

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

Se somete a consideración un proyecto de ley que deroga el vigente texto ordenado de la Ley N° 23.737, la Ley N° 26.052 y el artículo 10 de la Ley N° 24.316, en lo referente a la Ley N° 23.737.

Esta legislación, en general, formó parte del fracaso de la política criminal en materia de persecución, represión y sanción de los delitos vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes, al direccionar la operatividad a los eslabones más débiles, lo que trajo por consecuencia: un sistema judicial colapsado por causas referidas al consumo y comercio en menor escala, provocando un hacinamiento carcelario sin precedentes en el país; baja performance en la investigación de los delitos complejos y esfuerzos aislados en materia de seguridad que no lograron impedir los hechos de público y notorio conocimiento de los últimos años. A esto se agrega la ausencia de un programa sanitario específico, tanto en nuestro país como en la región.

Por decisión de la Señora Presidenta de la Nación, mediante Decreto N° 1359/09, se creó la COMISION NACIONAL COORDINADORA DE POLITICAS PUBLICAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y CONTROL DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES, LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y LA CORRUPCION, en el ámbito de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, con las misiones de diagnosticar y asesorar en las materias de su competencia. Sus conclusiones de carácter público, han demostrado que en la República Argentina, luego de 20 años de vigencia de las leyes en cuestión, se han avasallado derechos fundamentales de las personas, como el principio de reserva y legalidad, el derecho a la salud y el derecho a ser reconocido como ser humano digno conforme los compromisos internacionales asumidos (artículo 75 inc. 22 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL). Asimismo, se ha dejado de lado el problema socio sanitario en particular de los usuarios de drogas.

A la luz de los derechos y garantías contenidos en la Norma Fundamental, como así también los comprendidos en los instrumentos internacionales de los cuales nuestro país es signatario con expresa reserva de respetar el derecho interno, resulta imperioso gestar tanto una nueva política pública que supere un período gubernamental y sea inclusiva en el orden de la demanda y respetuosa de los derechos fundamentales de todo ser humano, como, por otra parte, modificar la política criminal, reasignando y garantizando los recursos para perseguir el tráfico y otros hechos.

Dicha obligación de reforma surge de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "*Arriola, Sebastián*", (Letra A.891.XLIV, de fecha 25 de agosto de 2009),

"*R.M.J s/insania*" (C. 1195. XLII, de fecha 19 de febrero de 2009), "*T.R.A. s/ internación*" (C.1511. XL, de fecha 27 de diciembre de 2005), los cuales exhortan a los poderes públicos, entre otras cuestiones, a adecuar la legislación vigente.

Se destaca, asimismo, que el fenómeno del tráfico ilícito de estupefacientes y precursores químicos, además de afectar la salud pública, ofende en algunos casos el control fiscalizador de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS, razón por la cual se han reformulado las prohibiciones contenidas en el Código Aduanero relativas a esta materia para adecuarlas al proyecto en consideración.

La Constitución Nacional, en sus Artículos 18, 19, 75 incisos 12 y 22, Artículos 99 y 120, los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, las leyes penales y procesales vigentes, como así también la Ley de Ministerios (T.O. Decreto 438/92) y modificatorias, y las convenciones contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988), contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo 2000) y contra la corrupción (Mérida 2003), conforman el plexo normativo que da sustento a la presente iniciativa.

Atento a la trascendencia de la temática a abordar, resulta imperioso profundizar el análisis:

Hoy en día, la sociedad se enfrenta con riesgos cuya dimensión y detalle no se pueden precisar ni dominar. Se vive dentro de "la sociedad de riesgo", según la denominación de Ulrich Beck.

En esta sociedad, incomprensiblemente, el Estado deja de estar atado a las cadenas de la ley como ocurría en el Leviatán, para involucrarse en la lucha contra los riesgos, reservándose para sí el poder que le permita desarticular el sector amenazador al que identifica como enemigo, un despropósito. El derecho penal termina convirtiéndose en un instrumento orientado a la prevención de peligros, buscando una seguridad que sólo puede garantizarse por fuera del propio derecho penal, atento a que no puede ignorarse que la seguridad tiene límites empíricos y normativos que imponen convivir con el riesgo.

Esta mutación en los fines que deben orientar la aplicación del derecho penal, convertido en instrumento de "lucha", de "combate" -combate frente a las drogas, contra la corrupción, contra la criminalidad organizada, contra el terrorismo internacional, contra la criminalidad grave, por referirnos a algunos proyectos penales impulsados en Alemania en los últimos años- han presentado a esta rama del derecho como un "sanalotodo" frente a los problemas más diversos. Ello, al tiempo que otras ramas del derecho, como es el caso del derecho civil, se toman licencia a costa de su desplazamiento por el derecho penal.

Aparece así el poder punitivo como medio pretendidamente eficaz para resolver los más complejos problemas sociales. La urgencia en la respuesta efectista, como señala Zaffaroni, impide analizar estos temas con seriedad.

El producto final de la carrera por encontrar respuestas inmediatas a problemas complejos, suelen ser leyes penales absurdas y excesivamente represivas que inciden sobre una sociedad confundida y sin información fidedigna¹.

En esa dirección, la producción y el tráfico de drogas constituye un hecho extraordinario que reclama soluciones urgentes por parte de la opinión pública, razón por la cual se adoptan reglas que no son las tradicionales del derecho penal liberal.

Emerge entonces una nueva legislación que, en contra del modelo surgido de la ilustración, enseñoa procesos penales secretos, comisiones especiales, limitaciones al derecho de defensa, premios a delatores, autorizaciones judiciales para cometer delitos, todo lo cual da lugar a la resurrección de viejas instituciones de la inquisición que dormían en el arcón de los recuerdos.

Es la emergencia perenne del poder punitivo, que siempre pretendió resolver problemas complejos a través del narcisismo del derecho penal y que, en el caso en cuestión, ha olvidado datos significativos que permitieron que el castigo recayera en el sujeto más débil de la cadena del tráfico de drogas, naturalmente un enfermo al que hay que auxiliar y no estigmatizar por medio de esta herramienta violenta que implica la pena.

Ante tan grave situación lo único que se ha hecho es recurrir al derecho penal como discurso clientelista, que se sabe falso pero evita frenar el discurso represivo en tanto puede influir negativamente en el mensaje comunicacional, publicitario, breve, simple, y de alto impacto emocional.

El resultado está a la vista: el tráfico de drogas no sólo no ha disminuido sino todo lo contrario, ha aumentado, como han aumentado las plantaciones, los consumidores, al tiempo que disminuye el precio. El resultado de la guerra contra las drogas en la versión impuesta por las políticas estadounidenses a partir de 1971, no puede ser más desalentador. Puede decirse que es la historia de un fracaso anunciado.

La función que debe cumplir el derecho penal es preventiva. Tiende a asegurar con su intervención un mínimo de eficacia y, cuando ello no ocurre, cabe adoptar otro tipo de soluciones.

Ello así porque el fracaso del derecho penal produce un efecto negativo en la comunidad, que confía en el mismo derecho penal como herramienta para la solución de los conflictos más intolerables para la convivencia social.

¹ Ver Zaffaroni, Raúl. "La legislación antidroga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario" en *"Hacia un realismo jurídico penal marginal"*, Monte Ávila Editores Latinoamericana; Caracas; Año 1994; Páginas 133/146.

Esto es lo que ha sucedido con el problema de las drogas: se ha recurrido al derecho penal, con sanciones cada vez más graves, no obstante ello, el tráfico y el consumo siguen su camino.

A partir de la década del 70, más precisamente de los años 75 al 80, la droga se convirtió en "el enemigo subversivo que atentaba contra la seguridad nacional". Su gravitación "en la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva" fue destacada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²

Los resabios autoritarios se hicieron sentir en los discursos de la época: las drogas conducen a la disolución social, agreden al ser nacional, y se recurre a la equiparación del joven consumidor con el subversivo: "el consumidor por su condición de tal ha cruzado la barrera del Código Penal y debe ser tratado, entonces, como un delincuente, por ser un cómplice por definición del narcotráfico"³.

Planteado el problema en estos términos, la respuesta no podía ser sino la criminalización de las más diversas conductas vinculadas con las drogas prohibidas, renunciando o no poniendo toda la energía necesaria en la tarea preventiva que, seguramente, habría dado mejores resultados.

Fruto de aquel autoritarismo fue la sanción de la Ley N° 20.771 que en su artículo 6° castigaba con pena de prisión de UNO (1) a SEIS (6) años y multa al que tuviere en su poder estupefacientes, aunque fueran destinados al uso personal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación permitió que se aplicara el instrumento más duro que tiene el Estado, el derecho penal, al afirmar la punibilidad de la tenencia de drogas para consumo personal con fundamento en el hecho de que "*de no haber consumidores no habría traficantes*" (causa "Colavini"), absurdo similar a sostener que "*si no hubiese clientes desaparecería la prostitución*" (Zaffaroni).

De este modo, se permitió que la víctima del tráfico ilícito sea tratada como un delincuente siendo, en realidad, el eslabón más débil de esa cadena. El tóxico dependiente, un enfermo que reclamaba tratamiento, o un experimentador que reclamaba quizá una medida educativa, fue sometido al derecho penal.

Se los ignoró, a sabiendas de que la toxicomanía es una enfermedad que no puede ser resuelta por medio del derecho penal. "*A los enfermos hay que curarlos*" sostenía Molinario o positivistas como Eusebio Gómez, quienes negaban la represión de la toxicomanía afirmando que "*corresponde su tratamiento como entidad nosológica que la psiquiatría ha caracterizado con precisión*".

La acentuación del proceso criminalizador identifica la droga como factor de afirmación contra la sociedad, produciendo la asociación mediática droga/delincuencia.

² C.S.J.N.; Sentencia del 23/3/1978, *in re* "Colavini, Ariel Omar" L.L. 1978-B, 444, E.D. 77,496.

³ Exposición del senador Aguirre Lanari en el debate parlamentario de la Ley N° 23.737.

La droga representa la cultura de la desviación, la anormalidad, la delincuencia. La droga es el enemigo de la sociedad. Por ello, debe declararse la guerra al ejército que está detrás, aún cuando en esta guerra mueran muchos inocentes.

Y, vaya paradoja, esta identificación de adicto/delincuente impide un desarrollo serio de las políticas de educación, prevención, asistencia y tratamiento, dando origen a una legislación esquizofrénica que desconoce los más elementales principios del objeto de su regulación.

Tal es el caso de las medidas de seguridad previstas para el tenedor de estupefacientes para uso personal, caso en el que si la adicción que tiene es tan grave que le impide curarse -esto es, cuanto más grave es su enfermedad- el Estado ordena continuar con el proceso penal para imponerle una pena. Este es el dato más elocuente de una política criminal irracional que confunde gravemente los fines que presiden el ejercicio del poder punitivo (ver Artículos 17, 18 y 19 de la vigente Ley N° 23.737)⁴.

Se recuerda que la Fundación Soros, integrada por seiscientos treinta intelectuales de todo el mundo, entre ellos nada menos que ocho premios Nobel, presentó el 8 de junio de 1998 en la Cumbre de Nueva York, un programa para una política de drogas más justa y eficaz en el que se instaba la no persecución del consumo y la derogación de las legislaciones que violen garantías legales.

En la misma línea, más de sesenta jueces españoles efectuaron una crítica demoledora contra el prohibicionismo en materia de drogas.

Asimismo, la Decisión Marco adoptada por los países miembros de la Unión Europea en 2004 exige respecto de sus países miembros, la uniformidad de la legislación represiva y la descriminalización de la tenencia para consumo personal.

John Fialator, ex Director adjunto de la Oficina de Narcóticos de los Estados Unidos, el famoso BNDD, decía: ***"mis años de experiencia profesional me han convencido de que las leyes represivas no resolverán nunca el problema de la toxicomanía. Cuando se prohibió la marihuana en los años 30 contábamos con no más de 50.000 fumadores en todo el país. Después de cuarenta años de una represión muy dura, la comisión del Congreso encargada de una encuesta sobre la marihuana nos informa que veinticuatro millones de americanos la han probado al menos una vez... Estoy convencido que una legislación sobre la marihuana,***

⁴ En este sentido crítico, deben mencionarse los Documentos Oficiales del Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja sobre "La Reforma Integral a la Ley de Estupefacientes y la Identificación de Políticas Sociales", del 25 de junio de 2008 y la "Fiscalización de Precursores Químicos y Sustancias Químicas para fabricar estupefacientes", del 21 de abril de 2009; la "Declaración de Magistrados de la República Argentina ante la reforma de la ley de estupefacientes" de fecha 2 de marzo de 2009 y el "Documento de magistrados sobre políticas públicas en materia de Drogas y Derechos Humanos. Declaración de Oporto julio del 2009".

provista de un control comparable al que está en vigor para el alcohol, es inevitable".

Las críticas vertidas en los párrafos que anteceden han sido en general aceptadas por el fallo dictado por la C.S.J.N. en la causa "*Arriola, Sebastián*" del 25 de agosto de 2009. Allí se han fijado los principios fundamentales a los que debe someterse la política criminal en la persecución del tráfico de drogas en un Estado de Derecho democrático. Obsérvese:

- a) Ha dicho la Corte que en el largo período en que se incriminó la tenencia de estupefacientes para consumo personal, con el propósito de combatir más fácilmente las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios, el mismo no se ha cumplido.
- b) En muchos casos, los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.
- c) No corresponde ejercer el poder punitivo del Estado en base a la mera peligrosidad de las personas, rechazando su aplicación por la mera posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos.
- d) Ninguna de las Convenciones de Naciones Unidas sobre lucha contra el narcotráfico compromete a los Estados a criminalizar la tenencia para consumo personal (de los votos de los ministros Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda).
- e) El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello: ...no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados de "peligro abstracto"...
- f)el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real, que se deberá establecer en cada situación concreta, siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.
- g) ...debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto.
- h) ...Esta Corte reitera esta necesidad de combatir el tráfico de drogas, no a través de la persecución penal de sus propias víctimas, los consumidores, sino de los distribuidores (del voto del Ministro Ricardo Lorenzetti).
- i) ...la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática.

j) ...En ese cometido, no debe soslayarse que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que la doctrina establecida en los precedentes mencionados se ha elaborado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Que la reforma mencionada –junto con nuevas concepciones a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud– condujeron a un desarrollo en el concepto del derecho a la salud en un grado tal que permiten observar que, de haber contado con ese instrumento, bien pudo ser distinta la respuesta en los precedentes que hoy se revisan. En efecto, el derecho a la salud se encuentra reconocido con jerarquía constitucional merced a los tratados incorporados por el Artículo 75, inciso 22 y el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad obligándose "hasta el máximo de los recursos".

k) Desde esta perspectiva se asume claramente que **"la adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados"** (con énfasis agregado en el original).

l) ...las normas antes mencionadas establecen, en uno de los aspectos que aquí importan, que tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga, deben otorgar cobertura médico asistencial respecto de los **riesgos derivados de la drogadicción** (artículo 1º de la ley 24.455 y 1º de la ley 24.754) (énfasis agregado en el original).

m) ...en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen. (Del voto del Ministro Dr. Carlos S. Fayt).

n) ...(La Corte Suprema resuelve) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. (Del voto del Ministro Dr. Enrique Santiago Petracchi).

o) ...entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes) (Del voto de la Ministra Dra. Carmen M. Argibay).

En este mismo tono crítico, se encuentran dos documentos elaborados por quienes trabajan a diario con esta norma, los operadores del sistema judicial:

En la "Declaración de Magistrados de la República Argentina ante la reforma de la ley de estupefacientes"⁵, varios de los operadores del sistema judicial argentino han puesto de manifiesto las falencias que ha generado la vigencia de la Ley N° 23.737; alentando en este aspecto la urgente reforma de la misma a los efectos de compatibilizarla con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados por la reforma de 1994.

En tal sentido, advierten que desde el año 1926, con la aprobación de la Ley N° 11.331 y salvo períodos muy cortos, la sanción penal se direccionó hacia los consumidores y, particularmente, a los últimos eslabones de la cadena de comercialización. No hubo, en proporción, la misma dedicación hacia las organizaciones de tráfico ilícito que, en muchos casos, recibieron protección política, administrativa y judicial. Asimismo, resaltaron la ausencia total del Estado en la regulación efectiva del mercado de medicamentos en general y de estupefacientes y psicotrópicos en particular.

En efecto, desde otra perspectiva, la prohibición del consumo a través de la represión de la tenencia de estupefacientes margina al usuario de drogas y condiciona su contacto con las instituciones sanitarias u otros organismos de asistencia social, ya que los identifica con la agencia policial, representándose el peligro concreto de ser detenidos. Esto resulta, asimismo, violatorio del derecho al acceso a la salud, el que sólo es posible, como lo ha señalado el Comité del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación 14), si los miembros de una población tienen a su alcance establecimientos bienes y servicios que lo posibiliten.

Lo expuesto no ha hecho más que ratificar que la política vigente en materia de drogas no solamente no ha disminuido el tráfico ni el consumo sino que por el contrario ambos siguen en alza.

En idéntica sintonía se encuentra el documento elaborado por los Magistrados latinos, conocido como la "Declaración de Oporto"⁶. En este documento se enfatiza que las políticas públicas en materia de drogas han demostrado ser un rotundo fracaso, ya que no han logrado los fines pretendidos de la disminución del consumo de sustancias estupefacientes, como tampoco han llegado a criminalizar a las grandes organizaciones criminales.

Ante ello, advierten que el Estado se desentiende de los espacios propios de control estatales: el control y fiscalización de precursores químicos, el mercado de medicamentos, el sistema institucional y el sistema financiero, como, por otra parte, la

⁵ "Declaración de Magistrados de la República Argentina ante la reforma de la ley de estupefacientes". 2 de marzo de 2009.

⁶ "Documento de magistrados sobre políticas públicas en materia de Drogas y Derechos Humanos. Declaración de Oporto". Julio de 2009.

fijación o cumplimiento en el tiempo de políticas preventivas, educativas o de implementación de penas alternativas.

De lo enunciado se desprende que la pretendida solución de un problema social complejo a través del sistema penal, resulta violatoria del derecho al acceso a la salud. Resaltan, asimismo, que toda persona consumidora de drogas debe gozar del efectivo derecho a la salud y que, ante ello, es necesario reemplazar el concepto de reducción de daños.

Consideraciones generales sobre el proyecto de ley.

El proyecto que se somete a consideración propone emplazar una política criminal de persecución del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes realista y ajustada a las necesidades de nuestro país. Ello así porque la mal llamada "guerra contra las drogas", que en los Estados Unidos se inició a fines de los años 60, durante la presidencia de Richard Nixon, exhibe hoy día un rotundo fracaso, a pesar de que su presupuesto inicial de SEIS MILLONES DE DOLARES (U\$S 6.000.000) ha aumentado en proporción geométrica.⁷

A tal fin, se han incorporado nuevas técnicas de legislación en la materia, propiciando un aumento de la punibilidad respecto de la organización y financiamiento de este calamitoso y sórdido negocio, al que se castiga con la misma pena que el homicidio simple.

En la dirección señalada, se prevén penas de OCHO (8) a VEINTICINCO (25) años de prisión para el tráfico industrial o mayorista, solucionando el error en el que incurre la vigente Ley N° 23.737, en cuanto equipara la punibilidad de conductas delictivas que revisten diferente grado de daño social.

Teniendo en cuenta que los delitos que se tipifican en esta ley son delitos de peligro y que el objeto del mismo está constituido por sustancias cuyo daño social resulta innegable, se ha decidido que todas reciban el mismo tratamiento legal. La dirección en la que se proyecta el peligro captado por la ley es tan poco determinada que se recurre a la categoría de los delitos de peligro abstracto sin hacer distinciones entre los distintos tipos de drogas, como se dijera.

El tráfico de estupefacientes y precursores químicos destinados a su producción y fabricación, además de afectar la salud pública, ofende en algunos casos el control fiscalizador de la Aduana, razón por la cual se han reformulado las prohibiciones contenidas en el Código Aduanero relativas a esta materia para adecuarlas al proyecto en consideración.

⁷ La propia Oficina de la Casa Blanca admite que aquél país es el mayor consumidor mundial de cocaína y marihuana y está entre los grandes de heroína según datos publicados por la Oficina de Política de Control de Drogas (ONDCP) de la Presidencia de los Estados Unidos, que pueden consultarse en Internet en la dirección <http://www.whitehousedrugpolicy.gov/drugfact/retail/retail.pdf>.

Existe consenso en que la sustancia estupefaciente debe ser sometida a control estatal por los efectos dañinos que produce su uso poco responsable; por ello también se sanciona el proselitismo o apología del uso de estupefacientes ilegales, agravándose la pena cuando dicha conducta se cometiere a través de medios masivos de comunicación social.

No se castiga penalmente la conducta del usuario privado de sustancias estupefacientes ya que ello, además de violar expresas garantías y principios constitucionales (como ser, el Principio de Reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional), importaría utilizar el derecho penal para castigar conductas autodegradantes.

El derecho penal no puede emplearse para prevenir los daños que una persona se cause a sí mismo. No pueden penalizarse pragmas no conflictivos más allá de la voluntad del titular del bien jurídico cuando el sujeto ejerce su facultad de disposición sin afectar a terceros (Schüneman, Zaffaroni). La postura contraria, como se dijo, es incompatible con la concepción del ciudadano capaz de formarse un juicio y adoptar decisiones en forma autónoma, aún cuando puedan derivarse autolesiones (Vbg. conducir sin casco, esquiar sobre hielo, escalar, etc.).

El ciudadano no debe temer que, ante la asunción de estos peligros, el Estado intervenga con la pena, en una clara actitud paternalista que desconoce que sólo está legitimado a intervenir para prevenir daños a terceras personas (ver el voto de la Dra. Carmen Argibay en el caso "Arriola").

La pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del artículo 19 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL⁸.

Tal como señala Hefendehl, ***"los delitos de peligro abstracto deberían, además, ser aquellos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar (Zufallsbeherrschung). La intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores constituye un ejemplo de parcela predestinada a la aplicación de la figura del peligro abstracto"***. Sólo puede penalizarse una conducta cuando ocasiona un daño a un tercero.

El principio del daño fue introducido por primera vez por Stuart Mill en su ensayo de Filosofía Social y Política "On Liberty" (1859). Según ese principio limitador de la libertad, ***"el comportamiento humano sólo debería ser punible cuando conlleve un***

⁸ Ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. "Derecho Penal, Parte General"; Editorial Ediar; Año 2000; Pág.476.

Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal, Parte Especial"; Editorial Ariel Derecho; Año 1991; Pág. 234.

daño para terceros" ("harm to persons other than the actor"). Ello no constituye una razón ni necesaria ni suficiente para la prohibición bajo pena de una conducta, pero con su aplicación pueden quedar excluidos del Derecho Penal aquellas conductas que o bien sólo conllevan daño para el agente o bien sólo vulneran representaciones morales, por cuanto su incriminación atentará contra el presupuesto de la libertad"⁹.

Las conductas prohibidas por esta ley deben afectar la salud de un grupo indeterminado de personas -"Salud Pública"- motivo por el cual, cuando lo que está en juego es la salud del sujeto, el derecho penal debe retirarse, dejando la respuesta en manos de políticas sociales que resultan mucho más efectivas. No debe olvidarse en este sentido, que la moral no constituye un bien jurídico que pueda tutelarse penalmente (Zaffaroni). El derecho penal no crea los bienes jurídicos sino que ellos son creados por otras instancias del ordenamiento jurídico (Constitución, Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos).

Cuando se trata del uso privado de estupefacientes deben tenerse presentes las célebres palabras de Hommel: **"No debe uno dejarse enredar por charlas morales y buscar la gravedad del delito en algo distinto de los daños que origina para la sociedad, única y exclusivamente. Nuestra regla es ésta: cuanto más penoso es el resultado que ha causado un hecho a la existencia común, más punible resulta. Si no ha tenido un efecto negativo en la comunidad, es indiferente, o, por lo menos, no será objeto de las leyes penales civiles.**

Casarse con la hermana es un pecado para los cristianos pero no un injusto civil, ilícito o injusto designa sólo aquello a través de lo cual ofendo a alguien. Puede ser algo vergonzoso, puede ser algo pecaminoso, y, sin embargo no ser civilmente un delito"¹⁰.

En mérito a estos principios, se castiga la exhibición intencional del uso de estupefacientes en lugares públicos dado que dicha conducta trasciende a terceras personas.

Algo similar ocurre con el delito de tenencia de estupefacientes, como acto preparatorio del comercio, cuando la cantidad detentada exceda un uso personal.

En este sentido, Sebastián Soler, en el Proyecto de 1960, desincrimina la tenencia de cantidades que no excedan un uso personal. Y añade **"obsérvese que la ley dice un uso, con lo cual en modo alguno queda autorizado el acopio bajo el**

⁹ Ver Hnmacher, et al (Eds) *Zur Aktualität der Ethik Spinozas*. Año 2000, Pág. 234, ss, citado por Kahlo, Michael "Sobre la relación entre el concepto de Bien Jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal", en Hefendehl Roland, "La Teoría del Bien Jurídico, Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de Abalorio dogmático". Editorial Marcial Pons; Barcelona; 2007; citado en Págs. 53-68.

¹⁰ El llamado prólogo de Hommel a la obra inmortal del marqués de Beccaria, citado por Schüneman "El Principio de Protección del Bien Jurídico", en Hefendehl, citado en Pág. 204.

***pretexto de ser toxicómano el tenedor de cantidades apreciables...Nada impide, en efecto, que un toxicómano además de serlo, posea drogas en cantidades que abarquen o puedan abarcar no sólo el vicio propio sino también vicios ajenos, y que por tal motivo sea punible. El tema de la tenencia es grave, pero claro"*¹¹.**

Si bien es cierto que, como sostiene Enrique Bacigalupo, en el caso de un consumidor de vinos, éste puede elegir comprar botellas de una en una o bien acopiar en su bodega particular una cantidad más o menos indefinida de botellas, sin que sea posible deducir de ello, si piensa o no comerciar con vino¹², no es menos cierto que ello introduce una gran imprecisión, tal como se observa en legislaciones como la española, al quedar una amplia franja gris en la que algunas veces se afirma la punibilidad y en otras se rechaza. Consecuentemente, la tenencia de una cantidad apreciable de sustancia estupefaciente debe ser penalizada como conducta anticipatoria del tráfico ilícito.

No cabe duda de que, como ya se dijo, el tratamiento compulsivo destinado a deshabituarse el uso de estupefacientes no puede arrojar resultados positivos. Menos aún en la versión de la Ley N° 23.737, que reconoce el carácter de enfermedad de la tóxico–dependencia pero, por otra parte, obliga al órgano jurisdiccional a continuar con la persecución penal cuando el agente no se cura. El deseo irreprímible al consumo, cuando el agente se transforma en adicto, es considerado por doctrina calificada como un caso de no culpabilidad (exigibilidad), una suerte de trastorno transitorio.¹³ En el derecho argentino vigente el proceso penal debe continuar hasta la eventual condena.

Las medidas de seguridad, educativas o curativas deben aplicarse por jueces civiles, de familia o menores en los supuestos previstos por la normativa pertinente, no por el juez penal, motivo por el cual se han suprimido en este proyecto en coincidencia con lo dispuesto por la C.S.J.N. en el caso "Arriola".

Las respuestas más eficaces para enfrentar las toxicomanías son las políticas de prevención, asistencia y tratamiento orientadas a la deshabituación y a la minimización de los efectos negativos del consumo. La supresión de la respuesta penal en modo alguno puede interpretarse como legalización del uso de sustancias estupefacientes.

Queda prohibido disponer la detención del causante cuando la tenencia esté destinada al consumo personal atento a la no punibilidad de esta conducta. Se reafirma, no obstante, el carácter antijurídico de la posesión de drogas, cuya sanción es el decomiso, cuando la conducta trasciende a terceros, excediendo la esfera privada del

¹¹ Soler Sebastián "Derecho Penal Argentino". TEA; T° IV; Pág. 575.

¹² Bacigalupo, Enrique "Estudios sobre la parte especial de Derecho Penal", Problemas dogmáticos del delito de Tráfico de Drogas; 2da edición; Akal/lure; Madrid; 1994; págs 153 y ss.

¹³ Bacigalupo, Enrique, op.cit. pág 167.

sujeto. El bien jurídico sigue tutelado penalmente únicamente cuando se ocasiona un daño a un tercero.

En el ámbito del proceso penal, se regula la incorporación de los testigos de identidad protegida, en la convicción que su aporte puede resultar esencial a los efectos de desbaratar organizaciones criminales destinadas al tráfico de drogas. No obstante, se garantiza el derecho de defensa en juicio de los imputados al asegurarse el interrogatorio contradictorio con el testigo de cargo.¹⁴

En la misma dirección, se incorpora la figura del agente encubierto con un margen de actuación más acotado material y temporalmente, con lo cual se disipan las objeciones que le había dirigido la doctrina a este instituto.

Del mismo modo, se prevé que el imputado que colabora con la investigación permitiendo el secuestro de estupefacientes o la identificación de partícipes o coautores, sólo podrá gozar de una atenuación de la pena, no de su exención. Además, la información que suministre deberá referirse a sujetos que tengan un grado de responsabilidad más grave en el injusto que el suyo propio, con lo cual se corrige el desacierto de la regulación vigente.

La exención de la pena o su reducción, por debajo del límite legal, se limita a aquel imputado cuya colaboración permita desbaratar una organización o identificar al organizador, director o administrador de la red de producción, fabricación, comercialización o distribución nacional o internacional de estupefacientes.

En suma, el proyecto disipa las críticas más agudas que recaen sobre la vigente Ley N° 23.737, adecuándose de un modo armónico a la regulación legal que sobre la materia han promovido algunos países vecinos del hemisferio sur (Brasil, Uruguay y Chile), en la inteligencia de que ello permitirá dar una respuesta más racional al acuciante problema del tráfico ilegal de estupefacientes.

¹⁴ Se ha resuelto que es contraria a las exigencias derivadas de la CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción del derecho de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad (TEDH, caso "Kostovski" del 20/11/89): esta descalificación puede aplicarse en la Argentina a los "testigos de identidad reservada". Si "ni el magistrado ni las jurisdicciones enjuiciadoras pudieron o quisieron oír al agente infiltrado y proceder a una confrontación destinada a comparar las declaraciones de éste con las alegaciones del acusado, y además, ni este último ni su abogado tuvieron en ningún momento del procedimiento ocasión de interrogarlo y arrojar dudas sobre su credibilidad.....los derechos de la defensa sufrieron limitaciones tales que el acusado no se benefició de un proceso equitativo. Hubo pues infracción del párrafo 3.d del art 6° en relación con el párrafo 1 del CEDH (TEDH, caso "Ludi", 15/6/92). Ver Cafferata Nores y Arditti Aida "Código del Procedimiento Penal de Córdoba"; comentario; Editorial Mediterránea; 2003 págs 220 y ss.

Situación sobre la demanda

Incidencia del consumo de alcohol y sustancias psicoactivas¹⁵

Dentro de este esquema, no puede dejar de considerarse que en la Argentina nunca fue posible estudiar las características del consumidor de sustancias con herramientas cuanti-cualitativas de las ciencias sociales, prescindiendo de la situación de criminalización de dichos consumidores a través de la sanción penal de la tenencia de estupefacientes, aún en pequeña cantidad y destinados al propio consumo¹⁶.

Los usos y consumos de drogas engloban una realidad social compleja, caracterizada por diferentes dimensiones: cultural, antropológica, moral, farmacológica, sanitaria, jurídica y económica.

Otro elemento a tener en cuenta es que, junto con las tradicionales drogas ilegales (enumeradas en el Decreto N° 722/91), existe una utilización problemática del alcohol de distintas graduaciones y calidades, claramente estimulado por las empresas respectivas para ganar el mercado joven y desbancar el predominio de las bebidas colas. No puede desconocerse que hay una utilización del alcohol alejada de todo hedonismo y ritual de integración, que tiende meramente a la incapacitación personal y la evasión¹⁷.

El problema sanitario relacionado con el consumo de sustancias, legales e ilegales, es relativamente reciente, a excepción de la temática del alcoholismo que se diagnosticó e investigó como problema de Salud Pública hace décadas y que, aún con marco legal específico, no ha disminuido en su consumo y abuso, estimulado desde un mercado que siempre busca el aumento de la masa de consumidores¹⁸.

¹⁵ Un estado de situación más profundo de la cuestión puede verse en el 3° Documento Oficial del Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja sobre los usuarios de drogas y las políticas públicas para su abordaje de fecha 6 de Agosto de 2009.

¹⁶ Hasta hace pocos años no existía ningún tipo de investigación sobre el tema (oferta y demanda). Recién en el año 2005 se creó formalmente el Observatorio, dependiente de la SEDRONAR, cuyo funcionamiento efectivo data de años anteriores. De hecho, previo a su institucionalización ya había realizado dos encuestas en 1999 y 2004 sobre consumo en población general y en 2007 llevó a cabo una tercera, pero estos trabajos no son comparables entre sí.

Sí son comparables y arrojan resultados que no alejan al país en sus consumos de la media internacional, tanto en drogas lícitas como ilícitas, la encuesta realizada por iniciativa del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos denominada "Encuesta Nacional sobre Prevalencias de Consumo de Sustancias Psicoactivas 2008 –ENPreCoSP – 2008", con la precedente del 2004 efectuada con la colaboración del SEDRONAR y el INDEC.

La Encuesta Nacional de Prevalencia de Consumo de Sustancias Psicoactivas –ENPreCoSP 2008, relevó 51.000 hogares, siendo el trabajo más exhaustivo que se haya realizado por su dimensión (más del 90% de la población nacional). Trabajaron en ella todas las direcciones de estadísticas provinciales. La metodología utilizada fue similar a la encuesta de hogares y a la de factores de riesgo. Los datos obtenidos de la prevalencia del consumo de sustancias psicoactivas en la población de 16 a 65 años son los siguientes: Tabaco 76,2%; Alcohol 52,6%; Marihuana 6,9%; Tranquilizantes 3,5%; Cocaína 2,1%; Estimulantes 0,8%; Inhalables 0,6%; Éxtasis 0,4%; Pasta Base 0,2%.

¹⁷ Las encuestas sobre consumo realizadas, escasas y no siempre comparables entre sí muestran una supremacía del consumo de alcohol (en torno al 70%), muy superior al de las drogas ilegales.

¹⁸ Debe tenerse presente que el impacto socio sanitario del alcohol es infinitamente superior al de todas las drogas sumadas, con una gravitatoria incidencia en los delitos y hechos de sangre, accidentología de

Mención aparte debe hacerse sobre la utilización generalizada por la población de medicamentos de venta libre, bajo receta y bajo receta archivada, estupefacientes y psicotrópicos generosamente suministrados por la industria farmacéutica y las diversas bocas de expendio en todo el país, acentuándose desde la década de los 90 la laxitud para su control efectivo¹⁹.

A diferencia de lo que ocurre en la Argentina, en los países centrales, en materia farmacéutica, el monopolio de la prescripción por la profesión médica y la dispensación por la farmacéutica es estricto y todo aquel que quiera utilizar drogas debe acudir al mercado clandestino. De aquí que hay que trabajar un tema muy importante: ¿por qué pudiendo recurrir a sustancias obtenidas en los canales legales de comercialización y en el botiquín de sus casas, muchos consumidores recurren a sustancias prohibidas, a veces de pésima calidad por su contaminación y alteración?

Aparece aquí una decisión de "trasgresión", a la que se contesta desde el sistema penal justamente con la conducta que se quiere provocar: surge a partir de allí la posibilidad de la "identidad trasgresora".

Una creciente cantidad de personas en el grupo de usuarios menores de treinta años sostienen una apropiación de las sustancias como parte de nuevos usos y costumbres, asumiendo erróneamente que las mismas no producen daño alguno en caso de exceso o prolongación de la ingesta, contrastando esos consumos con los del mundo adulto y desentendiéndose de las consecuencias legales.

El problema del abuso de sustancias como fenómeno o problema social global²⁰ es una configuración que se empieza a dar tres décadas atrás. Comienza con una extensión del uso no farmacéutico de psicofármacos y psicotrópicos, recibe la irrupción de la cocaína a mediados de los 80 y persiste con otras sustancias ("éxtasis",

locomoción y de trabajo, con un importante peso en el gasto público y privado, para intentar paliar sus secuelas, conforme el Informe Técnico del Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja sobre *"La Reglamentación de la Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo N° 24.788"*, del 11 de febrero de 2009. A su vez, el *"Informe Técnico de Política Criminal"* elaborado por la Dra. Mónica Cuñarro, señala que el consumo de alcohol provoca el 37 % de los accidentes de tránsito en hombres; el 47 % de homicidios y agresiones; el 3,2% de las muertes a nivel mundial y el 37% de los accidentes domésticos. Mientras que el 90% del ingreso de casos criminales en la justicia corresponde a los denominados delitos urbanos o delitos comunes. En las amenazas, amenazas de muerte, lesiones culposas, lesiones dolosas, daños, violencia doméstica, accidentes viales, accidentes en el trabajo, homicidios culposos, abusos de armas, algunos abusos sexuales en su mayoría – directa o indirectamente – tiene incidencia directa el abuso del consumo de alcohol, mucho más que el de las sustancias ilegales.

¹⁹ La Primera Cátedra de Toxicología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires ha advertido sobre las consecuencias negativas en la Salud Pública, generadas por la venta de medicamentos sin control y/o sin prescripción médica en el Documento *"Venta de Medicamentos fuera de la farmacia, publicidad y drogodependencia: relaciones peligrosas"* (preparado por el Dr. Carlos Damín, Titular de la Cátedra y por la Profesora Asociada, Dra. Beatriz Di Biasi). Por otra parte, un estudio llevado a cabo por el Departamento de Farmacología y Bioquímica de la Universidad de Maimónides, bajo la dirección del Dr. Marcelo Peretta, concluyó que mueren aproximadamente unas 21.000 personas por año por el mal uso de medicamentos de venta libre, de venta bajo receta o bajo receta archivada.

²⁰ Es decir, abarcativo de diversos sectores sociales, distintas locaciones y ámbitos socios geográficos, diferentes niveles étnicos, ampliación de los niveles de ingreso a edades más bajas.

inhalantes, pasta base o con sustancias espúreas con mínimas cantidades de clorhidrato de cocaína), incluso de menor calidad y en un ascenso constante, desde los 90 hacia aquí.

A lo anterior debe agregarse la aparición de focos de corrupción en las fuerzas policiales y de seguridad y en distintos estamentos del sistema judicial y político, ya sea traficando sustancias prohibidas o protegiendo redes de comercialización²¹.

A partir de la ley vigente (Ley N° 23.737 y sus reformas), la punición de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo (artículo 14, segunda parte), entre otras figuras (artículo 16), tiene como alternativa a la pena un conjunto de llamadas "medidas de seguridad curativas y educativas" durante el proceso y el juicio, pormenorizadamente reglamentadas en los artículos 16 a 22 y que inmediatamente se erigieron en paradigmas de la tutela de la salud de los dependientes. Una buena prueba de ello es que las Leyes N° 24.455 y 24.754, que imponen obligaciones de asistencia a las Obras Sociales y a las Empresas de Medicina Prepaga, mencionan los artículos de dicha ley. Queda así, en un segundo plano, la intervención de los Tribunales de Familia por cuestiones de padecimiento psíquico de personas que pudieran dañar su salud o la integridad física de terceros y que corresponderán en todos los casos en los que no se halla cometido ningún delito.

Del universo de personas que consumen sustancias, una inmensa mayoría no incurre en consumos problemáticos. Estos quedan reservados a sujetos que se hallan en una especial situación de vulnerabilidad bio-psico-social. A esta población, se llega con medidas preventivas seriamente planificadas y evaluadas, específicas y no específicas, en el ámbito del sistema educativo y en aquellos que impliquen la presencia y participación de personas especialmente jóvenes, aunque, desde luego, como es un problema de la comunidad toda, debería incluirse a todos sus miembros.²²

²¹ Conforme Informe Mapa Criminal U.F.I.D.R.O. (2006), elaborado por los Dres. Mónica Cuñarro y Carlos Rívolo; los Documentos Oficiales del Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja sobre "*La Reforma Integral a la Ley de Estupefacientes y la Identificación de Políticas Sociales*", del 25 de junio de 2008 y la "*Fiscalización de Precursores Químicos y Sustancias Químicas para fabricar estupefacientes*", del 21 de abril de 2009; la "*Declaración de Magistrados de la República Argentina ante la reforma de la ley de estupefacientes*" de fecha 2 de marzo de 2009 y el "*Documento de magistrados sobre políticas públicas en materia de Drogas y Derechos Humanos. Declaración de Oporto julio del 2009*".

²² Conforme Investigación de la Asociación Intercambios y la Universidad de Buenos Aires sobre la aplicación de la ley 23.737, durante los últimos veinte años, sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley 23.737 es por tráfico. Dos de cada diez son por tenencia simple. Siete de cada diez, jóvenes sorprendidos por un policía en la calle. El 75% de las causas o terminan en sobreseimientos – 40,6%– o son desestimadas o archivadas –26,9 por ciento–. Apenas el 0,7% terminaron en condenas. En trámite está casi el 30% y un 3,4% se resolvió con probation o tratamientos compulsivos. <http://criticadigital.com/tapaedicion/diarioentero514paraweb.pdf>

Otra investigación publicada en el mes de Agosto de 2009, realizada por especialistas de la Universidad de Buenos Aires sobre un total de 1.000 encuestados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, da cuenta de la opinión general de la sociedad sobre las drogas ilegales, su consumo y abuso, la forma mediante las cuales se obtienen las sustancias, cuales son las sustancias de iniciación, la raíz del consumo y la opinión respecto al debate sobre la despenalización.

En un grupo relativamente pequeño en proporción al universo de consumidores el uso adquiere características problemáticas. Aumenta cuantitativa y cualitativamente el consumo hasta no admitir proyectos de vida independientes. Su autonomía se encuentra seriamente comprometida. La ingesta por cualquier vía de la sustancia no proporciona placer (aunque se lo busque infructuosamente), sino que evita el displacer. Este conjunto de personas necesita tratamiento adecuado a las manifestaciones de su consumo patológico. Estas intervenciones asistenciales deben admitir, por lo tanto, alternativas múltiples, incluidas las estrategias de reducción de daños y riesgos que deben ampliarse a verdaderas construcciones del Estado y la Sociedad Civil con la participación de los sectores más específicos, como Salud, Educación, Trabajo, Desarrollo Social y otras dependencias que puedan contribuir, especialmente, en las áreas de mayor vulnerabilidad. El accionar conjunto debe redundar para el adicto en el desarrollo de sentidos de vida viables, con proyectos propios y colectivos sustentables²³.

Con relación al llamado "consumo no problemático", el hecho de consumir sustancias que no son inocuas, sean estas legales o ilegales, puede generar riesgos. Para estos casos deben preverse los mensajes preventivos de reducción de daños e incluso, soluciones del derecho administrativo sancionatorio para aquellas situaciones de exceso, que puedan causar daño a terceros, lo que ya está previsto en los códigos contravencionales.

Algunos juristas sostienen la necesidad de penalización del consumidor de drogas, a efectos de poder aplicar al usuario -y por un juez federal- los tratamientos coactivos curativos y las medidas educativas previstas en la Ley N° 23.737. Luego de 20 años de vigencia de estas intervenciones, es muy poco lo que se ha logrado.

Cuando una persona es procesada por un delito de posesión de estupefacientes para el propio consumo, puede tratarse de un consumidor ocasional que, en principio,

Con relación al modo de obtención de las sustancias ilegales, del resultado de la encuesta se desprende que el 47% de los encuestados cree que en el lugar en el cual se obtiene la droga más fácilmente es en el barrio; seguido por los boliches en un 23,2%, las fiestas 5,7%, los kioscos 5,5 % o el colegio 5,3%.

En referencia a la raíz u origen del consumo, el 33,3% de los encuestados estima que el consumo comienza cuando existen problemas familiares; seguido por considerar que se debe a la búsqueda de nuevas emociones (19,8%), presión del entorno (17,3%) y curiosidad un 14,4%.

Con respecto a las sustancias de iniciación, un 45,8% de los encuestados cree que la droga de iniciación de las clases bajas es el paco; mientras que en las clases medias o altas lo es la marihuana o la cocaína.

El 80,8% de los encuestados aseguró no haber consumido nunca sustancias estupefacientes ilegales. Un 17,7% reconoce haber consumido alguna vez una droga ilegal, un 2,6% admite que consume alguna droga regularmente y un 1,6 % admite realizarlo solo los fines de semana.

Por otra parte, el 43 % de los encuestados considera que las adicciones que más flagelan a los argentinos son el alcoholismo y el tabaquismo.

Con relación al debate de la despenalización del consumo de sustancias estupefacientes, un 53,7% de los encuestados manifestó su desacuerdo, mientras que el 32,8% se declaró a favor.

Un 38,5% de los encuestados reclaman leyes más estrictas con relación a la problemática del consumo, y un 32,2% reclaman más educación en las escuelas.

²³ Documento de los Sacerdotes para las Villas de Emergencia: *"La Droga en las Villas"*. Publicado en el Diario Clarín del 4 de abril de 2009.

no necesitaría tratamiento. Podría darse el caso que, desde el principio, concurriera a la entrevista forense con dos consignas de su abogado defensor: reconocerse consumidor, dependiente y solicitar tratamiento para después de muchos años ser alcanzado por la medida premial de supresión del antecedente (artículo 22) o, dado que se trata de un infracción menor, la recomendación podría ser la contraria, ocultar su estado para dejar funcionar los mecanismos penales y procesales, mucho menos lesivos que someterse a un tratamiento por tiempo indeterminado. Aquí aparece la primera interferencia grave del discurso penal en el discurso asistencial²⁴.

Si se lleva adelante un tratamiento, este superará con creces la gravedad de la infracción, la reinserción social con una causa penal se hace muy poco factible, las lógicas etapas de recidiva no siempre serán comprendidas por el juez penal, que carece de entrenamiento y de auxiliares calificados, a diferencia del Tribunal de Familia. Todo ello genera un "como si", gravemente deteriorante de la función judicial y de la función terapéutica.

Respecto de las personas con padecimientos psíquicos,²⁵ en general, la justicia civil prevé dos respuestas posibles, la asistencia y la interdicción o inhabilitación, de conformidad con el Artículo 482 del Código Civil. Al respecto, nuestro más Alto Tribunal, al resolver el caso "R.M.J. s/ insania"²⁶ manifestó expresamente que la internación debe considerarse excepcional. Es que si bien la razón de la norma es proteger a las personas con padecimientos mentales o con uso problemático de sustancias, dicha medida implica una clara injerencia estatal en la libertad y autonomía de aquellas.

Teniendo en cuenta la perspectiva desde los consumidores, esta cuestión ha quedado zanjada con la resolución del fallo "Arriola". Con relación a la vinculación con las políticas estatales atinentes a lo sanitario, el Dr. Lorenzetti efectúa la siguiente consideración: *"... Con relación al consumo, es cierto también que la adicción puede afectar la libertad personal, pero ello no justifica una intervención punitiva del Estado... Por esta razón es que se justifica que esta Corte, a la luz de la decisión que hoy toma, se vea en la obligación de hacer recordar a todas las instituciones el ineludible deber de*

²⁴ Los estudios forenses en general, poco aportan respecto del estado cualitativo de "dependencia física o psíquica", que establece la ley. Por ejemplo frente al consumo inyectable, era común deducir la sintomatología de las marcas, abscesos, infecciones, escaras etc., en diversas partes del cuerpo. Si se trata de un fumador de marihuana, un consumidor de éxtasis o un inhalador de cocaína, no sólo se confía en el relato de la persona sino que además se utilizan técnicas que *sólo* indican que la sustancia pasó por el cuerpo (rinoscopias, metabolitos de la cannabis etc.) pero para determinar un estado de dependencia hace falta mucho más: un estudio diagnóstico interdisciplinario cualitativo y especializado. Lo cierto es que sobre la base de ese escueto dictamen inicial, generalmente se disponen medidas de tratamiento de distinta injerencia en la libertad de las personas o medidas educativas de dudosa constitucionalidad, si las ordena un juez penal en el marco de lo previsto por el art. 21.

²⁵ En el informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) correspondiente al año 2009 se utilizan indistintamente los términos "personas usuarias de los servicios de salud mental", "personas con discapacidad mental" o "personas con discapacidad psicosocial" (pág. 359, nota 3). En este texto se utiliza además indistintamente: "usuarios", "usuarios problemáticos" y "abusadores".

²⁶ "Competencia n° 1195. XLII "R.M.J. s/insania" del 19 de febrero de 2008.

respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico; y a nivel nacional, la relevancia de aplicar una política de salud preventiva, información y educación y todo ello enfocado en los grupos más vulnerables, especialmente los menores. Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos...". (Considerando 19° último párrafo).

El Dr. Fayt desarrolla con mayor extensión las cuestiones atinentes al derecho a la salud, por un lado, y a las políticas sanitarias como deber positivo e ineludible para el Estado, por el otro. En este sentido, con una brillante exposición aclara cuales son los principales puntos que deben considerarse al efectuar una evaluación integral en la materia.

En primer lugar, aclara que *"...las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión..."* (Considerando 20, 1° parte). A tal efecto, afirma que no debe obviarse que *"...las drogas ilícitas siguen planteando un peligro para la salud de la humanidad" (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009)..."* (Considerando 20).

Pero, ante ello, considera que, si bien perseguir penalmente al consumidor es una *"grosera incongruencia"*; ello *"...no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática..."*. (Considerando 20).

En efecto, estos razonamientos lo conducen al convencimiento de que *"...no debe soslayarse, que a partir de lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, el Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido, claro está, dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:3229; entre otros)... Desde esta perspectiva se asume claramente que la **'adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados'** (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado)..."* (Considerando 22).

Se pone especial énfasis en el voto del Dr. Fayt ya que es quien imprime con la mayor claridad los lineamientos que deben guiar a aquellos que tengan a su cargo la gestión de políticas en la materia y, especialmente en este punto, en el aspecto sanitario, a la luz del derecho a la salud con el contenido que le asignan los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A razón de ello, expresa que "... Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario —y mediante nuevos modelos de abordaje integral— que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias..." (Considerando 22). "...tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones positivas por parte del Estado. En este entendimiento esta Corte ya ha afirmado que los legisladores han pretendido alcanzar con medidas de acción positiva la situación de aquellos afectados por patologías como el S.I.D.A. o la droga (conf. dictamen citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio). No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud..." (Considerando 24).

En este sentido, explica cuál es el alcance del contenido del derecho a la salud, estableciendo que "... [el derecho a la salud 'no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil'. Como su correlato se ha afirmado que normas como la ley 24.754 'pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias, asentar a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales y a recientes o potenciadas patologías' (dictamen de la Procuración General citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio)..."] (Considerando 25).

Al respecto, en el considerando 26 considera que "... si lo que siempre ha prevalecido —y debe prevalecer— es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia con el cambio acaecido a partir de la aludida reforma constitucional, que explícitamente incorpora a la salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación..." . Y de conformidad con estas consideraciones, manifiesta "... debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal. Declarar la inconstitucionalidad del castigo penal a un consumidor de drogas sólo importa admitir que la estigmatización e incertidumbre que supone verse inmerso en un proceso criminal constituye, también en este aspecto, una ilegítima intromisión a su señoría..." (Considerando 27).

Por último, resta citar la conclusión a la cual arriba el Dr. Fayt, por considerar trascendente su criterio, el cual no podrá obviarse de cara al futuro a la hora de repensar todas estas cuestiones:

En efecto, afirma que *"... la solución a la que aquí se arriba —teniendo en cuenta, además, que el consumo afecta en mucho mayor medida a aquellos sectores sociales postergados que no encuentran en su entorno grupos de contención efectivos—, conduce inevitablemente a advertir sobre la necesidad de establecer políticas públicas en materia de prevención, promoviendo la difusión de la información, la formación de los recursos humanos entre los profesionales de la salud y de la educación, el debate acerca de nuevos modelos de abordaje que fomenten a su vez la participación mediante un enfoque integral (familias, entornos y de contexto general) y en los que se invierta en evaluaciones de calidad cuyo marco conceptual se encuentre basado en el desarrollo humano. Asimismo, en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen. Por las razones expuestas, es que se justifica que esta Corte se vea en la obligación de hacer recordar a las autoridades —y a todas las instituciones— la relevancia de desarrollar a nivel nacional programas de salud que atiendan a las problemáticas aludidas y de ese modo dar validez y vigencia a los Tratados de Derechos Humanos a los que el país está vinculado. Paralelamente, los actores del sistema penal deberán extremar el uso de sus facultades para cumplir con el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico..."* (Considerando 31).

Estudio de la política criminal en materia de drogas.

Este material forma parte del libro "La política criminal de la droga en Argentina" realizado por el Comité Científico Asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja, y de la correspondiente actualización estadística al año 2011.

Poder Judicial de la Nación y Procuración General de la Nación.

Datos estadísticos

De la información vertida en las estadísticas realizadas tanto por el Poder Judicial de la Nación²⁷ como por la Procuración General de la Nación²⁸ se tomará para el análisis el período 2006-2011 para demostrar la incidencia que tienen las causas iniciadas y

²⁷ Fuente: Página del Poder Judicial de la Nación. <http://www.pjn.gov.ar/>

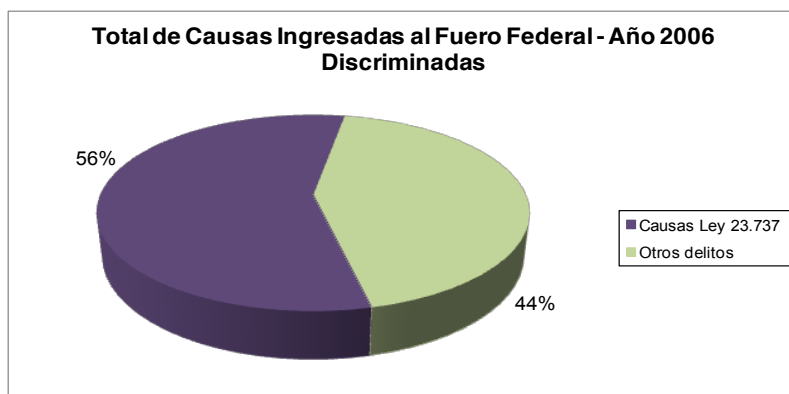
²⁸ Fuente: Página del Ministerio Público Fiscal de la Nación. <http://www.mpf.gov.ar/>

tramitadas por infracción a la Ley N° 23.737 en las investigaciones llevadas a cabo por Juzgados y Fiscalías del Fuero Federal.

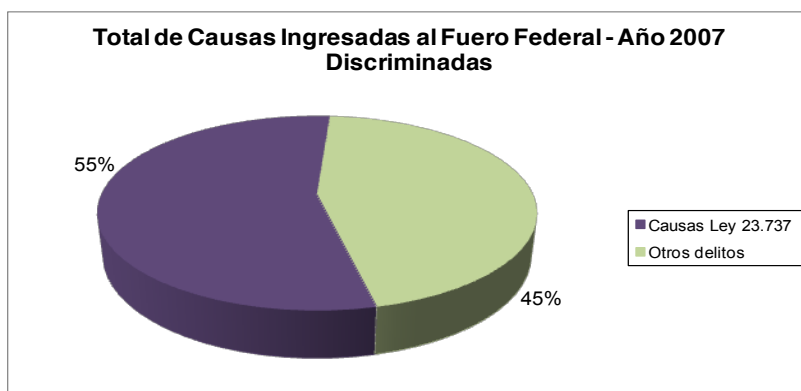
Causas ingresadas - Juzgados del Fuero Federal.

Período 2006-2011

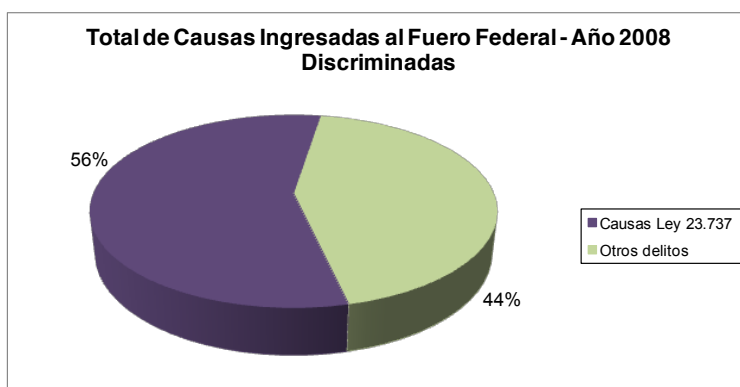
Las estadísticas aportadas por el Poder Judicial de la Nación* del año 2006 muestran que en los DOCE (12) Juzgados Federales, ingresaron 10.759 causas de estupefacientes cifras que representan un 56,4 % del total de las causas ingresadas al fuero federal.



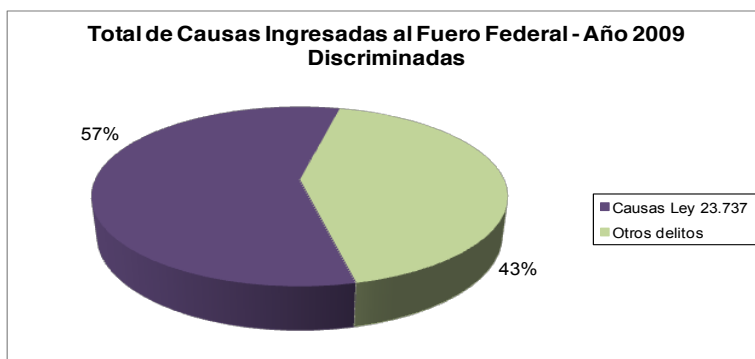
Las estadísticas del año 2007 exponen que en los doce Juzgados Federales, ingresaron 9.792 causas de estupefacientes, cifras que representan un 54,7% en el año 2007 del total de las causas ingresadas al fuero federal.



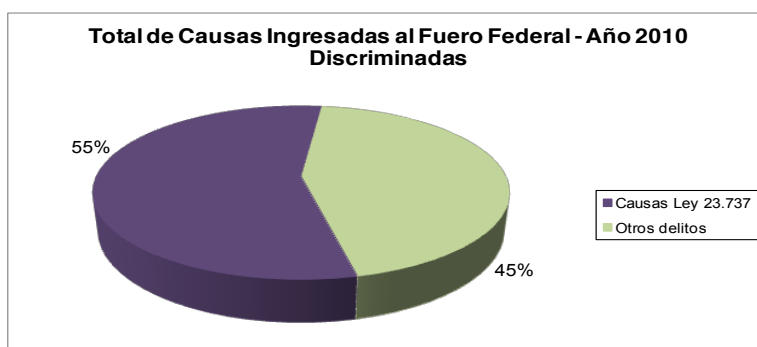
Respecto del año 2008, las estadísticas del Poder Judicial de la Nación indican que ingresaron al fuero federal 9.707 causas por infracción a la Ley N° 23.737, cifra que representa el 56,2% del total de causas ingresadas a los doce Juzgados Federales.



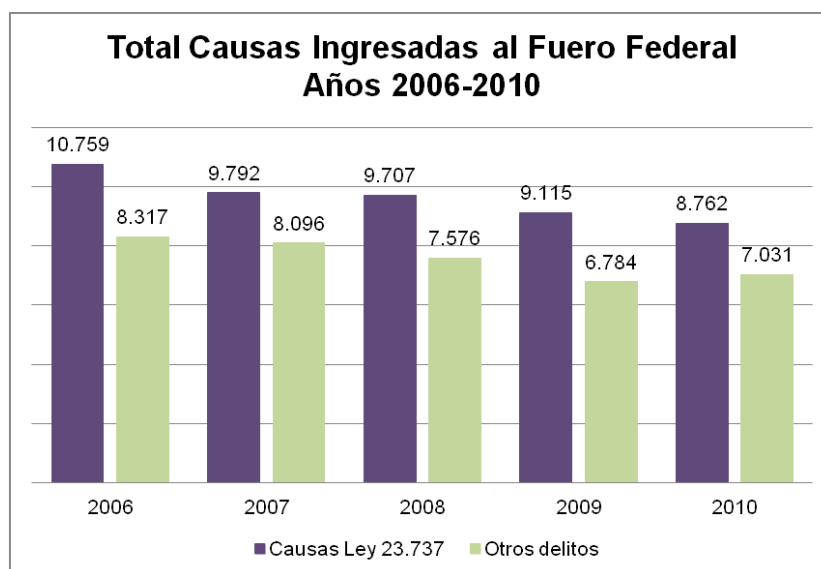
Para el año 2009, la información judicial releva 9.115 causas ingresadas en los doce Juzgados Federales en materia de estupefacientes, cantidad que constituye el 57,3% de la totalidad de causas ingresadas al fuero federal.



En lo que se refiere al año 2010, las estadísticas del Poder Judicial de la Nación indican que ingresaron al fuero federal 8.762 causas por infracción a la Ley N° 23.737, valor que significa el 55,5% del total de causas ingresadas a los doce Juzgados Federales.



El siguiente gráfico ilustra la evolución en el tiempo de las causas ingresadas al fuero federal por infracción a la Ley N° 23.737, en relación a la totalidad de causas ingresadas por otros delitos, para el período 2006-2010:

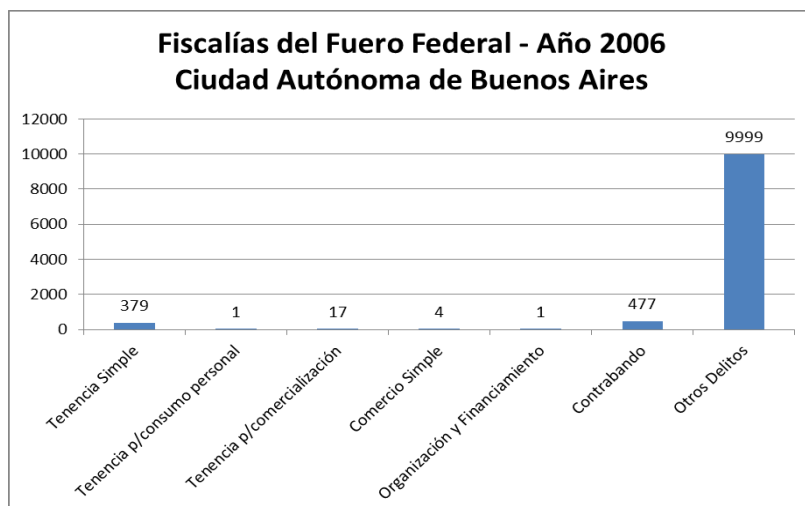


Ahora bien, del cruce de esta información con las estadísticas de la Procuración General de la Nación se observan las siguientes cifras por zona jurisdiccional:

Fiscalías del Fuero Federal - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Año 2006

En el transcurso del año 2006 se iniciaron 379 causas por tenencia simple, 1 por tenencia para consumo personal, 17 por tenencia con fines de comercialización, 4 por comercio simple, 1 por organización y financiamiento del tráfico ilícito de estupefacientes y 9999 por otros delitos en infracción a la Ley N° 23.737 (esta información no esta discriminada).

Por el delito de contrabando de estupefacientes ingresaron al fuero penal económico ingresaron en total 477 causas, siendo en general "mulas", es decir, personas que por encargo transportan los estupefacientes a través de las fronteras²⁹. A modo gráfico puede verse así:



* Fuente: Libro "La política criminal de la droga en Argentina", realizado por el Comité Científico Asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja.

Fiscalías del Fuero Federal con asiento en el Interior del país

Año 2006

Según surge de las estadísticas consultadas, en el año 2006, 1957 causas fueron por tenencia simple, 2979 por tenencia para consumo personal, 865 por tenencia con fines de comercialización, 554 por transporte de estupefacientes, 21 por transporte agravado de estupefacientes (artículo 11 inciso c), 3 por transporte agravado (artículo 11 inciso d, funcionario público), 22 por almacenamiento simple, 1 por almacenamiento agravado (artículo 11 inciso c), 28 por suministro gratuito simple, 38 por suministro gratuito agravado (artículo 11 inciso e), 377 por comercio simple, 39 por comercio agravado (artículo 11 inciso c), 277 por contrabando de estupefacientes y por otros delitos 1529 causas.

Fiscalías del Fuero Federal - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Año 2007

Para el período del año 2007, de la información disponible surge que se iniciaron 285 causas por tenencia simple, 20 por tenencia para consumo personal, 12 por

²⁹ Ver informe del Servicio Penitenciario Federal correspondiente.

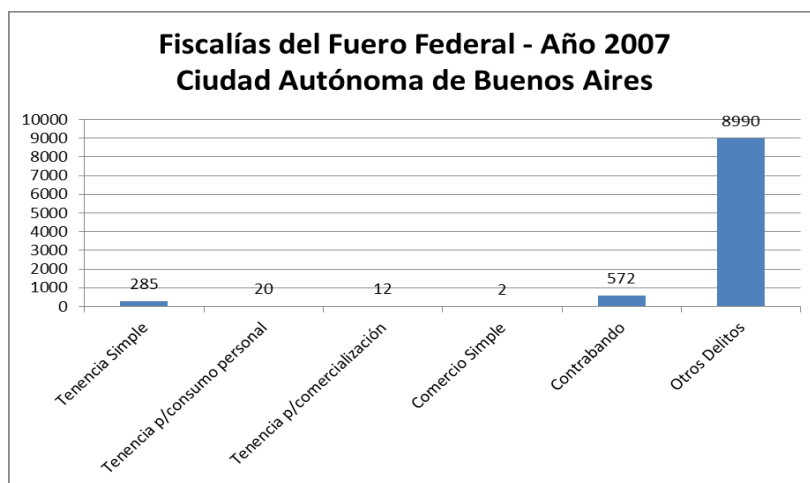
tenencia con fines para comercialización, 2 por comercio simple y 8990 por otros delitos en infracción a la ley 23.737 (esta información no esta discriminada).

Por los tipos penales de organización y financiamiento de tráfico, comercio agravado (artículo 11 inciso c), suministro gratuito simple, almacenamiento simple, almacenamiento agravado (artículo 11 incisos c y d), y transporte de estupefacientes no hay ninguna causa iniciada.

Con relación al delito de contrabando de estupefacientes, se registró el ingreso de 572 causas.

Esto da una muestra de que en el año 2007 vuelve a repetirse la situación descrita para el año 2006, siendo así que ingresaron al sistema judicial causas principalmente por tenencia de estupefacientes, realizándose sólo algunas investigaciones vinculadas al sistema de tráfico ilícito de estupefacientes. Es decir, que salvo casos puntuales la gran mayoría de los hechos tuvieron relación con tenencia de estupefacientes, ello como consecuencia de mantener una política criminal orientada a perseguir a los eslabones más débiles de la cadena.

A modo gráfico se muestra del siguiente modo:



* Fuente: Libro "La política criminal de la droga en Argentina", realizado por el Comité Científico Asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja.

Fiscalías del Fuero Federal con asiento en el Interior del país

Año 2007

De las estadísticas consultadas para el año 2007 se registró el ingreso a las fiscalías Federales del interior del país un total de 8.838 nuevas causas por infracciones a la Ley N° 23.737.

De la información disponible, surge que 2564 causas fueron por tenencia simple, 2869 por tenencia para consumo personal, 814 por tenencia con fines de

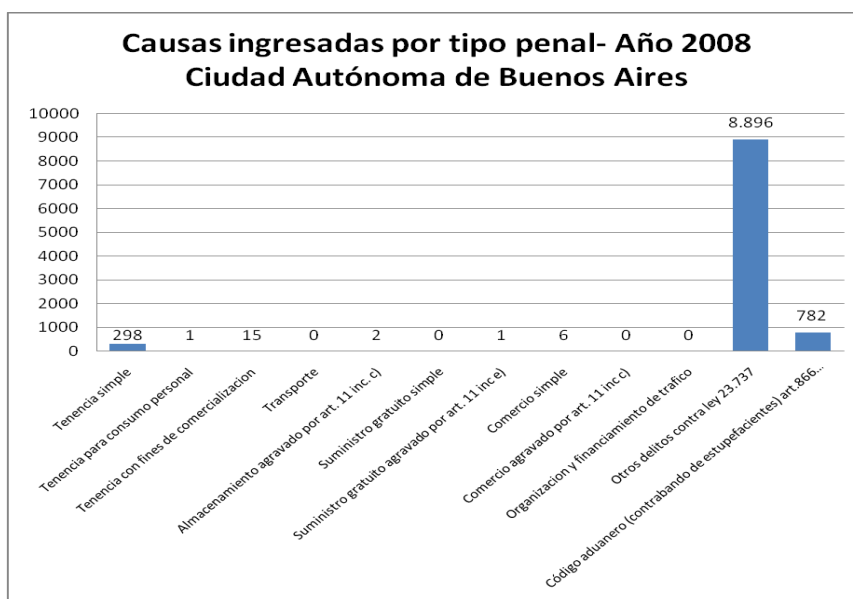
comercialización, 717 por transporte de estupefacientes, 9 por transporte agravado de estupefacientes (artículo 11 inciso c), 2 por transporte agravado de estupefacientes por art. 11 inciso d (figura del funcionario público), 23 por almacenamiento simple, 2 por almacenamiento agravado (artículo 11 inciso c), 21 por suministro gratuito simple, 34 por suministro gratuito agravado (artículo 11 inciso e), 437 por comercio simple, 27 por comercio agravado (artículo 11 inciso c), 4 por organización y financiamiento del narcotráfico, 193 por contrabando de estupefacientes y por otros delitos 1122 causas.

Fiscalías del Fuero Federal – Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Año 2008

En el transcurso del año 2008, se iniciaron 298 causas por tenencia simple, 15 por tenencia con fines de comercialización, 6 por comercio simple, 2 por almacenamiento agravado (artículo 11 inciso c), 1 por suministro gratuito (agravado por el artículo 11 inciso e), 1 por tenencia para consumo personal, y 8896 por otros delitos en infracción a la Ley 23.737 (esta información no está discriminada).

Con relación al delito de contrabando de estupefacientes, en este año ingresaron 782 causas en el Fuero Penal Económico.



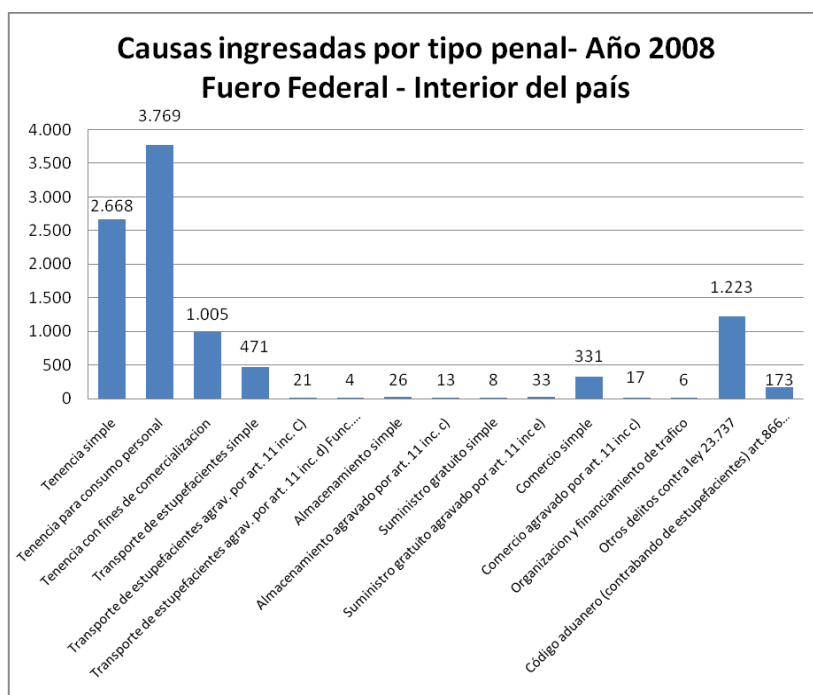
* Fuente: Libro aún inédito "La política criminal de la droga en Argentina", realizado por el Comité Científico Asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja.

Fiscalías del Fuero Federal con asiento en el Interior del país

Año 2008

De acuerdo a las estadísticas consultadas, en el año 2008, ingresaron 3769 causas por tenencia para consumo personal, 2668 por tenencia simple, 1005 por tenencia con fines de comercialización, 471 por transporte de estupefacientes simple, 331 por comercio simple, 33 por suministro gratuito agravado por el artículo 11 inciso e), 21 por transporte agravado por artículo 11 inciso c), 26 por almacenamiento simple, 17 por comercio agravado por artículo 11 inciso c), 8 por suministro gratuito simple, 6 por organización y financiamiento de tráfico, 4 por transporte de estupefacientes agravado por artículo 11 inciso d) (funcionario público), 1223 causas por otros delitos en infracción a la Ley 23.737 (esta información no está discriminada).

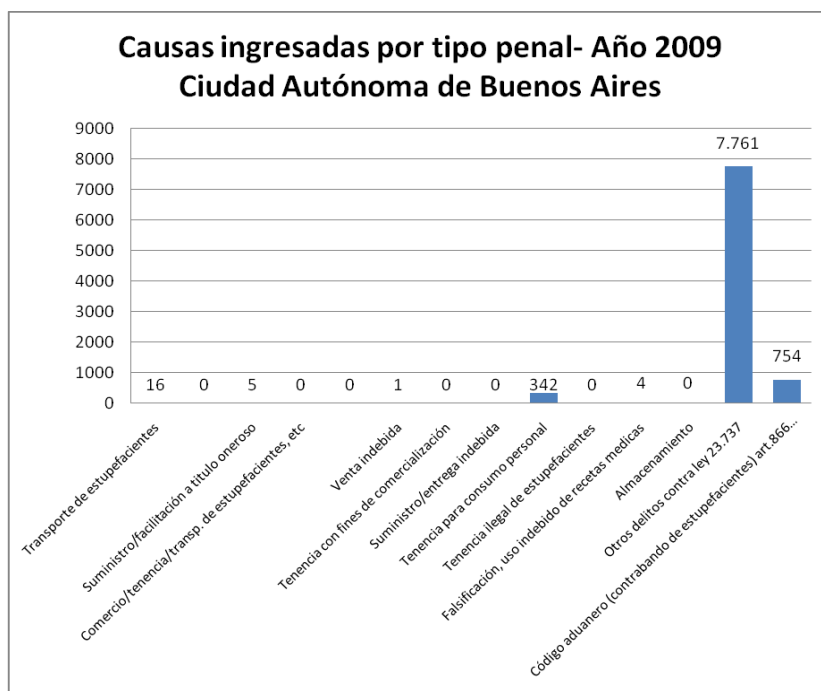
Por el delito de contrabando de estupefacientes ingresaron 173 causas.



Fiscalías del Fuero Federal – Ciudad Autónoma de Buenos Aires **Año 2009**

En el transcurso del año 2009 se iniciaron 342 causas por tenencia para consumo personal (artículo 14 inciso 2), 16 por transporte de estupefacientes (artículo 5 inciso c), 5 por suministro/facilitación a título oneroso (artículo 5 inciso e), y 7761 causas por otros delitos en infracción a la Ley 23.737 (esta información no está discriminada).

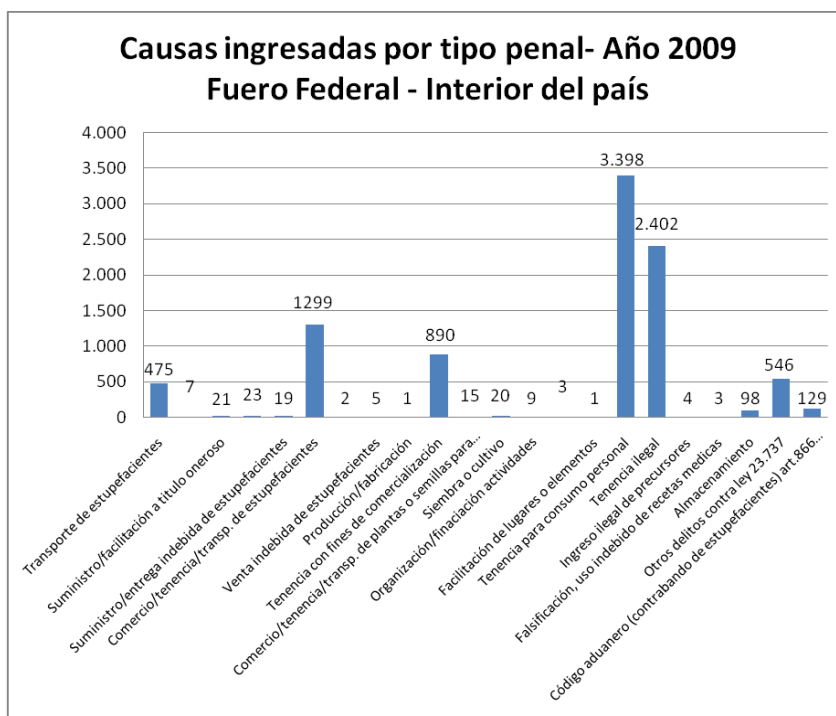
Por el delito de contrabando de estupefacientes, ingresaron 754 causas en el Fuero Penal Económico.



Fiscalías del Fuero Federal con asiento en el Interior del país

Año 2009

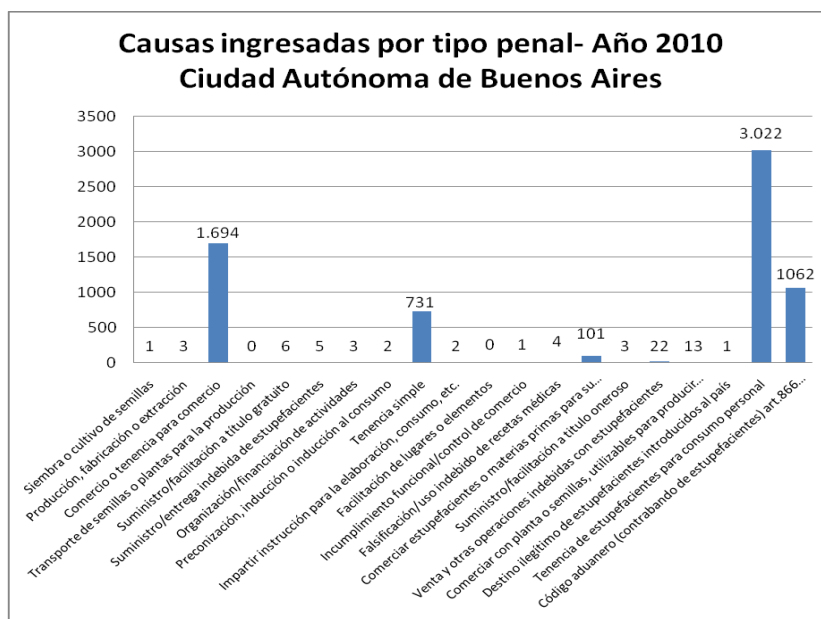
De acuerdo a las estadísticas consultadas, en el año 2009, ingresaron 3398 causas por tenencia para consumo personal, 2402 por tenencia ilegal de estupefacientes (artículo 14), 1299 por comercio/tenencia/transporte de estupefacientes (artículo 5 inciso e), 890 por tenencia con fines de comercialización (artículo 5 inciso c), 98 por almacenamiento de estupefacientes (artículo 5 inciso c), 23 por suministro gratuito agravado por artículo 11 inciso e), 21 por suministro/facilitación a título onerosos (artículo 5 inciso e), 20 por siembra o cultivo (artículo 5 inciso a), 19 por suministro/entrega indebida de estupefacientes (artículo 9), 15 por comercio/tenencia/transporte de plantas o semillas para producción de estupefacientes (artículo 5 inciso d), 9 por organización/financiación (artículos 5 y 6), 7 por transporte de estupefacientes agravado por el artículo 11 inciso c), 5 por venta indebida de estupefacientes (artículo 8), 4 por ingreso ilegal de precursores (artículo 24), 3 por falsificación/uso indebido de recetas médicas (artículo 29), 2 por comercio agravado por artículo 11 inciso c), 1 por producción/fabricación de estupefacientes (artículo 5 inciso b), 1 por facilitación de lugares o elementos (artículo 10), y 546 por otros delitos en infracción a la Ley 23.737 (esta información no está discriminada). Por el delito de contrabando de estupefacientes ingresaron 129 causas.



Fiscalías del Fuero Federal – Ciudad Autónoma de Buenos Aires **Año 2010**

En el transcurso del año 2010 se iniciaron 3022 causas por tenencia de estupefacientes para consumo personal, 1694 por comercio o tenencia para comercio de estupefacientes, 731 por tenencia simple de estupefacientes, 101 por comercio de estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenamiento o transporte, 22 por contrabando de estupefacientes, 22 por venta y otras operaciones indebidas con estupefacientes, 13 por comercio de plantas o semillas utilizables para producir estupefacientes, 6 por suministro/facilitación a título gratuito, 5 por suministro/entrega indebida de estupefacientes, 4 por falsificación/uso indebido de recetas médicas, 3 por producción, fabricación o extracción de estupefacientes, 3 por organización/financiación, 3 por suministro/facilitación a título oneroso, 2 por preconización o inducción al consumo de estupefacientes, 2 por impartir instrucciones para la elaboración, consumo, etc. de estupefacientes, 1 por incumplimiento de los deberes de funcionario público, y 1 por siembra o cultivo de semillas.

Por el delito de contrabando de estupefacientes ingresaron en este año 1062 causas en el Fuero Penal Económico.



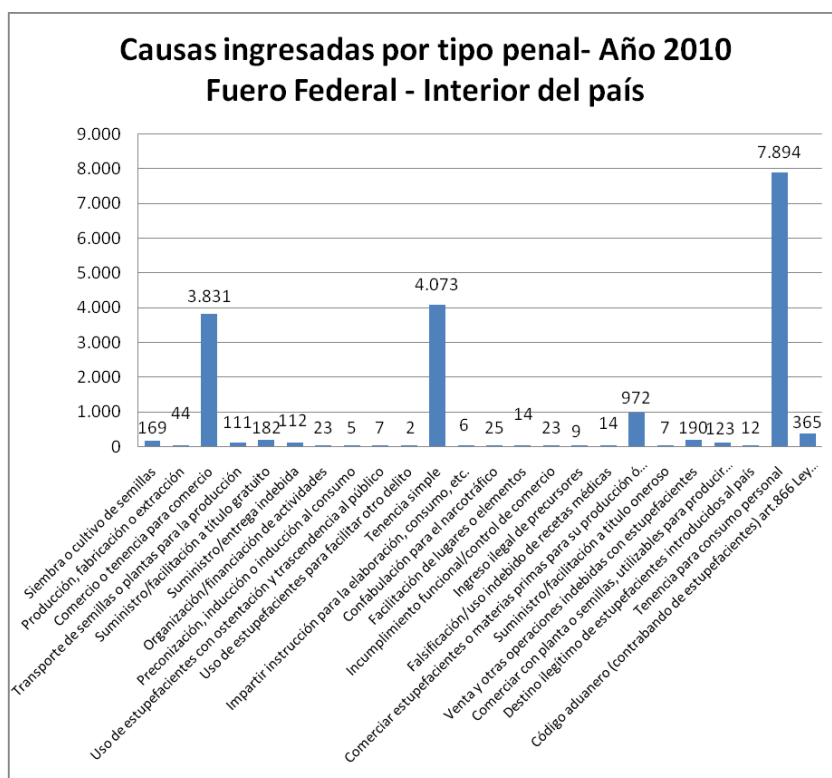
Fiscalías del Fuero Federal con asiento en el Interior del país

Año 2010

En el transcurso del año 2010, se iniciaron 7894 causas por tenencia de estupefacientes para consumo personal; 4073 por tenencia simple de estupefacientes; 3831 por comercio o tenencia para comercio de estupefacientes; 972 por comerciar estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenar o transportar; 190 por venta y otras operaciones indebidas con estupefacientes; 182 por suministro/facilitación a título gratuito; 169 por siembra o cultivo de semillas; 123 por comerciar con planta o semillas utilizables para producir estupefacientes, las tenga con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenar o transportar; 112 por suministro/entrega indebida de estupefacientes; 111 por transporte de semillas o plantas para la producción; 44 por producción, fabricación o extracción de estupefacientes; 25 por confabulación para el narcotráfico; 23 por organización/financiación de actividades; 18 por el artículo 23, 14 por facilitación de lugares o elementos; 14 por falsificación/uso indebido de recetas médicas; 12 por destino ilegítimo de estupefacientes introducidos al país; 7 por uso de estupefacientes con ostentación y transcendencia al público; 7 por ingreso ilegal de precursores; 7 por suministro/facilitación a título oneroso; 6 por impartir instrucción para la elaboración, consumo, etc. de estupefacientes; 5 por preconización o inducción al consumo de estupefacientes; 5 por incumplimiento de los deberes de

funcionario público; 2 por uso de estupefacientes para facilitar otro delito; 2 por infracción al artículo 24 y 1 por el artículo 25.

Por contrabando de estupefacientes se iniciaron 365 causas.



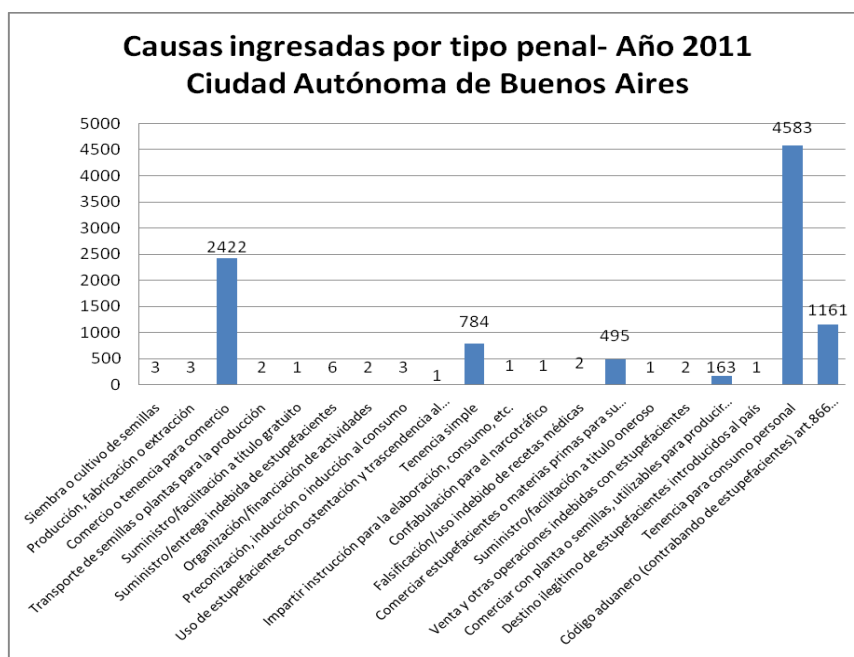
Fiscalías del Fuero Federal – Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Año 2011

En el año 2011 se iniciaron 4583 causas por tenencia de estupefacientes para consumo personal; 2422 por comercio o tenencia para comercio de estupefacientes; 784 por tenencia simple de estupefacientes; 495 por comerciar estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenar o transportar; 163 por comerciar con planta o semillas utilizables para producir estupefacientes, las tenga con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenar o transportar; 15 por contrabando de estupefacientes; 6 por suministro/entrega indebida de estupefacientes; 3 por siembra o cultivo de semillas; 3 por producción, fabricación o extracción de estupefacientes; 3 por preconización o inducción al consumo de estupefacientes; 2 por transporte de semillas o plantas para la producción; 2 por organización/financiación de actividades; 2 por falsificación/uso indebido de recetas médicas; 1 por

suministro/facilitación a título gratuito; 1 por uso de estupefacientes con ostentación y transcendencia al público; 1 por impartir instrucción para la elaboración, consumo, etc. de estupefacientes; 1 por confabulación para el narcotráfico; 1 por suministro/facilitación a título oneroso y 1 por destino ilegítimo de estupefacientes introducidos al país.

Por contrabando de estupefacientes se iniciaron 1161 causas en el Fuero Penal Económico.



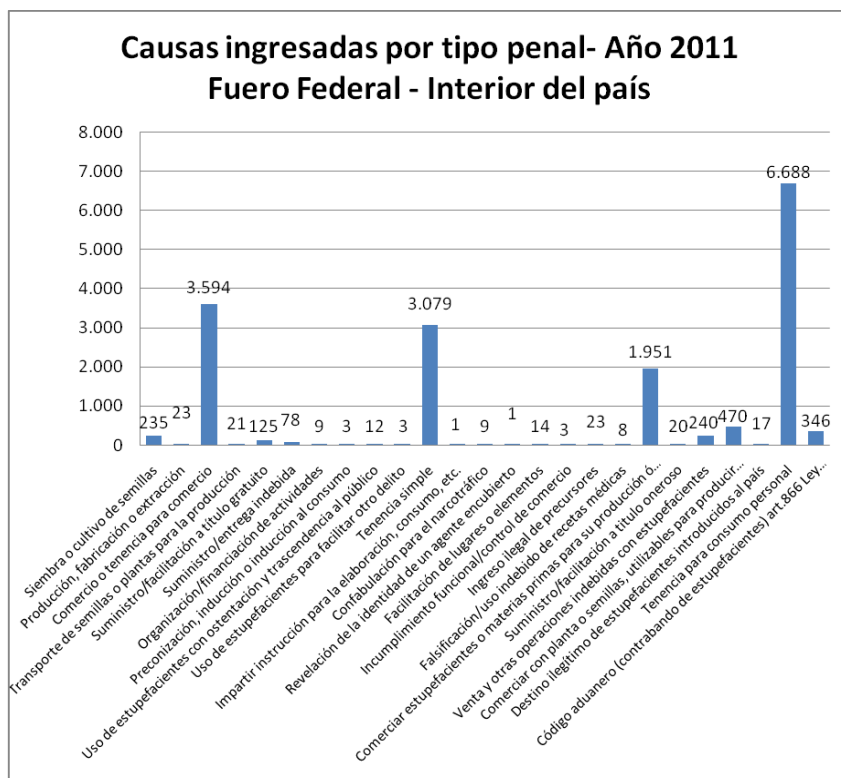
Fiscalías del Fuero Federal con asiento en el Interior del país

Año 2011

En el año 2011 se iniciaron 6688 causas por tenencia de estupefacientes para consumo personal; 3594 por comercio o tenencia para comercio de estupefacientes; 3079 por tenencia simple de estupefacientes; 1951 por comerciar estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenar o transportar; 470 por comerciar con planta o semillas utilizables para producir estupefacientes, las tenga con fines de comercialización, distribución, dación en pago, almacenar o transportar; 240 por venta y otras operaciones indebidas con estupefacientes; 235 por siembra o cultivo de semillas; 125 por suministro/facilitación a título gratuito; 78 por suministro/entrega indebida de estupefacientes; 23 por producción, fabricación o extracción de estupefacientes; 23 por ingreso ilegal de precursores; 21 por transporte de semillas o plantas para la producción; 20 por suministro/facilitación a título oneroso; 17 por

destino ilegítimo de estupefacientes introducidos al país; 14 por facilitación de lugares o elementos; 12 por uso de estupefacientes con ostentación y transcendencia al público; 9 por organización/financiación de actividades; 9 por confabulación para el narcotráfico; 8 por falsificación/uso indebido de recetas médicas; 3 por preconización o inducción al consumo de estupefacientes; 3 por uso de estupefacientes para facilitar otro delito; 3 por incumplimiento de los deberes de funcionario público; 1 por impartir instrucción para la elaboración, consumo, etc. de estupefacientes; 1 por revelación de la identidad de un agente encubierto.

Por contrabando de estupefacientes se iniciaron 346 causas.



Un análisis de la casuística referida arroja en conclusión que:

- La gran mayoría de los detenidos por causas de infracción a la Ley N° 23.737, son jóvenes y varones, los cuales en su mayoría no tienen el nivel secundario de educación completo.
- En su mayoría son detenidos en la vía pública, no son personas que registran antecedentes penales, no portaban armas al momento de la detención, y no fueron apprehendidos en ocasión de la comisión de un delito.

- Esto da la pauta de que, estos jóvenes no representan un peligro ya que no están afectando bienes jurídicos, no se trata de sujetos peligrosos.
- En el caso de las mujeres, según la información disponible, se conoce que también son jóvenes, en su gran mayoría con hijos pequeños, las cuales son tanto extranjeras como argentinas.
- De las mismas, gran parte se encuentran privadas de su libertad por el delito de contrabando de estupefacientes bajo la modalidad de "mulas", lo que corrobora que se trata del último eslabón de la cadena de narcotráfico.
- Ello completa el informe estadístico del Poder Judicial de la Nación y de la Procuración General de la Nación y afirma que la política criminal actual esta dirigida a la persecución y criminalización del eslabón más débil de la cadena del tráfico ilícito de estupefacientes.
- La etapa de investigación preliminar es en la que se advierten las mayores debilidades del sistema
- Mantener la resolución de la Procuración Nacional del ex procurador Agüero Iturbe significa un dispendio de recursos.
- El objetivo pretendido de la Ley N° 23.737 es un fracaso, pues nunca la prevención se dirige a aquél que vende, almacena, transporta, fabrica, ingresa al país, produce estupefacientes.
- Hay pocos casos en los que se hayan efectuado investigaciones sobre la cadena de distribución, y siquiera se llega al segundo nivel de las organizaciones criminales.
- Esta situación se ve agravada en el interior del país, lo que es preocupantes sobretudo en zonas sensibles al narcotráfico, como Salta, Misiones, Santa Fe y provincia de Buenos Aires.

Consideraciones

Luego de la lectura de los gráficos precedentes, y del cruce de la información obtenida de las estadísticas del Poder Judicial de la Nación y la Procuración General de la Nación; puede dilucidarse que existe un alto porcentaje de trabajo de los Jueces y Fiscales del Fuero Criminal y Correccional Federal subsumido por las conductas tipificadas en la Ley N° 23.737.

Esta situación, objetivamente, configura un elemento que denota que la Justicia Criminal y Correccional Federal utiliza gran parte de sus recursos en perseguir delitos leves, como la tenencia simple y la tenencia para consumo personal.

En síntesis, si tomamos el cien por cien del ingreso al sistema judicial por infracción a la Ley N° 23.737, las estadísticas indican que sólo un promedio ínfimo

concluyen en la realización de Juicio (ya sea juicio abreviado o el plenario) y consecuentemente en el dictado de una sentencia.

En este aspecto debe señalarse que, así como hay una política de judicialización de delitos de baja intensidad, aún no existen investigaciones relacionadas a los bienes decomisados en las condenas recaídas, con el cruce de datos pertinente con otras fuentes que permitan determinar el origen de esos bienes y su posible vinculación con delitos vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y, eventualmente, al lavado de activos de origen ilícito.

No se persiguen las rutas y no hay información que permita su concentración y cruce. Este dato objetivo que se repite en la actividad del Poder Judicial y del Ministerio Público debería revertirse. Para ello, es necesario tener cuerpos periciales propios, contar con los recursos estatales que permitan coordinar y centralizar la información.

De los resultados obtenidos en las estadísticas mencionadas, resulta evidente que el sistema judicial actúa en más de la mitad de las causas judiciales en delitos de poca relevancia y que, por ende, el mayor porcentaje de ingresos son por tenencia simple, para consumo personal, comercio simple y contrabando de estupefacientes (bajo la modalidad de "mulas").

Esta situación genera la desviación de los recursos judiciales en este tipo de delitos y no profundiza en la investigación de delitos de carácter complejo como es el tráfico ilícito de estupefacientes y las redes de crimen organizado que se encubren tras de él. Es abismal la desproporción entre el número de causas que ingresan al sistema judicial por infracción a la Ley N° 23.737 y la posterior realización de juicios orales.

Asimismo, dentro de los períodos estudiados, tanto de los datos disponibles como de los gráficos, resulta innegable la enorme incidencia que tienen dentro de las causas ingresadas, las elevadas a juicio y las condenas dictadas por el tipo penal de tenencia, tanto simple, como para consumo personal o con fines de comercialización.

Se observa, por ejemplo, que las causas ingresadas al fuero por organización y financiamiento representan un número relativamente menor en comparación a las ingresadas por tenencia, comercio simple o suministro, ello a pesar de que la Argentina es un país de tránsito y, por ello, pueden realizarse serias investigaciones en relación al transporte o contrabando de estupefacientes.

Esto indica que, mientras se desvían los recursos judiciales en causas de poca relevancia -que por lo general concluyen en sobreseimientos y absoluciones por problemas de tipicidad, y conflicto con derechos y principios de carácter constitucional como el principio de reserva y el de legalidad- se desorienta la persecución penal del verdadero eje: la prevención y la eliminación del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Informes del Servicio Penitenciario Federal

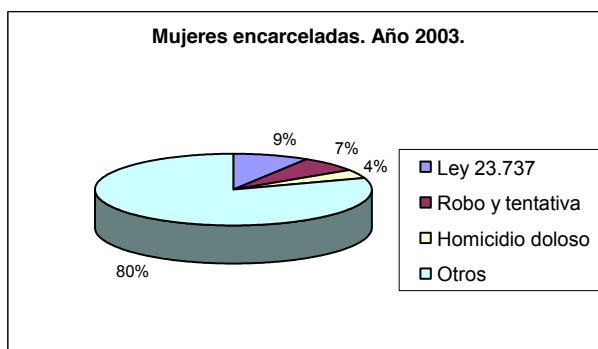
Datos de suma relevancia a tener en cuenta y que evidencian la aplicación de la Ley N° 23.737 se han obtenido de los informes del Servicio Penitenciario Federal, aportados por su entonces Director, Alejandro Marambio Avaria. Dicha información completa el análisis del fenómeno de un modo integral, ya que, junto con el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal y las Fuerzas policiales y de seguridad conforman todo el segmento que interviene, tanto en la etapa previa como en la posterior.

Del análisis de las estadísticas a la que se ha tenido acceso, surge que los delitos relacionados con la ley de drogas ocupan el segundo lugar entre los delitos por los que las personas se encuentran encarceladas.

Obviamente, en muchos casos se trata del denominado caso de las "mulas", es decir, aquéllas personas que llevan en su cuerpo la droga para, principalmente, pasar las fronteras del país, resultando así que su conducta es típica debido a que se adecua al tipo penal de contrabando de estupefacientes previsto en el artículo 866 del Código Aduanero. Esto demuestra que se criminaliza al eslabón más débil de la cadena del Narcotráfico.

El caso de las mujeres detenidas resulta paradigmático y reñido con los derechos humanos.

En el año 2003, 819 mujeres se encontraban privadas de su libertad – en prisión preventiva o en cumplimiento de pena privativa de libertad - en relación a causas de estupefacientes. Debe destacarse que es el delito principal por el que la población femenina es privada de su libertad, seguido por el delito de robo y tentativa de robo, en 632 casos, y homicidio doloso en 358. Este dato es relevante, ya que en la población total, el delito que más privaciones de libertad origina es el de robo y tentativa de robo en 26.777 casos, seguido de homicidio doloso en 6.635 casos y en tercer lugar, los relacionados con la ley de estupefacientes con 3.900 casos.



* Fuente: Libro "La política criminal de la droga en Argentina", realizado por el Comité Científico Asesor en materia de control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja.

Del estudio del fenómeno, se detecta que las mujeres detenidas en relación a estos delitos cumplen esencialmente dos roles: en relación al comercio o tenencia con fines de comercialización, se trata de mujeres pobres que trabajan en su casa y se dedican a la venta por menudeo de estupefacientes y, en relación al delito de transporte, se trata de extranjeras, con hijos, "mulas", por lo que el móvil se relaciona con un objetivo de tipo económico familiar.

Es decir que, en la actualidad, se criminaliza mayoritariamente estos casos puntuales, en los que la marginalidad y la pobreza son protagonistas.

Conclusiones

En virtud del análisis efectuado, tanto de las estadísticas oficiales como de los fallos que emanan de los operadores judiciales, puede afirmarse que la Ley N° 23.737 presenta enormes fallas técnicas.

Por un lado, se observa que del gran caudal de causas que ingresa al sistema judicial, sólo un pequeño porcentaje es elevado a Juicio. Es decir que un gran número de las causas iniciadas son concluidas por diversas modalidades procesales, como son el sobreseimiento, el archivo, la desestimación, la prescripción, etc.

Por otra parte, de este gran caudal de causas iniciadas, la gran mayoría es por delitos de menor relevancia, como la tenencia simple, la tenencia para consumo personal, la tenencia con fines de comercialización y el pequeño comercio. De este modo, cuando las mismas ingresan al sistema, son desestimadas por cuestiones técnicas deficitarias de los tipos penales de la ley, como por ejemplo la falta de tipicidad, la no afectación del bien jurídico tutelado, la incompetencia, la falta de acción, etc.

No es menos cierto que la norma no satisface la supuesta finalidad de tutela, como así tampoco, aquellas de fijar la política criminal y avanzar sobre los niveles más altos de las organizaciones criminales.

Esta situación debe confrontarse con la realidad del fuero criminal y correccional federal, que invierte la mayor parte de sus recursos económicos y humanos en la investigación de delitos de menor envergadura, cuando lo más adecuado sería asignarlos a la investigación integral del fenómeno a gran escala que representa el narcotráfico y el crimen organizado.

Por ello, tampoco puede obviarse que este fenómeno permite que prolifere la producción, fabricación, venta, distribución y el posterior desvío de precursores químicos al mercado ilegal, generando una total y absoluta ilegalidad del mercado de drogas en tanto no existe ningún tipo de fiscalización y control por parte del Estado.

Situación Jurisprudencial

Para concluir un análisis integral de la cuestión, es imprescindible incluir el precedente "Arriola Sebastián y otros s/ causa" (Letra A.891.XLIV, de fecha 25 de agosto de 2009) emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha implicado una modificación sustancial de la postura del Poder Judicial:

Esta causa que arriba al Tribunal cimero, reconoce su origen en lo informado por el Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que de distintas actuaciones sumariales labradas en esa dependencia por infracción a la Ley N° 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido contacto en forma esporádica con una finca donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes al menudeo.

Dichos sumarios generaron la instrucción de causas vinculadas al delito de tráfico de estupefacientes y, posteriormente, todas ellas fueron elevadas a la instancia procesal del debate oral.

Estas causas, concluyeron finalmente en sentencias condenatorias respecto de todos los imputados involucrados, ya fuera por la comercialización de estupefacientes, o bien por la mera tenencia de estupefacientes para consumo personal; ante lo cual se interpusieron los respectivos recursos, que posteriormente denegados originaron la queja sobre la cual se pronunció la Corte Suprema.

El Máximo Tribunal, en su voto general - unánime, comienza su análisis respecto a la compatibilidad de la figura típica de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal, afirmando que la postura asumida en los precedentes "Bazterrica" y "Capalbo" era la más adecuada a un Estado de Derecho, ya que la misma respeta el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos. En este sentido, avaló su posición en torno a la afectación al principio de reserva con transcripciones del fallo "Bazterrica" y del voto en disidencia del juez Petracchi en "Montalvo".

En este aspecto, la Corte manifiesta que el Tribunal, llamado nuevamente a reconsiderar la cuestión, decide apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente, y afianzar la respuesta constitucional del fallo "Bazterrica", y que ello obedece a que, si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de "Montalvo" y "Bazterrica", lo cierto es que, habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, debe dar las razones de este nuevo cambio.

Por ello, se afirma que luego de veinte años de vigencia de la Ley N° 23.737, y en consecuencia de la doctrina sentada en el precedente "Montalvo", ha quedado demostrado que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba dicho precedente han fracasado. En efecto, allí se sostuvo que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el

comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios. Esto no se ha cumplido, pues tal actividad criminal, lejos de haber disminuido, se ha acrecentado notablemente y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

La realidad ha demostrado que no sólo ha fracasado la persecución del narcotráfico mediante la persecución de los consumidores, sino que el tráfico ilícito ha aumentado notoriamente.

Debe tenerse en cuenta, además, que al momento de dictarse el fallo "Montalvo", los instrumentos internacionales de derechos humanos aún no gozaban de jerarquía constitucional.

"...Los tratados internacionales... reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos -y en lo que aquí interesa- el derecho a la privacidad, que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de 'autonomía personal', a nivel interamericano se ha señalado que 'el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones' (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en 'Bazterrica' (Del considerando 17).

Asimismo, se involucra el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), que guarda más compatibilidad con la solución postulada en "Bazterrica". En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo se opone a que sea tratado utilitariamente.

Afirma el Máximo Tribunal que *"...Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y "Montalvo", respecto de la conveniencia, como*

técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico..." (Del 18° considerando, último párrafo).

A su vez, ratifica que *"...No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización..."* (Del considerando 19, segundo párrafo).

Y en este orden de ideas, destaca que la jurisprudencia a nivel internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo por la supuesta peligrosidad de las personas.

Con relación a ello, en el fallo se destaca que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Constitución de 1853, en otros, le ha dado más vigor y, en otros casos, realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como "bien común", "orden público", "utilidad pública", "salubridad pública" e "intereses nacionales" (artículo 22 inc. 3°, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3°, 14, 19 inc. 3° b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos), y es por ello que se afirma que los tratados de derechos humanos establecen una protección mínima debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcritos, es más amplia.

Asimismo, la Corte recuerda que, entre los principios consagrados a nivel internacional, se encuentra el principio *"pro homine"*, el cual implica que *"...De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera 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)..."* (Considerando 23).

Por otra parte, recalca que ninguna de las convenciones vigentes en materia de estupefacientes obliga al Estado argentino a criminalizar la tenencia para consumo personal, considerando asimismo que la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) incluye a los usuarios de estupefacientes dentro de los principios básicos de las prácticas alternativas a la prisión.

En adición, niega rotundamente que el fallo implique la legalización de la droga y afirma vehementemente que *"... frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico."*

A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (artículo 36 de la Convención)..."

Concluye pues, sustentando que *"...después de la reforma constitucional han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte — algunos de los cuales hemos citado aquí—, que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente "Bazterrica" encaja cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente 'Bazterrica'..."* (Considerando 30, 1° párrafo).

Ello implica que las conductas realizadas bajo ciertas circunstancias que no afectan a un tercero están amparadas por el precepto del artículo 19 de la Carta Magna.

Por último, es dable destacar que el Tribunal cimero en su resolución unánime exhorta *"...a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país..."*. (Del punto II de la parte resolutive del fallo).

Es menester dejar en claro que esta consideración se repite en todos los votos y la misma da cuenta del compromiso institucional asumido por el Máximo Tribunal en orden al respeto de los principios y derechos más fundamentales, en este caso en particular, el principio "pro homine", la dignidad y el derecho a la salud.

A continuación, se citaran los puntos más significativos de los votos de cada uno de los miembros del Tribunal:

El primer voto, del Dr. Lorenzetti, destaca la cuestión que la interpretación adecuada del artículo 19 de la Constitución Nacional *"... constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea..."*; *"...No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad..."* y *"...La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros..."*. (Considerando 11, puntos A, C y D del voto).

Asimismo, remarca la necesidad de exhortar a las Instituciones para que implementen medidas efectivas para el combate preventivo de la drogadicción. Estos criterios encuentran fundamento suficiente en la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que las leyes de drogas tipificaron como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin que se legislara, en forma global y sistemática, sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes o adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición.

En tal punto, concluye con la afirmación de que la protección de la esfera de la privacidad personal no habilita la intervención punitiva del Estado fundada en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o participe de delitos.

Seguido se encuentra el voto del Juez Fayt, cuya nota destacable es la argumentación de su cambio de postura en cuanto a la penalización de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal que mantuvo en los precedentes "Bazterrica", "Capalbo" y "Montalvo", oportunidades en las cuales afirmó que la presunción de peligro en que se asentaba la figura descripta por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger.

No obstante, ante ello, Fayt declara *"...Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana..."* (Ultimo párrafo del considerando 12 del voto); *"...En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se **ha vuelto irrazonable** una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la*

exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía personal..." (Último párrafo del considerando 13 del voto).

El Juez Fayt desarrolla esta cuestión, afirmando que *"...Que los datos de la realidad han permitido demostrar que las razones pragmáticas en las que se sustentaba la doctrina establecida en las disidencias de "Bazterrica" y "Capalbo" y mantenida en el "Montalvo" (Fallos: 313:1333) respecto del nuevo texto legal, han perdido virtualidad. Como se adelantó, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con su comercio y arribar a resultados promisorios (considerando 26 del último fallo citado) que no se han cumplido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente..."* (Considerando 14 del voto).

En este punto, destaca que *"... [lo] cierto es que una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra —como se dijo— un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga **carácter preeminente al señorío de la persona —siempre que se descarte un peligro cierto para terceros—**, sin desentenderse, a su vez, de la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes (especialmente quien abusa en su utilización)..."* (Del considerando 16 del voto).

"... Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc. En rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479)..." (Del último párrafo del considerando 17).

Y, en este punto, remarca la cuestión de la prisión por este tipo de criminalización, ya que *"...Precisamente, teniendo en cuenta que el poder punitivo no se manifiesta sólo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada y la existencia de condiciones carcelarias adecuadas (cfr. "Maldonado", voto del juez Fayt, Fallos: 328:4343), cabe advertir que quien padece una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo. Dicha situación produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto —o su reemplazo— con las anomalías propias que implica*

acceder a ellos en un lugar de encierro. Por tanto, antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava..." (Del considerando 19 del voto) y al respecto afirma que "... **es indudablemente inhumano criminalizar al individuo...**" (Del considerando 20).

Ante esta situación, afirma que "... la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática...", "... Que la reforma mencionada —junto con nuevas concepciones a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud— condujeron a un desarrollo en el concepto del derecho a la salud en un grado tal que permiten observar que de haber contado con ese instrumento, bien pudo ser distinta la respuesta en los precedentes que hoy se revisan. En efecto, el derecho a la salud se encuentra reconocido con jerarquía constitucional merced a los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22 y el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad obligándose "hasta el máximo de los recursos"..." (Considerandos 20 y 21 del voto).

"... Finalmente no debe soslayarse, que a partir de lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, el Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido, claro está, dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684;323:3229; entre otros)..." (Considerando 22 del voto).

Por último, resalta que "...en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen..." (Considerando 31 del voto).

En igual sentido se desarrollan los votos de los Ministros Zaffaroni y Argibay, quienes destacan la plena vigencia del ámbito de autonomía personal consagrado en el artículo 19 frente al poder punitivo del Estado, en particular en las cuestiones referidas a la criminalización de aquellas personas que tuvieran estupefacientes en una cantidad destinada al consumo personal.

De los argumentos vertidos en el fallo, impregnados de una calidad jurídica destacable y que representan un gran avance a nivel jurisprudencial en la materia, se desprende con claridad que se ordena:

- adecuar la legislación a fin de cumplir con los presupuestos que el Máximo Tribunal ha sentado;
- modificar la política criminal vinculada al narcotráfico, orientándola a la persecución de los hechos graves y

- propugnar políticas de salud preventiva, de asistencia e inclusión, enfocadas sobre todo en los grupos más vulnerables, bajo la proyección del sistema legal de derechos humanos y garantías contenidos tanto en nuestra Constitución, como así también en los tratados internacionales que actualmente poseen jerarquía constitucional.

Por tanto, en orden a los fundamentos expuestos, y atento a que nuestro Máximo Tribunal ha ordenado readecuar las políticas públicas en la materia, solicito a mis pares que apoyen el presente proyecto.

Se iniciará, así, el camino hacia una política racional en materia de represión del tráfico ilícito de estupefacientes, respetuosa de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina.

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS
DE LA NACIÓN ARGENTINA, REUNIDOS EN CONGRESO,...
SANCIONAN CON FUERZA DE
LEY:

I.- Preparación, producción, suministro y comercialización de estupefacientes.

ARTÍCULO 1º.- El que:

- a) Siembre o cultive plantas destinadas a producir o fabricar estupefacientes o guarde semillas de las mismas aptas para tal finalidad;
- b) Adquiera la tenencia o guarde precursores químicos, materias primas o elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes;
- c) Produzca, fabrique o extraiga estupefacientes;
- d) Comercie con estupefacientes, los tenga con fines de comercialización, los almacene, transporte, o distribuya, será penado:
 - 1. Con prisión de OCHO (8) a VEINTE (20) años cuando se trate de una actividad que, por su magnitud y demás circunstancias, se corresponda con el accionar de un grupo delictivo organizado nacional o transnacional.
 - 2. Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años en los restantes casos.

ARTÍCULO 2º.- En cualquiera de los casos del artículo 1º la escala penal podrá reducirse a la mitad del mínimo y del máximo cuando el autor cometa el hecho como subordinado. No son punibles las acciones prescriptas en el inciso a) del artículo anterior cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiera que están destinadas al consumo personal y no se ponga en peligro la salud de terceros.

ARTÍCULO 3º.- El que organice, dirija o administre una red de producción, fabricación, comercialización o distribución, nacional o internacional, de estupefacientes será penado con prisión de OCHO (8) a VEINTICINCO (25) años.

ARTÍCULO 4º.- Se penará con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años a quien, sin autorización legal, ingrese, egrese o acumule en zonas de fronteras delimitadas por la autoridad competente, precursores químicos o materias primas con la consecuencia posible de que sean destinados a la producción, cultivo o fabricación de estupefacientes sin destino legítimo. Si estas conductas se ejecutaren a sabiendas de que los precursores químicos van a utilizarse en la producción, cultivo o fabricación de

estupefacientes, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de prisión, si no resultare un delito más severamente penado.

ARTÍCULO 5º.- El que tuviere en su poder estupefacientes que excedan un consumo personal será penado con UNO (1) a TRES (3) años de prisión. No es punible la adquisición y tenencia de estupefacientes cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera que está destinada al consumo personal y no se ponga en peligro la salud de terceros.

Tampoco es punible la tenencia y consumo de hojas de coca en su estado natural, destinada a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión.

ARTÍCULO 6º.- La entrega, suministro, aplicación o facilitación a título gratuito de cualquier estupefaciente será penada con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, salvo que tuviese lugar en ocasión del propio consumo y en escasa cantidad.

ARTÍCULO 7º.- Será reprimido con las penas del artículo 1, inciso d) el que introdujere al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o materias primas destinadas a su producción o fabricación efectuando una presentación correcta ante la DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS y posteriormente alterara ilegítimamente su uso.

Si los hechos fueren realizados por quien desarrolle una actividad cuyo ejercicio dependa de autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

II- Proselitismo.

ARTÍCULO 8º.- Será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años quien públicamente hiciere apología del uso de estupefacientes. La pena será de UNO (1) a CUATRO (4) años cuando el delito se cometa por medios masivos de comunicación social.

ARTÍCULO 9º.- Usar estupefacientes con ostentación y trascendencia al público será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años.

La misma pena se aplicará al que ofrezca estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante cualquier medio de comunicación, incluidas las vías postal, electrónica, telefónica o mediante internet.

ARTÍCULO 10.- El que administre un estupefaciente a otro mediante engaño será penado con la pena del delito de lesiones graves, siempre que no resulte otro delito más severamente penado.

ARTÍCULO 11.- El que públicamente imparta instrucciones precisas acerca de la producción, fabricación, extracción o uso de estupefacientes, será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años.

No será punible quien, para el caso del uso de estupefacientes, ejecute estas acciones con la finalidad de reducir el daño resultante de ese uso.

III- Responsabilidad de profesionales del arte de curar y de personas autorizadas a la realización de actividades lícitas

ARTÍCULO 12.- El profesional del arte de curar que a título oneroso prescribiera indebidamente estupefacientes será penado con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años.

La pena será de DOS (2) a OCHO (8) años si lo hiciera a título gratuito.

Si el hecho fuere cometido por culpa y no resultare otro delito más gravemente penado, la pena será de PESOS CINCUENTA MIL (\$50.000) a PESOS QUINIENTOS MIL (\$500.000) de multa.

ARTÍCULO 13.- Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años, el que estando autorizado para dispensar estupefacientes, lo suministrare sin receta médica, o en especie, calidad o cantidad que no correspondiese a la receta.

ARTÍCULO 14.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que falsificare recetas médicas, o a sabiendas las imprimiera con datos supuestos o con datos ciertos sin autorización del profesional responsable de la matrícula; quien las suscribiere sin facultad para hacerlo o quien las aceptare teniendo conocimiento de su ilegítima procedencia o irregularidad. En el caso que correspondiere se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el doble de tiempo de la condena.

ARTÍCULO 15.- Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años, el que estando autorizado para la importación, producción, exportación, fabricación o comercio al por mayor de estupefacientes, precursores químicos o materias primas destinadas a su producción o fabricación, infringiere las regulaciones de la autoridad de aplicación con el fin de sustraerlos de los canales de comercialización establecidos.

ARTÍCULO 16.- Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años el que teniendo a su cargo la administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado a la importación, exportación, fabricación, comercio al por mayor, o expendio de estupefacientes facilite la comisión de los delitos previstos en los artículos 12 primera parte y 15. Si la comisión del delito se hubiera facilitado por culpa la pena de prisión será de DOS (2) a OCHO (8) años.

IV. Responsabilidad de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 17.- El funcionario público que viole sus deberes posibilitando la comisión de cualquiera de los delitos previstos en esta ley, será penado con prisión de DOS (2) a

SEIS (6) años, salvo que resultare una pena mayor conforme a las reglas de la participación criminal del Código Penal.

ARTÍCULO 18.- Las escalas penales de los delitos de los funcionarios públicos se aumentarán en el doble del mínimo y del máximo cuando se hayan cometido para facilitar o facilitarle a otro la preparación o ejecución de los delitos penados en el Título I.

V – Agravantes especiales

ARTÍCULO 19.- Las penas previstas en los artículos 1, 3, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15 y 16 serán aumentadas en un tercio del máximo y la mitad del mínimo en los siguientes casos:

- 1- Que los hechos hayan afectado a menores o incapaces.
- 2- Que el hecho haya afectado a un número considerable de personas.
- 3- Que el hecho haya facilitado el consumo a alumnos de establecimientos de enseñanza pública, a personas privadas de su libertad, a enfermos mentales o a personas que padeciesen disminución psíquica o sometida a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.
- 4- Que el autor sea funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos previstos en esta ley.
- 5- Que el hecho haya causado lesiones graves, gravísimas o muerte.
- 6- Cuando la sustancia sea adulterada o mezclada con otras, aumentando el daño a la salud.

No se consideran agravantes las circunstancias mencionadas en este artículo que constituyan una característica del respectivo tipo legal.

VI – Reglas de imputación.

ARTÍCULO 20.- En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste, sino la persona jurídica, será penado como si presentare esa característica el autor.

ARTÍCULO 21.- Cuando el autor actúe como agente o empleado de una persona jurídica, los gerentes, socios o empleados de la misma que por negligencia no hayan impedido el hecho o no lo hubieren denunciado oportunamente, serán penados con multa de PESOS CINCUENTA MIL (\$50.000) a PESOS QUINIENTOS MIL (\$500.000), sin perjuicio de las sanciones que le correspondieren a la persona jurídica.

ARTÍCULO 22.- En la investigación de los delitos previstos en esta ley no habrá reserva bancaria ni tributaria alguna. El levantamiento de la reserva sólo podrá ser ordenado por el juez de la causa.

Esta información sólo podrá ser utilizada en relación a la investigación de los hechos previstos en esta ley. La violación de esta disposición constituirá el delito previsto en el artículo 157 del CÓDIGO PENAL.

VII.- Estupefacientes, precursores químicos y sustancias químicas aptas para la producción o fabricación de estupefacientes.

ARTÍCULO 23.- El juez dispondrá la destrucción, por la autoridad sanitaria nacional, de los estupefacientes en infracción, precursores químicos o elementos destinados a su producción o fabricación, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable o salvo que puedan ser aprovechados por la misma autoridad, dejando expresa constancia del uso a atribuirles.

Las especies vegetales de *Papaver somniferum* L., *Erithroxylon coca* Lam y *Cannabis sativa* L., se destruirán por incineración o por cualquier otro medio idóneo.

En todos los casos, previamente, deberá practicarse un peritaje para determinar su naturaleza, calidad y cantidad, conservando las muestras necesarias para la sustanciación de la causa o eventuales nuevas pericias, muestras que serán destruidas cuando el proceso haya concluido definitivamente.

La destrucción a que se refiere el párrafo primero se realizará en acto público dentro de los CINCO (5) días siguientes de haberse practicado las correspondientes pericias y separación de muestras, en presencia del juez o del secretario del juzgado y de DOS (2) testigos y se invitará a las autoridades competentes del Poder Ejecutivo del área respectiva. Se dejará constancia de la destrucción en acta que se agregará al expediente firmado por el juez o el secretario, testigos y funcionarios presentes.

ARTÍCULO 24.- Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos.

Los bienes o el producido de su venta se destinarán a la prevención y control del tráfico ilícito de estupefacientes, y a la prevención y el tratamiento de los afectados por el consumo.

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

Asimismo, en las causas en trámite ante el fuero en lo penal económico el mismo destino se le dará a los bienes decomisados o al producido de su venta, por los delitos previstos en la sección XII, Título I de la Ley N° 22.415, cuando el objeto de dichos delitos sean estupefacientes, precursores o productos químicos.

En las causas de jurisdicción federal, los jueces o las autoridades competentes entregarán las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta a que se refieren los párrafos precedentes, conforme lo establecido por esta ley.

En las causas de jurisdicción provincial, las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta, corresponderá a la provincia.

ARTÍCULO 25.- Modifícase el artículo 77 del CÓDIGO PENAL, que quedará redactado de la siguiente manera:

"ARTICULO 77.- Para la inteligencia del texto de este Código se tendrán presente las siguientes reglas:

Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión "reglamentos" u "ordenanzas", comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Por el término "militar" se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar.

Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Con la palabra "mercadería", se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término "capitán" comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término "tripulación" comprende a todos los que se hallan abordo como oficiales o marineros.

El término "estupefaciente" comprende los estupefacientes y psicotrópicos susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

El término "establecimiento rural" comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante.

El término "documento" comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos "firma" y "suscripción" comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos "instrumento privado" y "certificado" comprenden el documento digital firmado digitalmente.

El término "información privilegiada" comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores".

ARTÍCULO 26.- Se denominan "Precursores Químicos" a todas aquellas sustancias o productos químicos autorizados, que por sus características o componentes puedan servir de base o ser utilizados en la elaboración de estupefacientes y que se encuentren listados por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

Se denominan "Materias Primas" a todas aquellas sustancias que intervienen en el proceso de producción o fabricación de estupefacientes, sean naturales o procesadas, incluyéndose a los precursores químicos.

VIII- Técnicas especiales de investigación

ARTÍCULO 27.- Efectivos de cualesquiera de los organismos policiales y de seguridad y de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS podrán actuar en jurisdicción de las otras en persecución de los delitos previstos en esta ley o para la realización de diligencias urgentes relacionadas con la misma, debiendo darse de inmediato conocimiento al organismo policial o de seguridad del lugar.

ARTÍCULO 28.- Cuando la demora en el procedimiento pudiere comprometer el éxito de la investigación, el juez de la causa podrá actuar en ajena jurisdicción territorial, ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entienda pertinentes,

debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar. Además, las autoridades de prevención deben poner en conocimiento del juez del lugar los resultados de las diligencias practicadas, poniendo a disposición del mismo las personas detenidas a fin de que este magistrado controle si la privación de la libertad responde estrictamente a las medidas ordenadas. Constatado este extremo, el juez del lugar pondrá a los detenidos a disposición del juez de la causa.

ARTÍCULO 29.- A los autores, partícipes y encubridores de cualquiera de los delitos previstos en esta ley se les podrán reducir las penas a la mitad del mínimo y del máximo de la escala correspondiente, cuando:

- a) Durante la sustanciación del proceso revelaren la identidad de partícipes o coautores, siempre y cuando aporten datos suficientes para el procesamiento de los mismos.
- b) Durante la instrucción aporten información que permita la incautación de las sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes o cualquier otro activo de importancia a los que se refiere la presente ley.

Sólo podrán gozar de este beneficio las personas que tengan una escala penal en expectativa inferior a aquellas a quienes identifiquen.

ARTÍCULO 30.- Podrá eximirse de pena el autor de cualquiera de los delitos previstos en la presente ley o reducirla por debajo del límite mínimo señalado en el artículo anterior cuando la información brindada hubiese permitido individualizar al autor del delito del artículo 3º o desbaratar una organización dedicada a la producción o tráfico ilícito.

ARTÍCULO 31.- Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de asistencia y seguridad que resulten adecuadas.

Podrán adoptarse, entre otras que se estimen procedentes, medidas tendientes a: garantizar tratamiento psicológico, médico o sanitario en forma permanente; suministrar a la persona en peligro medios económicos para su alojamiento, transporte, alimentos, atención sanitaria, mudanzas, mientras se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios; reinserción laboral.

Deberá asegurarse la reserva de su identidad, pudiendo fijarse como domicilio el de la sede del PROGRAMA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS E IMPUTADOS dependiente del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

Cuando sean citados a declarar se adoptaran medios y procedimientos que imposibiliten su identificación visual. Asimismo, podrá disponerse custodia por personal policial o asignación de dispositivos tecnológicos que determinen su ubicación geo-

referencial y emisiones de señales de alerta. Podrá suministrarse documentación que acredite su identidad bajo nombre supuesto a fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar.

ARTÍCULO 32.- En la investigación de la posible comisión de los delitos previstos en esta ley, los funcionarios afectados a la misma no se considerarán incurso en infracción a los artículos 248 y 249 del Código Penal cuando:

- a) Con autorización del juez de la causa, posterguen los actos procesales de detención de personas o incautación de los estupefacientes y precursores químicos para el momento en que la investigación se encuentre desarrollada en su punto máximo;
- b) El juez de la causa autorice por resolución fundada la circulación, entrega vigilada o sustitución de los estupefacientes y los precursores químicos, consignando el tipo y la cantidad de sustancia de que se trate. Dicha resolución se adoptará teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación y de acuerdo a la posibilidad de su vigilancia. Esta medida se dispondrá a los efectos de descubrir, identificar y probar la participación de todos los responsables de organizaciones destinadas a cometer los ilícitos previstos en esta ley.

ARTÍCULO 33.- Durante el curso de una investigación ya iniciada y a los efectos de acreditar la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, si la finalidad de la investigación no pudiera ser lograda de otro modo, el juez por resolución fundada podrá autorizar a funcionarios de los organismos policiales y de seguridad en función Judicial a actuar bajo identidad supuesta, adquirir y llevar en tránsito los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

La información que el funcionario policial o de seguridad vaya recabando deberá aportarse al proceso íntegramente y en forma inmediata.

Cuando la actividad del agente encubierto pueda afectar garantías constitucionales deberá solicitar autorización al órgano judicial competente, quien la concederá cuando resulte estrictamente necesaria y guarde debida proporcionalidad con los fines de la investigación. Dicha autorización deberá ser debidamente fundada.

La autorización para actuar bajo identidad supuesta será otorgada por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogables por períodos de TRES (3) meses cuando la información aportada y las necesidades de la investigación lo determinen.

El agente encubierto no será punible cuando se hubiese visto compelido a cometer un delito, siempre que el mismo sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarde debida proporcionalidad con la finalidad de la misma. No podrá

excusarse al agente que ponga en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otra.

La resolución que designe un agente encubierto deberá consignar el nombre verdadero del funcionario y la identidad supuesta con la que actuará en el caso y será reservada fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto, siendo pasible su violación del delito previsto en el artículo 157 del CÓDIGO PENAL. Cuando el agente encubierto declare como testigo en el proceso, el juez mantendrá la identidad supuesta, debiendo garantizar que no pueda ser visualizado por las partes durante su interrogatorio contradictorio, para lo cual adoptará las medidas de protección y seguridad que estime aconsejables.

Ningún agente de los organismos policiales y de seguridad en función judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto, ni su negativa a hacerlo será tenida como antecedente desfavorable.

IX – Competencia.

ARTÍCULO 34.- Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación:

1. Artículo 1º inc. d), cuando el comercio, tenencia con fines de comercialización y la distribución de estupefacientes se encuentre fraccionada en dosis para ser entregadas directamente al consumidor;
2. La tenencia ilícita prevista en el artículo 5º;
3. Artículo 6º;
4. Artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del CÓDIGO PENAL.

En caso de duda sobre la competencia intervendrá la justicia federal.

Las causas en trámite alcanzadas por la presente ley continuarán sustanciándose por ante el fuero en el que estuvieren radicadas.

X- Contrabando de sustancia estupefacientes, materias primas y precursores químicos aptos para su producción o fabricación.

ARTÍCULO 35.- Modifícase el inciso h) del artículo 865 del Código Aduanero (Ley N° 22.415 y sus modificatorias), que quedará redactado de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 865.- ...

h) Se tratare de:

1. sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866, que por su naturaleza, cantidad o características, pudieran afectar la salud pública.
2. Materias primas aptas para la producción o fabricación de estupefacientes y precursores químicos listados por Decreto del PODER EJECUTIVO NACIONAL".

ARTÍCULO 36.- Modifícase el artículo 866 del Código Aduanero (Ley N° 22.415 y sus modificatorias), que quedará redactado de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 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 producción o fabricación.

Si se tratare de alguno de los supuestos previstos en el artículo 5° de esta ley, se aplicarán las consecuencias penales que allí se determinan.

Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurrieren algunas de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d), e), y f) del artículo 865 o cuando se tratare de estupefacientes que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a una comercialización y distribución".

X – Derogaciones

ARTÍCULO 37.- Deróganse la Ley N° 23.737; la Ley N° 26.052 y el artículo 10 de la Ley N° 24.316, en lo referente a la Ley N° 23.737.

ARTÍCULO 38.- Comuníquese al PODER EJECUTIVO NACIONAL.