En este mismo espectro de vulnerabilidad social, suelen encontrarse las llamadas "mulas" o "camellos", que cruzan las fronteras exponiéndose no sólo a la persecución policial, sino que, en ocasiones, también a provocar graves daños a su salud.

Luigi Ferrajoli usa el concepto de esfera de lo indecible, "para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías" y en el que también se funda la propuesta de modificación.¹¹ Esta categoría se refiere a un componente estructural de las actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y

¹⁰ Informe del IDPC, en la 61ª Sesión de la Comisión de Estupefacientes (marzo de 2018), citado en Souto Zavaleta, Mariana (2019) El régimen internacional de control de drogas, las «interpretaciones flexibles» y las incómodas iniciativas de regulación del mercado de cannabis, en Revista Pena y Estado, Junio - Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) e Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED). Disponible en <https://incip.org/wp-content/uploads/2019/06/Revista-Pena-y-Estado-NE-1.pdf>

¹¹ Ferrajoli, L. (2008), "La Esfera de lo indecible y la división de poderes", en Estudios Constitucionales, Año 6, Nº 1, Centro de estudios constitucional de Chile, Universidad de Talca.

vínculos normativos impuestos a los poderes públicos, incluso al poder legislativo. El precedente de Arriola está en línea con la abundante jurisprudencia de los tribunales inferiores, que declararon la inconstitucionalidad de la represión del autocultivo de cannabis, con idénticos argumentos.

Siguiendo esta posición ius filosófica, como regla general se aplica en el proyecto la no criminalización del consumo personal de estupefacientes, tal como quedó sentado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el caso "Arriola" y sostenida pacíficamente por la jurisprudencia. Desde el punto de vista Constitucional, y bajo el control de legalidad sustantiva y procedimental que impone la Carta Fundamental, la tenencia de estupefacientes para consumo personal y el autocultivo, generó un debate jurisprudencial en el que se puso en cuestión la inconstitucionalidad de la penalización de estas conductas, por afectar el principio de reserva, la intimidad y, la intrascendencia del daño al bien jurídico que se pretende proteger. Los aspectos centrales de Arriola, sobre los que se expide la CSJN están vinculados al alcance que cabe otorgarle a las 'acciones privadas' (artículo 19 de la Constitución Nacional, esfera de lo indecible según Ferrajoli) y al bien jurídico 'salud pública', reconociendo que habían sido resueltas acertadamente en 'Bazterrica' (Fallos: 308:1392), precedente que la CSJN sostiene en este nuevo fallo.¹²

Afirma el fallo en cuestión que, si bien el legislador al sancionar la ley 23.737 intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculcado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.¹³

Respecto de la tenencia para consumo personal, el mismo fallo, afirma que nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor. Sustentando esta afirmación en el hecho de que, después de la reforma constitucional (1994) han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Asimismo, se funda en los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley, lo cual conduce a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional.

¹² Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080, SENTENCIA 25 de Agosto de 2009, Nro. Interno: A.891.XLIV CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Id SAJ: FA09000059, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arriola-sebastian-otros-recurso-hecho-causa-9080-fa09000059-2009-08-25/123456789-950-0009-0ots-eupmocsollaf>

¹³ Ídem

En función de estas premisas, la tenencia de estupefacientes para consumo personal, así como el cultivo con igual destino, se inscriben en la esfera de prohibiciones o límites sobre lo que "no puede ser decidido" por el Estado, o está fuera de lo que el propio ordenamiento normativo admite como injerencia estatal.

Desde el bien jurídico protegido, es decir, la salud pública, la OMS aporta un lineamiento que, lejos de circunscribirse a una política estrictamente prohibicionista, considera un enfoque multisectorial y situado en contexto, alertando sobre los efectos negativos de la criminalización como única respuesta. En efecto, expresó que "la iniciación del consumo de sustancias se puede prevenir si se adopta un enfoque multisectorial integral que aborde los factores de riesgo y de protección correspondientes a los distintos grupos de edad mediante un abanico de intervenciones en múltiples contextos —promoviendo la participación de las familias y comunidades, así como el uso de internet, las redes sociales y otras plataformas digitales—, incluidos programas específicamente adaptados de promoción de la salud y prevención del consumo de drogas, así como medidas de reducción de la oferta."¹⁴ En el mismo indica que las prácticas coercitivas perpetúan la discriminación, propagan las violaciones de los derechos humanos, incrementan la violencia relacionada con las redes criminales e impiden a las personas acceder a las intervenciones que necesitan para mejorar su salud.

En igual sentido, ONU/Sida, PNUD, CELAC y UNASUR¹⁵ destacaron que muchas legislaciones nacionales para el control de drogas se centran indebidamente en la represión y el castigo de las personas usuarias de drogas en lugar de abordar enfoques de salud pública y esfuerzos para proteger y promover los derechos humanos. El abuso de la prisión preventiva, las condenas prolongadas y la carcerización, además de estigmatizar y afectar gravemente la vida de las personas usuarias de estupefacientes, ineficientizan el sistema judicial y no respetan el principio de proporcionalidad de las penas.

La necesidad de respuestas ajustadas al objetivo de preservar la salud pública, ha llevado a afirmar que aún "sin importar qué tan riesgosa sea una droga por sí misma, sus riesgos crecen inevitablemente, algunas veces dramáticamente, cuando ésta se produce, vende y consume en un ambiente criminal (...)"¹⁶. De hecho, en función de la protección de salud pública, el abordaje de reducción de daños sigue siendo el que ha mostrado mayor efectividad entre las políticas de salud. En efecto, "las medidas de salud pública destinadas a mitigar los riesgos relacionados con las drogas han demostrado su eficacia para responder al VIH y la hepatitis, reducir las sobredosis fatales, mejorar la salud y la situación social de las personas

¹⁴ OMS (2016), La dimensión de salud pública... op. cit. Disponible en https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_12-sp.pdf

¹⁵ Citados en Fusero (s.f.) op. cit.

¹⁶ Comisión Global de Política de Drogas (2018), Regulación, el control responsable de las drogas, disponible en https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2018/09/SPA-2018_Regulation_Report_WEB-FINAL.pdf

dependientes a las drogas y empoderar a las personas que usan drogas (...) Por esa razón, la reducción del daño aún lucha por reclamar su lugar en el régimen internacional de fiscalización de drogas. Sin embargo, lentamente se está convirtiendo en un principio rector de las políticas nacionales de salud.”¹⁷ En este abordaje, la criminalización del consumo y posesión de drogas para uso personal, obstaculiza la efectividad de las políticas de salud.

La criminalización extendida por el consumo de estupefacientes además avanzar indebidamente dentro de la “esfera de lo indecible”, obnubila el abordaje de salud pública que propician todos los órganos de los tratados, corre el eje de la política de persecución que debiera enfocarse en la criminalidad organizada para hacerlo en los eslabones más débiles de la cadena de comercialización. Además, no es razonable ni racional, ya que vilipendia recursos policiales, judiciales y de custodia de detenidos colapsando el sistema carcelario, estigmatiza u ordena tratamientos compulsivos que carecen de toda utilidad, inhibiendo el acceso a la salud.

También se ha puesto en evidencia la desproporcionalidad con que se juzga a las personas involucradas a pequeña escala en actividades no violentas relacionadas con la producción, el tránsito y la venta de sustancias psicoactivas, sin considerar aspectos de su vulnerabilidad económica, social, de género u otras que incidan en sus condenas, esto así, aunque ninguna de las Convenciones –ni la más represiva–, impiden a los estados miembro a “implementar las políticas necesarias para proteger la salud pública, facilitar el acceso a medicamentos esenciales, despenalizar el consumo y la posesión de drogas o establecer alternativas al castigo para delitos menores, de acuerdo con “sus principios constitucionales y los conceptos básicos de su sistema legal”¹⁸. La prohibición indiferenciada fortaleció el control de toda la cadena de drogas a las organizaciones criminales.

El modelo “prohibicionista-abstencionista” que propone la ley 23.737 tiene como objetivo “el abandono del consumo a través de la amenaza de prisión o de tratamientos compulsivos impuestos por el sistema penal. Ello no comprende el universo real de la problemática e instala la prohibición y la abstinencia como conceptos claves para todos y todas, desde un abordaje represivo y compulsivo”¹⁹. Este abordaje se encuentra en contradicción con el paradigma de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, ya que alejan a las personas usuarias del sistema de asistencia, imponiendo a profesionales de la salud un rol de control social y judicial.²⁰ Según el modelo de la Ley Nacional de Salud Mental, las personas con uso problemático de drogas (legales o no) tienen los mismos derechos y garantías reconocidos en la ley a

¹⁷ Comisión Global de Política de Drogas (2018), Regulación... op. cit.

¹⁸ Comisión Global de Política de Drogas (2018), Regulación... op.cit.

¹⁹ Artigas S. J. (2019), Política criminal vs. Políticas sanitarias en materia de drogas. Contradicciones entre la ley de salud mental y la ley de estupefacientes, disponible en <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2019/12/11/politica-criminal-vs-politicas-sanitarias-en-materia-de-drogas-contradicciones-entre-la-ley-de-salud-mental-y-la-ley-de-estupefacientes/>

²⁰ Artigas, S. J (2019), Política criminal vs... op. cit.

cualquier otra persona con padecimientos mentales y la punición no es otra cosa que desconocerlos.

En cuanto a los costos de la criminalización, amén de su demostrada ineficacia para cumplir su objetivo, también han sido objeto de estudio y merecen ser atendidos. El dispendio jurisdiccional de recursos, ha sido considerado como una "insensatez" de los enfoques de políticas que, lejos de reducir la violencia social, escala la espiral de la violencia, además de criminalizar por hechos que no producen mayor dañosidad o personas con alta vulnerabilidad social.

Se ve así reflejada la ineficacia de un sistema judicial que mantiene una alta tasa de prisión preventiva (alrededor del 50%), como un rasgo del mal funcionamiento del sistema penal argentino y del sistemático incumplimiento de las garantías constitucionales²¹, no sólo por la selectividad discriminatoria sobre quienes recaen las peores consecuencias de la criminalización, sino también por colapsar el sistema penitenciario que, en tales condiciones, lejos de cumplir con la función resocializadora (art. 18 CN), tiene una función estigmatizante y reproductora del delito.

Como afirma Souto Zavaleta: "Se trata de causas que insumen importantes recursos humanos y materiales y que, por aplicación del Fallo Arriola, terminan siendo archivadas. La mayoría de estos casos tiene lugar en los grandes centros urbanos del país (CABA, Mendoza, Santa Fe, Buenos Aires) *...+ De esta forma, grandes esfuerzos en materia de control de drogas parecerían concentrarse en la persecución de consumidores (aunque estas causas terminen tempranamente archivadas), en la persecución de la comercialización de cannabis (35,04 % de las condenas) y, en general, en los tipos penales menos gravosos en términos de la comercialización ilícita de drogas: tenencia con fines de comercialización y tenencia simple (46,95 %) y transporte (28,27 %). Por otra parte, si se observa la concentración de las condenas en las zonas de frontera NOA, se aprecia que gran parte del esfuerzo se vincula entonces a casos de transporte de cannabis".²²

La propia Junta Internacional Fiscalizadora de Estupefacientes (JIFE), se expidió sobre la criminalización del consumo, e indicó que "como se ha señalado a menudo, los tratados prevén cierta flexibilidad en el plano nacional, en particular para determinar las sanciones adecuadas, entre ellas, medidas no punitivas o no privativas de la libertad, aplicables por delitos leves como la posesión de drogas para uso personal"²³.

²¹ Procuración Penitenciaria de la Nación (2019), En la Argentina ya hay más de 100.000 personas presas, disponible en <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2376-en-la-argentina-ya-hay-mas-de-100-000-personas-presas>

²²Souto Zavaleta, op. cit. Citando como fuente la estadística de PROCUNAR.

²³ JIFE - JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES (2017) "Informe 2016". Disponible en https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2016/Spanish/AR2016_S_ebook.pdf

Asimismo, destacó que la cooperación internacional en la lucha contra las drogas dependerá de la capacidad de los Estados parte de reconocer que la prioridad fundamental de los tratados es promover la salud y los derechos humanos de las personas. Las respuestas de la justicia penal al consumo de drogas deben moderarse con el respeto de las garantías procesales y el reconocimiento de que los **tratados prevén respuestas humanas y proporcionadas y que no existe ninguna obligación por parte de los estados de adoptar respuestas punitivas a estos casos.**

En tal sentido la Comisión de Estupeficientes (CND²⁴), principal organismo encargado de la formulación de políticas del sistema de fiscalización de estupeficientes de la ONU se ha pronunciado por la descriminalización de la tenencia para uso personal dando a una orientación sanitaria que consideró que "es compatible con los tratados de fiscalización internacional de drogas". Ello en base a la evidencia científica "de que el enfoque de orientación sanitaria es también más eficaz para reducir el consumo ilícito de drogas y el daño social que éstas causan"²⁵. Entre los países que fijan penas rigurosas se dio lugar al encarcelamiento de gran número de personas y su internación en centros de tratamiento obligatorio o colonias de trabajo. Estas políticas, no obtuvieron una repercusión importante a largo plazo ni en el consumo de drogas, ni en la drogodependencia ni en los delitos relacionados con las drogas en la comunidad, y sin embargo, sí han servido para contravenir principios de derechos humanos y, muy particularmente, se ha advertido sobre los efectos negativos, que en cambio, el contacto que el derecho penal produce en estas personas.²⁶

La prevalencia del enfoque de salud pública y no punitivista de la tenencia para consumo personal de estupeficientes, también fue destacada por la OEA, la ONU, que en diversos documentos enfatizaron la relevancia de la adopción de políticas orientadas a reducir la importancia de la justicia penal en el control de consumos, así como la necesidad de reducir los daños a la salud, la seguridad y el bienestar de los individuos y la sociedad desde la óptica de tratar el consumo de drogas como una cuestión de salud pública. Destacan estos organismos las iniciativas que permiten a cada país enfrentar con éxito los diferentes desafíos de las drogas de acuerdo a su propio contexto y sus características económicas, políticas y sociales, y advierten sobre la selectividad del sistema penal respecto de los sectores más desfavorecidos de la sociedad en relación a la persecución del consumo. En particular, **se han destacado las políticas encaminadas en el paradigma de reducción de daños, incluida la despenalización**

²⁴Por sus siglas en inglés, COMMISSION ON NARCOTIC DRUGS.

²⁵ OEA (2013), "El Problema de las Drogas en las Américas. Informe Analítico (2013-2025)" disponible en http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf, ONU (2010) "De la coerción a la cohesión Tratamiento de la drogodependencia mediante atención sanitaria en lugar de sanciones. Documento de Debate" citados en Fusero, M. (s.f.), DECLARACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES RESPECTO DE LA NO CRIMINALIZACIÓN DE LAS PERSONAS QUE USAN DROGAS, en Revista Pensamiento Penal, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/05/doctrina45353.pdf>

²⁶Idem.

del consumo personal y la reducción de penas para los eslabones más débiles de la cadena de comercialización.²⁷

Además, los órganos internacionales han hecho mención del impacto sobre las mujeres de la criminalización, concretamente ONU Mujeres²⁸, ha indicado que el énfasis en la seguridad, la justicia penal y la aplicación de la ley sólo han producido resultados disímiles en materias de seguridad humana y costos financieros; que un mayor énfasis en las dimensiones de la salud pública y en las consecuencias socioeconómicas del problema son preferibles. Recomendando a los Estados miembro evitar la militarización de las medidas en contra del contrabando y la criminalización de las personas más vulnerables en la cadena de producción de drogas y tráfico de drogas, **incluida la posibilidad de descriminalizar el uso de drogas y las infracciones de drogas menores y no violentas.**

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, en su "Estudio del impacto del problema mundial de las drogas en el disfrute de los Derechos Humanos" (2015) afirma que la criminalización del consumo dio lugar a formas más riesgosas de consumo, y recordó que la OMS también recomendó su despenalización y la prohibición de tratamientos obligatorios²⁹ y advirtió sobre el efecto contraproducente, desde el abordaje de la salud, de la criminalización del consumo. Adicionalmente, que "las reformas legales, como la descriminalización del (...) uso de drogas (...) son facilitadores críticos que pueden cambiar un ambiente hostil para poblaciones clave a ambientes de apoyo".³⁰

En tal sentido, se ha dicho que "las políticas globales de drogas están cambiando de un enfoque predominantemente punitivo y represivo hacia políticas más equilibradas e

²⁷ OEA, (2015), "Escenarios para el Problema de las Drogas en las Américas (2013– 2025)", disponible en http://www.oas.org/documents/spa/press/informe_de_escenarios.pdf

²⁸ ONU Mujeres, (2016), "A Gender Perspective on the Impact of Drug Use, the Drug Trade, and Drug Control Regimes. UN Women Policy Brief", disponible en http://www.unodc.org/documents/ungass2016//Contributions/UN/Gender_and_Drugs_-_UN_Women_Policy_Brief.pdf; UNODC (2015), UNODC -OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO- "Declaración Informal del Comité Científico34: Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Drogas (UNGASS 2016)", UNESCO (2016) UNU-UNESCO, UNIVERSIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS "¿Qué viene después de la guerra contra las drogas - Flexibilidad, fragmentación o pluralismo de principios?" citados en Fusero, op. cit.

²⁹ Ver International Drug Policy Consortium, (2014) La OMS pide despenalizar el consumo de drogas para combatir el sida. Disponible en <https://idpc.net/es/alerts/2014/07/la-oms-pide-despenalizar-el-consumo-de-drogas-para-combatir-el-sida>;

OPS- Organización Panamericana para la Salud (2016) Piden considerar la evidencia científica y el enfoque de salud pública a la hora de formular o modificar políticas de drogas, disponible en https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12552:considerar-evidencia-cientifica-enfoque-salud-publica-formular-politicas-drogas&Itemid=42100&lang=es

³⁰ OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - "Directrices Consolidadas sobre la Prevención del VIH, Diagnóstico, Tratamiento y Cuidado de las Poblaciones Clave. Actualización 2016" 54. Julio de 2016. Traducción libre del documento "Consolidated Guidelines on HIV Prevention, Diagnosis, Treatment and Care for Key Populations. 2016 Update", disponible en <http://www.who.int/hiv/pub/guidelines/keypopulations2016/en/> (traducido por Fusero, op. cit)

integrales, que ponen de relieve los aspectos de salud pública con intervenciones basadas en la evidencia científica, centradas en personas en lugar de las sustancias"³¹.

El desplazamiento al enfoque sanitario exige a los Estados el reconocimiento de que el consumo es un asunto de índole social y no penal, y en consecuencia deben realizar las modificaciones legales necesarias para que los consumidores y sus derechos queden plenamente protegidos.³² Profundizando, aún más en problemas que tiene la actual ley, se advierte que los consumidores siguen siendo criminalizados, en parte, porque la posesión o tenencia permanece regulada penalmente y porque, en general, no existen formas de abastecimiento legal. Así la tipificación de la posesión como delito pone a los consumidores en una situación de vulneración frente a instituciones de cuestionada reputación.³³

Respecto a los umbrales, se ha dicho que son útiles para establecer pisos, y no como techos, tal como lo prevé la redacción de este proyecto que establece como regla general la despenalización de la tenencia de estupefacientes destinados al consumo personal, para luego, establecer un umbral para cannabis. Este umbral no obsta a que, por encima de esa cantidad, igualmente quede alcanzada la regla general de no criminalización de los estupefacientes destinados a uso personal. Para ello, se eliminan los obstáculos para que opere la presunción de inocencia como principio rector, y se sindicán parámetros para evaluar el escenario probatorio en un sentido amplio, que permita valorar dicho destino. Asimismo, es quien acusa quien debe acreditar que la posesión derivó en venta o tráfico.³⁴

La Carta de las Naciones Unidas tiene prioridad sobre todos los demás instrumentos, el propio director de ejecutivo de la UNODC, ha abogado por un triple compromiso: "... reafirmando los principios básicos (multilateralismo y protección de la salud pública); mejorar el desempeño del sistema de control (logrando los objetivos de UNGASS y haciendo cumplimiento, prevención, tratamiento y reducción de daños simultáneamente); y mitigar las consecuencias no deseadas".³⁵

En este sentido, las Directrices Internacionales sobre derechos humanos y política de drogas receptan esta mirada integral del fenómeno reformulando las políticas de drogas desde un enfoque de derechos (a la salud, a beneficiarse del progreso científico, a la vida, a la seguridad social, a no ser sometido a la detención o prisión arbitrarias, entre otros) y que aborden la

³¹ OPS (2016), op. cit. Y también véase OMS (2016), La dimensión de salud pública del problema mundial de las drogas, disponible en https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_12-sp.pdf

³² Pérez Correa, Catalina et al (2015), La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina, CEDD (Colectivo de Estudios Drogas y Derecho), disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43311.pdf>

³³ Pérez Correa, C et al (2015) La regulación... op. cit.

³⁴ Pérez Correa, C et al (2015) La regulación... op. cit.

³⁵ Transnational Institute (2018), Derechos humanos y política de drogas, disponible en <https://www.tni.org/es/node/1852>

interseccionalidad en clave de vulnerabilidad, en especial respecto de niños y niñas, mujeres, personas privadas de la libertad y pueblos indígenas.³⁶

En estas Directrices se insta a los Estados a adoptar medidas inmediatas para las formas de detención obligatoria por consumo de drogas, por ofertas voluntarias de acceso a la salud, y con apoyo de la comunidad, debiéndose proteger a las personas usuarias de la detención arbitraria (directriz II.6, 7, 8), al debido proceso (directriz II, III.2.2.)³⁷

Aspectos críticos de la ley actual

Más allá del fallo Arriola, aún quedan por establecer estándares claros para determinar cuándo algunas conductas se encuentran legitimadas para ser alcanzadas por el derecho penal, y para adecuar la respuesta penal según las distintas lesividades ocasionadas, sobre todo en el escenario posterior a la reforma constitucional de 1994, en la que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud se vieron reforzados³⁸.

La amplia referencia que hace la ley a la planta de cannabis, sin atender a la diversidad de especies y de usos es uno de los ejes del problema. Tampoco dicha indiferenciación se ajusta al abordaje de reducción de daños, para el cual, el problema de los consumos problemáticos abarca una diversidad de sustancias con una dañosidad muy diversa, dentro de las que, el cannabis se presenta como menos dañosa, alternativa a otros consumos más dañinos para la salud, incluso dentro de las sustancias no prohibidas (vg. el alcohol).

El estatus diferencial, también está en función de los usos para la salud de la planta y otros usos provechosos para el medio ambiente, el desarrollo productivo sustentable y la diversidad cultural. En esta línea, mantener la punición de las semillas de cannabis, no sólo afecta el principio de legalidad también es inconsistente con la definición del propio artículo 77 del Código Penal. La semilla carece del efecto psicoactivo que prevé dicho artículo, su mera posesión aún con fines de comercialización no garantiza una planta que tenga tal efecto y su permanencia en el texto legal contribuye a que conductas que deben quedar fuera de la esfera de punición estatal, como el autocultivo con fines de consumo personal y particularmente, su uso para la salud, queden excluidas definitivamente de la criminalización, sin perjuicio de las normas de fiscalización que puedan serle impuestas.

La legislación actual habilita detenciones y medidas coercitivas en casos que no resultan relevantes desde el punto de vista de su dañosidad, pero además presenta conflictos

³⁶ Directrices Internacionales sobre derechos humanos y política de drogas, disponible en https://www.humanrights-drugpolicy.org/site/assets/files/1671/hrdp_guidelines_spanish_2020.pdf

³⁷ Directrices Internacionales sobre Derechos Humanos y política de drogas", op.cit.

³⁸ Corda, Alejandro (2019) La actual ley de estupefacientes y su aplicación en torno al cannabis, en Ministerio Público de la Defensa (2019), Cannabis medicinal, una cuestión de derechos, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/10/doctrina48146.pdf>

constitucionales en cuanto a los márgenes de discrecionalidad que deja al Juzgador. De allí que "el riesgo de ser alcanzado por el sistema penal perdure"³⁹.

Al no aplicarse en todos los casos y en forma uniforme el caso Arriola, la libertad de la persona detenida entra en lo que se ha llamado una "ruleta rusa judicial"⁴⁰ y esto se agravó con la sanción de la ley 26.052, de "Desfederalización Parcial de la Competencia Penal en Materia de Estupefacientes", que generó diferente estándar de derechos según dónde se habite, violentando la igualdad ante la ley (art. 16 de la CN y cctes. Art. 75 inc. 22 CN).

El alto índice de detenciones por consumo para uso personal y tenencia simple aporta una cifra alarmante de actuaciones preventivas, demoras y detenciones basadas en estas figuras. La mayoría de las causas se inician en las tareas de prevención de las fuerzas de seguridad, de allí la importancia de pautas claras desde la letra de la ley, desde los lineamientos político criminales que se les imparta y la capacitación en el discernimiento de lo punible y lo no punible, en un escenario en el que conviven la no punibilidad de ciertas conductas, la legalización del uso medicinal y la punibilidad de la narcocriminalidad. El proyecto ofrece lineamientos para que en el orden de la tarea preventiva, la Justicia, los Ministerios Públicos y las Fuerzas de Seguridad tengan elementos objetivos para discernir los diferentes contextos, así como principios de interpretación ante la duda.

El texto actual ofrece también otros aspectos que afectan el principio de legalidad y de la carga probatoria, ya que al ligarse el uso personal a la escasa cantidad, y no encontrarse en la letra de la ley ninguna referencia a cuándo debe ser considerado escaso, sumado a la adjetivación "unívocamente" que debe darse a la certeza sobre el uso personal, las hipótesis de duda sobre el destino, lejos de recaer en la regla general, del in dubio pro reo, recaen en la insólita hipótesis de culpabilidad. La falta de precisión de la tipificación de la ley de estupefacientes, la yuxtaposición de figuras, la falta de dogmática coherente con una estructura finalista del tipo, hacen que las opciones típicas parezcan más un menú donde "encajar" el caso, que una hipótesis para encausar una pesquisa en aras de la verdad material y el desbaratamiento de las redes de narcocriminalidad.

Esto va más allá de la arbitrariedad judicial, y debe corregirse en el texto legal, tal como lo propone el proyecto, ya que esta arbitrariedad es habilitada por la redacción de la ley que yuxtapone la figura de la venta con la tenencia de estupefacientes y da lugar a que bajo esta figura se encuadren situaciones de destino para consumo personal o legítimo, o a que no se pruebe lo suficiente el destino comercial o ilegítimo, afectando en un todo la presunción de inocencia y los principios que rigen la carga probatoria en el marco del debido proceso (acusatorio). El fallo Vega Giménez (fallos 329:6019) pone en cuestión este principio, al aplicar la duda a favor de la hipótesis de

³⁹Idem.

⁴⁰ Anuar Peche (2020) La Ley De Drogas y La Ruleta Judicial, disponible en <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/06/22/la-ley-de-drogas-y-la-ruleta-judicial/>

destino personal de la sustancia (en igual sentido, Sala I, Cám. Nacional Crim. y Corr. Federal Capital, causa 42.443, LS s/procesamiento, reg. 370, rta. 30/04/09).

Los artículos 5 y 14 de la ley 23.737 parecieran reconocer tres tipos de tenencias punibles, aquella para uso personal (14 inc. 2), b) aquella con fines de comercialización (art. 5 inc. c) y la tenencia prevista en el art. 14 párrafo 1 que no tiene especificado un destino. No obstante cabe preguntarse si ello es consecuente con el Estado de Derecho⁴¹, ya que se prescinde de la finalidad del agente, esto es, carece de un dolo específico. Incluso, si se estuviera en una hipótesis de almacenamiento nuestro ordenamiento jurídico, sustentando en la prueba sobre la configuración de los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal, requiere la acabada prueba de la finalidad de comercialización, la mera posesión de estupefacientes no es indiciaria de un peligro.

No fue ajena esta discusión a la jurisprudencia que ha delimitado el ámbito de la tenencia establecida por el art. 14 párr. 1 y el almacenamiento, el cual fue ubicado dentro de la conducta de tráfico: reunir, acopiar, guardar, tener, pero en mucha cantidad, con el propósito de poner en circulación por sí o por otro a dichos objetos en el tráfico ilícito de estupefacientes, por ello el autor es un traficante, y como tal se requiere que dicha conducta esté preordenada al tráfico ilícito; de allí la exigencia de un elemento subjetivo que permite diferenciarla de la simple tenencia.⁴²

El Tribunal Oral Federal de Mar del Plata se expide en cuanto a la tenencia de estupefacientes y su diferencia con el almacenamiento. El Tribunal sostiene que debe sumarse el componente subjetivo que hace al ámbito situacional que permitirá distinguir la conducta de quien almacena de la del que tiene. En el caso del almacenamiento, la conducta se orienta a la reproducción del tráfico de drogas. Así, consideró insuficiente el criterio cuantitativo para definir el tipo de almacenamiento.

La palabra inequívocamente aparece como carga probatoria a quien pretende que el abastecimiento indiscriminado está destinado a su comercialización. Y si no existe dato objetivo que permita considerar otro destino, debe descartarse la figura de almacenamiento (con destino comercial) y en consecuencia, estaríamos ante una tenencia con fines de uso personal. Allí encontramos que el bien jurídico protegido desaparece para la primera parte del art. 14 (la tenencia sin fines de consumo personal ni comercialización), incurriendo el tipo, en la violación de los principios de lesividad, privacidad, intrascendencia del daño, legalidad, última ratio, entre otros.⁴³

⁴¹Falcón, Roberto Atilio (s.f.), La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33432.pdf>

⁴²Ídem.

⁴³T.O.F. de Mar del Plata, "Blanco Rodolfo Mario s/ almacenamiento de sustancia estupefaciente", del 19 de agosto de 1994", citado en Falcón, R.A. op. cit. Y sigue el fallo, "Debe hacerse notar que esta problemática también se ha presentado en España, donde los tribunales han procurado establecer

Lo inequívoco debe ser el destino comercial para configurar un tipo doloso, que no afecte las garantías sustantivas, ya que nadie tiene estupefacientes por el solo hecho de tenerlos. Aún en esa hipótesis, si la mera tenencia no trasciende en un daño a la salud pública, queda fuera de lo punible. En Vega Giménez, se operacionalizó este conflicto en la norma, cuando estableció que "Ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza"⁴⁴.

En igual sentido, la mera cantidad, por sí misma, no puede redundar en un destino inequívoco de comercialización, aunque claramente puede ser un indicador, que debe ser leído con otros elementos de contexto. En tal sentido lo entendió la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal había declarado la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y destacó que "la sola circunstancia de la cantidad..., fue lo que condujo al recurrente a proponer, ante la duda, la aplicación de una figura jurídica más gravosa. [Y] esta Sala viene diciendo... que no es factible aplicar la norma del artículo 14, primera parte, de la ley 23.737, en supuestos en que no podía probarse inequívocamente que la tenencia no respondía al propósito de consumo personal..."⁴⁵

Asimismo, la permanencia de estas falencias en el texto legal punitivo, hace que, con frecuencia, el enfoque criminológico tenga más capacidad de captar el fenómeno del uso personal de los estupefacientes, que el desmantelamiento del fenómeno del narcotráfico, produciendo dispendios de recursos, de fuerzas de seguridad y jurisdiccionales que desvían los esfuerzos en la persecución del delito a gran escala.

criterios objetivos que identifiquen la posesión para el tráfico con una cantidad concreta de droga. Así Sequero Sazatornil ("Las Drogas Tóxicas", 11 Actualidad Penal n° 20), partiendo de las dosis diarias normales del consumidor y analizando la doctrina del Tribunal Supremo, entiende que este sitúa la cantidad de notoria importancia –destino al comercio – en torno a los 1.000 grs. para el hachís, 3.000 grs. para la grifa (marihuana en nuestra versión), 50 grs. para la heroína, 125 grs. para la cocaína, 200 dosis de 20 micro grs. de L.S.D., 200 dosis de barbitúricos o anfetaminas. Esta postura es compartida por Javier Prieto Rodríguez ("El delito de tráfico de drogas", Bosch, Barcelona, 1986). (Ver T.O.F. de Mar del Plata, "Blanco Rodolfo Mario s/ almacenamiento de sustancia estupefaciente", del 19 de agosto de 1994).

⁴⁴ Fallos 329:6019. Sentencia del 27 de diciembre de 2006. Tenencia de estupefacientes. Consumo personal de estupefacientes. Prueba. Principio in dubio pro reo. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/capacitacion/Vega%20Gimenez.pdf>

⁴⁵ Sala I, In re "González, Diego Pablo Del Pilar". Causa N° 16.700. Reg. N° 24.081. Sentencia del 15 de septiembre de 2014, citado en Ministerio Público de la Defensa-MPD (2016), "Jurisprudencia. Tenencia de estupefacientes para consumo personal..Tenencia de estupefacientes en establecimientos carcelarios", disponible en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2016.05.%20Tenencia%20de%20Estupefacientes.pdf>

En el texto propuesto, al derogar el artículo 14, se restablece el criterio finalista del tipo y se endereza la persecución a las conductas lesivas al bien jurídico protegido, y no aquellas que no trascienden la esfera de lo privado. La posesión de estupefacientes para ser perseguible debe acompañarse de la conducta que pone en riesgo concreto la salud pública y de acuerdo al grado de ejecución podrá tratarse de una conducta alcanzada por el tipo consumado (alguna de las hipótesis del artículo 5 proyectado) o recaer en un tipo tentado (art. 41 del Código Penal), en cuyo caso, la tenencia exige además que se ponga de manifiesto en la conducta el fin ilegítimo, para ello, se brindan umbrales de dosis que quedan fuera de la persecución penal (art. 5 párrafo 2 en concordancia con el 30 ter párrafo 1 del texto proyectado), los parámetros probatorios que pueden ser indiciarios (no taxativos) del fin ilegítimo (artículo 30 ter segundo párrafo del texto proyectado), así como también una serie (no taxativa) de medidas previas que deben adoptarse en las investigaciones para descartar los usos legítimos de cannabis (artículo 30 bis del texto proyectado) .

El criterio de la cantidad, también trae aparejada consecuencias disvaliosas en función de los derechos consagrados, ya que este criterio por sí solo no garantiza arribar a la verdad material, porque desconoce las prácticas de quienes cultivan y consumen⁴⁶, es así que el texto propuesto, si bien indica un umbral de dosis por debajo del cual no deberán disponerse actuaciones, no alude a este criterio como un criterio que desplace la necesidad de, por encima de esos umbrales, demostrar el fin ilícito en la posesión de estupefacientes (como ya se dijo, su comercialización o su tentativa). De tal forma, personas usuarias y cultivadoras son alcanzadas por tráfico de estupefacientes en base a criterios ajenos a comprobar dicho fin, sino basándose exclusivamente en la cantidad.

Asimismo, tal como lo refiere María Victoria Baca Paunero⁴⁷, analizando el caso Funaro, en el que, en el marco de un allanamiento se procede al secuestro de plantas y jeringas con aceite de cannabis del domicilio allanado, pese a que estos no habían trascendido de la esfera íntima y estaban destinados al uso terapéutico personal y solidario. En este marco, Funaro permaneció detenida hasta que se dictó su libertad por falta de mérito por la Sala III de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora, **que entendió que lejos de cometer un delito, ejercía un derecho.**

Resalta Baca Paunero, que “suele considerarse que la sola comprobación de la existencia de plantas de cannabis en un domicilio es en sí mismo un indicio de la probable existencia de un hecho delictivo. En este sentido, fotos o filmaciones sumadas a alguna declaración testimonial pueden generar la base probatoria suficiente para disponer el allanamiento del lugar a fin de comprobar –en general confirmar- la presencia de las plantas. Y si bien en muchos casos se realizan tareas de

⁴⁶Corda, op. cit.

⁴⁷ Baca Paunero, M.V. (2019) Consecuencia penales de la prohibición, en Ministerio Público de la Defensa (2019), Cannabis medicinal, una cuestión de derechos, op. cit.

⁴⁷Ídem.

inteligencia para constatar la existencia de indicios de comercialización de estupefacientes, lo cierto es que aun cuando estos no se corroboren es usual que se dispongan los allanamientos igualmente"⁴⁸.

De allí la importancia de dar pautas claras en la ley para procurar la preservación del derecho a la salud y esto exige una información previa y sustentada, para descartar en forma fehaciente, la posibilidad de estar frente a un uso medicinal, o bien, destino personal de la planta. A su vez, consecuencia de estas medidas coercitivas, "en todos los casos se las extrae del suelo o de las macetas para su incautación, lo cual conllevará su deterioro o degradación biológica. A partir de entonces, y más allá de la decisión judicial que se adopte respecto del/a tenedor/a de las plantas, avanzará el proceso penal por infracción a la ley 23.737."⁴⁹

Esta práctica, redundará necesariamente en la suspensión del tratamiento, en el deterioro de la sustancia que provee salud al usuario y en consecuencia afectará el derecho a la salud, que la política punitiva pretendería preservar, incurriéndose en una contradicción inadmisible en el accionar del Estado. De allí la importancia de dar una amplio espectro de comprobación del destino medicinal (incluso en el momento de la detención o el allanamiento, como lo indica el proyecto) así como también, la preservación de las plantas en poder del usuario, para garantizar el derecho a la salud de la persona para quien se está llevando el cultivo.⁵⁰

Por otro lado, lo que puede resultar un elemento más, a considerarse en un marco probatorio más amplio (la cantidad), pasa a ser la prueba definitiva del fin ilegítimo (la venta ilegítima), sin considerar que el cultivo (más con fines medicinales) requiere cantidades que contemplen los avatares del cultivo, tanto imprevistos biológicos como climáticos, y deben ser suficientes como para garantizar cantidad de flores (que es exigida sobre todo en la extracción de aceites) y de cepas (cuyas combinaciones permiten el abordaje diferenciado de las condiciones de salud que puedan presentarse en una persona). Es importante destacar que en el caso de Funaro, lo penado por la norma no es la planta, su mera existencia, sino su uso con fines ilegales: producir estupefacientes en el marco de una cadena de narcotráfico, siendo esta la ultraintencionalidad exigida por los tipos penales del art. 5º de la ley 23.737. Así fue

⁴⁸ Baca Paunero, MV (2019), op. cit.

⁴⁹ Baca Paunero, MV (2019) op. cit.

⁵⁰En este sentido, el TOF de General Roca, en su resolución del 20 de julio de 2021, ordenó la restitución de las plantas incautadas y que tenían fines medicinales, (aunque estas excedían en número, al autorizado por el REPROCANN) -Causa FGR 3037/2021, "VENEGAS, DANILO NICOLAS s/INFRACCION LEY 23.737", mientras que en Córdoba, el Juzgado Federal N°2, en la causa Gencarelli y otros por infracción a la ley 23.737", en fallo del 7/4/17 se resolvió restituir el frasco de aceite de cannabis incautado, disponibles en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/89434-rio-negro-cultivo-cannabis-fines-medicinales-exceso-cantidad-autorizada-sobreseimiento> y en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/04/fallos45150.pdf> respectivamente.

valorado en el caso, por los integrantes del tribunal de Alzada, al indicar que “es claro que la finalidad de esta ley es la de combatir el narcotráfico, precisamente el tipo penal imputado sanciona el cultivo dirigido a producir estupefacientes como un eslabón importante dentro de la cadena de comercio de estupefacientes.”⁵¹

Asimismo, es importante destacar, como lo hace Baca Paunero, el insoslayable sesgo de género sobre el que recae la criminalización, ya que las tareas de cuidado de niños niñas y en general personas con dolencias, recae sobre las mujeres y en nuestro país particularmente, han sido las madres quienes han emprendido el camino del reconocimiento de los usos medicinales de la planta de cannabis, tomando a su cargo las consecuencias de la criminalización, en aras de mejorar la calidad de vida de sus hijos e hijas o personas a su cuidado.

En cuanto a las respuestas diferenciadas, independientemente del sistema vigente sobre cannabis medicinal, y sus implicancias en el orden administrativo en materia de autorizaciones, no es posible seguir sosteniendo que quien cultiva o tiene cannabis para el abordaje de una condición de salud propia o de un tercero solidario, sea considerado automáticamente un delincuente, por carecer de autorización. Resulta contradictorio que el tipo penal afecte el bien jurídico que se propone proteger. Debe prevalecer pues el derecho a la salud, que se traduce el principio *pro usuario* de cannabis medicinal para garantizar que no se proceda a la apertura de una causa penal, y menos aún, se adopten medidas coercitivas o que impidan los tratamientos y el acceso a la sustancia, como muchas veces ocurre, cuando en los allanamientos, sin consideración alguna, se incautan plantas y sustancia que están destinadas a la realización de aceites u otros productos que son usados para el abordaje de una dolencia, o cuando la prisionización implica la suspensión de los tratamientos.

Por su parte, manteniéndonos dentro de la consideración del bien jurídico protegido, pero aplicado al supuesto de consumo personal, en Arriola, la Corte dejó sentado que la criminalización subyuga el abordaje de salud, ya que “quien es señalado como ‘delincuente’ —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención.

También la redacción actual contiene tipificaciones que afectan el principio de legalidad, por su redacción ambigua o por violar sin más, la presunción de inocencia, tal el caso del primer párrafo del artículo 14, que refiere a la mera tenencia de estupefacientes, aunque no se pruebe su fin de comercialización, que es lo que trasciende la esfera pública que permite trazar una relación concreta con el bien jurídico protegido de salud y el objetivo político criminal de desbaratar el tráfico en gran escala.

Otro punto crítico del texto legal es que la tenencia de estupefacientes con destino de consumo personal (art. 14 párr. 2) remite al art. 26, que propone un abordaje punitivo-

⁵¹“Funaro”, Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora, Sala III, Reg. n° 1473/18.

sanitario, que además de afectar la ley de salud mental y los derechos del paciente, ha sido de probada ineficacia para el abordaje desde la perspectiva de la salud y que la Ley de Salud mental, 26.657 describe como un ejemplo de discriminación, expresamente previsto en su art.

7. Otro punto controvertido de este artículo se orientó en una pregunta acerca del bien jurídico que afecta la tenencia simple de estupefacientes, esto es, cuando no se encuentra probado su destino comercial. En el texto proyectado se ajustan las pautas a la regla general, si no es probado su destino comercial ilegítimo, debe estarse a la presunción de inocencia. El destino comercial puede ser probado por elementos contextuales que surgirán de las investigaciones, pero no puede ser inferido de la mera tenencia. Mantener esta figura pone en riesgo la pretensión general del proyecto de desincriminar la tenencia con fines de consumo personal.

En la misma línea, resulta crítico el término "inequívocamente" para comprobar el consumo personal. La presencia de este término en diferentes hipótesis típicas, como así también en las causales de no punibilidad, incurre en una inconsistencia jurídica al afectar la regla general que establece que la carga de la prueba debe quedar en cabeza de quien acusa, y no en quien se defiende de una imputación penal. Nos referimos a los dos últimos párrafos del artículo 5 que exigen que el destino de consumo personal surja inequívocamente para que proceda la no punibilidad, así como el artículo 14, para hacer proceder la aplicación de la figura de tenencia para uso personal.

La "responsabilidad probatoria conducente a la determinación de la responsabilidad del inculpado, corresponde al Ministerio Público".⁵² En el mismo sentido, "la culpabilidad sólo se podrá tener legalmente por acreditada cuando pueda ser inducida de datos probatorios objetivos" y no deducida de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, o de su silencio, o de explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similares. Es por esto que el principio de inocencia será vulnerado tanto por una sentencia condenatoria dictada sin la evidente y probada concurrencia de los extremos objetivos y subjetivos de la imputación, como también por la aplicación de figuras penales que repriman comportamientos inocuos (que no causan daño ni aparejan peligro a ningún bien jurídico) sólo porque ellos permitan presumir la comisión (no

⁵² Comisión IDH, Informe nº 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98, citado en Cafferata Nores, José (2011) Proceso penal y derechos humanos La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, CELS, disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/Proceso-penal-y-derechos-humanos.pdf>, en igual sentido: VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, Curso de derecho procesal penal, Santa Fe, 1985, ps. 329-331; BINDER, Alberto, Justicia penal y Estado de derecho, Buenos Aires, 1993, p. 39. Cf. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Madrid, 1995, ps. 606 y 611. También ILANUD postula: "la carga material de la prueba sobre la comisión de un delito debe atribuirse a las partes acusadoras" (El proceso penal, cit., p. 186).

probada) de un delito, o su futura comisión (delitos de sospecha), o que pongan implícita o expresamente en cabeza del acusado la carga de probar su inocencia".⁵³

De la dogmática penal, que es consecuente con nuestro sistema de garantías y del principio de legalidad sustantivo, la certeza positiva debe recaer sobre la culpabilidad y no sobre la inocencia del imputado. "La improbabilidad, la duda stricto sensu y aún la probabilidad (positiva) determinarán su absolución [...] El in dubio pro reo es hoy, por obra de la normativa supranacional, una garantía de literal esterpe constitucional por ser de la esencia (pues es la contracara) del principio de inocencia (art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCP; art. 75, inc. 22, CN), que exige expresamente, para que se pueda dictar una sentencia de condena, que se pruebe la culpabilidad (art. 14.2, PIDCP) plenamente, es decir, más allá de cualquier duda razonable"⁵⁴.

Se trata de una "presunción iuris", esto es, hasta prueba en contrario. La culpa, y no la inocencia, debe ser demostrada y es la prueba de la culpa - y no la de la inocencia que se presume desde el principio - la que forma parte del objeto del juicio. Este principio fundamental de la civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable".⁵⁵ Además esta solución resulta de la aplicación del principio "pro homine"⁵⁶

La Jurisprudencia indica que esta figura se aplica en circunstancias en las que objetivamente la tenencia podría ser considerada para consumo personal (lugar donde fue hallado el estupefaciente, la falta de ostentación), pero que basados exclusivamente en el criterio de la cantidad se descarta la tenencia para consumo personal y se aplica por falta de pruebas de su destino comercial, la tenencia simple, que si bien es una figura más benigna que la anterior, no deja de ser una criminalización caprichosa de conductas reservadas al ámbito privado y que no comprometen la salud pública. Asimismo, casos similares, han sido considerados para consumo personal, violentando así el principio de igualdad ante la ley.⁵⁷

⁵³ Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88; voto de CAFFERATA NORES Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Flores, sentencia n° 40, del 27/XII/84. 218 El Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional (ONU, 17/VII/98) dispone que el imputado tendrá derecho "a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contra pruebas" y Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970. Cafferata Nores, op. cit.

⁵⁴ Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970, disponible en <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/08/INFORME-N%C2%BA-5.pdf>

⁵⁵ Del voto de la Dra. Balcazar, ALMARAZ, SERGIO FABIAN. s/ ROBO AGRAVADO. SENTENCIA 14 de Noviembre de 2014 CAMARA PENAL. SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMÁN Sala 04, Id SAJJ: A1424006 Disponible en <http://www.saij.gob.ar/proceso-penal-presuncion-inocencia-carga-prueba-in-dubio-pro-reo-suv0100048/123456789-0abc-defg8400-010vsoiramus>

⁵⁶ Sala I. "Riquelme, Marcos". Causa N° 16.031. Reg. N° 22.409. Sentencia del 30 de octubre de 2013, MPD(2016) op.cit.

⁵⁷ Conf. Casos presentados en Ministerio Público de la Defensa, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2016.05.%20Tenencia%20de%20Estupefacientes.pdf>

En el mismo caso Arriola, encontramos el fundamento, ya que los dos poderes del Estado involucrados en el procedimiento de formación de las leyes (Legislativo y Ejecutivo) no pueden establecer, a futuro, *ministerio legis*, acudiendo a una presunción iure et de iure, la existencia de la afectación de los bienes jurídicos, por el recurso de crear tipos penales llamados de peligro abstracto, pues ello implica sustituir al Poder Judicial en el conocimiento de las causas. Sustitución que está expresamente prohibida por los artículos 18, 29, 109 y concordantes de la Constitución Nacional. Además de comprometer el derecho a la jurisdicción, lesiona gravemente el derecho a probar que su conducta no traspasó el ámbito de reserva protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional y la exigencia de que las sentencias estén fundadas en los hechos probados de la causa.⁵⁸

Así las cosas, la mera cantidad de estupefacientes no basta por sí sola para descartar la figura de la tenencia para consumo personal, sino que debe ser acompañada por otros supuestos e indicios para fundar cualquier otra subsunción jurídica más gravosa o para desechar la inaplicabilidad del fallo 'Arriola' al presente caso, todo lo cual no se verifica en las presentes actuaciones, ni la parte ha logrado siquiera sindicar esos elementos que puedan sostener fundadamente el planteo.⁵⁹ De allí que el texto no puntualiza sobre la escasa cantidad como elemento determinante del destino, sino para fijar umbrales mínimos por debajo de los cuales no hay delito, pero por encima de estos umbrales, no se establece una certeza apodíctica del destino comercial, sino que debe establecerse en el marco del debido proceso el destino ilícito de la tenencia de la sustancia.

La entrega a título gratuito de estupefacientes, también deviene en una tipificación que no trasciende la esfera privada, ya que la misma está vinculada con el consumo personal, dado que no encuentra hipótesis fáctica en su destino comercial. Amén de ello, es escasa la incidencia en la casuística. PROCUNAR, indica que para todas las regiones del país, entre el 2011 y el 2020 menos del 3% de hechos han sido prevenidos por este delito, esto es, 3082 causas en 9 años⁶⁰. Nuevamente, el abordaje criminológico debe centrarse en quien pone en el

⁵⁸ Sala III. "Rosenthal, Valentín". Causa Nº 972/2013. Reg. Nº 2575/13. Sentencia del 27 de diciembre de 2013, disponible en Ministerio Público de la Defensa –MPD– (2016), Jurisprudencia tenencia de estupefacientes para consumo personal. Tenencia de estupefacientes en establecimientos penitenciarios, disponible en

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2016.05.%20Tenencia%20de%20Estupefacientes.pdf>

⁵⁹ Sala I. "González, Diego Pablo Del Pilar". Causa Nº 16.700. Reg. Nº 24.081. Sentencia del 15 de septiembre de 2014, disponible en MPD (2016), op. cit. "En el precedente *'Arriola' de la CSJN+ se recordó que el principio 'pro homine' (arts. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), indica que siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos; y que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).

⁶⁰ PROCUNAR- Área de Análisis de la información y planificación operativa (2021), Causas iniciadas por estupefacientes según tipo de delito- período 2011/2020- disponible en

mercado ilegal de estupefacientes sustancias y no en quien gratuitamente entrega sustancias a otro, que, como regla general, la destina a consumo personal, ya que nadie regala estupefacientes a otro para que los venda y aún en esa hipótesis, no sería quien los está poniendo en el mercado ilegal de estupefacientes, de modo que mal puede responder por la conducta criminal de un tercero. No obstante, se mantiene una previsión cuando esa entrega se hace a personas menores de edad, manteniendo así vigente la protección que pretende el artículo 11 de la ley vigente.

Asimismo, los delitos previstos en los artículos 28 y 29 de la ley, deben ser morigerados en relación al cannabis, y particularmente, del cannabis para uso medicinal, ya que buena parte del avance en materia de usos terapéuticos fueron consolidados a partir de saberes compartidos en la sociedad civil, en especial de las organizaciones de madres cultivadoras. Por ello, coincidente con el estatuto diferencial del cannabis dentro de los estupefacientes, y además la importancia de la difusión de su uso medicinal, la legislación debe promover respuestas diferenciadas, al tratarse de cannabis.

II. Selectividad en clave de vulnerabilidad en la persecución penal

En cuanto a las penas previstas para la venta de estupefacientes, sin diferenciación de responsabilidades en la jerarquía organizativa del delito, el alto índice de personas privadas de la libertad por narcomenudeo (en comparación de las personas que se encuentran detenidas por el delito de lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas, por ejemplo) demuestra que la persecución se ha enfocado también en los eslabones más débiles dentro de las conductas que trascienden la esfera privada pues se orientan la comercialización ilegal de estupefacientes.

La persistente inflación punitiva sin diferenciar responsabilidades, extenúa el sistema carcelario con personas vinculadas que, en general, recurren a esta actividad como forma de supervivencia en un contexto de máxima vulnerabilidad social. El texto propuesto, reduce la escala penal para la comercialización de cannabis en el último eslabón de la cadena (venta al consumidor final adulto), admitiendo la posibilidad de excarcelación.

En el Informe de Derechos Humanos (2018), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) habla de una práctica extendida y sistemática de las fuerzas de seguridad en poner el foco de la persecución en estas modalidades, y quedan reflejadas en las estadísticas de detenciones. "Las autoridades políticas, en vez de ordenar el cese de esa modalidad cúmulo de situaciones diversas que incluye detenciones de consumidores, de personas ajenas a hechos de drogas,

causas armadas y casos mal investigados o sin pruebas, deriva en que más del 90% de las causas iniciadas por drogas en el fuero federal no lleguen a juicio. Como comenta otro funcionario judicial: 'A las fuerzas no les importan las nulidades, para ellos lo importante es hacer un operativo con detenidos, que se pruebe que ellos son culpables no es algo que les preocupe'. Se trata de la vieja lógica policial de "hacer estadística" que ahora está subordinada a la política gubernamental de exhibir el éxito de la 'guerra contra el narcotráfico'"⁶¹.

La Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal (PROCUNAR), informa en su plataforma interactiva que, a nivel nacional, entre el 2011 y el 2020, el 35% de las detenciones corresponden a causas vinculadas a tenencia para consumo personal (art. 14 de la ley 23.737), a las que debe sumarse el 12% de causas en las que no se estableció el destino comercial de la tenencia de estupefacientes (y fue criminalizado por el art. 14 párrafo primero de la ley de estupefacientes). Entre ambos ítems que se suma un 47% de casos⁶². Es decir que prácticamente la mitad de los casos que ingresan al sistema son por hechos que no han trascendido la esfera íntima y en consecuencia carecen de capacidad de producir un daño.

Cuando vemos la modalidad de inicio, y en el entendimiento de que las tareas de prevención policial y patrullaje difícilmente capten el fenómeno del crimen organizado, y fácilmente el del consumo personal (a través de la práctica de la detención con fines de identificación y requisa), comprobamos que las policías concentran su actividad preventiva en causas iniciadas por tenencia para consumo personal (47% de los casos), siguiendo casos de comercialización (31%) – que también se concentran en el narcomenudeo- y de tenencia simple (15%)- que en buena medida sabemos se establece también mediante la requisa y detención con fines de identificación, antes que por conductas que trasciendan por su dañosidad. Así en suma, el 62% de sus procedimientos responden a casos de total intrascendencia en términos del daño al bien jurídico, salud pública.⁶³

En cuanto a la comercialización de estupefacientes y su materia prima, plantas o semillas – incisos c y d del artículo 5 de la ley 23.737-, además de ser figuras que se yuxtaponen y deben ser reordenadas a los fines de una mayor certeza jurídica (y así se hace en el proyecto), configura el otro gran pedazo de la torta estadística, sumando conjuntamente otro 47 %.⁶⁴ Allí encontramos también cultivos para uso personal o tenencia de semillas con el mismo objeto. Dentro de este gran ítem, el narcomenudeo es el principal motivo vinculado a la ley de estupefacientes, por el cual las personas terminan privadas de su libertad. Según la última

⁶¹ CELS, (2019), Informe anual de Derechos Humanos, Edit. S. XXI, disponible en <https://www.cels.org.ar/informe2019/guerracontraelnarcotrafico.html>

⁶² MPF-PROCUNAR- Área de Análisis de Información y Planificación Operativa (2021), Plataforma interactiva, disponible en https://pes.mpf.gov.ar/index.php/graficos/mostrar/?fecha_desde_mes=01&fecha_desde_anno=2011&fecha_hasta_mes=12&fecha_hasta_anno=2020&submit=Obtener+Graficos®=-1&dis=-1&ter=-1&del=-1&fue=

⁶³ Ídem

⁶⁴ Ídem

estadística publicada por el Ministerio de Justicia, correspondiente al año 2019, la cantidad total de detenidos en los servicios penitenciarios federal y provincial fue 100.634 personas, de los cuales 4413 fueron mujeres y 113 personas trans⁶⁵.

Cuando se filtra por género, especificando el delito de estupefacientes, vemos cómo se reduce la brecha por género que existe respecto de los demás delitos en este nicho, esto da la pauta de la creciente feminización de personas privadas de la libertad por narcomenudeo. Del total de 14.936 personas detenidas por infracción a la ley de estupefacientes, son 1999 las mujeres y 60, personas trans según el mismo censo.

En cuanto a los factores de interseccionalidad que inciden en la vulnerabilidad social de la población, la base de datos sólo cuenta con información referida a la condición migratoria, instrucción y jornada laboral (desocupado, ocupado a tiempo parcial y ocupado a tiempo completo), aunque no se indican niveles de ingreso y otros elementos para dimensionar la condición socioeconómica. En cuanto a la condición migratoria general de las personas privadas de la libertad por infracción a la ley de estupefacientes, 2145 son personas migrantes, y entre ellas 381 son extranjeras (del total de 1999), concentrándose la criminalización de mujeres provenientes de países limítrofes como Bolivia, Perú y Paraguay.

Cuando filtramos por nivel de instrucción de la población total criminalizada por estupefacientes, 506 no tienen ningún nivel de instrucción, 3279 no completaron su instrucción primaria y 3748 no han terminado sus estudios secundarios, esto es, más de la mitad de la población privada de su libertad por infracción a la ley de estupefacientes no concluyó su instrucción básica. Mientras que, del total de 14.936 detenidos, 5679 se encontraban sin ocupación al ser detenidos y 6334 con ocupaciones a tiempo parcial. Y del total de mujeres (4413) y personas trans (113) privadas de la libertad, sólo 252 mujeres y 3 persona trans, contaban con un trabajo de tiempo completo.⁶⁶

A esta situación general que trazan estos documentos, debemos considerar el contexto en el que se aplica la ley penal en nuestro país, analizar las consecuencias de la desfederalización de la ley de estupefacientes (Ley 26.052) y su impacto ostensible en el incremento de condenas por narcomenudeo.⁶⁷ El dato más notorio, tiene un preocupante sesgo de género, el informe citado del MPF de la Provincia de Buenos Aires indica que "es que si bien en la misma provincia la cantidad de mujeres privadas de la libertad sigue las tendencias nacionales y regionales (6,2% del total), encontramos que casi la mitad de ellas (1.599 sobre un total de 3.598) están encarceladas por el comercio minorista de sustancias estupefacientes"⁶⁸. Hasta el 2006 la mayor cantidad de mujeres se encontraban bajo jurisdicción Federal (oscilando entre un 30,71

⁶⁵SNEEP, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, Ministerio de Justicia, Censo Penitenciario 2019, disponible en <https://www2.jus.gov.ar/dnpc/sneep.html>

⁶⁶ MPF-PROCUNAR- Área de Análisis de Información y Planificación Operativa (2021), op. cit.

⁶⁷Ministerio Público Fiscal de la Prov. De Buenos Aires, (2019) Registro Único de personas detenidas, Informe Estadístico, disponible en <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RUD-2019.pdf>

⁶⁸ Ídem.

% y un 47,19 %), a partir del año 2007 la tendencia se modifica y la mayor proporción de ellas se encuentra bajo la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, coincidente con la desfederalización de la Ley N° 23.737 mediante la cual la Provincia de Buenos Aires asumió la investigación del delito de narcomenudeo.⁶⁹

La Procuración Penitenciaria advierte que "las estadísticas oficiales confirman que la persecución penal se ha concentrado en los eslabones más débiles de las estructuras delictivas"⁷⁰. Hacia 2019, advierte que por tercer año consecutivo las personas encarceladas por delitos vinculados con estupefacientes mantienen el segundo lugar de frecuencia, sólo superado por los delitos contra la propiedad privada, como robos y hurtos. En cuanto a las penas que reciben se advierte que, en promedio, son condenados a seis años de prisión, y que la persecución penal lejos de orientarse en los responsables del narcotráfico se focaliza sobre personas que realizan tareas de menor relevancia en la cadena de responsabilidad, como aquellas que transportan o comercializan estupefacientes a pequeña escala. Con ello queda evidenciada la selectividad de la persecución penal, orientada a captar únicamente el fenómeno criminal entre los grupos de alta vulnerabilidad social y su creciente feminización, que se condice con el perfil social de la población penitenciaria privada de la libertad en nuestro país por infracción a la ley 23.737.

La feminización del comercio de drogas es una tendencia evidenciada en el aumento sostenido vinculado al narcomenudeo entre personas trans privadas de la libertad.⁷¹ "Cuando se cruzan estos datos sociodemográficos con el tipo de condenas recibidas es evidente que la gran mayoría de las y los encarcelados son pobres, vendedores o vendedoras minoristas, personas usadas como correos o microtraficantes. Todos/as ellos/as son reemplazables de manera muy sencilla en el circuito de la comercialización de drogas. El impacto que tiene la privación de libertad en la desarticulación del negocio es muy dudoso."⁷²

Así, el uso de la cárcel como respuesta frente a las drogas ha afectado desproporcionadamente a las mujeres en nuestro país, destacando sus condiciones de pobreza, su rol de cuidadoras, la

⁶⁹ SNEEP (2017), op. cit. La prevalencia de este delito también se observa en los datos sobre sentencias condenatorias presentados por el Registro Nacional de Reincidencia, donde se consigna que mientras para los años que van desde 2002 a 2015 sólo entre el 6% y el 7,5% de estas sentencias recayeron sobre mujeres, este porcentaje asciende hasta proporciones que van desde el 19% al 24,5% cuando se limita el análisis a las personas condenadas por la Ley N° 23.737 de Estupefacientes.

⁷⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación (2019), En la Argentina ya hay más de 100.000 personas presas, disponible en <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2376-en-la-argentina-ya-hay-mas-de-100-000-personas-presas>

⁷¹ CELS, La guerra contra el narcotráfico. Encarcelamiento, en la que se advierte la creciente feminización de la población privada de la libertad por causas vinculadas a la infracción a la ley de estupefacientes, y como este crecimiento se replica entre la población trans (período 2002 y 2017), al contrastar esta información con condiciones socioeconómicas, nos encontramos con multiplicidad de factores de vulnerabilidad, además de la de género, tales como tratarse de personas que no concluyeron instrucción primaria o secundaria, en general sin empleo o con empleos informales o a tiempo parcial, de . Disponible en <http://cels.org.ar/drogas/capitulo3.html>

⁷² Ídem.

nula amenaza para la sociedad que representan y su criminalización por realizar tareas de bajo nivel, pero de alto riesgo (distribución de drogas a pequeña escala o por transportar drogas), como una manera de enfrentar la pobreza o, a veces, por la coacción de una pareja o familiar. Su encarcelamiento en nada contribuye a dismantelar los mercados ilegales de drogas y a mejorar la seguridad pública. Por el contrario, reduce la posibilidad de que encuentren un empleo decente y legal cuando recuperan la libertad, lo que perpetúa un círculo vicioso de pobreza, vinculación a mercados de drogas y encarcelamiento.⁷³ Esta tendencia fue materia de recomendaciones en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre "Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas"⁷⁴.

Como se dijo, la proporción de mujeres nacidas en el exterior es superior a la de los varones. Desde un abordaje interseccional observamos las desigualdades sistémicas que se configuran a partir de la superposición de diferentes factores sociales de vulnerabilidad como el género, la etnia y la clase social. Tendencia que también se ve reflejada en la población trans y travesti, ya que, si bien el grupo poblacional más numeroso es argentino, lo es en una proporción menor que el conjunto de la población penitenciaria⁷⁵. También respecto del colectivo travesti y trans privado de la libertad, "el tipo de delito más mencionado en los censos penitenciarios es la infracción a la ley 23.737 (estupefacientes)".⁷⁶

Este aumento se debe ciertamente al uso generalizado de la prisión preventiva y la elevación generalizada de las penas privativas de la libertad, producto de dos elementos que caracterizan el abordaje punitivo propuesto por la ley 23.737. Por un lado, una política indiferenciada respecto de todo el espectro de estupefacientes, sin discernir entre los aquellos que implican alto riesgo para la salud pública de los que producen un menor riesgo, e incluso, reconocidos beneficios medicinales, como lo es el cannabis. Por otro lado, una política indiferenciada en cuanto a la proporcionalidad de la respuesta punitiva según el grado de responsabilidad que supere la complejidad del delito y la impunidad de sus jerarquías organizativas.

III. Estatus diferencial del cannabis

⁷³ WOLA et al, op. cit.

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, disponible en www.cidh.org

⁷⁵ "Travestis y mujeres trans suelen dejar su hogar y lugar de origen a muy temprana edad" ... "Existe una significativa interrelación de los procesos migratorios y la manifestación social de la identidad/expresión de género", y esta relación está vinculada a la expulsión que sufren estas personas de sus entornos en busca de contextos menos hostiles con su condición de género. Véase Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, (2017) La Revolución de las Mariposas. A diez años de La Gesta del Nombre Propio, Buenos Aires, disponible en https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf

⁷⁶ SNEEPP (2017), op. cit.

El presente proyecto si bien despenaliza en general la tenencia con fines personales de estupefacientes, otorga un estatus jurídico diferencial al cannabis. En este sentido, los antecedentes de reforma del Código Penal de la Nación desde el año 2012, también dan cuenta de una sostenida voluntad de despenalización de la tenencia general, y en particular del autocultivo de cannabis⁷⁷. Por otro lado, la permanencia de zonas grises para criminalizar los usos medicinales del cannabis y el deliberado daño a la salud que ello conlleva, exige una categórica respuesta legislativa para erradicar definitivamente su criminalización.

Asimismo, el marco normativo de la ley 27.350 y su decreto reglamentario 883/2021, impulsan la investigación médica y científica sobre cannabis, acciones de concientización sobre su uso, generación de espacios de intercambio de información pública y accesible, por ello resulta contradictorio también, la permanencia de tipos penales que inhiban la producción de información vinculada al cannabis, como así también su prescripción médica, por el trasfondo punitivo de los tipos penales vigente, que supone erróneamente que las dosis se establecen de una vez y para siempre y no se disponen en función de cada persona y sus condiciones de salud. La falta de conocimiento redundando en miedo y estigmatización que no sólo aleja a la población de los potenciales beneficios para la salud del cannabis, sino que además, limita a los profesionales de la salud a que lo prescriban.⁷⁸

Por su parte, la revisión crítica del cannabis realizada por el Comité de Expertos en Farmacodependencia, por lo que la Comisión de Estupefacientes (CND) aprobó la propuesta de la Organización Mundial de la Salud de retirar el cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, permaneciendo sujetos a los niveles de control de la Lista I. De conformidad con la normativa aplicable, el Régimen de Acceso de Excepción a productos que contengan cannabinoides o derivados de la planta de cannabis, debe adecuarse a lineamientos internacionales actuales y a los establecidos por el Decreto N° 883/20, mediante el cual el Estado controla desde una perspectiva de salud el acceso al cannabis.

A título ilustrativo, en los fundamentos de la resolución 654/2021⁷⁹ el Ministerio de Salud advierte que bajo el nuevo estatus adquirido por el cannabis, "resulta imperante ponderar el rol de los médicos en el acompañamiento de los pacientes en tratamiento con productos derivados de la planta del cannabis con el objetivo de lograr su uso informado y seguro. En ese sentido, la responsabilidad del médico prescriptor es determinante y debe ser ajustada a disposiciones legales vigentes."

⁷⁷Que se demuestra en mayor o menor medida, tanto en la Comisión redactora -Decreto N° 678/2012 como en la propuesta de reforma del Código Penal en el año 2017 -Decreto N° 103/2017-

⁷⁸ En tal sentido, conf. Los dichos de Natalia Prado, médica becaria del Conicet, en Rivas Mariano (2021), Una resistencia por vencer: la prescripción del cannabis en el ámbito médico, disponible en <https://www.unidiversidad.com.ar/una-resistencia-a-vencer-la-prescripcion-del-cannabis-en-el-ambito-medico>

⁷⁹ Ministerio de Salud, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/240902/20210218>

Los lineamientos de tales prescripciones médicas se encuentran regulados por el Ministerio de Salud, que cuenta con la información necesaria para evaluar, con evidencia científica, si la indicación médica resulta pertinente, amén de la responsabilidad y seguimiento del médico tratante sobre la calidad, seguridad y eficacia del producto prescripto conforme a las normas vigentes. El trasfondo punitivo no hace más que inhibir el libre ejercicio de la profesión y autonomía médica, afecta el acceso a la sustancia para la salud y desconoce el desarrollo de lineamientos para el manejo clínico de cannabis medicinal.

La resolución N° 654/2021 establece la posibilidad de ampliar las indicaciones clínicas de cannabis a otras patologías además de la epilepsia refractaria del infante, siendo responsabilidad exclusiva del médico prescriptor en términos del tipo de sustancia, cantidad mensual, potencia y dosis diaria de cannabis⁸⁰, resultando responsable penalmente, por las reglas de la negligencia, la incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público que de por sí se aplican a la profesión médica (ya tipificada en el art. 204 del Código Penal como en otros tipos –vg. art. 20 bis, 84, 94- ya regulados en el capítulo de delitos contra la salud pública.

En el texto propuesto se derogan los artículos que mantienen a las personas usuarias medicinales dentro del espectro delictivo respecto de actividades de información, difusión, intercambio de conocimientos, e instrucciones para mejorar los efectos para la salud y las prescripciones médicas (arts. 9, 12 y 28 de la ley 23.737), pero también afecta a quienes amparados en su derecho a la privacidad y no injerencia en su vida privada, deciden autocultivar para su consumo personal.

La política de drogas de la ley vigente no diferencia entre los estupefacientes ni recepta la evolución que, en diferentes ámbitos (científico, social y de los organismos especializados), ha modificado ostensiblemente la consideración que se hacía de la planta de cannabis, basada en el actual reconocimiento científico de las propiedades del cannabis para uso médico, terapéutico y paliativo como los usos industriales que, si bien no están prohibidos por las convenciones de estupefacientes, ni sujeto a fiscalización, la ley argentina, criminaliza. Acorde con este estatus diferencial y también en aras de una reducción de daños en la configuración de los términos del mercado ilegal, la propuesta tiende a reducir las penas cuando algunas de las conductas típicas recaigan sobre cannabis.

Particularmente sobre el estatus de la planta de cannabis se ha desarrollado un proceso extraordinario de conocimiento, evidencia científica y legislaciones que fueron reconociendo su uso para la salud.⁸¹ Se descubrieron y desarrollaron los usos veterinarios, cosméticos,

⁸⁰Cannava, sociedad del Estado, gobierno de Jujuy, Guía de manejo clínico de cannabis medicinal disponible en <https://cannava.com.ar/archivos/GuiaManejoClinicoCannabisMedicinal.pdf>

⁸¹Actualmente nos encontramos en pleno debate sobre un proyecto del ejecutivo que ya obtuvo media sanción del senado, en cuanto a la importancia de regular el desarrollo productivo del cannabis para la salud.

nutricionales del cannabis, y la OMS ha reconocido expresamente sus usos favorables para la salud, lo que generó que sea reclasificado por la Comisión de Estupefacentes de la ONU, sacándolo de la lista IV, correspondiente a la lista de drogas peligrosas y con valor terapéutico nulo. "Este cambio de perspectiva resulta crucial para repensar las políticas de drogas y reformar las legislaciones vigentes, hacia un modelo de regulación que tenga como centro la promoción de la salud pública".⁸²

La Argentina, si bien en esta materia legisló mediante la ley 27.350 (cannabis medicinal), en el momento de dicha legislación, muchas situaciones de personas usuarias medicinales y cultivadoras solidarias quedaron desamparadas y susceptibles de ser alcanzadas por la criminalización, pese al avance que significó no sólo aquella sanción, sino también gracias a la reglamentación que recientemente elaboró el Poder Ejecutivo (Nro. 883/2020).

Así las cosas, el trasfondo prohibicionista del consumo para uso personal de estupefacentes, y particularmente de cannabis, genera una incertidumbre y falta de precisiones, que nos obligan a resituar el foco de la persecución penal, a la luz de esta evolución del consenso internacional, social, jurisprudencial y de una mirada más amplia y compleja del fenómeno, tal como lo recomiendan los órganos especializados.

En este sentido, es clave, que si bien el umbral de dosis pueda servir para determinar cuándo de ningún modo debe procederse a prevenir la tenencia de cannabis, esta previsión debe combinarse con otra: frente a la presencia de cantidades por encima de ese umbral tampoco debe criminalizarse cuando el destino es medicinal. Esto es, para que usuarios y usuarias medicinales caiga en forma automática en el ojo de la criminalidad, sino que se mantenga la presunción de inocencia, de modo que, si no se comprueba inequívocamente el destino comercial, no se incurra en delito alguno. Por eso, la propuesta combina tanto el umbral de dosis, como la presunción de uso personal, además, excluye de punibilidad la tenencia y cultivos destinados al uso medicinal, salvo que se compruebe inequívocamente su destino ilícito.

Asimismo, el proyecto despenaliza la venta de semillas, el fundamento está ligado a que no quede criminalizada la adquisición de semillas para autocultivo, ya que de ese modo hay una etapa de ese autocultivo que se vería innecesariamente criminalizada. Por otro lado, la semilla de cannabis, en sí, no es un estupefaciente, de hecho, es posible que esa semilla ni siquiera de lugar a una planta de cannabis psicoactivo (sea porque se trate de una planta "macho", o de una planta de cannabis con escaso THC), de modo que su penalización afecta el principio de legalidad sustantiva. La venta de semillas, si no reúne los requisitos legales para su autorización, puede bien ser sancionada en sede administrativa o civil.

⁸² CELS, (2020) cannabis: la ONU reconoce su uso médico, disponible en <https://www.cels.org.ar/web/2020/12/cannabis-voto-en-la-onu-sobre-sus-usos-medicos/>

Los estudios comparados⁸³ sobre el mercado de consumo de cannabis en Argentina han indagado sobre consumo de sustancias psicoactivas en población general (12-65 años) basados en estadística elaborada por el SEDRONAR, e indican que "las prevalencias de año de consumo de alcohol son notablemente superiores a las del consumo de cannabis y que el tipo de usuario de cannabis que prevalece es el ocasional, es decir, aquel que informa haber consumido algunas veces durante los últimos 12 meses o algunas veces mensualmente."⁸⁴ Asimismo, la poca incidencia del cannabis en desarrollar dependencia, según las mismas estadísticas, ha indicado que "los consumidores de cannabis que presentan síntomas o signos de dependencia oscilan entre el 0,5 % y el 1,5 % del total de la población general (12-65 años) estudiada".⁸⁵

En cuanto a la incidencia del uso de cannabis como "inductor" a hechos de violencia o que infrinjan la ley penal, un estudio de la Universidad de Tres de Febrero (UNTREF) concluye que la correlación entre hechos delictivos violentos (incluidos asesinatos) y consumo de sustancias con propiedades psicoactivas es baja. En efecto, a partir de una encuesta realizada entre 2013- 2019 a mujeres y varones en contextos de encierro en ocho países de Latinoamérica, se observa que un 33% del total de personas dijo haber consumido alcohol o alguna otra sustancia durante las seis horas previas al delito por el cual fue detenida (cifra que en el caso de Argentina desciende al 32% en la última encuesta).⁸⁶

También se destaca la nula incidencia del consumo de cannabis en delitos especialmente violentos: los homicidios cometidos en nuestro país no son perpetrados por individuos que están bajo la influencia de alguna sustancia de consumo legal o ilegal. Se ha dicho que la relación entre drogas y delincuencia no es sencilla ni lineal.

⁸³Souto Zavaleta, op. cit. Estos forman parte del Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas de la CICAD/OEA.

⁸⁴ En el año 2016, este tipo de usuario representa el 56,5 % de los casos; el 54,7 %, en 2010; el 57,1 % en 2008, y el 53,7 % en 2006. Los usuarios frecuentes (consumo semanal, ya sea de varias veces en la semana o diariamente) representan el 37,2 % del total de usuarios de cannabis en 2016; el 37,7 %, en el 2010; el 29,9 % en el 2008; y el 35,5 % en el 2006. En tanto los usuarios experimentales (o de una sola vez) representan el 6,2 % del total de usuarios de cannabis en 2016; el 6,8 % en el 2010; el 12 % en el 2008; y el 9,6 % en el 2006. En términos generales, las frecuencias de consumo de cannabis se mantienen relativamente estables entre los usuarios de esa sustancia a lo largo de los años, Souto Zavaleta, (2019) El régimen internacional de control de drogas, «las interpretaciones flexibles» y las incómodas iniciativas de regulación del mercado de cannabis, en Revista pena y Estado-Nueva época, N° 1, disponible en <https://penayestado.org/politica-criminal/el-regimen-internacional-de-control-de-drogas-las-interpretaciones-flexibles-y-las-incomodas-iniciativas-de-regulacion-del-mercado-de-cannabis/>

⁸⁵SEDONAR (2017) MARIHUANA Intensidad del consumo ESTUDIO NACIONAL EN POBLACIÓN DE 12 A 65 AÑOS SOBRE CONSUMO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/10/oad_2017_marihuana_intensidad_del_consumo_estudio_nacional_en_poblacion_sobre_consumo_de_sustancias psicoactivas.pdf;

⁸⁶ UNTREF, 2020, Población privada de libertad en Argentina, un análisis comparado en perspectiva temporal 2013-2019, disponible en <http://celiv.untref.edu.ar/descargas/200715-informe-celiv-2020-digital.pdf>

Tampoco es generalizable: muchos "reincidentes no consumen drogas y muchos drogodependientes no cometen delitos"⁸⁷.

Según el mismo estudio, el consumo de alcohol, suele tener mayor referencia, entre las sustancias que fueron consumidas en personas que reportaron conductas violentas y lo contrasta con el del Instituto de Investigaciones del Consejo de la Magistratura de la Nación, que reporta que el 39% de los homicidios se producen en circunstancias de discusión y/o venganza personal o grupal; el 11% se corresponden a conflictos interfamiliares y que los casos que "involucran drogas" están principalmente relacionados a la prohibición de las mismas y la disputa territorial por su comercio ilegal entre bandas y fuerzas policiales, no a su consumo. De allí, la importancia que surge del estudio "de reconocer el fracaso de la prohibición y evaluar coherentemente nuevos abordajes regulatorios de sustancias para sacarlas de manos del crimen organizado y de tales disputas violentas."⁸⁸

La reducción especial que el proyecto propone en relación a la penalización del cannabis, adopta un abordaje basado en el principio de lesividad, en materia penal, y la reducción de daños, desde la perspectiva de salud (artículo 10 inc. d de la ley 26.934 de 2014, Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos)⁸⁹, que entiende por reducción de daños las acciones que promuevan la reducción de riesgos para la salud individual y colectiva y tengan por objeto mejorar la calidad de vida de los sujetos que la padecen, entre esta reducción de daños, debemos considerar el daño señalado por la criminalización.

En tal sentido, "los modelos tradicionales –basados en el abstencionismo– han contribuido a la estigmatización de determinados sectores sociales, reforzando procesos de exclusión e invisibilizando muchos de los factores macro-políticos implicados en las problemáticas asociadas al consumo de sustancias"⁹⁰. A diversa incidencia en el bien jurídico protegida, diversa debe ser la respuesta. Esto garantiza

⁸⁷Innamoratto, M. G.; Canavessi, J J; Acquaviva, M. A. y Ruiz, J. D. (2017) Consumo de drogas, prácticas delictivas y vulnerabilidad social" (2017) Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1719>

⁸⁸ Cosecha Roja, 2020, Mitos sobre la marihuana: si fumás salís a robar, disponible en <http://cosecharoja.org/mitos-sobre-la-marihuana-si-fumas-salis-robar/>

⁸⁹ Dicho inciso propone "Incorporar el modelo de reducción de daños. Se entiende por reducción de daños a aquellas acciones que promuevan la reducción de riesgos para la salud individual y colectiva y que tengan por objeto mejorar la calidad de vida de los sujetos que padecen consumos problemáticos, disminuir la incidencia de enfermedades transmisibles y prevenir todo otro daño asociado, incluyendo muertes por sobredosis y accidentes;"

⁹⁰ Rotundo, Diego (2019), Reducción de daños: repensar los programas desde un nuevo concepto de comunidad, disponible en <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2021/02/19/reduccion-de-danos-primer-acercamiento-a-un-debate-pendiente-hacia-adentro-de-la-comunidad>

políticas a la medida, fuera de las “recetas mágicas” – simplistas, sin una base científica-
o de las respuestas punitivas⁹¹.

En lo que respecta a dejar fuera de toda hipótesis delictiva en los casos de uso medicinal, la regulación propuesta tiene por objeto armonizar en todas sus formas el orden legal en forma conglobada, guiados por el principio de no contradicción, en la medida en que la coexistencia de las leyes 23.737 y 27.350, si ambas tienen por objeto contribuir a la salud pública e individual, no pueden oponerse entre sí.

Mientras una prohíbe, la otra autoriza, dejando en una laguna la situación de quienes teniendo una condición de salud que lo requiera o solidariamente contribuyendo a la condición de salud de un tercero, no tramitaron la autorización legal. Dejar a estas personas automáticamente en el ámbito de la criminalidad haría prevalecer un espíritu punitivo por la punición misma. Esta hipótesis debe ser definitivamente erradicada del sistema penal y, en todo caso, será función del Estado situar estos casos en la competencia que corresponda, pero no dejarla por *default*, dentro del espectro punitivo. También ello es consecuencia del principio de taxatividad afectado cuando los jueces no hacen un análisis conglobante con el resto ordenamiento jurídico de la tipicidad de las conductas de quienes cultivan y elaboran con cannabis productos para la salud.⁹²

Adentrándonos en el umbral de dosis que contiene la propuesta, tal como lo destacó la Cámara, la mera cantidad de estupefacientes no basta por sí sola para descartar la figura de la tenencia para consumo personal, sino que debe ser acompañada por otros supuestos e indicios para fundar cualquier otra subsunción jurídica más gravosa o para desechar la inaplicabilidad del fallo ‘Arriola’.⁹³ De manera que si bien resulta importante indicar umbrales de dosis frente a los cuales directamente no debe prevenirse, ya que recaerán en la presunción de destino para uso personal, no deja por fuera de la hipótesis de igual destino cuando no se hayan obtenido indicios vehementes para suponer que la tenencia tiene fines de comercialización, prueba que corresponderá a quien alegue dicha hipótesis.

La Sala II, de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional ha confirmado este fundamento cuando estableció en la causa Roldán, que: ...la cantidad de droga incautada, la forma en que estaba acondicionada y la actitud del imputado observada por la policía permiten afirmar –con las pruebas con que cuenta el sumario- que se trataba de una tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal del nombrado.⁹⁴ Asimismo, la jurisprudencia se mostró pacífica,

⁹¹ Ídem.

⁹² Podsiadlo, Nadia (s.f.), Clínicas del cannabis: comentario al fallo del caso “Laje”, disponible en <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/09/10/clinica-del-cannabis-comentario-al-fallo-del-caso-laje/> También ver “Asis, Laje y otros s/ infracción a la ley 23.737” expediente 15.621, sentencia del 29 de julio de 2020 Juzgado Federal de Córdoba N° 1, disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/As%C3%ADs%20y%20otros%20\(causa%20N%C2%B0%2015621\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/As%C3%ADs%20y%20otros%20(causa%20N%C2%B0%2015621).pdf)

⁹³ Sala I, in re “González”, MPD (2016) op. cit.

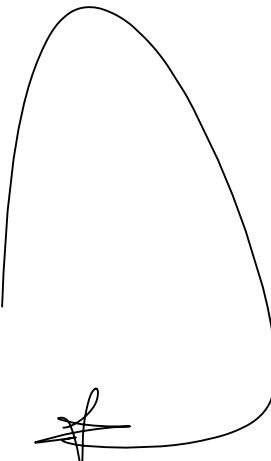
⁹⁴ Sala II - Causa n° 28.125 “Roldán, Jonatan Gastón s/ sobreseimiento” Juzg. Fed. n° 7, Sec. n° 14

plasmando que las escasas cantidades de droga secuestrada en poder de los imputados hicieron presumir que la tenencia es para consumo personal y no para comercialización. Si se encuentra a una persona con escasa cantidad, se presume que es para consumo personal. Si excede el umbral de dosis considerado escasa cantidad, debe cotejarse el entorno para determinar si ese contexto no permite suponer que está destinada a su comercialización.⁹⁵

Por ello es importante que, en base a los objetivos criminológicos de despenalización, que impulsan este proyecto, fijar escenarios frente a los cuales existan presunciones sobre el destino no comercial de los estupefacientes, basadas en los principios de intrascendencia, proporcionalidad y oportunidad reglada.

Así las cosas, han quedado expresados los motivos de salud pública, de armonización con los Derechos Humanos, criminológicos, y de eficacia de los abordajes punitivistas en conductas que hoy son tipificadas por la ley 23.737, analizados los efectos de la política de criminalización y efectuados los análisis técnicos desde el punto de vista de la constitucionalidad, en particular desde la perspectiva de los principios de igualdad, debido proceso, legalidad y reserva.

Por los motivos aquí expresados que se condicen con el modelo de seguridad democrática y el estado de derecho, solicito a mis colegas que me acompañen para la sanción de este proyecto.



Ana Carolina Gaillard
Diputada de la Nación

