

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE

-Facultad de Derecho y Cs. Sociales-

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CS. PENALES

TRABAJO FINAL INTEGRADOR

(cfr. reglamento aprobado por Resolución 0278/2019)

*“Cannabis medicinal. Una aproximación a los cambios que implica la reciente
reglamentación y a los debates que en la órbita del derecho penal pueden darse”*

Estudiante: Sabrina Ascani Torres.

Tutor: Prof. Gustavo L. Vitale.

Fecha de entrega: 1º de mayo de 2021.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| Introducción y justificación del tema elegido..... | 3 |
| | |
| Capítulo I | |
| Cannabis en recorrido histórico | 5 |
| La perspectiva criminológica..... | 8 |
| En clave de género. Las madres cannabicultoras..... | 15 |
| | |
| Capítulo II | |
| Política criminal, del prohibicionismo a la regulación | 18 |
| | |
| Capítulo III | |
| Enfoque metodológico de las entrevistas..... | 29 |
| Entrevista a Fernanda Canut presidenta y cofundadora de la ONG “<i>Cannabis Medicinal Río Negro</i>” respecto su experiencia como madre cannabicultora | 31 |
| Entrevista a Mariano Lozano, camarista, integrante de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, comentando la jurisprudencia local | 36 |
| | |
| Capítulo IV | |
| Marco normativo..... | 46 |
| La criminalización hoy. Construcción de los límites, alternativas desde la política criminal y la dogmática penal..... | 50 |
| | |
| Reflexiones finales y posible impacto de la evolución de este tema en el consumo personal de la marihuana | 59 |
| | |
| Referencias bibliográficas | 61 |

Cannabis medicinal. Una aproximación a los cambios que implica la reciente reglamentación y a los debates que en la órbita del derecho penal pueden darse

Sabrina Ascani Torres

*“Un viejo adagio dice que cuando un problema no tiene solución hay que cambiar de problema: en el enfrentamiento contra las drogas ilegales es hora de cambiar de problema” **

Introducción y justificación del tema elegido.

La reciente reglamentación de la ley 27350, a partir del decreto 883/2020¹, revive las discusiones en torno a un tema que fue promovido por organizaciones civiles, que desde hace más de una década proclaman el cultivo del cannabis para procurar un verdadero acceso al derecho a la salud y mejorar la calidad de vida de pacientes, ya que hace borde con la política criminal de drogas instaurada.

El trabajo pretende recorrer algunos interrogantes que enlazan los temas por los que se va avanzando desde distintas facetas que conjugan botánica, mística, religión y penalidad. Por ello es que me he propuesto, en particular, nutrir este trabajo con un enfoque multidisciplinario que abarque tales aspectos.

Para iniciar, la historia del uso del cáñamo y el consumo religioso y medicinal de marihuana, nos conduce por escenarios repletos de información social, económica, religiosa y política que delinear las circunstancias de un lugar, en un tiempo específico. La variación de algún o alguno de los tantos factores, determinaron el cambio de una

* fragmento de una carta enviada por Jorge Melguizo en abril de 2012 a la Cumbre de las Américas con motivo del tratamiento allí de las drogas ilegales.

¹ Publicado en BORA el 12/11/2020, disponible para consulta en BOLETIN OFICIAL REPUBLICA ARGENTINA - INVESTIGACIÓN MÉDICA Y CIENTÍFICA DEL USO MEDICINAL DE LA PLANTA DE CANNABIS Y SUS DERIVADOS - Decreto 883/2020

época y es lo que explica que, ya sea el recrudecimiento de la censura o los enardecidos reclamos por la despenalización, regulación o legalización, puedan darse mejor en uno u otro contexto.

La historia del pensamiento criminológico nos permite conocer algunas aristas de la discusión, en particular, y desde una mirada de género, el impacto sobre las mujeres cannabicultoras en su rol de madres, que a su vez instala el binomio buena madre/mala madre.

Para recuperar las voces de quienes impulsaron este cambio, propongo la entrevista de quien tuvo oportunidad de decidir en un caso anterior a la reglamentación en su rol de juez de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca y de la presidenta y cofundadora de la ONG “*Cannabis Medicinal Río Negro*”.

Con la reglamentación ya en marcha, presentaré las cuestiones centrales de la norma, su impacto en la ley 23737 y los límites que pueden implementarse desde la órbita de la eficacia de la política criminal y aquellos que, en la órbita de la dogmática penal, se conjugan en la teoría del delito. Para finalizar, me preguntaré sobre el impacto de estas discusiones en torno al consumo personal de marihuana.

Capítulo I

Cannabis en recorrido histórico.

Un recorrido por la historia nos permite delinear el alcance del tema propuesto y con ello los distintos usos y consumos de la marihuana.

Los primeros registros que evidencian la existencia del cáñamo se remontan hace unos 10.000 años a partir del hallazgo de huellas de tejido de esa planta en cerámicas chinas. El uso textil del cáñamo fue tan frecuente y esencial como el uso psicoactivo, lo que determinó su creciente expansión.

Es por ello que, tal como indica el periodista Soriano:

“Investigaciones de arqueólogos, historiadores, antropólogos, geógrafos, botánicos, lingüistas y también quienes construyeron las mitologías muestran que el cannabis recorrió dos caminos, que a su vez reflejan su rol en la historia: como fibra y como planta psicoactiva, determinada en este caso por su rol sacramental” (2020, p.34).

La cartografía del cultivo de cannabis tiene su epicentro en China, desde donde se abrió un sendero hacia Europa del Este y otro hacia la India y Medio Oriente para luego arribar en África, desde donde terminaría desembarcando en las costas brasileras para posteriormente arribar al Río de la Plata (Arrieta, 2020).

Su circulación estuvo determinada por el descubrimiento de la utilidad de la fibra textil que se puede extraerse del cáñamo. Si bien la historia que recorre este producto es interesantísima, excede los límites de este trabajo, por lo que me limitaré a señalar algunas referencias puntuales.

Es que, la producción de telas y cuerdas fueron centrales para la actividad bélica, así fueron hallados en la ropa de los guerreros del Imperio Romano y siglos después - pasando por la fabricación de papel con la que se imprimió la primera Biblia- fue central para las intenciones colonizadoras ya que el poderío naval se vio determinado por la industria cañamera para las largas travesías marítimas. Tal fue el caso del Imperio británico que -al transformarse en el ejército más poderoso de los mares- decidió cultivar

en sus terrenos conquistados y autoabastecerse para mermar las grandes importaciones de cáñamo que requerían.

Estos beneficios industriales y comerciales que desde el 1500 constituyeron el combustible europeo, fueron observados por Manuel Belgrano, quien, en su autobiografía (según relevó Soriano) registró tanto su propuesta de plantación de cáñamo en estas latitudes -con la intención de fomentar “la felicidad de la patria”-, como la decepción a partir del bloqueo español que negó tales medidas -a partir de que favorecerían la autonomía de la colonia-; tal es así que señaló:

“Mi ánimo se abatió y conocí que nada se haría en favor de las provincias por unos hombres que por sus intereses particulares posponían el del común. Sin embargo, ya que por las obligaciones de mi empleo podía hablar y escribir sobre tan útiles materias, me propuse, al menos, echar las semillas que algún día fuesen capaces de dar frutos, ya porque algunos estimulados del mismo espíritu se dedicasen a su cultivo ya porque el orden mismo de las cosas las hiciese germinar” (Soriano, 2020, p. 27).

Retomando el objeto de este trabajo, me referiré al segundo de los caminos recorridos por la planta en cuestión, vinculado con la conjunción entre lo místico, la sanación y lo experimental en la que se iniciaron los animales, para luego ser desarrollada por otro tipo de estos, el ser humano.

Se destaca el vínculo ancestral entre la humanidad y la sustancia psicoactiva en el uso terapéutico del cannabis -a pesar de haber sido regulado cercanamente-; no se trata de un descubrimiento reciente y es el devenir de su tratamiento en la historia lo que se resaltarán, con la intención de descubrir los debates que se dieron al respecto, que se emparentan con los que actualmente podemos vivenciar.

En este recorrido, existen registros botánicos y antropológicos de la marihuana que se remontan a la dinastía Nung por haberse documentado su uso medicinal en el herbario *Pen Ts'ao Ching* supuestamente escrito en el año 3727 a.C., que, por haber sido

extraviado, se reconstruyó con la dinastía Han (206 a. C.-220 d.C), cuando se le asignó propiedades para cientos de dolencias (Soriano, 2020, p. 45).

En ese camino arribó al territorio que hoy conocemos como India, en donde se desarrolló como parte central de la identidad espiritual y de la medicina ayurvédica que, entre las 2.700 hierbas diferentes para mantener un estado saludable y prevenir o curar enfermedades, incluía el cannabis.

En ese camino, veremos que, también ancestralmente y en casi todas las culturas antiguas, se asocia lo espiritual y el contacto con lo divino a través del estado que puede proporcionar la ingesta de aquella sustancia.

De este modo, ciertas sustancias -como el cannabis- se consideraron sagradas, por la capacidad de inducir un estado que permitía la conexión con los dioses y la comunicación con otros mundos, adquiriendo quienes lo practicaban un status de poder y prestigio.

Por aquel tiempo, la magia y la medicina podían entenderse como una misma cosa, a partir de que la enfermedad era considerada un demonio que había que sacar del cuerpo de quien la padeciera, a través de una especie de exorcismo, en rituales paganos. Chamanes, curanderos y curanderas, machis y brujas ¿Qué suerte habrán tenido en la historia?

La perspectiva criminológica.

Me referiré a pensamientos y discursos que a lo largo de la historia se relacionaron con formas de poder que se entrelazan con rituales, la medicina y el cannabis.

Los rituales y experiencias reseñados hasta aquí, a través de su relato y asentados en la construcción de diversas comunidades a través de la historia, se cristalizaron en el concepto de lo que hoy conocemos como religión.

En este punto, resulta innegable el impacto del cristianismo frente a la multiplicidad de dioses y rituales que permitían un contacto con la divinidad, por cuanto, la religión monoteísta suprimió aquel vínculo y se lo adjudicó exclusivamente a los representantes de esa fe (Arrieta et al., 2020).

El modelo penal que nació en esta época también reconoció a un “otro” enemigo como en la Edad Media, salvo que le adicionó la maquinaria para usar el poder, aplicar penas y averiguar verdades. En ese camino, las “Cruzadas” se orientaron contra el “infiel”, a quien se debía cristianizar.

Esta política impulsada por la Iglesia Católica desencadenó su poderío, en los siglos subsiguientes, contra las brujas y hechiceros que usaban drogas para fines rituales, lo que se expresó en 1215 con el Cuarto Concilio de Letrán con la finalidad concreta de perseguir la herejía, a través de la misma institución que da nombre al modelo: la Inquisición.

Al respecto señala Anitua que:

“la represión de herejes justificó la aparición de los primeros equipos integrados por expertos en arrancar la verdad y de imponer dolor deliberadamente. Ya no se trataba de castigar una infracción mediante la expulsión sino de lograr la ‘integración’ del disidente a partir de la fuerza monárquica o eclesiástica. Esto es evidentemente político, pero no puede obviarse su relación con lo que luego depararía la penología, el derecho penal,

y singularmente el derecho procesal penal que en gran medida sigue influenciado por este momento histórico” (2010, p. 24).

En particular, en 1484 el papa Inocencio VIII proclamó la bula papal llamada “*Summis desiderantes affectibus*”, a partir de la que reconocía la brujería y expresó la prohibición de cultivo de cannabis por asociar la planta con aquello (Arrieta, 2020).

A su vez, la bula referida concedió un poder ilimitado a los inquisidores para arrancar la verdad y fue el antecedente para que el dominico Heinrich Kramer con colaboración de James Sprenger escribieran entre 1485 y 1486 el *Malleus Maleficarum* destinado no solo a los jueces religiosos sino también a los seculares de la época dirigido a la represión de la brujería -del área católica y protestante- de las “...*mujeres poderosas -conocedoras de remedios o políticas como Juana de Arco-*” (Anitua, 2010, p. 27).

¿Y qué relación podemos trazar entre “las brujas” que persiguió la inquisición y la marihuana? Me aventuro en afirmar que toda aquella relación que se refiera a un contacto con lo espiritual que no sea a través de la religión monoteísta que se impuso y toda aquella que se refiera a un ejercicio de la medicina no tradicional.

Con la ruptura de este paradigma, pasando por la Ilustración y atravesando el pensamiento higienista del siglo XIX impregnado de una pretensión moralizadora, se arribaría a la figura del “loco” o “alienado” como nueva figura del “otro”, campo en el que se desplegaría la psiquiatría en tanto rama de la medicina, que también se valía de la frenología.

En este contexto se instauró como discurso dominante el que se estaba gestando en tierras italianas, con preminencia del discurso médico, preguntándose ¿quién delinque?, en el que persistió un fuerte componente moral, según el cual se afirmó que, sin una correcta guía espiritual y por su debilidad, las mujeres podían escoger el mal camino.

La teoría de Lombroso instauró una nueva disciplina científica, centrada en el hombre delincuente, que había nacido así y, por tanto, debían evitarse sus comportamientos, en donde la base de su pretensión era trasladar al estudio del crimen la máxima médica según la que “no hay enfermedad sino enfermos” (Anitua, 2010, p. 230).

Esta teoría para la mujer tenía un análisis singular que expresó en la obra “La mujer delincuente. La prostituta y la mujer normal”, de 1893, que escribió con su yerno Ferrero. En ella legitimó la denegación de derechos en nombre de la alegada inferioridad de la mujer, tanto física como intelectual -que se instauró como eje central de su obra-, y contribuía a reforzar la educación de la mujer para su desarrollo doméstico. En ese desarrollo teórico, el ejercicio de la medicina, en tanto el gran saber, les estaba privado a las mujeres.

El punto de contacto con el tema de mi trabajo, lo encuentro en la preminencia del discurso médico tradicional, privado a la mujer, ahora por su inferioridad. La que antes fue perseguida por la trascendencia de su saber ritual, su saber curativo o hechicero, ahora ocupaba un lugar inferior en la escala evolutiva y debía recluirse en las tareas domésticas y era impensado que desarrolle conocimiento médico.

La escuela positiva tuvo gran impacto y se esparció, con diversos tintes, por supuesto en Italia y también en Francia, España, Inglaterra, Alemania e incluso en América Latina, sumando un importante grupo de discípulos.

Sin embargo, tomó fuerza un proyecto de pensamiento sociológico de la cuestión criminal en otro centro geográfico que quedaría radicado en Estados Unidos, a partir del desarrollo económico y político experimentado a principio del siglo XIX y principio del siglo XX, que desembocó en un fuerte proceso de industrialización y con éste en una explosión demográfica que provocó problemas de orden social a partir de la comunión de poblaciones muy heterogéneas.

Así contextualizado, el desafío planteado era del orden de la integración, sobre lo que se iba a interesar la Escuela de Chicago, cuyos teóricos expresaron su ideario a través del control social y a partir de concretas investigaciones empíricas sobre la ciudad en las que entendían se producían elevadas tasas de comportamientos anormales o inmorales entre los que se registró la ingesta de drogas (Anitua, 2010).

La pregunta continuaba siendo ¿qué condiciona el delito en la sociedad? y durante décadas arrastrará esta falla fundamental al no preguntarse por el funcionamiento del poder punitivo, aunque gestó un arsenal conceptual fundamental que Zaffaroni esquematiza según las grandes corrientes de la criminología sociológica, según hayan

fijado su atención: “1) en la desorganización social, 2) en la asociación diferencial, 3) en el control, 4) en la tensión o 5) en el conflicto” (2012, p. 131).

Para continuar en la línea del objeto de este trabajo, me adelantaré algunos años en la historia de las producciones teóricas de tinte sociológico, para referirme a un momento en el que el objeto de estudio de la criminología dejará de ser el “delincuente” y se dirigirá hacia las instancias que “crean” o “administran” la delincuencia.

En este enfoque, que pasó a estudiar los procesos de criminalización, se desarrollaron investigaciones sobre la forma en la que se construye la identidad del delincuente o la del enfermo mental.

Me detendré en el trabajo efectuado por Howard Becker, quien, en sus estudios empíricos publicados en los trabajos “Convirtiéndose en un consumidor de marihuana” de 1953 y “Los extraños” de 1963, estudió tanto a los músicos de jazz como a los fumadores de marihuana en análisis de los efectos que tiene la imposición social de un comportamiento desviado.

Su investigación se centró en la entrevista a 50 consumidores de marihuana y partió de una premisa novedosa, por la que no era necesario identificar rasgos psicológicos individuales que causaran determinado comportamiento, sino que sostiene “... que la presencia de determinado tipo de comportamiento es resultado de una secuencia de experiencias sociales durante las cuales la persona se forja una concepción del significado de dicha práctica” (Becker, 1953, p. 36).

Explicó que las nociones de moral convencional también ejercen control sobre el consumo de marihuana y son los que le exigen que “...el individuo sea responsable de su propio bienestar y sea capaz de controlar su comportamiento de manera racional. El estereotipo del drogadicto es el retrato de alguien que viola esos imperativos” (Becker, 1963, p. 93).

En este punto, el autor indica que son los emprendedores morales los que crean y aplican las reglas y quienes, frente al quebrantamiento de ellas, señalarán que quien lo haga será “Alguien diferente del resto de nosotros, alguien que no puede o no quiere actuar como el ser humano moral y que por lo tanto puede romper otras normas importantes” (Becker, 1963, p. 52).

Por lo tanto, el comportamiento desviado no existe ontológicamente; que sea desviado o no depende entonces de la forma en la que reaccionan ante él; recibe un estatus como resultado de haber quebrantado una norma.

Becker afirmó que el desviado es una persona a quien el etiquetamiento ha sido aplicado con éxito; el comportamiento desviado es un comportamiento etiquetado como tal e indicó:

“...su efecto más importante es el cambio drástico que se produce en la identidad pública del individuo. La comisión del acto indebido y su publicidad le confieren un nuevo estatus. Se ha revelado que era una persona diferente a la persona que se suponía que era. Se lo etiqueta como “loca”, “fumón”, “adicto”, “lunático” y se lo trata acorde a eso” (Becker, 1963, p. 51).

Advierto que Becker no dijo (y nadie se atrevería a decir) que la etiqueta es la que crea al delito. Cierto es que hay ciertas etiquetas que se colocan en material más etiquetable que otros; “ésta es la cuestión que no debe confundirnos nunca: lo que Becker prueba es la arbitrariedad del etiquetamiento y esto pone en crisis todos los argumentos con que el derecho penal trata de darle racionalidad al poder punitivo” (Zaffaroni y Rep, 2012).

Avanzando en la historia, una posición teórica que adquirió fuerza a partir de los años ochenta, en la que impactó el enfoque del etiquetamiento y se desarrolló en los países escandinavos y Holanda, fue el abolicionismo penal.

Esta posición elípticamente también tuvo una proposición en torno al consumo de drogas fundada en una reflexión antipunitivista, de antigua tradición en los países escandinavos, según la que “la tolerancia como imposición ética es también un plan de conducta ligado al auto constreñimiento y al actuar pragmático de realizar el propio placer sin molestar a los demás” (Anitua, 2010, p. 431).

Propusieron la necesaria eliminación de los delitos sin víctimas -como los relacionados con drogas- y la búsqueda de criterios morales no represivos, en una política

criminal tolerante o poco intervencionista, con una marcada separación entre derecho y moral.

En esta tarea se desarrolló, por ejemplo, el realismo de izquierda, cuyos aportes centrados en un enfoque serio sobre el delito se plasman en la propuesta efectuada por Lea y Young, que ponen en crisis el tipo de prevención criminal llevado adelante hasta el momento y apuntan al flagelo persistente en los barrios pobres del centro de las ciudades y en los barrios marginales, en los que las relaciones entre la policía y la comunidad virtualmente no existen. En ese sentido, efectúan propuestas de corte abolicionista y afirman su compromiso con una policía democrática:

“La rendición de cuentas democrática de la policía a los cuerpos gubernamentales locales debidamente elegidos que son responsables de la dirección de políticas policiales, hace crecer el apoyo de la sociedad y la voluntad de informar a la policía sobre el delito, creando una base para una fuerza policial más abierta y provocando una ruptura en la idea "guetizante" de ‘ellos vs. Nosotros’, característica de los guetos, que tiene la policía acerca de la sociedad y que en general sigue caracterizando su cultura” (Lea y Young, p. 48).

Sin embargo, el devenir de pujas de poder y nuevos actores determinó que el enfoque sobre las drogas se rija por estados de excepción o emergencia, a través de los cuales se justifica su represión.

Como vemos, la historia de la marihuana y su prohibición nos conduce por escenarios repletos de información social, económica, religiosa y política, que delinear las circunstancias de un lugar, en un tiempo específico.

Así es que la variación de algún o alguno de los tantos factores señalados puede determinar el cambio de una época y la percepción sobre los temas que se discuten, como parte de la evolución de nuestras sociedades.

Sobre el punto, señala Di Corleto que fue Garland, en *Castigo y sociedad moderna*, el que “...introdujo la idea de que las transformaciones sociales y culturales dan cuenta de los cambios de los sistemas de penalidad (...) invitó a analizar los patrones culturales que definen la desviación y su control (Garland, 1996, p. 230)” (Di Corleto, 2018).

Veremos en el capítulo II el impacto en los modelos más recientes de política criminal sobre drogas, para exponer cuál fue el recorrido y evaluar propuestas en el cierre de este título; subsiste una inquietud, desde la criminología positivista se diluyó la presencia de la mujer en las diversas teorías: ¿a qué se debe?

En clave de género. Las madres cannabicultoras.

La criminología tradicional parece tener un marcado sesgo androcéntrico, escrita por hombres y para hombres. Parece haber quedado detenido en el tiempo el control de la inquisición sobre la mujer. A tal punto persistió el control de la iglesia sobre la criminalidad femenina que, en nuestro país, fueron las monjas de la Orden del Buen Pastor quienes, desde 1890 y por más de ocho décadas, se hicieron cargo de la dirección y administración de las prisiones e internados de niñas, a lo largo de todo el territorio argentino.

Ello sin dudas expresa la ausencia de interés del estado sobre la gestión del encierro de mujeres y responde al interrogante que desemboca en este título. La conclusión pertenece a Di Corleto (2018), a partir en una investigación desarrollada respecto a la delincuencia femenina en la ciudad de Buenos Aires, durante fines del siglo XIX y principios del siglo XX, con especial referencia a quienes cometían abortos e infanticidios, pero sin dudas expresa un modelo.

En este aspecto, la criminología crítica feminista planteó que hay un reflejo de los aspectos culturales que exceden los controles penales y la relación que existe entre estos mecanismos de control y los extrapenales, signados por el rol de la mujer en la familia.

De este modo, se integraron al análisis de los sistemas de control estatal aquellos provenientes de otros aspectos sociales como la familia, la escuela, el trabajo, la medicina “...y demás instancias que refuerzan el ideal de domesticidad y maternidad como fundamentales para mantener a las mujeres alejadas del sistema penal” (Di Corleto, 2018).

La mujer doméstica que cuida su casa y sus hijos/hijas, así planteada, se encuentra en una encrucijada a la hora de atravesar la ilegalidad al cultivar marihuana para intervenir médicamente o no hacerlo, nada menos que por lo que considera es el bienestar de su hijo/hija.

Expuesto de este modo, la mujer madre queda inmersa en una decisión sobre cómo ejercer su maternidad, respecto a una cuestión central como es la salud de su hijo/hija que la entrapa en ser mala o buena madre, según en el enfoque con el que se la evalúe.

Señala Di Corleto una revisión histórica y antropológica del concepto de maternidad, a través del que existe “...un amplio arco de instituciones sociales y científicas que gestionan no solo prácticas, creencias o conocimientos sino fundamentalmente sentimientos que se transforman una vez que entran en contacto con las experiencias singulares de cada mujer” (2018, p. 71).

A la hora de mirar el trato dispensado a las mujeres por la justicia penal, Smart fue pionera en la órbita de la criminología feminista y remarcó la escasez de material sobre la criminalidad femenina y la carencia de una actitud crítica sobre los estereotipos sexuales dirigidos a las mujeres, contruidos a partir de las diferencias entre la socialización primaria y secundaria, que revisten las formas más intensas de control sobre las mujeres, con sus consecuencias en el ámbito doméstico y en las intervenciones estatales, lo que llevó a las criminólogas feministas a convencerse de que la cuestión criminal femenina tenía características propias que la diferenciaban de los varones (Smart, 1978).

Los estereotipos señalados por la autora no hacían más que confirmar el estatus de natural inferioridad de las mujeres, no solo en la sociedad en general sino en el mundo del crimen, en donde los estudios se referían a las mujeres en términos de sus impulsos biológicos o de su domesticidad, instinto maternal y pasividad.

En este sentido, Di Corleto (2018) se refiere a la obra *Women's Imprisonment* de 1983 de la autora Pat Carlen quien remarcó que aquellos aspectos culturales se reflejan en el control penal de la criminalidad de la mujer y que el control penitenciario sobre las mujeres es una extensión más de las formas de control que están signados por el rol de la mujer en la familia (1983)

Quisiera destacar una arista del planteo, que se configura a partir de la reconstrucción de una imagen que encuentra a la mujer en el centro del cuidado del hogar -la mujer doméstica de Lombroso y Ferrero en “*La donna delinquente*”-, que hoy se encuentra al cuidado sus hijos/hijas e incluso también de la planta de cannabis.

La ruptura de esta imagen parece estar dada por la lucha colectiva de organización, protesta, movilización y reivindicación de una cultura ya instalada que trascendió lo

doméstico. Las mujeres encabezaron la lucha a través de agrupaciones como Mamá Cultiva, Mamá Se Planta y muchas otras.

La participación cada vez más activa y visible de las mujeres en espacios cannábicos cambió las reglas del juego. En 2016 y luego de cuatro años, se programó y dictó el taller “Mujeres y Cannabis” en el Encuentro Nacional de Mujeres (hoy plurinacional). Desde estos espacios se rechaza la idea de que el cultivo se concibe como una labor masculina, porque invisibiliza el trabajo de la mujer.

Tal es así que, dentro del Frente de Organizaciones Cannábicas Argentinas (FOCA), las cultivadoras crearon una comisión donde se visibilizan las situaciones de violencia de género y se buscan soluciones en un espacio en que promueven que la relación con el cultivo no tiene que estar solo dada por la maternidad. En este tramo, las mujeres del movimiento también reivindicaron su lugar, al reclamar ser juradas de las Copas Cannábicas que se desarrollan hace más de 16 años.

Las interpelaciones feministas -incluso heterogéneas- pusieron en emergencia al androcentrismo implícito de las disciplinas penales y criminológicas que desechan las variables de género en la formulación de las hipótesis interpretativas predominantes.

En la intersección entre feminismo y penalidad se impone la necesidad de desterrar la carga moral con las que se abordan el tratamiento y las expectativas de las instituciones, en particular las que operan sobre el campo jurídico en donde se juegan los significados sociales sobre el comportamiento que deberían tener las mujeres en torno a su sexualidad, obediencia a las demandas familiares y los estándares de buenas madres.

Capítulo II

Política criminal, del prohibicionismo a la regulación.

Al analizar la política criminal -desplegada en el entramado de las políticas públicas-, debemos dejar en claro que la idea de fenómeno criminal es una creación que le es propia y surge en el momento en que el Estado decide utilizar sus instrumentos violentos, frente a ciertos fenómenos conflictivos que existen en el mundo social, y los convierte en delito (Binder, 2014).

En ese proceso subyace una base cultural que puede encontrarse muy enraizada o no tener tal tradición; sin embargo, la definición política es la misma: “La decisión de utilizar instrumentos violentos en esos conflictos es una decisión política criminal y esa es la razón por la cual decimos que los delitos son creaciones de la política criminal, son el resultado de un proceso de criminalización” (Binder, 2014, p. 18).

Cierto es que la historicidad de la base cultural del conflicto se vincula con el modo en que es percibido el daño por la sociedad y nos permite conocer el grado de moralidad que se imprimió a la política criminal en un tema específico.

Al respecto, señala Binder que el peor enemigo de la política criminal es la visión moralista que la envuelve de viejas funcionalidades y, sin embargo, se reducen a la antigua concepción de que la sociedad no puede funcionar si no tiene una autoridad imperativa como el rey, dios, la ley o cualquier otra entidad abstracta como nación, orden o sistema normativo (2014, p. 29).

En este aspecto, parece diluirse el conflicto subyacente, a partir de que el énfasis estaría puesto en la violación a la ley. Este es el eje del derecho penal infraccional, que invisibiliza la relación con el conflicto primario; de hecho, buena parte de los procesos de criminalización se hacen totalmente a ciegas frente a la conflictividad de base.

En relación con el tema objeto de este trabajo, sabemos que la prohibición se asentó como núcleo básico de las políticas públicas domésticas, regionales e internacionales en materia de drogas y que se expresó fuertemente a partir de la *guerra contra las drogas*, cuyo objetivo se encontró signado por la utopía de la abstinencia frente a determinadas sustancias psicoactivas, para tener una sociedad libre de drogas.

En esa tarea, el Estado fue central para activar su maquinaria tendiente a suprimir el cultivo, la producción, el procesamiento, el tráfico, la distribución, la comercialización, la financiación, la venta y el uso de un conjunto específico de sustancias psicoactivas declaradas ilegales. Parece poco realista el objetivo, porque ya conocían la derrota de la experiencia prohibicionista de la Ley Seca; entonces, ¿de dónde viene esta idea?

El contexto propicio para esta política se gestó tiempo antes a partir del paradigma prohibicionista que impulsó Harry Anslinger, jefe de la Oficina Federal de Narcóticos de Estados Unidos (conocida como la FDA, predecesora de la DEA), a partir de convertir el consumo de marihuana en un tema importante -cuando no lo era-, motivado en la continuidad de su puesto de trabajo al consumarse el fracaso de la Ley Seca y los escasos recursos presupuestarios provocados por La Gran Depresión de 1934 (Soriano, 2020, p. 105).

Para ello se apoyó en una fórmula campeona: la vinculación del delito con el consumo de marihuana, directamente relacionado con la inmigración mexicana o afroamericana que, a su vez, se vinculaban con el exotismo de esa droga y los asesinatos salvajes cometidos por “drogadictos”, que la prensa ilustraba con fotografías.

Anslinger promovió una respuesta abiertamente represiva y carcelaria, basada en un mayor empoderamiento del poder central frente a las competencias de las jurisdicciones, con un fuerte intervencionismo a nivel internacional y legitimada en una alianza con los medios de comunicación, en abierto desmedro de cualquier evidencia científica. Todo ello desembocó en la primera legislación que impuso gravámenes e incluso pena de prisión para cualquier actividad vinculada con esa sustancia a través de la Marihuana; Tax Act, que se aprobó en junio de 1937 (Suppa Altman, 2019).

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial y el desarrollo de la Guerra Fría, se consolidó en este campo la hegemonía de los Estados Unidos, dato fundamental para comprender las implicancias geopolíticas de este modelo, apoyado por los países centrales (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Alemania, entre otros) marcarían la tendencia que luego se generalizaría como modelo global de regulación.

Como adelanté, este panorama fue central para que Nixon, a fines de la década de 1960, declarase la “guerra contra las drogas” en los Estados Unidos, instalándose un

pretexto histórico para el control social y el espionaje político (Darraidou, Acevedo y Tufro, 2019)².

Y de allí una escaldada de recursos y políticas públicas que, a principio de los años 80, ingresó en su etapa militarista cuando el Congreso norteamericano aprobó el Acta de Autorización de Defensa, por medio de la cual se modificó una ley que prohibía al gobierno federal el uso de las fuerzas armadas para orden público, para autorizarlas expresamente en la lucha antinarcóticos.

Este encuadre no establece distinciones entre narcotraficantes, microtraficantes o pequeños vendedores y consumidores; en ese tren realiza una condena moral y en bloque de “la droga”, sin diferenciar entre sustancias y peligrosidades. El riesgo está en que, cuando la política criminal no realiza estas distinciones, se malgastan recursos estatales en la persecución y encarcelamiento de miles de personas sin que se logre afectar el negocio.

Señala el politólogo Tolkatlian que:

“En realidad, varias décadas de esta oscilante confrontación irregular han generado más capos del narcotráfico, más señores de la guerra, más *gang lords*, más magnates del lavado y más delincuentes transnacionales. A ello se agrega una inercia burocrática en la que más funcionarios, nacionales e internacionales, quedan adictos a la prohibición: la ‘guerra contra las drogas’ provee recursos, empleos e influencia para muchos” (2017).

Mediante el alarmismo y el artificio, de la primera época prohibicionista a la nueva etapa construida sobre el poder de Estados Unidos en las Naciones Unidas y la

² Se amplía en la bibliografía citada: “El periodista Dan Baum entrevistó a John Ehrlichman, principal consejero de Nixon en la adopción de la guerra contra las drogas, y condenado por su participación en el Watergate. Ehrlichman reconoció la intencionalidad subyacente de esa política, cuando dijo que los enemigos de Nixon eran la izquierda que se oponía a la guerra de Vietnam y los negros, que luchaban por sus derechos civiles. “Sabíamos que no podíamos ilegalizar la oposición a la guerra o el ser negro, ¿sabíamos que estábamos mintiendo sobre las drogas? Claro que lo sabíamos”. D. Baum, *Smoke and Mirrors: The War on Drugs and the Politics of Failure*, Estados Unidos, Back Bay Books, 1997”.

Convención Única de Estupefacientes, se afianzó la estructura internacional de fiscalización de drogas, que estuvo más abocada a evitar el consumo de las sustancias prohibidas que a garantizar el acceso de los seres humanos a las medicinas que habían desarrollado a lo largo de siglos para paliar y anular el dolor. Si bien el impacto es global, en ese momento se desplegaban en Holanda y España otras alternativas que recién en los últimos años han tenido mayor despliegue.

Tal es así que se mantiene vigente sobre la planta de cannabis y sus derivados el paradigma prohibicionista que fuera materializado en el sistema normativo internacional que regula todas las sustancias prohibidas por la ONU; a saber: la Convención Única de Estupefacientes de 1961 (y su protocolo de 1972), el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

Para llevar a cabo tal emprendimiento, claro está que las necesidades político-criminales requieren de diversas herramientas, que se llevan adelante a través de organizaciones que son los principales instrumentos para canalizarla, entre los que se encuentra la policía, la policía de investigaciones, el Ministerio Público penal o las fiscalías y la organización carcelaria (Binder, 2014, p. 252).

Estas organizaciones se nutren del “análisis político criminal”; es el saber práctico vinculado a ellas que “se ocupa tanto del fundamento de la política criminal como es su planificación y desarrollo de sus herramientas tanto en un plano macro como en la micro política criminal” (Binder, 2013, p.133).

En este punto, un aspecto central para diseñar tal política pública se vincula con el conocimiento del campo en el que se desarrolla el conflicto, sus características y estadísticas sobre su desarrollo. Señala Binder que se necesita:

“...un alto nivel de información (ya sea para controlar, disminuir o acabar con un fenómeno criminal), la recolección de esa información ya sea a través de tareas de inteligencia policial (...) o directamente a través de la investigación criminal (...) constituye el eje central de la actividad policial vinculada a la política criminal” (2014, p. 253).

En materia del control de drogas, advierte Souto Zabaleta la necesidad de abandonar los números míticos y los dogmas que rodean las políticas en esta materia orientadas a la prevención y control del narcotráfico para lograr "...un abordaje del problema en términos de la efectividad de esas políticas, de sus impactos concretos y de sus posibles efectos" (2019, p. 53).

Para ello, el estudio de los datos y las cifras estadísticas se erigen como herramientas fundamentales para organizar los instrumentos violentos del Estado democrático y, así, definir una política criminal que gestione los conflictos en ese Estado de derecho. Afirma Binder que "es imposible tener una visión político-criminal de la persecución penal sin información sobre los fenómenos sobre los que se pretende intervenir" (2014, p.43).

Sin embargo, señala Del Olmo (1993) que "... se citan de manera permanente, y sin ningún cuestionamiento, cifras estadísticas sobre la magnitud y características del tráfico y consumo de drogas".

Profundiza la autora citada que el conocimiento sobre el conflicto se presenta como una "realidad social" amparada por "discursos científicos" que no tienen tal entidad, pero que resultaron útiles para legitimar políticas públicas, ejercer control social y profundizar relaciones de poder que refuerzan el discurso oficial de "la guerra a las drogas".

Sobre ello, cita Young (2020) a Cohen, al sostener este último que la visión sesgada sobre el consumo de drogas obtura cualquier intervención para abordar el problema de forma realista. Es que, independientemente de la función que esto cumpla en los estereotipos del ciudadano medio, es claro que no puede ser descuidado como un objeto de política y de acción social. Apuntó el autor:

"Se ha dado forma a un sistema de control social con fines pocos claros, estructurado a partir de la elección de medios inapropiados para la consecución de éstos, en miras de limitar la actividad de los consumidores de drogas dentro de nuestra sociedad" (2020, p. 184).

En este entramado, deberá remarcarse que las necesidades político-criminales deben ser analizadas siempre de un modo restrictivo y que la búsqueda de la eficacia de los objetivos que se proponga es una de las fuerzas que conforman la justicia penal, en cuyo marco, las finalidades político criminales deberán orientarse a enfrentar a un fenómeno criminal para evitar formas agresivas o para limitar la violencia social, mediante la absorción y redefinición (Binder, 2013).

Vemos que el prohibicionismo y la “guerra a las drogas” no se enmarcaron en esa estructura, lo que permitió la apertura de un espacio para ponerlo en tensión, para pensar otras formas y así ponderar el valor de los esquemas de regulación. Ello implica, básicamente, delinear y actuar con un horizonte a largo plazo, con una perspectiva heterodoxa, así como estar abiertos a proponer y ensayar opciones innovadoras.

Contemplar la posibilidad de una regulación modulada resulta esencial; esto es, establecer un tipo de regulación específica, por droga, de acuerdo con los daños que cada una causa. En esencia, una regulación modulada conlleva a trasladar el acento de las políticas públicas sobre drogas: de la sustancia a las personas, de la seguridad al desarrollo y de la quimera abstencionista a la realidad humana (Tokatlian, 2017).

En particular, sobre la marihuana y su consumo medicinal, la nueva regulación deberá apartarse del arrastre histórico que el prohibicionismo sentó, calando en diversos actores que participan ahora de su regulación. El punto fue señalado por Baca Paunero, al decir que

“...nuestras escuelas de medicina y nuestras leyes siguen educando y actuando en función del modelo teórico que se desprende del experimento de una rata enjaulada en soledad. Este modelo responsabiliza al consumidor y a la sustancia: drogarse implica falta de voluntad y las drogas se comportan como una especie de pulpo que atrapa a las personas impidiéndoles tener una vida normal; de esto se desprende la estrategia prohibicionista como un modelo válido para evitar que las personas utilicen sustancias psicoactivas. La aparición del/la UMC (usuario medicinal de cannabis) expuso al absurdo

todos los prejuicios, la falta de información y el daño que podía ocasionar el Estado mediante su política prohibicionista” (2019, p. 74).

Para ello será central enfocar la mirada sobre las personas que eligen el consumo y alejar la visión centrada en lo punitivo, para permitir que el Estado desarrolle una política de reducción de daños a través de acciones que aborden el tema desde una óptica socio-sanitaria, orientada a informar sobre los hábitos de consumo que son menos dañinos y en la verificación de las sustancias que se consumen para evitar mezclas y adulteraciones letales.

En este sentido, apunta Guala que:

“La variedad de iniciativas desplegadas sugiere la posibilidad de construir redes capaces de disputar los sentidos comunes y los terrenos sociales actualmente colonizados por el discurso bélico de la guerra contra las drogas, mostrando horizontes menos dañinos humanamente y más justos socialmente” (2019, p. 298).

Claro está que, solo una visión del conflicto alejada del paradigma del orden será la que nos permita ver, allí, la posibilidad de gestación de un cambio, un valor, alejado de la visión lineal que pretenda reestablecer el orden.

Al respecto señala Binder que “El ‘paradigma de gestión de conflictos’ no es una mirada débil sino una mirada de mayor complejidad que busca resolver problemas de fondo, con mayor conciencia”; agrega el autor que, al ser la política criminal una intervención en la dimensión conflictiva, tiene que ser inteligente, informada y precavida (Binder, 2014, p. 67).

Fue a partir de las acciones colectivas que han llevado adelante los usuarios de drogas, proyectados como activistas, que se politizó el conflicto y llega a nuestros días.

Ese recorrido puede verse en el trabajo realizado desde la antropología por Corbelle, en donde analizó etnográficamente el modo en que diversos grupos de usuarios se organizaron y manifestaron en oposición al paradigma prohibicionista de intervención

estatal vigente en Argentina. A partir de ello exigieron cambios en la legislación, las modalidades de atención y tratamiento. Señala la autora que las demandas se centran en la denuncia de prácticas policiales e intervenciones judiciales de las que son objeto, que encarnan las políticas públicas en materia de drogas (2018).

En la actualidad podemos ver la puja de los paradigmas desplegados simultáneamente. En la edición de un mismo diario nos encontramos con noticias vinculadas a las nuevas reglamentaciones del cannabis para usos medicinales y, al mismo tiempo, al ministro de seguridad bonaerense exponiendo en la prensa la detención de una persona que cultivaba cannabis. Veamos:



Sabemos que días antes de ese tweet, el 12/11/2020, se publicó en el Boletín Oficial el decreto 883/2020, que vino a reglamentar la ley sobre “Investigación médica y

científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados”, lo que parece nublar el escenario en el que se está desarrollando este cambio, generando incertidumbre y la falsa creencia del paradigma prohibicionista asentado en que aquello fue un golpe al narcotráfico.

Valeria Salech, presidenta de Mamá Cultiva Argentina, explica que muchos tienen cultivos de interior como el que llevó a la prisión a la persona a la que se refiere el tweet:

“El indoor (cultivo de interior) es algo que recomendamos bastante porque sirve para controlar el ambiente en el que crece la planta y cuando pensás en un cultivo medicinal buscás algo controlado de plagas, eficiente, higiénico. Si el ministro Berni interpreta que en ese cultivo se vislumbran rasgos de profesionalismo en el cultivo, está bien porque es lo que esperamos que haga la gente que cultiva para uso terapéutico”, detalló³.

Conocimos luego la historia de la persona identificada como el “delincuente cara de cannabis” -que hasta ese momento se encontraba privado de su libertad preventivamente-, a partir de la entrevista que realizaron desde la Revista THC⁴. En esa oportunidad, se ventiló el resultado del allanamiento, que arrojó el secuestro de 80 proyectos de plantas que podrían producir marihuana -ya que solo 3 de ellas estaban en proceso de secado- y se conoció a la persona detrás de aquella etiqueta:

Lo cierto es que «cara de cannabis» tiene un nombre: se llama Daniel Martín Tornello. Tiene 52 años y cultiva para él y su esposa. Y a raíz de ese allanamiento se le inició una causa que puede terminar en una condena de hasta 15 años de prisión.

Daniel convive con un problema de salud mental y su esposa tiene un cuadro de epilepsia refractaria. Además tienen tres hijos, dos de ellos también con problemas de salud. Lucas (18) tiene un retraso mental y Franco (14) un trastorno opositor desafiante. La vida de Daniel y su esposa no es sencilla.

Hasta el momento, no se desprende ninguna evidencia de venta que justifique su detención, apenas mensajes con otros cultivadores como los que habitualmente se comparten: acerca de genéticas y técnicas de cultivo. Quienes cultivamos cannabis sabemos que nadie lo hace en soledad.

³ “Cara de Cannabis”: la historia del cultivador preso por plantar para su esposa con epilepsia - Infobae

⁴ La entrevista completa puede consultarse en: "Cara de cannabis": hablamos con el cultivador detenido (revistathc.com)

Señalan en la misma nota que la Ministra de Seguridad de la Nación, Sabina Frederic, fue consultada sobre el caso y subrayó la importancia de no mezclar la ilegalidad con el cultivo medicinal y apuntó «Aún con esa reglamentación, el cultivo de cannabis sin la certificación correspondiente por parte del Ministerio de Salud sigue siendo un delito».

Con este pequeño ejemplo, veo la manera en la que confluyen los avances y retrocesos del prohibicionismo y la regulación. Si bien se avanzó en la regulación del cannabis para fines medicinales (y vemos la proliferación de organizaciones civiles dedicadas a ello con la personería jurídica correspondiente, como también las publicaciones de revistas de cultura cannábica en todos los kioscos y los *growshop* dispersos en las arterias principales de nuestras ciudades con negocios a la calle ofreciendo legalmente elementos para el auto cultivo, *kit indoor*, fertilizantes, sustratos y accesorios para ello), no es menos cierto que también políticamente resulta redituable mostrar la criminalización del cultivo.

En definitiva y tal como señala Silva Forne, “en efecto, desde los diversos ámbitos mencionados se requiere una intervención proactiva, destinada a producir un cambio cultural que deje atrás la perspectiva demonizadora y paternalista policializante en relación al consumo de sustancias y las acciones vinculadas a éste” (2019, p. 234).

Como vimos, las madres cannabicultoras ocupan un espacio central en la materia de este trabajo; también quisiera destacar, en lo que respecta al cambio de paradigma al movimiento *Support don't punish*⁵, que presenta iniciativas de alcance global a través de la que promueve la reducción de daños y las políticas de drogas que priorizan la salud pública y los derechos humanos.

La campaña que llevan adelante persigue que la reducción de daños se incorpore en la agenda política, mediante el fortalecimiento de la capacidad de movilización de las comunidades afectadas y sus aliados, la apertura de un diálogo con las personas responsables de formular las políticas y la sensibilización de los medios de comunicación y la opinión pública. El momento culminante de la campaña es el Día de Acción Global,

⁵ Home - Support. Don't Punish

que tiene lugar el 26 de junio o entorno a esa fecha (coincidiendo con el Día Internacional de la Lucha contra el Uso Indevido y el Tráfico Ilícito de Drogas); el último se llevó a cabo en 239 ciudades de 90 países.

Me siento optimista en este contexto. El asunto se encuentra instalado en la agenda pública y política, lo que incide en las decisiones sobre la persecución penal.

Para ello, basta con revisar el Informe de Gestión 2020 de la Procuraduría de Narcocriminalidad, en tanto dependencia especializada del Ministerio Público Fiscal⁶, en el que remarcaron su participación en un debate virtual organizado por la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico del Senado de la Nación, con motivo de los 30 años de la sanción de la Ley de drogas (ley 23737). En esa oportunidad se hizo hincapié en:

“la necesidad de adecuar el artículo 14 de la ley 23.737 a los parámetros constitucionales impuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en los fallos “Arriola” y “Vega Giménez”, tal como viene manifestando esta procuraduría desde hace varios años, y centralizar la persecución al crimen organizado, ante la evidencia de que el sistema de administración de justicia sigue orientando sus recursos a la judicialización de conductas menores como la tenencia con fines de consumo”⁷.

Estas reflexiones nos permiten visualizar que la mera actividad legislativa no modifica de por sí la realidad, sino que son diversos factores los que deben sumarse para dar efectividad a los derechos reconocidos por toda iniciativa que se aparte del paradigma prohibicionista.

⁶ PROCUNAR | Ministerio Público Fiscal | Procuración General de la Nación (mpf.gob.ar) La Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR) fue creada por Resolución PGN N° 208/13, para hacer frente a la necesidad, por parte del Ministerio Público Fiscal, de diseñar una política criminal, una organización institucional y estrategias de intervención acordes con la gravedad, complejidad, magnitud y extensión de la narcocriminalidad, entendida esta como un fenómeno socio-político de vasto alcance, que atraviesa numerosos aspectos de la vida de la sociedad y que acarrea consecuencias gravemente nocivas a las personas y los bienes. Así, se optimizan los recursos del organismo y mejoran los resultados de la investigación penal preparatoria y el eficaz enjuiciamiento de los responsables por delitos de narcocriminalidad, brindando colaboración y asistencia técnica a los fiscales de todo el país.

⁷ Informe-de-Gestión-2020.pdf (mpf.gob.ar)

Capítulo III

Enfoque metodológico de las entrevistas.

Opté por enfocar esta investigación social a partir del paradigma constructivista de metodología cualitativa, que presenta las siguientes características: desde lo *ontológico* sostiene que la realidad es subjetiva y múltiple; en el plano *epistemológico* reconoce a quien investiga en interacción con lo que desea investigar e, incluso, desde lo *axiológico* reconoce que sus valores forman parte del proceso y, en lo que respecta a lo *metodológico*, se asume que hay conceptos que emergen en forma inductiva durante el proceso de investigación, que hay factores que se influyen mutuamente en un diseño flexible e interactivo que privilegia el análisis en profundidad y en detalle en relación al contexto, priorizando la confianza y la autenticidad (Boniolo, Dalle, Elbert y Sautu, 2005).

En este capítulo me aproximo a la experiencia de sujetos que se han vinculado con el cannabis medicinal desde lugares distintos. El acercamiento es espacial y temporal, porque hasta aquí recorrimos sucesos históricos desplegados en distintitos continentes y diversos siglos, de modo que ahora pretendo, como en función lupa, presentar las vivencias actuales que ocurren en el Valle del Río Negro.

Para ello he optado por la técnica de entrevista, que, junto con "...la observación, la narrativa y el análisis del discurso, son utilizados en estrategias cualitativas" y puede utilizarse para conocer la perspectiva de los actores sociales (Boniolo, Dalle, Elbert y Sautu, 2005, p. 38). En particular y en contraposición con la encuesta, señalan los autores citados sus principales características:

“La entrevista es una conversación sistematizada que tiene por objeto obtener, recuperar y registrar las experiencias de vida guardadas en la memoria de la gente. Es una situación en la que, por medio del lenguaje, el entrevistado cuenta sus historias y el entrevistador pregunta acerca de sucesos, situaciones (Benadiba y Plotinsky, 2001: 23). Cada investigador realiza una entrevista diferente según su cultura, sensibilidad y conocimiento acerca del tema y,

sobre todo, según sea el contexto espacio-temporal en el que se desarrolla la misma (Alonso, 1998: 79)” (p. 48).

Vemos cómo la metodología cualitativa nos permite centrarnos en un estudio de caso, que es lo que pretendo en este abordaje, que analice las trayectorias familiares en relación con los cambios en el contexto socio-histórico, explorar los valores, motivaciones, iniciativas, fines y márgenes de autonomía de las personas en el marco de sus relaciones sociales de pertenencia (Boniolo, Dalle, Elbert y Sautu, 2005).

Para reconstruir la teoría subjetiva de las personas a entrevistar, opté por la entrevista semiestructurada, ya que en ella “...es más probable que los sujetos entrevistados expresen sus puntos de vista en una situación de entrevista diseñada de manera relativamente abierta que en una entrevista estandarizada o un cuestionario” (Flick, 2007, p. 89).

Durante las entrevistas, el contenido de la teoría subjetiva se reconstruye; para ello se efectúa una guía con ítems flexibles que, sin influir sobre el entrevistado, permiten obtener información. “La guía de entrevista menciona varias áreas temáticas. Cada una de ellas se introduce por una pregunta abierta y se finaliza por una pregunta de confrontación” (Flick, 2007, p. 96).

Desplegada esta aclaración metodológica, los títulos que componen este capítulo contienen las entrevistas semiestructuradas efectuadas a María Fernanda Canut, presidenta y cofundadora de la ONG “*Cannabis Medicinal Río Negro*” y a Mariano Roberto Lozano, juez de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca. A ello se añadirá, al inicio, una introducción para contextualizar la elección de las personas que fueron entrevistadas y la guía de entrevista que efectué en cada caso.

Entrevista a Fernanda Canut, presidenta y cofundadora de la ONG “*Cannabis Medicinal Río Negro*”, respecto a su experiencia como madre cannabicultora.

Introducción.

Tal como la presentan en su página web⁸, “Cannabis Medicinal Río Negro” es una Organización sin fines de lucro que se dedica a informar y capacitar sobre los beneficios del uso de la planta de cannabis en el tratamiento de diversas patologías, en el ámbito de la provincia de Río Negro.

Desde el año 2019 cuentan con personería jurídica -que fue entregada por el vice gobernador de la provincia- y la conforman un equipo de más de veintiocho (28) profesionales multidisciplinarios, médicos y otros profesionales de la salud formados en endocannabinología y terapéutica cannábica, abogados, ingenieros agrónomos, además de los socios.

En ese marco, comparten experiencias sobre el uso de cannabis medicinal como pacientes, padres de pacientes, médicos, cultivadores solidarios, colaboradores y amigos. Asimismo, organizan jornadas, charlas y conferencias para profesionales de la salud, pacientes y público en general e intentan sensibilizar a referentes de la política nacional y provincial para la toma de decisiones. También intercambian información con otras organizaciones y generan eventos y acciones en conjunto.

Guía de entrevista.

Previo al encuentro delineé los interrogantes que pretendía abordar:

- ¿Quién es Fernanda?
- ¿Cómo inició su recorrido en el uso medicinal del cannabis?
- Antes de esta experiencia, ¿había participado de otro espacio de militancia o lucha colectiva?
- ¿Alguna vez sintió miedo ante una intervención o sanción penal?

⁸ Cannabis Medicinal Río Negro – Organización sin fines de lucro (cannabismedicinalrionegro.org.ar)

- ¿Conoció a alguna madre o padre que, a pesar de los beneficios del uso de cannabis medicinal, no quisieron proporcionárselo a su hijo/a?
- ¿Se inscribió en el registro que habilitó la reglamentación?
- ¿Identifica una lucha feminista dentro de esta lucha?

Desarrollo.

A través de la plataforma “Zoom”, en fecha 4/2/2021, en el horario pautado, la Sra. Canut me recibió en la galería de su casa, le presenté el marco en el que se desarrollaba esta entrevista y el esquema del trabajo que me encontraba realizando, le pedí autorización para grabar el encuentro y específicamente me autorizó a ello, como también a ventilar su nombre y el de su hijo.

Relató que tiene casi 50 años, nació en Bariloche y, por el trabajo de su padre, de chica se instalaron en Cipolletti. Señaló que fue mamá muy joven de 4 hijos e hijas de 26, 24, 19 y 11 años; también esposa. Que actualmente se desempeña como madre y ama de casa y que, aunque su profesión es de maestra de nivel inicial, nunca pudo ejercer.

Señaló que su vida cambió a partir del nacimiento de su tercer hijo, Giuliano, en el año 2001, a quien le diagnosticaron, en ese momento, el Síndrome de Cornelia de Lange⁹. Fue ello lo que los llevó a hacer un recorrido médico entre neurólogos y psiquiatras e incluso diversas internaciones.

Remarcó que la que más los afectó fue una internación en una institución psiquiátrica para adultos en la ciudad de Rosario, que no sabía que la realidad de esos lugares era tan terrible. Sobre la evolución del cuadro clínico, explicó que probaron con diversos fármacos y lamentablemente una de ellas le provocó a Giuliano una depresión medular, por la que tuvo que ingresar a una terapia intensiva, estar entubado y en coma, con una importante neumonía.

La Sra. Canut se detuvo en remarcar el efecto familiar que tuvo la internación de Giuliano con ella, en Rosario, por 3 meses. Le causó mucha angustia revivir lo que

⁹ Se caracteriza por presentar en quienes lo padecen: talla y peso muy bajos, retraso de crecimiento pre y postnatal, discapacidad intelectual de moderada a profunda, problemas de comportamiento, tiene como características clínicas el reflujo gastroesofágico, alteraciones cardíacas, pérdida de audición, epilepsia.

identificó como una ruptura y separación familiar, que a su vez le impactó en su rol de madre de sus otros hijos, sobre todo la más pequeña, quien se quedó al cuidado de su abuela casi exclusivamente. Señaló que eso le generó mucha culpa como madre, que sentía la impotencia de no haber podido ayudar a su hijo y a la vez haberse separado de sus otros hijos e hijas, que no se pudo doblegar como mamá. Advirtió que su hija más chica, incluso todavía y desde el amor, a veces le remarca ese desplazamiento.

Afirmó su postura según la que no solo hay un paciente enfermo, sino que se enferma todo un núcleo familiar. Que fue muy desgastante no encontrar la salida y mientras tanto ver cómo se va deteriorando su hijo. En ese momento se encuentran con el aceite de cannabis y el cambio fue rotundo, porque a las 2 horas era otro niño y así fue evolucionando semana tras semana, lo que la determinó a querer apropiarse de ello porque era impensado.

Ahí remarcó que inició un proceso personal de deconstrucción: "...me podrías haber visto en la vereda de en frente, yo era la que pedía luchar contra el narcotráfico" (SIC).

Así su primera lucha fue desarraigar sus propios prejuicios en los que explicó de este modo: "... crecí con los tabú, con el discurso de las drogas destructoras de neuronas, del "falopero", del "drogón"; yo no quería saber nada con eso en mi casa" (SIC).

En ese camino, también se preguntó "¿Qué estoy haciendo con mi hijo?" (SIC). Ahí fue cuando consultó al primer médico, quien le advirtió que no iba a continuar con la atención si ella le proporcionaba ese tratamiento. Entonces tuvo más dudas y desprotección, porque remarcó que lo primero que quería tener mínimamente era la cobertura de un profesional de la salud.

Enfatizó que, en el caso de Giuliano, ya se había probado todo tipo de drogas y nada funcionó, que lo que seguía era una cama de electroshock, por lo que se decidió a lanzarse a esto que se abría como posibilidad, que le hablaban de THC y CBD y que no entendía. Esto la motivó para reunirse con personas que estaban atravesando la misma situación e intercambiar su angustia, posibilidades y conocimiento.

Explicó que esta lucha individual se transformó en colectiva casi inmediatamente; que al principio se juntaron 5 personas en su casa, que luego fueron 20 y para el primer

encuentro se reunieron 2500 personas en el Círculo Italiano de Cipolletti para hablar del tema. Que allí ya se encontraban profesionales de la salud interesados en acercar las últimas novedades científicas.

En este recorrido colectivo, hacen charlas, incentivan el auto cultivo porque creen que es la herramienta fundamental para poder entender este vínculo que se crea entre uno, la planta, la tierra.

Sabe que muchas madres y padres no optan por este tratamiento, ya que todavía parece estar vinculado al oscurantismo, además de que es ilegal casi todo lo que se refiere a drogas, pero indicó sobre todo la importancia de poder explicarlo a las propias familias. Señaló que, en su caso, recibió el apoyo de todo el círculo familiar. Sobre ello, ejemplificó que Giuliano ahora puede participar de los juegos y reuniones familiares, que no siempre fue así y la familia tendía a encerrarse y perder los vínculos.

Agregó que en la lucha por conseguir la inclusión de un niño con discapacidad, frente al sistema educativo, al sistema legal, al político y al de salud, le sumó la lucha por el acceso al cannabis medicinal.

Señaló que antes de esto no había participado de otra militancia de intereses colectivos; se volvió a referir a ella como una ama de casa y afirmó que no era lo que quería, sino lo que le tocó y que, frente a eso, hizo lo mejor que podía hacer en ese momento.

Identificó que se nutrieron de los saberes que les proporcionaron los cultivadores de marihuana y remarca que es realidad indiscutible que su lucha es anterior, pero quizás el abordaje del tema desde lo medicinal sea una puerta de acceso para los que buscan proporcionarse su propio consumo sin esa finalidad. En este tramo remarcó que no cree que este cambio se esté dando porque desde el poder político crean que “se lo merecen”, sino porque se advirtió la posibilidad de que ello sea un mercado legal para el propio Estado, que hasta ahora decidió criminalizar todas las conductas vinculadas con las drogas.

Sobre si pensó en alguna consecuencia penal por su actividad y militancia, refirió que nunca estuvo sola y entre esa red fueron armando estrategias como exhibir la actividad, hablarlo y ponerlo en agenda, para que de alguna manera funcionen como

escudo. Afirmó: “si hago lo que hago es porque realmente seguí el recorrido legal, ya hice la prueba de todos los medicamentos” (SIC). Agregó que interpusieron un recurso de amparo ante la justicia federal local y hace más de dos años está sin resolución. Asimismo, refirió que, con la primera reglamentación de la ley, en 2017, pidieron autorización para el cultivo, pero no recibieron respuesta. Sobre la reciente reglamentación y la inscripción al Registro, aún no se encuentra vigente, por lo que no puede decir sobre ello.

A pesar de ello, afirmó sentir temor por cualquier intervención penal, como un registro domiciliario o la expectativa de una sanción. Pero a la vez explicó que su situación es particular, porque se trata de la salud de su hijo, que cree que por un hijo se da todo. Que su hijo se enfrenta a una grave patología y que su lucha es sacarlo adelante y que eso los hizo más fuertes y dijo: “yo ya estoy presa de la patología de un hijo; no entiendo cómo puedo ir presa por cultivarle una medicina” (SIC).

Agregó que cree que la única forma es darse a conocer, seguir haciendo esta militancia de un recurso tan revolucionario como es este, sobre el que todos y todas tienen derecho a saber de qué se trata y decidir qué quieren hacer con esto. Reconoce que a veces sus argumentos pueden ser difíciles de entender y aceptar y que muchas veces son tomadas por locas.

En este punto, reconoce que la lucha es feminista por su construcción colectiva y porque son las mujeres las que promueven el cambio, no sólo son las mujeres madres, sino también las mujeres hijas, que se encuentran al cuidado de sus padres o madres adultos mayores y son las que gestionan el cultivo y las que se brindan contención.

Para finalizar, señaló que desde la ONG se encuentran participando en el Consejo Consultivo Nacional para el Ministerio de Salud de la Nación y que, aunque terminamos el año con la nueva reglamentación, aún se encuentra sin implementar y todavía siguen en estos grises, corriendo el riesgo de sufrir una consecuencia penal, aunque existen papers científicos que avalan su uso e incluso la Organización de Naciones Unidas la eliminó del listado de sustancias peligrosas, a partir de recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

Al finalizar la entrevista, se acercó Giuliano para despedirme.

Entrevista a Mariano Lozano, camarista, integrante de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, comentando la jurisprudencia local.

Introducción.

El eje será repasar jurisprudencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, que desde la órbita civil y la penal abordaron el uso medicinal de cannabis, con alcance sobre las decisiones que se pronuncien en los Juzgados Federales de primera Instancia de General Roca, Viedma, Bariloche, Neuquén y Zapala.

De manera sucinta, comentaré en este título las decisiones que serán objeto de la entrevista:

Partiré desde el precedente “*NAVARRO J.M y otro c/ Estado Nacional y otro s/amparo, ley 16.986 s/incidente de apelación*”¹⁰, decidido por la Alzada el 21/05/2019, con un voto dividido, a través del que se modificó la medida cautelar otorgada por el juzgado federal de Viedma y se dejó sin efecto la autorización para el cultivo de plantas de cannabis que se había concedido.

De la reseña de los hechos del caso surge que la acción de amparo fue promovida contra el Estado Nacional, para que se ordenase a éste el suministro de aceite de cannabis y sus derivados, para el tratamiento de un niño que padece síndrome de Tourette.

En primera instancia, cautelarmente se decidió que, hasta que se diese cumplimiento a lo solicitado, se encontraba la actora autorizada a cultivar cannabis en su domicilio y también el de la abuela y abuelo del niño, siempre que lo hicieran en la modalidad y lugares que informaron. La decisión se apoyó en la demora en la que incurrió el Estado en la implementación de la ley 27350 y su decreto reglamentario 738/2017, como también en la indicación de la médica tratante, que dio cuenta de la ausencia de todo efecto secundario riesgoso del tratamiento con el preparado de cannabis.

El recurso de apelación fue interpuesto por el Estado Nacional -Ministerio de Salud- argumentando que el cultivo de cannabis en un domicilio particular le impide al

¹⁰ CFAGR, “*NAVARRO J.M y otro c/ Estado Nacional y otro s/ amparo ley 16.986 s/incidente de apelación*” (FGR 16005/2018/1/CA1), 21/5/2019.

Estado la fiscalización que le corresponde, conforme la reglamentación vigente. Agregó que no se había acompañado una prescripción suficiente que avalase la terapia pretendida y remarcó que la ingesta de la sustancia no es inocua, además de la falta de certificación de los estándares de calidad, al que tiene derecho todo paciente para que se le suministre un medicamento sistematizado, estandarizado y seguro.

En su intervención, el Asesor de Menores apoyó la medida cautelar dispuesta, aunque destacó la ausencia de una prescripción médica pertinente, por lo que fijó determinadas pautas para el caso de que se confirmase.

El Ministerio Público Fiscal, consultado respecto a la constitucionalidad de la ley 23737, opinó que no era necesario recurrir a tal declaración, siempre que el cultivo se desarrolle con los parámetros fijados por la Magistrada de grado. Apuntó que la decisión de ese Ministerio Público se conformó también con el criterio de la Procuraduría de Narcocriminalidad -PROCUNAR-, cuyo titular se aunó en la suscripción de la postura expresada.

En oportunidad de resolver, la vocalía que primero se pronunció fue la del Dr. Ricardo Guido Barreiro, quien propugnó desestimar el recurso de la demandada y modificar la medida cautelar, intimando a la autoridad estatal a cumplir provisionalmente con el deber legal de la provisión del aceite de cannabis en el plazo de cinco días y, si acreditase la imposibilidad material para cumplirlo, más allá del tiempo razonable, recién ahí podría contemplarse la satisfacción a través del autocultivo, que sería un asunto a analizar posteriormente si fuere el caso.

A continuación, fue el turno del Dr. Richar Fernando Gallego, quien adhirió en forma parcial al voto anteriormente referido y decidió modificar la cautelar otorgada, para que se emplace al Estado Nacional a proveer cautelarmente el aceite de cannabis en el plazo de diez días y dejar sin efecto la autorización para cultivo de plantas de cannabis. Adelantó que, para el caso del incumplimiento por parte del Estado, la parte actora tendría a disposición los mecanismos judiciales previstos para la ejecución de una obligación de dar y los daños y perjuicios que el incumplimiento pueda originar.

Por último, fue el turno del Dr. Mariano Roberto Lozano, que desempató la votación y orientó hacia las consideraciones que efectuó el Dr. Gallego. A ello agregó,

con relación a la autorización para el autocultivo, que el objeto de ese proceso atañe a la salud de un menor de edad y la elaboración casera, por alguien que no tiene la *expertise* ni los controles estatales, podría ser riesgosa para la salud del niño, sobre todo cuando lo que se pretende producir incide en el sistema nervioso central -excitándolo o deprimiéndolo-. Trajo a colación la buena voluntad de los familiares del niño e insistió en que la pregonada eficacia del tratamiento no alcanza para compensar los daños concretos. Para finalizar, apuntó a que la reglamentación tiene previsto el modo de satisfacer la provisión del aceite de cannabis de modo seguro. De esta forma se conformó la decisión como señalé al inicio.

Lo siguiente que me interesa comentar se suscitó en la órbita penal de la Alzada, a través de la decisión expresada el 5/2/2021 en el precedente “VICTORIANO, Federico Martín; ALGAÑARAS, María del Carmen sobre infracción ley 23737”¹¹.

En esa oportunidad decidieron los jueces, por unanimidad, admitir parcialmente el recurso interpuesto por la Defensa Oficial, modificar la calificación del hecho por el que fue procesado Victoriano, que entendieron quedó subsumido en la figura del art. 5, penúltimo párrafo, de la ley 23737 y revocar la prisión preventiva impuesta.

En la resolución recurrida, el dolo de tráfico de la figura atribuida a Victoriano, de “cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes, con fines de comercialización”, se fundó en: la cantidad secuestrada que ascendía a 113 plantas y 19 plantines, dos “pasamanos” de marzo de 2019 y conversaciones transcritas producto de la intervención telefónica dispuesta.

El tribunal valoró el descargo ensayado por Victoriano, quien explicó que cultivaba para su propio consumo y para la elaboración de aceite medicinal para su madre y su tía, quienes sufrían padecimientos físicos, lo que se acreditó.

Respecto a los “pasamanos”, identificaron la distancia temporal que separa esos acontecimientos con la diligencia del allanamiento. Sobre las conversaciones telefónicas ponderaron que surgen recomendaciones o indicaciones sobre el cuidado de la especie y que ello no persuade sobre la actividad de tráfico y se concilia por lo manifestado por el acusado.

¹¹ CFAGR, “VICTORIANO, Federico Martín; ALGAÑARAS, María del Carmen sobre infracción ley 23.737” (FGR 262/2019/CA2), 5/2/2021.

En relación al secuestro sobre el que recaía la imputación, señalaron los jueces que la situación se enmarca en lo ya decidido por ese cuerpo en autos “Solorza”¹², cuando afirmaron que los ejemplares de cannabis sativa en desarrollo no son estupefaciente en sentido técnico jurídico y, por ello, la labor pericial agota su cometido en la identificación botánica de que se trata, ya que poco puede decirse al tratarse de ejemplares inmaduros que han interrumpido su ciclo vital por la intervención estatal. Apuntaron allí que, para que una plantación pueda ser enmarcada en una actividad ilícita comercial, debe responder a una hipótesis de cultivo extenso, no doméstico.

Por último, desestimaron los jueces la pretensión esgrimida por la Defensoría Oficial sobre la antijuridicidad de la conducta derivada de la nueva reglamentación de la ley 27350, a partir del decreto n° 883/2020, en cuyo marco plantearon que se desplegaba la conducta de Victoriano. Para así decidir, remarcaron que tal reglamentación reclama la satisfacción de ciertos requisitos no verificados, a la vez que el desarrollo de la actividad no fue desplegado en un ámbito de intimidad. Por ello decidieron como se adelantó.

Guía de entrevista.

- en su carrera, ya sea en la órbita de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca o en la del Juzgado Federal de Bariloche ¿tuvo oportunidad de conocer sobre un caso en el que se requiriese el acceso a cannabis medicinal o permiso para plantar cannabis con ese fin?
- En el fallo “Navarro”, su voto fue decisivo para conformar la mayoría, dado que arribó a su vocalía con discrepancia entre la decisión del Dr. Barreiro y la del Dr. Gallego ¿Recuerda cómo conformó esa decisión?
- En el marco de esas actuaciones, el Ministerio Público Fiscal dictaminó que no era necesario recurrir a la inconstitucionalidad de la ley 23737, pretendida por la actora, si se ajustaba a las condiciones impuestas por la magistrada de grado al decidir la medida cautelar. Aún con ese “permiso” del titular de la acción pública se decidió por la negativa ¿Recuerda cómo transitó este tramo del análisis?

¹² CFAGR, “Legajo de Apelación de SOLORZA, Luis Fernando por infracción ley 23.737” (FGR 726/2016/1/CA2), 4/5/2017.

- El tema impacta tanto en la órbita civil como en la penal; sobre esta última, la CFAGR recientemente en el fallo “Victoriano”, decidido el 5/2/2021, tuvo oportunidad de pronunciarse ya con la nueva reglamentación del decreto 883/2020 y decidieron unánimemente ¿cuál fue allí el argumento?

Desarrollo.

El 19/3/2021 me recibió el Dr. Lozano en su despacho; le presenté el marco en el que se desarrollaba esta entrevista y el esquema del trabajo que me encontraba realizando, le pedí autorización para grabar el encuentro y específicamente me autorizó a ello, como también a utilizar ese registro para los fines académicos que le adelanté.

Manifestó que, hasta el precedente “Navarro”, no había abordado en sus años de juez el tema vinculado al consumo medicinal de cannabis, tanto en primera instancia en Bariloche como en los casi 10 años que se encuentra ejerciendo en la CFAGR.

Sobre ese precedente, partió por explicar que la dinámica de un cuerpo colegiado implica que, sobre algún tema que advierten pueda generar controversia, se reúnen antes y lo debaten. Y éste era uno de los temas que concitó el interés de los integrantes de la cámara, así que lo hablaron previamente.

Recordó que la divergencia versaba sobre qué pasaba ínterin el estado proveyese. Es decir, si se autorizaba a la producción por parte de la familia del requirente o si se utilizaban las herramientas que el derecho da para compeler al estado a cumplir la carga que se les impuso.

Señaló que, para él, fue central el análisis de cuestiones procesales; en ese marco expresó que tiene formación civilista, más que penalista, y tiene claro que las medidas cautelares, así como fueron pensadas cuando se incorporaron a los códigos procesales, son una herramienta que tienen por objeto garantizar la eficacia de la sentencia.

Agregó que, más allá del advenimiento posterior de las medidas autosatisfactivas o medidas cautelares autónomas que son evoluciones de la original, no son más que una herramienta, de manera tal que, si no está en juego la eficacia de la sentencia, no se dicta una medida cautelar. En ese sentido, argumentó que hay otros principios también, por

ejemplo, uno no puede obtener con una media cautelar -en principio- algo distinto de lo que obtendría con la sentencia y textualmente indicó:

“Entonces acá yo veía -esto no está volcado en el voto, te lo cuento porque formó parte de las conversaciones- una discordancia con el objeto del proceso, que era obtener una sentencia que condenara al estado a proveer el aceite, y hasta el arribo de esa sentencia se pedía algo totalmente distinto, bien distinto, que era que se autorizase el cultivo por parte de un particular. No veía razón para que la cautelar fuera así y no fuese anticipar la sentencia”
(SIC)

Planteó que, si el objeto del proceso era que se condene al estado a proveer el aceite ¿por qué la cautelar no era una condena anticipada a proveerlo?; en torno a ello giró lo que analizó en la primera cuestión.

Agregó que, en segundo lugar, se enfocó en el debate que se había dado en primera instancia sobre el que tenía un enfoque distinto, porque allí la decisión se basó en el fallo Arriola de la CSJN y en Azari Meza de esa Alzada; sin embargo él entendía que el caso no tenía nada que ver con la protección constitucional para auto determinarse, porque el resultado del cultivo -ya que no lo hace la persona que lo requiere- se destinaría a un menor de edad que tiene más tutela que un particular común, por lo tanto entendió que este tramo estaba fuera de esa discusión.

Remarcó que se posicionó en el marco de una acción que es, lisa y llanamente, un amparo de salud y, seguidamente, explicó que lo que uno tiene que ver en ese marco es si lo que se está pidiendo hace a la salud de la persona que lo reclama; y agregó:

“Recién ahí, llegado a la conclusión de que esto fuese necesario para mejorar la salud del beneficiario, recién ahí me iba a poner a analizar si alguna norma penal implicaba algún obstáculo para conseguirlo. No llegué a analizarlo, porque mi duda era realmente que estuviésemos ante una práctica que servía para la salud o para mejorar la salud de la persona en cuestión”.

Sobre la cualidad del medicamento, habló desde lo que identificó como una lógica bien llana; lo que se estaba pidiendo era la fabricación casera de algo que se dice que es un medicamento que no es inocuo para la salud, porque precisamente se lo utiliza porque actúa sobre el sistema nervioso central.

Respecto a la conformación de su decisión, explicó que la duda siempre es a favor del derecho y que, si se presenta una duda en cuanto a la bondad o no bondad de un medicamento, esa duda no puede hacerla jugar en contra o corriendo con el albur de que no sea beneficioso para la salud de un menor. Entonces, el análisis que efectuó -y que terminó decidiendo esta disyuntiva de qué pasaba ínterin- es si la fabricación casera de esto, que sería un medicamento ¿sirve o no?; ¿sirve o se están corriendo riesgos que no hay que tolerar a favor de la salud de un menor?

Apuntó a ello, manifestando sus dudas sobre lo que puede ser la fabricación casera y su correspondencia con lo que fue prescripto por la medicina; ejemplificó con el caso de un laboratorio que pretende fabricar una aspirina y para ello requiere de toda una tramitación, una habilitación del Estado y un director técnico que lo controla, alguien responsable de lo que contiene aquello que se está ingiriendo y que se corresponde con lo que describe su prospecto.

Enfatizó que, en el caso, si bien no había suficiente prescripción médica, tampoco cree que eso fuese tan relevante, porque, de haber existido, tampoco podían brindar certeza del contenido de lo que hubiese en cada preparación.

Agregó que ponderó que todas las herramientas que el derecho brinda tenían que estar a disposición de esta persona, para que el Estado le proveyese el aceite de manera segura y no autorizar la fabricación particular, con el riesgo que eso pudiese acarrear. Señaló que, desde su rol, tenía el deber de proteger esa infancia.

Se refirió a él como un operador de derecho de la legalidad, que rechaza las vías de hecho, porque eso es lo que permite vivir en sociedad. Por ello afirmó que, si hay un organismo público que dice que esto es medicamento y que cumple con ciertos estándares de seguridad, se apunta a ello porque ese es el que tiene el ejercicio del poder de policía de salud; es quien sabe del tema.

Indicó que, cuando el Estado demora o no los lleva a cabo, los pasos que tienen que hacer, desde el ejercicio jurisdiccional, que tiene las herramientas para ello, es instarlos a que se los haga, pero de ahí a dejar de lado lo que el Estado hace y permitir que se proceda de una manera rudimentaria es otra cosa.

Afirmó que eso es lo que no estaba dispuesto a acompañar del voto y señaló que ni siquiera pusieron en controversia que fuese beneficioso para la salud; tanto es así que conminaron al estado a suministrarlo; y agregó:

“Fijate vos que esta discordancia entre lo que se pretendía con la medida cautelar y lo que se pretendía con la acción de fondo, es lo que llevó periódicamente a entender que nosotros estamos en contra de la utilización del aceite; y no es así”.

A continuación y consultado sobre el punto en torno a la prohibición, subrayó que llegó a ese análisis para, eventualmente, evaluar la necesidad de remover la norma jurídica, porque en su entendimiento iba a poder tener la certeza de que la elaboración casera cumpliera con lo que determinaba la prescripción.

En un párrafo de su voto se refirió, expresamente, a la familia, que requería del aceite; y en esta ocasión se expresó diciendo:

“Yo no dudo de la buena voluntad, yo no puedo ser solo un malvado que impide que una abuela haga todo lo que esté a su alcance para un nieto. ¿Cómo puedo dudar del corazón de la buena voluntad de su abuela? Por supuesto que no. Pero yo tengo otra función: si yo creo que no tengo certeza de que lo que se suministre sea bajo todas las circunstancias y en todo momento bueno para el nieto, tengo que hacer prevalecer eso; aun cuando no dudo de la buena voluntad de sus familiares”.

Consultado sobre el fallo “Victoriano”, decidido en la órbita penal del cuerpo colegiado que integra, aclaró que el desarrollo argumental en una audiencia es bastante

menor que en una resolución, pero lo que quisieron exponer es que, en todo caso, quien pretenda esgrimir una defensa en el sentido en que se lo hizo, tiene que adecuarse a la reglamentación, que no se puede comer del plato de la legalidad y, al mismo tiempo, de la ilegalidad. Así, quien cree que se encuentra en las condiciones previstas en la reglamentación para estar autorizado a cultivar, pues, que se adecue a ella; esto como una regla jurídica, de lógica argumental.

Eso por el lado de la causa de justificación, señaló, que le quitaría antijuridicidad a la conducta y, por otro lado, también la protección constitucional para aquel que quiere cultivar para consumo. Recordó que éste no era el caso, pues no se estaba en un ámbito de intimidad. Refirió que, si bien quedó medio argumentado en forma conjunta, tiene claro que se trata de dos supuestos que podrían excluir la persecución penal.

Respecto al de la causa de justificación, reconoció que no analizaron que el registro que prevé la reglamentación no estaba disponible; en consecuencia, podría haber sido una solución que se hubiera expuesto: “yo me quiero adecuar a la reglamentación, pero todavía no está disponible” y que eso puede ser algo para evaluar.

En conclusión, reseñó que la Cámara, a través de las decisiones comentadas, traza la misma consecuencia: la adecuación a una reglamentación, lo que expresa una coherencia en la jurisprudencia de la cámara en este sentido.

Sobre el ejercicio de su rol, señaló que tiene una fuerte propensión a guiarse por las especialidades de ejercicio de poder de policía en sentido técnico, es decir, el que sabe de salud es el organismo integrante del Estado que se encarga de eso. Agregó que, obviamente, si es manifiestamente arbitrario en su proceder, entonces los jueces pueden corregirlos, pero no sustituirlos.

Profundizó esta idea marcando que ello es lo que, como jueces, les permite “dormir tranquilos”, porque el día en que un juez autoriza al suministro de un medicamento contra lo que dice la autoridad tendría que estar dispuesto a hacerse cargo de las consecuencias, pero ello no por un tema de temor o por lo que se pueda decir. Manifestó que si algo le genera la certeza de saber por qué está previsto por el estado, para determinar qué sirve y que no sirve, no puede decir lo contrario, sobre todo en el ámbito de una medida cautelar.

Amplió este punto indicando que el juicio que realiza de la ley es el de constitucionalidad, no si la cree buena o mala. Y solamente remueve el obstáculo legal cuando cree que colisiona con alguna garantía de mayor jerarquía o con algún postulado constitucional. Enfatizó que, incluso, la ley que no comparte la aplica igual y cree que esa es la forma en que debe ejercer su función, que son las herramientas con las que aprendió a desenvolverse, que se conjugan con la formación jurídica y el desarrollo como persona que se empieza a forjar desde la infancia y tiene que ver con las vivencias e incluso tienen que ver con el libro leído la noche anterior; todo te va forjando.

Capítulo IV

Marco normativo.

El impulso de los y las activistas, sumado al interés científico, permitió que en el marco de la Semana del Cerebro 2017 se llevaron a cabo las Jornadas “Cannabis sapiens”, en el Auditorio del Centro Cultural de la Ciencia, en el Polo Científico Tecnológico, organizadas por la Sociedad Argentina de Investigación en Neurociencias (SAN), contando con el apoyo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) –y su Programa Ciencia y Justicia– y del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Nación. El objetivo de las jornadas fue dar a conocer al público general aspectos históricos, científicos, médicos, legales y políticos del consumo del Cannabis desde una perspectiva multidisciplinaria¹³.

Cierto es que el Estado argentino efectuó un reconocimiento con la sanción de la ley sobre “Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” -ley 27350-, sancionada el 29/3/2017¹⁴; sin embargo quedó obsoleto con la limitada reglamentación que ese año se practicó, tornando ilusorio el acceso a un derivado de la marihuana que, según el estado actual de la ciencia, le reconoce más de 45 aplicaciones médicas, tal como lo explicó Magdalena, médico neurólogo infantil del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez y jefe de la Sección de Neurofisiología de la Universidad de Buenos Aires (Magdalena, 2019).

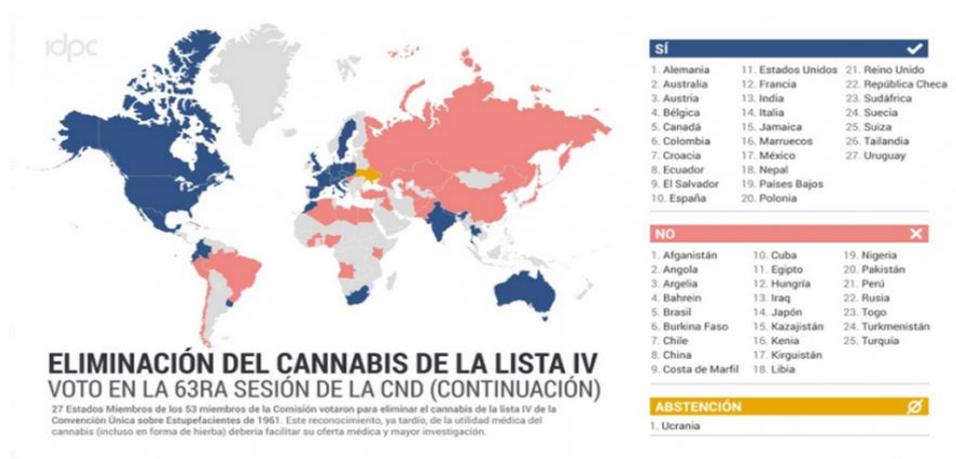
Vimos cómo la combinación de factores, tales como el surgimiento de un movimiento de usuarios de cannabis medicinal y el desarrollo de una corriente crítica al paradigma prohibicionista, pero, sobre todo, por causa del aumento del uso medicinal del cannabis y la visibilidad de sus efectos terapéuticos, promovió el debate que concluyó con la promulgación del Decreto 883/2020 el 11/11/2020, que, en sus fundamentos, sentó: *“resulta impostergable crear un marco reglamentario que permita un acceso oportuno, seguro e inclusivo y protector de quienes requieren utilizar el Cannabis como herramienta terapéutica”*¹⁵.

¹³ Cannabis sapiens. A 100 años de su prohibición ¿qué sabemos hoy sobre la marihuana y nuestro cerebro?, CONICET

¹⁴ InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Argentina

¹⁵ Boletín Oficial República Argentina - Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados - Decreto 883/2020

Tal es el cambio de paradigma que, casi simultáneamente con la nueva reglamentación, el 3/12/2020, en un voto ajustado, la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas aceptó, con el cambio de clasificación del cannabis y, así, reconoció sus usos medicinales, en base a una recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁶.



A partir de ello, la Organización de Naciones Unidas hizo oficial el siguiente comunicado:

“Al revisar una serie de recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud sobre la marihuana y sus derivados, la Comisión de Estupefacientes de la ONU eliminó el cannabis de la Lista IV de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, donde figuraba junto a opioides adictivos y letales como la heroína. Con 27 votos a favor, 25 en contra y una abstención, la citada

¹⁶ El cuadro fue publicado por “Consortio Internacional de Políticas sobre Drogas. Una red mundial que promueve un debate objetivo y abierto sobre la política de drogas”, International Drug Policy Consortium (idpc.net)

Comisión ha abierto la puerta al reconocimiento del potencial medicinal y terapéutico de la droga...”¹⁷.

En este nuevo escenario, la reglamentación contenida en el Decreto 883/2020 prevé esencialmente:

- que los derivados de la planta de cannabis se proveerán en forma gratuita por el Estado, para quienes tengan prescripción médica y no tengan cobertura más allá del sistema de salud pública; caso contrario deberán ser cubiertos por las prepagas y Obras Sociales (art. 3 inc. d);

- que el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) se encuentran autorizados a cultivar cannabis para la producción y para la investigación científica (art. 6);

- que el control de las semillas que permita la trazabilidad del producto vegetal será llevado a cabo por el Instituto Nacional de Semillas (INASE) (art. 6);

- que los pacientes que tengan indicación médica para el uso de la planta de cannabis y sus derivados podrán adquirir las especialidades medicinales elaboradas en el país, importarlas -si están registradas por la autoridad sanitaria- o adquirir las formulaciones medicinales elaboradas en farmacias autorizadas.

- que se podrá obtener autorización para cultivo controlado, para si, a través de un o una familiar o tercera persona o una organización civil autorizada, a quien se inscriba en el “Registro del Programa de Cannabis” (REPROCANN) y cuente con indicación médica que requiera de la planta de cannabis y sus derivados como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor. El Registro prevé la suscripción de un consentimiento informado y la confidencialidad de los datos (art. 8).

- que el Estado colaborará en producción pública de cannabis con los laboratorios de producción pública de medicamentos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP) para la eventual industrialización para uso medicinal, terapéutico y de investigación. Y lo hará llegar a pacientes a través del Banco Nacional de Drogas Oncológicas y/o por farmacias autorizadas.

¹⁷ Disponible en la web oficial “Noticias ONU” <https://news.un.org/es/story/2020/12/1485022>

Avanzando con ello, para lograr su efectiva implementación, el Ministerio de Salud, en tanto Autoridad de Aplicación, emitió el 10/03/2021 la Resolución 800/2021, por la que aprobó el “Registro del Programa de Cannabis” (REPROCANN) y en sus Anexos contiene la información necesaria para la obtención de la autorización correspondiente que resumo en los siguientes ítems:

- los datos ingresados revisten carácter de Declaración Jurada, pudiendo acarrear la revocación de la autorización si son falos o inexactos (art. 5);
- los rangos permitidos de cultivo son entre 1 y 9 plantas florecidas; hasta 6 m² cultivados; sólo en cultivo interior ya que exterior no está permitido; transporte entre 1 y 6 frascos de 30 ml o hasta 40 gramos de flores secas (art. 6, conforme ANEXO II).
- es requisito excluyente: contar con indicación médica por parte de un profesional médico y haber suscripto el “Consentimiento Informado Bilateral” entre el o la paciente (o su representante) y el/la profesional médico, del que surge que lo resultante del cultivo no se encontrará autorizado o aprobado por ANMAT y, en consecuencia, el /la profesional será el/la único/a responsable del tratamiento propuesto (art. 7, ANEXO III).
- los y las usuarios/as, los y las terceros/as cultivadores y los y las médicos/as tratantes tendrán que contar con un usuario vigente en la plataforma: Argentina.gob.ar (art. 9).
- el certificado de autorización emitido es prueba fehaciente y autosuficiente de las condiciones que establece el REPROCANN, con vigencia por un (1) año (art. 10).
- Los y las que registren el cultivo a través de este mecanismo, no quedan contemplados/as en la trazabilidad del producto que realiza INASE (art. 11).

Por último, punteo que la ley 27350, en su art. 12, invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma a adherir a su normativa, a los efectos de incorporarlas al programa y a los convenios que se celebren con la autoridad de aplicación; lo que hicieron tanto Rio Negro como Neuquén, la primera a través de la ley 5309 y 5487 y la segunda con la ley 3042.

La criminalización hoy. Construcción de los límites, alternativas desde la política criminal y la dogmática penal.

Con este reciente marco regulatorio, podríamos pensar que no cabría lugar para que discurra la persecución o la sanción penal. Sin embargo, creo que no es una posibilidad bajar la guardia frente al poder punitivo y, al contrario, siempre debe mantenerse alerta frente a determinadas posibilidades de criminalización.

La importancia radica en lo que Vitale señala:

“debemos reivindicar —una vez más— el firme compromiso de respetar y cuidar nuestro tan preciado Estado Constitucional de Derecho, elaborando y reconstruyendo la teoría jurídica —en este caso, la teoría jurídico penal— desde las normas supremas. De allí que el Estado Constitucional de Derecho nos coloque frente a este desafío; un desafío de robustecer y de consolidar un sistema de garantías que permita construir una teoría desde el principio de mínima intervención penal, tratando de consolidar la necesaria diversificación de respuestas frente a los fenómenos lesivos en lugar de acrecentar cada vez más el violento aparato punitivo. Es decir, la respuesta penal debe reservarse para los casos demasiado graves. Todos sabemos que la vía punitiva, en toda Latinoamérica, es prácticamente sinónimo de cárcel, de encarcelamiento, de encierro en pocilgas donde la gente termina muriendo o recibiendo una violencia en muchos casos mayor que la de los propios hechos que motivan este encierro. Esta respuesta punitiva debe ser, entonces, la última alternativa y en esto todo el mundo coincide desde el discurso: solamente puede recurrirse a esta drástica alternativa cuando no es posible acudir a otras vías menos violentas. Precisamente por eso y, sobre todo en épocas de consolidación

democrática, es demasiado importante que se diversifiquen cada vez más las distintas respuestas frente a los fenómenos lesivos” (2014, p. 166).

Este señalamiento se efectúa por el amplio espectro de conductas que puede abarcar la ley 23737 de estupefacentes y, solo haciendo un recorte en lo que se refiere a las conductas que involucran el cultivo de marihuana con fines medicinales y los que de ello devenga, expongo algunos de los ejemplos que detallaron Antonini y Fusero (2019):

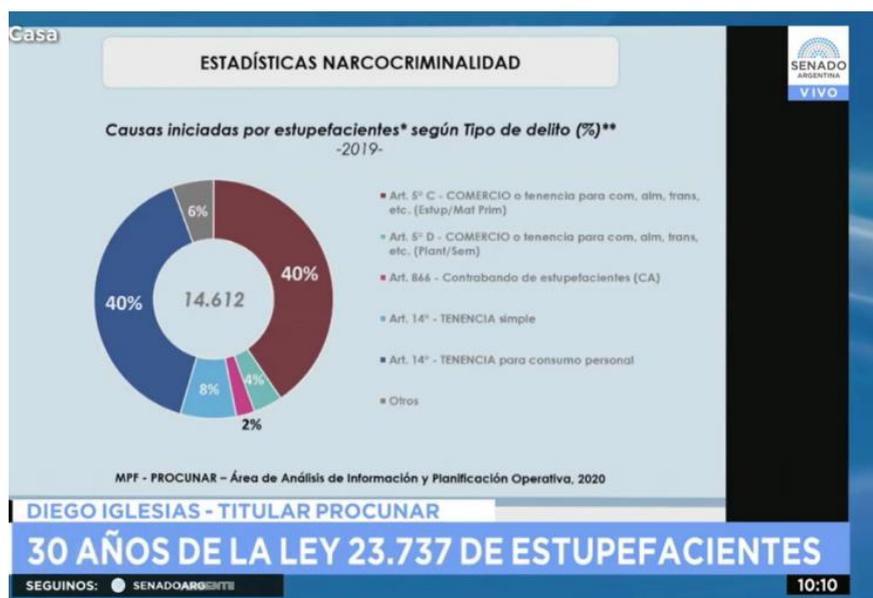
- En el caso de alguien que practique el cultivo, según el artículo 5° inciso a) de la ley penal, le podría caer la aplicación de una pena de cuatro a quince años de prisión o de un mes a dos años de prisión si es que se comprende dicha conducta dentro del atenuante para consumo personal -art. 5, anteúltimo párrafo-.
- En la eventualidad en que se deba trasladar dicha sustancia, las penas por tenencia simple van de uno a seis años de prisión -art. 14, primer párrafo- o un mes a dos años de prisión, en el caso de que se pueda comprobar que la tenencia es para uso personal -art. 14, segundo párrafo-.
- Ante la decisión de juntarse entre madres o familiares y/o pacientes para el desarrollo de un cultivo colectivo, compartir conocimientos sobre el cultivo, repartir responsabilidades en el desarrollo del mismo o cualquier otra razón válida como para desarrollar esta tarea de forma cooperativa, la ley penal establece un agravante de seis a veinte años de prisión -art. 11 inciso c-, penas que podrían corresponder ante un caso de homicidio simple.
- Y a la persona titular del inmueble en donde se lleve adelante dicha conducta le podría corresponder, a su vez, el delito de facilitación de lugar, aunque sea a título gratuito, con una pena de tres a doce años de prisión -art. 10-.
- Aquellos/as cultivadores/as solidarios/as, generalmente personas que cultivan y destinan altruistamente parte de su cosecha para elaborar aceites y donarlos a las personas que los requiera con fines médicos/terapéuticos, les puede corresponder la pena de tres a doce años de prisión ante el suministro gratuito -art. 5, inciso e, segunda parte-. En el caso de que haya un intercambio oneroso, aunque sea para cubrir costos del cultivo o elaboración de aceites, les puede corresponder la pena de cuatro a quince años de prisión por suministro a título oneroso -art. 5, inciso e, primera parte-.

- Si se realizaran talleres de extracción de aceites, la conducta puede ser penalizada mediante la pena de uno a seis años de prisión bajo la figura de preconización -art. 12- y/o la pena de dos a ocho años de prisión correspondiente a quien imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes -art. 28-.
- Si se requiriese el acompañamiento médico y el/la profesional prescribiera la utilización de cannabis, el/la mismo/a podría ser reprimido/a con una pena de dos a seis años de prisión, si no pudiera demostrar que dicha prescripción se encuentra dentro de los casos que indica la terapéutica -art. 9-.

Por si no quedó claro, cuando hablamos de poder penal, hablamos de violencia. Se trata de una violencia que se ejerce desde el Estado y en grandes escalas, tal como advirtieron desde la PROCUNAR en su Informe de Gestión 2020, al decir:

“...es una característica del sistema de justicia federal que se observa desde hace más de 10 años, (y) deja de manifiesto que una parte importante de los recursos de las fuerzas de seguridad terminan estando destinados a la criminalización de las personas consumidoras de este tipo de sustancias, manteniendo así la inercial selectividad del sistema penal”¹⁸

Ello fue graficado así:



¹⁸ Informe-de-Gestión-2020.pdf (mpf.gob.ar)

Creo que esto es un llamado de atención, que nos obliga a estar alertas y componer alternativas que contengan la irracionalidad del poder punitivo. Para ello, no debemos perder de vista el concepto central de *antinomia fundamental* que contiene la puja entre las dos fuerzas que expresan, de un lado, las necesidades político-criminales de la sociedad y, del otro lado, las necesidades de protección del ciudadano frente al poder fuerte y peligroso que se le concedió al Estado (Binder, 2013).

En este sentido, antes de avanzar con el esquema en sí mismo, voy a introducir una crítica que Binder efectúa a Zaffaroni, porque me resultó clarificadora y fue lo que me permitió comprender la distribución de límites que contiene este título.

Zaffaroni, en su principal obra (2002), nos enseña que el poder penal es el agua que debe ser contenida a través la programación de un dique, contención a la que Binder (2014) adhiere, pero disiente en el tramo en el que Zaffaroni afirma que en tal dique debe haber una programación de desagote por la que se escurra cierto uso del poder punitivo.

La discrepancia de Binder se asienta en que, expuestas de ese modo, las funciones son contradictorias, por las que se llena de conceptos de dogmática penal a la política criminal y, como consecuencia de ello, el diseño de la política criminal se queda sin un saber específico. Con claridad crítica la función dual de la dogmática criminal, al decir que según ella: “le compete construir el dique, es decir los límites, lo que es correcto, pero también le compete construir las compuertas, es decir, *programar la política criminal*, lo que es incorrecto” (Binder, 2014, p. 114).

Entonces voy a esquematizar las alternativas que encuentro desde estas dos fuerzas que contiene la antinomia fundamental:

En la órbita de la política criminal, Binder (2014) expone los principios rectores que, en un sistema democrático, vienen a funcionar como límites internos de la política criminal en la organización de los instrumentos violentos del Estado, con la finalidad de evitar la violencia y abuso de poder:

- Principio de *última ratio*.
- Principio de mínima intervención.
- Principio de no naturalización de la violencia.
- Principio de economía de la violencia.

- Principio de utilidad.
- Principio de respaldo.

La formulación de esta idea, que parte del primero de los principios enunciados y que contiene a los otros como principios adyacentes, se condensa con la siguiente definición:

“Si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de conflictos (y esa es la finalidad última de la política criminal como parte de la política de gestión de la conflictividad) es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio del poder que históricamente más peligrosamente se ha acercado a formas brutalmente abusivas, hasta el presente” (Binder, 2014, p. 221).

Desde el plano de la dogmática penal, se me presenta una dificultad para configurar los conceptos que tradicionalmente aprendimos con este nuevo marco teórico que, sinceramente, me resulta más comprensible y práctico; veamos:

Sabemos que, desde el enfoque propuesto por Binder (2014b), la idea básica operativa, piedra angular que constituye la garantía del *hecho*, se ordena en tres dimensiones de garantías. Si bien estas se integran funcionalmente, en este trabajo me centraré únicamente en los requisitos de verificabilidad –todo aquello sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad– que se congloban en la teoría del delito:

| Teoría del delito | |
|---|--|
| REQUISITOS DE VERIFICABILIDAD | |
| Garantías de PRIMER orden | Garantías de SEGUNDO orden |
| Legalidad: el hecho seleccionado por la ley previa. | Teoría del tipo penal |
| Culpabilidad: previene la simple ocurrencia del resultado a través de la responsabilidad objetiva. Tiene que ser actividad evitable y reprochable al autor. | Inimputabilidad Estado de necesidad inculpante Teoría del error: error invencible de prohibición |

| | |
|---|--------------------------|
| Lesividad: foco en el daño relevante, para evitar el derecho penal infraccional. | Insignificancia |
| Proporcionalidad: vínculo entre la reacción y gravedad del daño, concepción <i>última ratio</i> del derecho penal | Determinación de la pena |

Como se puede observar, el juego de estos principios aumenta el nivel de protección y precisa aquello sobre lo cual se debe decir verdad. Por ello, la dogmática penal, en especial a través de la teoría del delito, ha construido todo un análisis del hecho, con base al desarrollo y precisión de las exigencias que surgen de esos cuatro principios.

Especifica Binder que:

“La doctrina del tipo penal, la de la culpabilidad, la teoría del error, las circunstancias de determinación de la pena, etc., constituyen el desarrollo de garantías de segundo orden, dado que, en todo caso, su función es fortalecer las garantías de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad, proporcionalidad). De este modo, los requisitos de verificabilidad se vuelven un listado muy puntual, donde cada segmento del hecho está precisado por las exigencias de principios, hoy por hoy, todos ellos, con fundamento legal. Por lo que esta dimensión constituye, respecto de la idea de verdad, una técnica muy detallada de proposiciones fácticas, seleccionadas desde los principios de protección” (2014b, p. 28).

Así esquematizado, podemos completar los conceptos que tradicionalmente conocemos; entonces vemos que según el tema propuesto podríamos considerar:

- El estado de necesidad justificante: se entiende que media necesidad cuando el agente no dispone de medios menos ofensivos para evitar la lesión y se justifica sólo la lesión menor de la que se evita (Zaffaroni, 2002).

Vemos que la ley 27350 se encuentra vigente desde 2017, pero su regulación se realizó recién a fines de 2020 y la creación del registro se resolvió en los primeros meses

de 2021. En este desarrollo podríamos plantear que la nueva legislación es más benévola y habilita menor ejercicio de poder punitivo, al establecer un permiso legal.

De modo que, si nos encontramos frente a la criminalización de una persona que podría haber pedido la autorización al registro, aunque en ese tiempo aquel no estuviera vigente, podríamos argumentar sobre la antijuridicidad de esa conducta por el permiso legal que fue receptado posteriormente.

Veo que, ante esta realidad ineludible, el sistema penal no puede resultar inalterable y criminalizar a personas que buscan mejorar su calidad de vida, ejerciendo el derecho a la salud que nuestra normativa constitucional ordena proteger mediante acciones afirmativas concretas.

Agrego que los mismos conceptos se repiten en el caso “*Mohamed vs. Argentina*”, entre los que se destaca, en lo que aquí interesa, “*que corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico*”¹⁹.

A mi modo de ver, este tipo de situaciones pueden recibir mejor tratamiento a través del instituto del legítimo o regular ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP), que remite al análisis de todo el ordenamiento jurídico. En tal orden, la conjugación del derecho a la salud y el derecho a una “*vida digna*” pueden funcionar como límite a la antijuridicidad de la conducta. Veamos.

Como en cualquier causa de justificación, rige el principio por el cual debe emplearse el medio menos lesivo para alcanzar la realización del derecho (o permiso) de que se trate. En este punto, debe aclararse qué se entiende por necesidad o, mejor dicho, necesidad, que es la guía de la proporcionalidad entre medios y fines. Como en cualquier otra justificante, no se actúa por obligación sino por elección, de modo que la

¹⁹ Corte IDH, “*Mohamed vs. Argentina*”, sentencia del 23 de noviembre de 2012, párrafos 130 y ss., (con cita del caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, y otros).

necesidad no radica en la antinomia cultivo de cannabis vs. derecho a la salud. No están obligados a hacer lo segundo, sino facultados a hacer lo primero.

El criterio a seguir es que, cuando eligen libremente ejercer esa facultad (ese derecho), están autorizados a hacerlo hasta donde sea necesario para satisfacer el objetivo propuesto.

De modo que, un análisis dogmático restrictivo de los tipos penales en cuestión, anclado en la exigencia de antijuridicidad material, permitirá mantener al margen de la justicia penal casos que, lejos de afectar al bien jurídico “*salud pública*”, buscan asegurar el derecho a la salud y a una vida digna, reconocidos por nuestro bloque de constitucionalidad federal (arts. 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; XI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2, 5.1, 11.1, 19, 26 y 29 c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1, 2.2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

En definitiva, la causa de justificación expresa una *antinomatividad circunstanciada* que el legislador reconoce como ejercicio de un derecho y dota de contenido a la antijuridicidad, vinculándola al principio de reserva emanado del art. 19 de la C.N. y que los derechos cuyo ejercicio se reconoce mediante los preceptos permisivos -causas de justificación- son los mismos que garantiza el principio de reserva (art. 19 *in fine* CN), es decir, ámbitos que quedan exentos de la intervención estatal.

Es posible pensar, desde esta alternativa dogmática, la conducta de alguien que, para sí o para un hijo o hija, cultive marihuana con el fin de procurar el aceite que requiere para su salud. En estos casos, se hace necesario reconocer que la realización de la acción antinormativa (acción típica) es un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social y que, como tal, no puede ser alcanzada por la pretensión del Estado de aplicar el poder punitivo.

- Error de prohibición. En la esfera de la culpabilidad, las teorías del error que sobre ella inciden podrían tener significancia en este punto. Pensemos en el derrotero de normas que, desde 2017, se vienen imprimiendo sobre el cultivo de cannabis, llevando confusión sobre algo que, en particular, existe aceptación social o en el relato de la madre

cannabicultora que manifestó entender que no cree estar haciendo nada prohibido, porque preserva la salud de su hijo.

Voy a referirme al error del conocimiento de la prohibición, que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto, en su faz indirecta, que consiste en la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto, es decir, cuando hay una falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación.

Este tipo de error excluiría la culpabilidad de la conducta cuando en la hipótesis:

“el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva, pero cree que su conducta está justificada. Este error puede asumir distintas formas, susceptibles de reducirse a dos principales: a) la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (...) b) la falsa suposición de circunstancias que hacen a una situación objetiva de justificación” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2002, p. 739).

- Lesividad. En el contexto reseñado a lo largo de este trabajo, la criminalización de las conductas que conlleva el cultivo de marihuana con fines terapéuticos no parece pasar el tamiz de racionalidad. El ámbito de la prohibición, tal como fue expuesto, no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad y sin que, a su respecto, quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad.

Conocemos que el principio de lesividad tiene la función de contener la irracionalidad del sistema penal, exigiendo la efectiva afectación de un derecho o interés de un tercero (bien jurídico) para habilitar la imposición de una pena. Su violación tiene como consecuencia directa la moralización del derecho penal.

Como vemos, existen alternativas, que no se agotan con las aquí mencionadas para lograr contener pulsión criminalizante del poder punitivo orientado al consumo de cannabis con fines terapéuticos. En este sentido, es interesante la invitación que nos dejó Mario Juliano, al decir que: “...está todo por hacerse, que hay que adoptar cierto desprejuicio, que hay que ser creativos, que hay que estudiar, que hay que pensar, que

hay que arriesgarse, que tenemos que ser inconformistas con el orden establecido ” (2019, p. 207).

Reflexiones finales y posible impacto de la evolución de este tema en el consumo personal de la marihuana.

No agoté las incertidumbres con las que inicié este trabajo; de hecho, se resignificaron. Al comienzo, veía con claridad que se debía *dejar hacer* a quienes pretendían cultivar marihuana con fines terapéuticos, que la cultura milenaria avalaba la práctica y que el afianzamiento de la prohibición se asentó en fines alejados de la salubridad. Sin embargo, al indagar en la jurisprudencia local entendí la importancia de la regulación estatal y comprendí que los prejuicios sobre el “asunto de las drogas”, que entendía y entiendo polarizan la discusión, también eran míos desde aquel sentido inicial.

Quiero decir, despenalización, legalización y regulación engloban distintos conceptos y recientemente la ley 27350 fue materia de reglamentación, en lo que significó el reconocimiento del movimiento cannábico que consiguió dar el debate de la necesidad de una parte de la población de contar con los usos medicinales que se extraen del cannabis, a partir de la comprobación científica de sus alentadores efectos en determinadas patologías.

Entiendo que no será inmediata su implementación; de hecho, durante la producción de este trabajo tuvo lugar la reglamentación comentada y todavía no conocemos cómo será el funcionamiento del registro que prevé la resolución ministerial -que tiene menos de un mes- para acceder al cultivo controlado de cannabis, por lo que el devenir de su implementación todavía es incierto. Lo alarmante es que, entretanto, las conductas podrían quedar sujetas a la intervención o sanción penal.

Desde luego, mantengo la convicción enfocada en la tarea de contener al poder punitivo y en la construcción de una política criminal de un sistema democrático, enfocada en el conflicto y alejada de valores morales que el repaso histórico efectuado vino a actualizar y que también son un llamado de atención sobre la persecución a las conductas que involucran la propia ingesta.

Como dije, todavía no conocemos cómo va a ser el funcionamiento de la regulación sobre el uso medicinal del cannabis, pero seguro será una apertura para cuestionar la criminalización del consumo recreativo de esa sustancia.

Voy a recordar las palabras que el profesor Juliano, activista en la materia, que expresó su postura, en una entrevista radial en abril de 2018, del siguiente modo: “El consumo recreativo también es terapéutico, poder dormir, poder relajarse o pasar un buen momento, también hace a la felicidad”; consultado por el panorama legislativo en esa época, señaló “soy una persona naturalmente optimista. Tenemos el deber de serlo, sobre todo los más jóvenes; es la fuerza de la evidencia lo que va a tener que imponer los cambios. La lucha hay que continuarla”²⁰.

Está claro que un cambio de perspectiva resulta crucial para repensar las políticas de drogas y reformar las legislaciones vigentes hacia un modelo de regulación, que tenga como centro la promoción de la salud pública; hay que bregar porque la lógica del trámite -que cuestionamos en la órbita penal- tampoco se imponga en la búsqueda de aquel reconocimiento.

Intenté en este trabajo presentar algunas de las varias aristas que entrecruzan el consumo medicinal de una sustancia que tiene distorsiones en las posturas, tanto a favor o en contra; ya sea por lo románticas o lo prohibicionistas, ambas tienen mitos y prejuicios que pretendí señalar, para decodificarlos y rescatar así la bondad de un producto natural que, utilizado de determinada forma, permita aliviar ciertos cuadros de salud.

²⁰ <https://sg.radiocut.fm/audiocut/mario-juliano-a-un-ano-de-la-sancion-de-la-ley-de-cannabis-medicinal/>

Referencias bibliográficas

- ANTONINI, Marcos y FUSERO Mariano** (2019). La ley de cannabis para uso medicinal, entre la criminalización y la salud. Consideraciones básicas y jurisprudencia local. En Juan Manuel Suppa Altman ... [et al.] *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- ARRIETA, Ezequiel** (2020). Cannabis. En Pablo González... [et. al] *Un libro sobre drogas*, Buenos Aires, El Gato y La Caja.
- ARRIETA, Ezequiel, TAGLIAZUCCHI, Enzo y GURVICH, Diego** (2020). Sustancias psicoactivas, el humano y la cultura. En Pablo González... [et. al] *Un libro sobre drogas*, Buenos Aires, El Gato y La Caja.
- ANITUA, Gabriel Ignacio** (2010). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- BACA PAUNERO, María Victoria** (2019). Consecuencias penales de la prohibición. En Juan Manuel Suppa Altman ... [et al.] *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- BECKER, Howard** (1953). *Cómo fumar marihuana y tener un buen viaje. Una mirada sociológica* [Traducido por Horacio Pons (2016) Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores].
- (1963) *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación* [Traducido por Horacio Pons (2012) Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores].
- BINDER, Alberto M.** (2013) *Derecho procesal penal. Tomo I: Hermenéutica del proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- (2014) *Derecho procesal penal. Tomo II: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, Buenos Aires, Ad Hoc.

(2014b) *Elogio a la audiencia oral y otros ensayos*, México, Coordinación Editorial Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.

BONIOLO, Paula, DALLE, Pablo, ELBERT, Rodolfo, SAUTU, Ruth (2005). *Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*, Buenos Aires, CLACSO, disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/formacion-virtual/20100719035021/sautu.pdf>

CORBELLE, FLORENCIA (2018). *El activismo político de los usuarios de drogas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. URL: <https://www.teseopress.com/usuariosdrogas>

DARRAIDOU Victoria, GARCÍA ACEVEDO Marina y TUFRO Manuel (2019). Guerra contra el narcotráfico, guerra contra los pobres. En *Derechos humanos en la Argentina: Informe 2019*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

DEL OLMO, Rosa (1993). Para definir el tráfico y consumo de drogas. Reflexiones iniciales. *Delito y sociedad, revista de Ciencias Sociales*, Vol 1 Núm 4/5, 127-132. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i4/5>

DI CORLETO, Julieta (2018). *Malas Madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Didot.

FLICK, Owe (2007). *Introducción a la investigación cualitativa*, Madrid, Ediciones Morata S.L. y Fundación Paidea Galiza.

GUALA, Natacha, (2019). La guerra contra las drogas y su impacto en razón de género. Hacia una agenda antipunitivista, feminista y latinoamericana. En Arduino Ileana... [et al.] *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP.

- JULIANO Mario A.** (2019). La aplicación de la medida cualitativa de la pena durante su ejecución: el fallo “Reyna” del Tribunal de Casación Penal Bonaerense. En Pablo A. Vacani (Dir) ... [et al.], *“La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales”*, 1º ed., Buenos Aires, Ad Hoc.
- MAGDALENA, Carlos A.** (2019). En Juan Manuel Suppa Altman ... [et al.] *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- SILVA FORNÉ, Diego** (2019). La regulación de las drogas como estrategia jushumanista y sus obstáculos. Elementos a tener en cuenta a partir de la experiencia uruguaya. En Juan Manuel Suppa Altman ... [et al.] *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- SMART, Carlol** (1978). *Women, Crime and Criminology: A Feminist Critique*. London.
- SORIANO, Fernando** (2020). *Marihuana. La Historia. De Manuel Belgrano a las copas cannábicas*, Buenos Aires, Planeta.
- SOUTO ZABALETA, Mariana** (2019). El régimen internacional de control de drogas, las «interpretaciones flexibles» y las incómodas iniciativas de regulación del mercado de cannabis. *Revista Pena y Estado Revista latinoamericana de análisis político criminal, INECIP e ILSED*, Año 1 Nro.1, 26-56. [Revista-Pena-y-Estado-NE-1.pdf \(inecip.org\)](#)
- SUPPA ALTMAN, Juan Manuel** (2019). Historia de la Prohibición. En Juan Manuel Suppa Altman ... [et al.] *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- TOKATLIAN, Juan Gabriel** (2017). *¿Qué hacer con las Drogas? Una mirada progresista sobre un tema habitualmente abordado desde el oportunismo político y los intereses creados*. Buenos Aires, Siglo XXI.

- VITALE, Gustavo L.** (2014). Los debates actuales sobre el proceso penal: suspensión del proceso a prueba para delitos de género. En *Libro Ciencias Penales desde el Sur: Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*, Infojus, Id SAJJ: DACF150174.
- YOUNG, Jock y LEA, John** (1984) *What is to Be Done about Law and Order?*, [Qué hacer con la ley y el orden? (2001) Buenos Aires, Editores del puerto]
- YOUNG, Jock** (2020). El rol de la Policía como amplificadora de Desviación, Negociadora de la realidad y traductora de la fantasía. Algunas consecuencias del sistema actual de control de drogas observadas en Notting Hill. *Revista Delito y Sociedad. Revista de ciencias Sociales* Núm 49, 155–186. DOI: <https://doi.org/10.14409/dys.2020.49.e0007>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro,** (2002) *Derecho Penal. Parte General.*, Buenos Aires, Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y REP Miguel** (2012) *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta.
-