Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina

Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

Discusiones actuales en torno a la prohibición y regulación de los estupefacientes

Índice

Sección I. Línea Editorial

9 La defensa de mujeres criminalizadas por la vigencia de una política pública prohibicionista frente al uso de cannabis con fines medicinales. Un abordaje con perspectiva de género
Natalia Eloísa Castro

Sección II. Experiencias Nacionales

31 Los particulares desafíos que enfrenta la defensa pública ante la judicialización de acciones en torno al cannabis para la salud.
María Victoria Baca Paunero

47 El recorrido hacia el cultivo de Cannabis de uso medicinal: el reconocimiento del derecho de los pacientes a elegir su tratamiento
Anabella G. Calvo y Lorena Lampolio

63 Estrategias de defensa para mujeres acusadas por delitos de drogas. Desafíos dogmáticos y probatorios
Cecilia González

77 Criminalización de mujeres en contexto de narco criminalidad. Análisis de los casos Martínez Hassan y Rodríguez.
Matías Gutierrez Perea

101 Avances, retrocesos y desafíos a doce años del Fallo "Arriola"
Mariano Fusero

119 Reformas recientes en torno al cannabis. El impacto en la legislación en el camino a su regulación
R. Alejandro Corda

129 Problematizaciones en torno al entramado punitivista desde una mirada transfeminista
María Pía Ceballos y Josefina Alfonsín

143 Soldaditos: disputas de sentidos en torno a la participación de jóvenes de sectores populares en el mercado de drogas ilegalizadas en la ciudad de Rosario
Eugenia Cozzi

Sección III. Experiencias Internacionales

161 Políticas públicas en drogas: perspectiva de derechos humanos, salud pública y desarrollo humano sustentable. La experiencia de la regulación del mercado de cannabis en Uruguay.
Milton Romani Gerner

173 **La justicia social en la regulación de cannabis: propuestas para México**
Zara Snapp, Jorge Herrera Valderrábano y Romina Vázquez

187 **Contextos de privación de libertad frente a la criminalización del consumo de drogas. El caso de Bolivia**
Gloria Rose Marie Achá

199 **Balance de los desafíos y resultados de los modelos de regulación del cannabis en el Estado español**
Xabier Arana

213 **Presos en la nada. La detención de ecuatorianos en alta mar**
Jorge Vicente Paladines

Sección IV. Entrevista

231 **"Tenemos que cambiar totalmente el paradigma"**
Coletta Youngers

Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación
Nº16. Diciembre 2021

Editora:
Stella Maris Martínez

Director:
Gabriel Ignacio Anitua

Escriben:
Natalia Eloísa Castro
María Victoria Baca Paunero
Anabella G. Calvo
Lorena Lampolio
Cecilia González
Matías Gutierrez Perea
Mariano Fusero
R. Alejandro Corda
María Pía Ceballos
Josefina Alfonsín
Eugenia Cozzi
Milton Romani Gerner
Zara Snapp
Jorge Herrera Valderrábano
Romina Vázquez
Gloria Rose Marie Achá
Xabier Arana
Jorge Vicente Paladines
Coletta Youngers

Coordinación:
Julieta Di Corleto -
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Diseño y diagramación:
Subdirección de Comunicación Institucional

Foto de tapa:
"La vida en la selva" de Florencia Bohtlingk

El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina
Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

ISSN 2618-4265

Editorial

Con gran satisfacción, tengo el agrado de presentar la edición número 16 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa que aborda *Discusiones actuales en torno a la prohibición y regulación de los estupefacientes*. En esta oportunidad, distinguidas y distinguidos colegas de nuestra institución y de otros organismos nacionales e internacionales comparten sus reflexiones a propósito de la gestión penal y no penal de casos vinculados a diversos tipos de estupefacientes.

La presente edición, dedicada al análisis de diferentes aspectos de la regulación y prohibición de las drogas ilegalizadas, cuenta con la participación de operadoras/es jurídicos, académica/os, investigadora/es y personalidades destacadas de la sociedad civil involucradas en las múltiples aristas de esta problemática. A lo largo de la revista, se recorren los desafíos de la defensa pública en su intervención cotidiana en todo el territorio nacional. Asimismo, gracias a la palabra experta de profesionales de la región, España y Estados Unidos, la presente edición posibilita una mirada integral y comparada sobre la cuestión.

A los efectos de abordar tan diversos aspectos, la revista se divide en cuatro secciones. En la primera, una integrante de la institución explora los desafíos del ejercicio de la defensa pública con perspectiva de género en casos de mujeres criminalizadas por la ley de estupefacientes. En este primer trabajo, la autora traza puentes para comprender los efectos de las políticas prohibicionistas desde la perspectiva de derechos, en particular, del derecho a la salud. A partir de esta experiencia, se esbozan las líneas de trabajo de la institución desde una mirada situada, que conecta los distintos ámbitos de intervención de la defensa pública.

En la segunda sección, con la colaboración de expertas/os nacionales, se abordan posibles estrategias de defensa para personas imputadas por la ley n° 23.737 y los retos que se atraviesan en el litigio por el acceso al cannabis para su uso medicinal. En relación con el trabajo ante los tribunales penales, los artículos reflexionan sobre el impacto diferencial de las políticas prohibicionistas respecto de mujeres, travestis y trans y las herramientas legales disponibles para su defensa. Asimismo, analizan los avances y retrocesos en torno a la discusión sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, desde el mirador de las ciencias sociales, indagan sobre la participación de los jóvenes de sectores populares en el mercado de drogas ilegalizadas. En relación con el trabajo que se realiza ante los tribunales no penales, los trabajos aquí reunidos relevan el camino transitado para la regulación del uso del cannabis medicinal, pero también explican cómo se ha obstaculizado el acceso a la salud a través de instancias de judicialización. En línea con esta última cuestión, los textos también se detienen a analizar experiencias concretas del litigio.

En un contexto global que presenta algunas transformaciones en materia de políticas de drogas, el debate público da cuenta de las resistencias propias del paradigma prohibicionista como también de los nuevos problemas que se configuran ante diferentes formatos de regulación. Es por eso que, en la tercera sección de la revista, con las contribuciones de referentes internacionales, se pone el foco en las distintas realidades que atraviesan la región. En este acápite se indaga, desde la mirada de expertas/os de Uruguay, México, Bolivia, Ecuador y España, en

los debates vigentes sobre las políticas públicas en drogas, su gestión judicial, la criminalización y el encarcelamiento como respuesta.

Finalmente, en esta edición de la revista contamos con el invaluable aporte de Coletta Youngers, experta en políticas de drogas en América Latina y colaboradora en múltiples organismos de derechos humanos especializados en estas problemáticas. La agudeza de sus observaciones nos invita a profundizar nuestros análisis y nos marca el rumbo de nuevas indagaciones para evitar caer en un reduccionismo que abogue simplificadamente por la legalización, sin regulación.

En síntesis, los artículos que componen esta edición de la Revista Anual del Ministerio Público de la Defensa abordan las complejidades, tensiones y desafíos que tiene la defensa pública en sus múltiples tareas vinculadas a las normativas sobre estupefacientes. Ante una temática que atraviesa a la sociedad desde distintos ángulos, espero que, una vez más, esta publicación genere nuevos espacios de encuentro y reflexión colectiva.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

Los particulares desafíos que enfrenta la defensa pública ante la judicialización de acciones en torno al cannabis para la salud.

María Victoria Baca Paunero

Defensora Oficial Criminal y Correccional del Departamento Judicial Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal y en Magistratura con orientación en derecho público (UNLaM). Diplomada en Política de Drogas, Salud y Derechos Humanos (CIDE-México). Docente universitaria de grado (UNLZ) y posgrado (UNQ). Integrante del Centro de Estudios de la Cultura Cannábica (CECCa). Autora del libro "Cannabis para la salud y discurso jurídico penal. Aportes para pensar nuevos paradigmas" (2019) Buenos Aires, Ed. Di Plácido.

I. Introducción

Este trabajo aborda los distintos aspectos relacionados a los desafíos específicos con los que se lidia desde la defensa pública al momento de intervenir en casos relacionados al cannabis en favor de la salud. Su particularidad radica en las especiales aristas que presentan estas situaciones en relación con las dificultades de la normativa vigente que las abarca y atento la complejidad de los derechos humanos en juego.

Para ello, desarrollaré brevemente el estado de situación imperante, tanto con relación a la cuestión legislativa nacional actual, como a los problemas y obstáculos concretos que existen para el acceso al cannabis para uso en favor de la salud.

Asimismo, me adentraré a expresar los distintos tipos de abordaje judicial que, dependiendo de las circunstancias, se generan respecto de las acciones y conductas relacionadas al uso de cannabis en favor de la salud.

En esa línea, las cuestiones relativas a la falta de acceso a dicha sustancia como método de tratamiento o paliativo de patologías y los obstáculos para lograr la cobertura por parte de las obras sociales o empresas de medicina prepaga de los costos de los derivados de cannabis adquiridos por vía de importa-

ción, suelen reclamarse por vía de amparo. En esos casos, se pone en discusión ante la justicia contencioso-administrativa tanto los alcances de la Ley 27350 como otras normas aplicables a cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho a la salud y los derechos humanos de las personas afectadas.

Por otra parte, la planta de *Cannabis Sativa L.* y uno de sus principales componentes químicos denominado tetrahidrocannabinol (en adelante, THC), se encuentran abarcados por la Ley 23737 (ley penal de estupefacientes en Argentina) y su Decreto reglamentario 560/19.

En el marco de la aplicación de esa ley, muchas de las personas que realizan distintas acciones con dicha planta y sus derivados son perseguidas habitualmente por parte de las agencias penales del Estado (fuerzas de seguridad, poder judicial); es decir, se desarrollan a menudo numerosos procesos penales contra personas usuarias y cultivadoras de cannabis, donde en su mayoría intervienen defensores y defensoras oficiales.

Partiendo de esos lineamientos, haré referencia a las diferentes intervenciones de la defensa pública en cada caso, para luego adentrarme en las cuestiones problemáticas concretas y los variados obstáculos a los cuales se enfrenta la labor defensista en el despliegue de su tarea.

Porque cuando se trata de aplicar normativas relacionadas con garantizar el ejercicio del derecho a la salud y/o el resguardo de la salud pública, la intervención del Estado en ese sentido no es una opción, sino una obligación, en tanto la salud es un derecho humano básico que hace la dignidad y calidad de vida de las personas.[1]

Sin embargo, es posible advertir que el marco jurídico relativo a las cuestiones de fondo, su interpretación al momento de ser aplicado y el abordaje que desde el Estado se realiza con relación a las personas que usan y acceden a cannabis en favor de su salud, muchas veces colisionan con las normas que integran la misma Constitución Nacional de la cual emergen las obligaciones mencionas en el párrafo anterior. Y es ahí donde la intervención de la defensa pública se torna indispensable para el resguardo de los derechos humanos, poniéndose de relevancia las dificultades, trabas y obstáculos con los que se batalla en el marco de los diferentes procesos judiciales.

En esa línea, expresaré que además existen otras cuestiones complejas relativas a lo procedimental; especialmente, con relación a producción y construcción de los elementos probatorios en base a los cuales se adoptan las decisiones judiciales.

Al respecto, es posible advertir la falta de formación de que adolecen los auxiliares de la justicia que suelen expedirse con relación a las plantas, sus partes o derivados, así como la carencia de especialistas en la temática -abordada desde ciencias como la medicina, la botánica, la agronomía, la bioquímica, etc.- que actúen en calidad de peritos a lo largo del proceso.

Pero más allá de estas problemáticas, sin perjuicio de las distintas trabas concretas que desde la defensa se enfrenten a lo largo del trámite de los diferentes procesos, la conclusión final que ensayaré es que el mayor obstáculo que se le presenta a la defensa pública al momento de batallar por la aplicación e interpretación jurídica y la resolución de estos

1 El derecho a la salud está consagrado en el art. 33, también a partir del concepto de bienestar plasmado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y expresamente reconocido por el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

casos con perspectiva en derechos humanos, radica en la opacidad del lente a través del cual miran, interpretan, resuelven y sentencian Fiscalías, Juzgados o Tribunales: la óptica prohibicionista (Osler, Basalo, 2019: 195).

II. Estado de situación: el problema del acceso

Para poner en contexto la situación imperante es necesario referir que el cannabis para la salud usualmente es abordado comúnmente por la justicia de dos maneras: por un lado, se judicializan a través de acciones de amparo las problemáticas relacionadas con la falta u obstaculización del acceso al cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo y, por otro lado, la justicia penal criminaliza sostenidamente a las personas que realizan conductas con la planta de cannabis y sus derivados, independientemente de si están dirigidas al cuidado de la salud o no lo están.[2]

En ese marco, la defensa pública asume un rol fundamental tanto en el patrocinio de los amparistas, - en algunos casos, mediante la asesoría de las personas menores de edad en cuyo favor se acciona por la vía del amparo - como también, asistiendo técnicamente a la gran mayoría de las personas criminalizadas mediante la aplicación de la Ley 23737 por realizar diferentes acciones relacionadas a la planta de cannabis y sus derivados; un universo que abarca numerosa cantidad de gente con alto porcentaje de privación de la libertad (Corbelle, 2021, p. 22).

¿Cómo se ha llegado a esta situación? El reconocimiento formal del valor médico, terapéutico y paliativo del cannabis emerge en nuestro sistema jurídico con la sanción de la Ley 27350 de investigación médica y científica del uso de cannabis y sus derivados, sancionada en el año 2017. Antes de esa fecha, no existía ninguna norma interna que reconociera el uso lícito del cannabis, planta únicamente abarcada por legislación penal (Ley 23737) o legislación prohibicionista dictada durante la última dictadura militar (Ley 21671).

Cabe destacar que el uso médico y con fines de investigación científica de la planta de cannabis es considerado lícito en los términos del sistema internacional de control y fiscalización de estupefacientes nacido desde la Convención Única de 1961 (Armenta, Jelsma, 2015) pero nuestro país no lo había regulado en forma interna pese a haber ratificado dicho tratado internacional y los subsiguientes que conforman el sistema.

La nueva ley medicinal (Ley 27350) trajo consigo la ratificación del uso del cannabis en favor de la salud y la obligación por parte del estado argentino de investigarlo, así como de producir plantas de cannabis y derivados para su distribución a través del sistema de salud. No obstante, existen dos cuestiones relativas a las formas de acceder al cannabis que la Ley 27350 contempla de forma diferenciada. Por un lado, la mencionada ley coloca en cabeza del Estado la obligación de impulsar la investigación científica y la producción del cannabis en favor de la salud. Y, por otra parte, esa norma aborda de manera parcial y restrictiva las principales vías de acceso al cannabis que funcionan desde hace años en Argentina: el autocultivo, el cultivo solidario y el cultivo colectivo o en red.

Con respecto a la primera de las cuestiones, lo cierto es que a más de cuatro años de sancionada la Ley 27350, el Estado no ha producido, ni produce plantas de cannabis o sus derivados de manera tal que la población tenga acceso a los mismos. Al no existir aún alguna normativa que habilite su pro-

2 Caso "Funaro, Adriana y otro s/infracción a la ley 23.737" IPP 07-01-1098-17 Juzgado de Garantías nro. 7 Depto. Judicial Lomas de Zamora.

ducción por parte de entidades privadas[3], sencillamente las personas mayoritariamente no cuentan con las mismas vías de acceso regulares y controladas que las que existen para obtener otras sustancias de uso en materia de salud: venta en farmacias, provisión a través del propio sistema de salud.

El sistema normativo sí permite la importación, en casos muy específicos que abarcan un reducido grupo humano y mediante numerosos trámites, de algunos productos derivados de cannabis fabricados en el exterior y a la vez, ha habilitado la comercialización en farmacias de un único producto asimilable, un extracto del componente químico cannabidiol (en adelante: CBD) denominado comercialmente Convupidiol.

Ahora bien, el resto - y gran mayoría - de las personas que tratan sus dolencias con derivados y extractos de la planta de cannabis, acceden a ellos por la segunda de las vías mencionadas: los diferentes sistemas de cultivo y producción artesanal.

En ese sentido, la Ley 27350 en su artículo 8 prevé la creación de un registro en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación mediante el cual quienes se inscriban en el mismo quedarán al margen de la aplicación de lo normado por el art. 5 de la Ley 23737. La legislación administrativa, entonces, crea una excepción en favor de las personas inscriptas en ese registro cuyas acciones considera autorizadas y así exime de aplicar dicha ley penal en atención a que justamente ese artículo refiere que se impondrá penas "… al que sin autorización o con destino ilegítimo…" realice alguna de las acciones allí enumeradas con cualquiera de las sustancias consideradas estupefacientes.

Ahora bien, en el mes de noviembre del año 2020, el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó nuevamente la Ley 27350 derogando el Decreto reglamentario 735/17 mediante el dictado del Decreto reglamentario 883/20. Esta última normativa en su artículo 8 reconoce el derecho al acceso a la planta de cannabis y sus derivados a través del autocultivo, del cultivo solidario o del cultivo en red, para quienes cumplan dos requisitos: cuenten con indicación médica expresa y se inscriban en un registro que funciona en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación denominado REPROCANN. Esta novedosa reglamentación no limita patología alguna, siguiendo el espíritu original de la Ley 27350 y reglamenta de forma amplia el artículo 8° que hace expresa mención al registro respectivo.

El REPROCANN se puso en marcha en el mes de marzo de 2021 a través de la resolución del Ministerio de Salud de la Nación 800/2021 y cuenta al momento de la redacción de estas líneas con aproximadamente treinta mil personas inscriptas que han declarado acceder a cannabis por vía de autocultivo o cultivo solidario (Jamele, 2021). La resolución mencionada no regula el cultivo colectivo o en red a través de asociaciones, ni el Ministerio de Salud ha dictado otra resolución que lo regule.

Esta legislación administrativa tensiona fuertemente tanto con la forma en que se interpreta y aplica lo normado por la Ley 23737, especialmente en su artículo 5º, inciso a) que prevé penas de prisión de entre cuatro y quince años para quien siembre o cultive "estupefacientes", como con la circunstancia de hallarse incluida la planta de cannabis, sus derivados y el componente químico THC en el listado de sustancias estupefacientes que enumera el Decreto reglamentario 560/19 complementario de dicha norma. Entonces,

3 Es necesario destacar que al momento en que se escribe este artículo se encuentra en pleno debate por ante la Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de ley sobre Marco Regulatorio de la Industria del cannabis medicinal y el cáñamo industrial; proyecto que ya obtuvo media sanción por parte de la Cámara de Senadores de la Nación.

aquello que parece una solución legal para las personas usuarias que se vuelcan a estas vías de acceso, termina siendo una permanente situación de riesgo de criminalización por intermedio del sistema penal.

En suma, para cerrar esta somera descripción del estado de situación, resumo que las maneras en las cuales las personas acceden al cannabis para uso en favor de la salud actualmente son las siguientes:

- A través de la importación, en casos específicos, de productos elaborados en el exterior y previo extensos trámites administrativos,
- Por medio de la adquisición en farmacias de un extracto de CBD, único producto habilitado para su comercialización hasta el momento, bajo la marca Convupidiol,
- Mediante el cultivo de la planta de cannabis y la producción artesanal de sus derivados, ya sea con autocultivo, como cultivo solidario o en red,
- Por intermedio de un mercado ilegal irregular y sin controles de calidad sobre las sustancias que en él se comercializan.

Veamos entonces cuáles son los problemas que estas vías de acceso presentan en la práctica y como ello impacta o es abordado judicialmente, según el caso.

III. Reclamos por vía de acción de amparo

En materia de derecho administrativo, a la defensa pública llegan las personas usuarias que deberían ser resguardas en sus derechos por la Ley 27350, pero en la práctica por diferentes razones no lo son.

Previo a la sanción de la dicha ley, existían algunos casos aislados de personas que podían acreditar que el uso de derivados de la planta de cannabis producía una mejora en un cuadro de salud extremadamente grave y que no obtenían resultados similares mediante el tratamiento por medio de otras medicaciones.

Antes de realizar una serie de trámites que debían renovar cada determinada cantidad de tiempo, estas familias obtenían la posibilidad de importar por la denominada "vía compasiva" a través del Estado, aunque a precio dolarizado, producidos de cannabis desde el exterior con los que trataban sus dolencias o las de sus seres queridos. Se daba esta situación particularmente en casos de niños y niñas con patologías específicas como epilepsia refractaria y, ya en ese momento, resultaba sumamente engorroso para las familias afectadas que las obras sociales cubrieran los costos de importación de dichos producidos de cannabis. Muchas de esas negativas culminaban en el reclamo judicial impulsado por vía del amparo.

Una vez sancionada la ley de cannabis medicinal, las mismas obras sociales que debían solventar esos costos de importación de productos de cannabis - en algunos casos, compelidas judicialmente a hacerlo - renovaron la imposición de obstáculos para la cobertura de los costos a las personas usuarias. (Aimar, 2019: 169) Algunas lo hicieron bajo la excusa de sostener que la Ley 27350 coloca en cabeza del Estado la provisión del cannabis para la salud, con lo cual no forma parte de sus obligaciones costear esos productos. Otras obras sociales, les requieren a los pacientes el cambio de producto que usan en sus tratamientos, del importado producido en otros países (Estados Unidos, Canadá o Unión Europea, por ejemplo) al Convupidiol producido parcialmente y autorizado para comercializarse en Argentina. Algunas directamente no cumplen con la cobertura, alegando que el cannabis no se encuentra incluido dentro del programa médico obligatorio.

Nuevamente, estas cuestiones han colocado a muchas personas en situación de requerir accionar judicialmente por vía de amparo

a fin de que se les mantengan las coberturas de los productos específicos con los cuales comprobadamente mejoraban la salud los usuarios o las usuarias.

Por otra parte, existen casos de personas respecto de las cuales ningún derivado de cannabis producido industrialmente surte efecto en favor de su salud, pero sí acreditan excelentes resultados mediante el uso de derivados artesanales caseros. Estos pacientes acceden al cannabis a través del cultivo de la planta y la extracción de derivados, quedando sujetos a la posibilidad de ser criminalizados por el sistema penal bajo la aplicación de la Ley 23737. Algunas de esas personas, sabiendo que por el tipo de patología que presentaban los pacientes y la complejidad de la clase de derivados de cannabis que su tratamiento requiere, impulsaron acciones de amparo solicitando autorizaciones judiciales para cultivar y producir cannabis medicinal con destino al tratamiento requerido. Ello, especialmente durante los años 2017 y 2019, mientras regía el primer Decreto reglamentario 738/17 que restringía el acceso al cannabis medicinal únicamente a quienes padecieran epilepsia refractaria.

En estos casos, la defensa pública en su rol de patrocinante jurídico de la parte actora o según el caso, de asesor del menor de edad cuyo derecho a la salud se encontraba en juego, enfrentó y enfrenta desafíos bien concretos.

Para empezar, debe lidiar con el problema de demostrar que el cannabis es una sustancia que tiene una utilidad en favor de la salud y que específicamente sirve para mejorar la calidad de vida de una persona que padece alguna de las cuarenta y cinco patologías en las que la ciencia ha establecido la utilidad del cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo.

Digo esto porque es usual que, aun conociendo la existencia y el contenido de la Ley 27350, la mirada prejuiciosa con relación al cannabis impere por encima de cualquier perspectiva objetiva y se ponga en duda su utilidad en favor de la salud o en favor de la salud específica del amparista o del allegado en representación de quien actúa.

La misma mirada llevada al proceso impulsa la producción de medidas de prueba no habituales en otros casos, por ejemplo, consultas sobre posibilidad de efectos nocivos o adversos en la salud del paciente o en algún caso traslados para que dictaminen Fiscales con competencia penal en el marco del amparo. También, esa perspectiva tiende a analizar los derechos de las personas usuarias en forma muy restrictiva o exige estándares probatorios mayores que los que se pretenden en otros amparos que no tienen relación alguna con el cannabis.

La defensa pública se enfrenta entonces al absurdo de tener que acreditar "lo que no es": que el cannabis no tiene efectos secundarios de gravedad o irreversibles, que la ausencia de estudios científicos en Argentina se debe al régimen prohibicionista y no a la falta de evidencia científica, que la producción de cannabis artesanal no implica necesariamente contaminación o toxicidad en el derivado que se extrae, que no se está accionando judicialmente para esconder la comisión de un hecho ilícito, etc. Es decir que la labor defensista importa construir fundamentos y producir prueba abocada a desandar o desarmar los miedos, creencias o prejuicios que habitan de antemano en el pensamiento de quienes juzgan. Convicciones construidas bajo el paradigma de la "guerra contra las drogas", conforme el cual el cannabis es una "sustancia adictiva generadora de violencia" y "puerta de entrada a otras drogas más duras", y las personas usuarias de cannabis se clasifican en delincuentes merecedores de la persecución penal o enfermos que deben ser compelidos a la abstinencia. Ninguno de estas creencias tiene fundamento científico, pero operan como prejuicios de forma tan efectiva que llevan a

naturalizar graves afectaciones a los derechos humanos de estas personas usuarias.

Se advierte que cuando se litigan amparos por otros temas de salud, por ejemplo, falta de cobertura de una prótesis para una cirugía de cadera, la cuestión radica es acreditar las razones por las cuales tal o cual marca de prótesis es más conveniente para él o la paciente, pero no está en duda que la persona requiere esa cirugía para mejorar su calidad de vida. En este caso en cambio, la defensa deberá demostrar antes que nada que el cannabis sirve en favor de la salud, después además deberá comprobar la necesidad de brindar una vía de acceso legal al mismo.

Es indispensable entonces empezar por contar con evidencia médica extensa, detallada y muy bien fundamentada. Esto resulta bastante difícil de obtener, por cuanto existe aún hoy poca cantidad de profesionales de la medicina capacitados en endocannabinología que, en calidad de tratantes de los pacientes, puedan dar cuenta de cuestiones relacionadas al tratamiento con cannabis. Los pocos médicos y médicas capacitados, en general se desempeñan en el ámbito de la medicina privada, un porcentaje menor lo hacen en hospitales públicos, tornando así en bastante costoso el indispensable acceso al acompañamiento médico.

Es importante entender que el sistema judicial aún no cuenta con peritos médicos formados en la temática que tengan la capacidad técnica para expedirse como expertos sobre estas cuestiones. Esto genera que muchos jueces y juezas duden o desconfíen del informe elaborado por el perito de parte al no poder contrarrestarlo con otro realizado por un perito oficial. Por lo tanto, termina quedando entonces librado al criterio del magistrado actuante el análisis de la prueba aportada por la actora, incluido el informe médico, sin que cuente con otros informes periciales técnicos elaborados por profesionales de la medicina. De ahí la importancia de la calidad, detalle y fundamentación de la evidencia médica que se presente ya desde el momento del inicio de la acción.

Aquí el rol proactivo del defensor o de la defensora es crucial. Exige advertir de antemano que quizás el paciente o la paciente no cuente con un profesional de la medicina dispuesto a producir insumos que sirvan como prueba en el proceso, justamente porque esta clase de especialistas todavía son pocos. Entonces, la defensa podría contactar alguna asociación civil de reconocida trayectoria que cuente con médicos o médicas entre sus integrantes, solicitando su colaboración para la producción de informes técnicos. También, podría trabajar con creatividad y presentar como prueba documental informes, constancias escritas, contenido audiovisual o digital que ilustren sobre el uso de cannabis en favor de la salud, producidos por las propias organizaciones de la sociedad civil que en forma sostenida vienen dando la luchar por el acceso al cannabis o las propias familias de los pacientes.

La defensa técnica debe ejercer un rol activo desde el momento de la construcción de la prueba y de los fundamentos de la demanda. Hacer hincapié no sólo en acompañar documental fuertemente fundada en cuanto a la cuestión médica, sino además expresar detalladamente la forma en que el uso de cannabis en favor de la salud ha mejorado o está en condiciones de mejorar la calidad de vida de la persona usuaria.

No alcanza con una explicación breve sostenida en la gravedad de la patología que presente la persona, dando por sentado que la sola mención a la patología grave será suficiente para ilustrar sobre la situación de salud del paciente y las condiciones en su calidad de vida. Es necesario referir en detalle y con profundidad los síntomas, las dolencias, los obstáculos en la vida diaria, los padecimientos psicológicos, las consecuencias físicas y los efectos en el grupo familiar que rodea al paciente, de tal manera de ilustrar realmente

la gravedad de la afectación a la salud sobre la que versa el proceso.

De la misma forma, es indispensable relatar las mejoras, los cambios favorables en el ánimo, los progresos físicos, el alivio general o específico de algún síntoma y todo lo que haya impactado de manera positiva en la salud del paciente y de su grupo familiar el uso de cannabis.

Es necesario también, en aquellos casos en los cuales se reclama el reconocimiento por parte del Estado del derecho a cultivar plantas de cannabis o a recibir la cobertura del costo del cannabis importado sin ser obligado a volcarse al Convupidiol, explicar qué es el llamado "efecto séquito" (Koltai H, Namdar D., 2020) y de qué manera funciona. Es una cuestión fundamental para comprender el fenómeno del uso medicinal, terapéutico y paliativo del cannabis, cuyo desconocimiento lleva a conclusiones erradas (por ejemplo, a suponer que todos los derivados de cannabis son equivalentes o producen iguales efectos y, por ende, pueden reemplazarse unos con otros).

A la vez, dicho rol activo importa exigir que el juzgador o juzgadora tomen contacto directo con la persona del paciente, aun cuando se trate de un niño o niña, o por lo menos, con sus familiares convivientes, médicos tratantes, docentes, acompañantes terapéuticos y allegados. La experiencia nos muestra que ese conocimiento directo en muchos casos es decisivo a la hora de conmover los prejuicios con los que nos hemos formado los abogados y las abogadas. [4]

Caso contrario, es usual que el operador judicial se incline por resolver en favor de la posición de la obra social o empresa de medicina prepaga por entender que la prueba de la parte actora no ha sido suficiente para hacer lugar al amparo. Es posible que reniegue o descrea de la posibilidad de que una sustancia catalogada histórica y culturalmente como "peligrosa" pueda producir beneficios en materia de salud o la cuestione por su falta de inclusión en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Y ante ello, considere que es exigible mayor cantidad de pruebas para hacer lugar a la acción de amparo que las que posiblemente se requieran para casos relativos a otras sustancias de uso en salud, postulando su rechazo.

Por todo eso, es que sostengo en la necesidad de una defensa pública fuertemente activa, que conozca, trate en forma directa y acompañe a la persona del paciente en cuyo favor se impulsa la acción de amparo (Sánchez, Aran, 2019: 134). Una defensa que construya acabadamente la demanda desde el relato detallado de los hechos hasta el contenido de la prueba documental acompañada, que impulse medidas probatorias creativas o novedosas, a fin de que el magistrado o la magistrada interviniente tome conocimiento directo del caso y del paciente y que cuestione fuertemente preconceptos jurídicos utilizados en otras situaciones pero que no son transferibles a los casos de cannabis.

Las experiencias volcadas por colegas de la defensa en la publicación de la Defensoría General de la Nación *"Cannabis medicinal: una cuestión de derechos"* dan cuenta de ello, así como lo hacen también precedentes jurisprudenciales en la temática.[5]

Finalmente, no puedo dejar de mencionar la necesidad de exigir que se juzgue con perspectiva de género en todos aquellos casos en que la persona usuaria de cannabis en favor de su salud sea niño, niña o adolescente,

4 Eso sucedió en el caso "N., J. M. y otro c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986" Expte. Nro. 16005/2018 del Juzgado Federal de 1era. Instancia de Viedma.

5 A modo de ejemplo, cito los siguientes casos en los que intervino la Defensa Pública: Juzgado Federal de 1era. Instancia de Viedma. "N., J. M. y otro c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986 Expte. Nro. 16005/2018; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, "Incidente de apelación N° 1 – Y., I.V. c/OSDE, causa n° 8880/2017. En: www.jurisprudencia.mpd.gov.ar

adulto o adulta mayor, padezca discapacidad o una enfermedad crónica incapacitante.

Se trata de casos en los que en su gran mayoría las personas mencionadas requieren asistencia permanente debido a sus condiciones de salud y, en esa línea, cabe destacarse que en nuestro país aproximadamente el 80% de los roles de cuidado están a cargo de mujeres, madres, hijas, hermanas, sobrinas, nueras, nietas (Faur, 2017: 81- 82). Fácil es concluir entonces, que la mayor parte de esas personas usuarias de cannabis tendrán a su lado a una mujer ejerciendo el rol de cuidado (Aimar, 2019: 115).

La defensa pública entonces debe requerir se evalúe en el marco del proceso el impacto negativo que cualquier empeoramiento en la salud o la calidad de vida de dichas personas, produce en la salud psicofísica de las mujeres cuidadoras de estas.

Los tres poderes del Estado Argentino se encuentran obligados a evitar la adopción de medidas que profundicen la desigualdad en términos de género y, siguiendo ese lineamiento, el Poder Judicial debe abstenerse de resolver en cualquier proceso sin tener en cuenta el efecto negativo que sus decisiones pueden conllevar para mujeres que, en cumplimiento del rol socialmente asignado y por su situación de cuidadoras permanentes de la persona enferma, tienen una menor calidad de vida y padecen una merma en la posibilidad de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que otras personas a quienes no se les exige cumplir esos roles de cuidado.

IV. Abordaje judicial del mercado irregular y del cultivo de cannabis

Existen muchos casos en que las personas que necesitan o desean acceder al cannabis medicinal, terapéutico o paliativo recurren al enorme mercado irregular que se ha desarrollado en forma exponencial, ante la falta de efectivización de la Ley 27.350.

Efectivamente, la falta de producción y provisión por parte del estado, así como la ausencia de legislación que permita la producción por parte del sector privado en Argentina, combinados con un crecimiento sostenido a nivel mundial de la información y del desarrollo científico en torno al uso en favor de la salud del a planta de cannabis, han insuflado un mercado irregular ilegal. Como tal, carente de control alguno no sólo con relación a sus actores, sino también respecto de la calidad de las sustancias que en él se comercializan.

Por otra parte, a la problemática expuesta en el párrafo anterior se le suma aquellos casos en los cuales se hace indispensable el acceso al cannabis de forma artesanal. Esto se ve en situaciones en las cuales el o la paciente deban rotar genéticas de plantas para la efectividad de su tratamiento, también en las situaciones que requieran mezclas o "blends" específicos o simplemente, porque así lo prefiera la persona usuaria en tanto le resulte más benéfico o adecuado para el tipo de tratamiento que recibe.

Dicha sumatoria coadyuva a que el acceso mediante autocultivo o cultivo solidario sea una de las mejores maneras de obtener derivados de cannabis seguros, adecuados y de calidad para tratar la salud. Quiénes eligen esas vías, tienen la posibilidad de inscribirse en el registro que funciona en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación (REPROCANN) creado al efecto con el dictado de la Resolución 800/2121 del Ministerio de Salud de la Nación. Sin embargo, es indispensable observar que muchas personas desconocen siquiera la existencia de ese registro, carecen de médico o médica especialista que lo acompañe en validar el tratamiento, o simplemente, por su situación de vulnerabilidad socio económica carecen de los medios técnicos mínimos para realizar dicha inscripción. Entonces, simplemente siembran y cultivan cannabis, para luego extraer derivados a fin

de usarlos en favor de su salud o de la persona allegada que lo necesite.

En estos casos la defensa pública suele estar llamada a intervenir en la asistencia técnica de estas personas cuando resultan criminalizadas por aplicación de la Ley 23737. Al no haberse removido la planta de cannabis y sus derivados del concepto de estupefaciente de la ley penal, ni haberse modificado el Decreto reglamentario 560/19 complementario de esa norma, la justicia criminal sigue persiguiendo, allanando y encarcelando a las personas que realizan conductas con la planta de cannabis y sus derivados (Corda, Cortés, Piñol Arriagada, 2018: 64).

La defensa tiene por delante el desafío de lograr explicar y justificar que, en cualquier caso y más allá de la conducta atribuida a la persona defendida, si la planta de cannabis y/o sus derivados está destinada al uso en favor de la salud no existe afectación del bien jurídico tutelado. Es decir que no se verifica el cumplimiento del principio de lesividad (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2008: 128) para el caso la puesta en riesgo de la salud pública. La ausencia de este requisito remueve la justificación que sostiene la persecución penal, únicamente legitimada en tanto se compruebe la producción de una acción al menos potencialmente lesiva para el bien jurídico protegido por la norma. No es el caso del uso de cannabis precisamente en favor de la salud.

Más allá de considerar que los delitos de "peligro abstracto" en general dudosamente superan la vara de constitucionalidad, especialmente con relación a las acciones relativas al cannabis con mayor claridad, se advierte la falta de justificación para imponer penas ante la ausencia de cualquier grado de afectación o puesta en riesgo siquiera potencial de bien jurídico alguno. La defensa debe cuestionar en estos casos, la inexistencia de riesgo o posibilidad de generar peligro para la salud pública y exigir que no se dé por sentado eso únicamente por encuadrar la figura típica en la categoría de delito de peligro abstracto. Es necesario sopesar fuertemente el cumplimiento del principio de lesividad con relación a las acciones realizadas en favor de la salud con la planta de cannabis.

Esa línea argumental puede incluso incorporarse en planteos a realizarse en procesos en los cuales se criminaliza la producción y/o la comercialización de derivados de cannabis para uso en salud, como es el caso de las resinas y los aceites. Dado que independientemente del fin de lucro que a la persona imputada se le endilgue, lo cierto es que no corresponde presumir que tales sustancias necesariamente ponen en riesgo la salud pública por el mero hecho de haber sido producidas de forma artesanal o en un sistema sin control por parte del estado. Esto último también deberá ser acreditado y es importante que la defensa lo exija.

Por otra parte, otra cuestión a plantear y que es posible acreditar una vez avanzado el proceso penal, es que la criminalización de quienes autocultivan o realizan cultivo solidario importa riesgo cierto e inminente de impacto en forma diametralmente opuesta a la pretendida, lesionando concreta e irremediablemente la salud de personas que requieren del cannabis para atenderla y acceden por esa vía. Privar al paciente de su tratamiento es lo opuesto al cuidado de la salud y esta es una situación que suele darse en muchos casos penales cuando se secuestran o incautan plantas y extractos de cannabis.[6]

Esta afectación de derechos humanos muchas veces queda invisibilizada, a menos que la defensa pública la señale y exija, desde el

6 Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Junín, Causa N° JU-3986-2020 "González, Luis Alberto s/incidente de apelación". En: www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/fallos49257.pd.

comienzo, la restitución inmediata de la sustancia medicinal, terapéutica o paliativa que usaba el o la paciente. Y, en igual sentido, es importante que desde el inicio de las actuaciones se solicite el resguardo de las plantas, de ser posible, que directamente no sean removidas de la tierra a fin de preservarlas, así como de las semillas, extractos y resinas, y de todos los elementos e insumos necesarios para la producción del cannabis para uso en favor de la salud.

Usualmente, los operadores judiciales presumen y dan por sentado que las plantas de cannabis existen en un determinado lugar solo con fines ilícitos, sin tener en cuenta *prima facie* la posibilidad de que se trate de la sustancia usada en un tratamiento en favor de la salud. Exigen prueba que los convenza del fin lícito.

Conociendo esta mirada mayoritaria, la defensa desde el primer momento a partir de la declaración de la persona imputada debe hacer referencia al destino que en favor de la salud tengan esas plantas y abocarse a la presentación de prueba que así lo acredite. Reitero, si no se produce prueba concreta en contrario, la justicia es dada a presumir que la existencia de las plantas tiene por objeto la afectación del bien jurídico tutelado por la ley penal.

Particularmente en los casos de siembra y cultivo de cannabis, suele valorarse de forma inversa la carga de la prueba quedando en los hombros de la defensa acreditar el fin lícito de tales actos. Tal es así, que resulta demasiado habitual el inicio de procesos penales sólo por denuncias anónimas y alguna de otra fotografía que de cuente de la existencia de plantas, independientemente el objetivo que estas tengan o la función que cumplan. Es por eso, que una defensa pasiva, pensada solo desde la correcta aplicación de la presunción de inocencia que consagra el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, no será suficiente para ser eficaz.

Asimismo, en estos casos se observa que los planteos de constitucionalidad resultan procedentes, tanto con relación al principio de lesividad en materia penal, como con relación al principio de reserva. Porque es necesario cuestionar y fundamentar que las personas tienen derecho a la autodeterminación en materia de salud y que existen límites que la propia Constitución Nacional prevé para evitar que el Estado se inmiscuya en dicho ámbito de intimidad, en tanto ello no importa afectación a derechos de terceros.

Entonces, las personas tienen derecho a decidir cómo tratar sus dolencias[7], nadie tiene la medida del dolor ajeno y ninguna persona puede ser compelida a sufrir por falta de tratamiento en materia de salud. A la vez, debido a que los actos realizados en su vida privada sin presentar trascendencia dañosa respecto de otras personas se encuentran claramente dentro del ámbito de intimidad en el cual el Estado no puede inmiscuirse según lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Análisis aparte merecen los casos en los que algún criterio judicial "presume" el fin de comercialización que exige el tipo penal del artículo 5°, inciso c) de la Ley 23737, exclusivamente debido a la cantidad de plantas de cannabis halladas en algún domicilio relacionado a la persona imputada. Ante esta situación, la Defensa también debe ser proactiva, ya que la cuestión de las cuantificaciones en el caso de la planta de cannabis no solo es un tema complejo, sino que también presenta aspectos bien específicos lo relativo a las calidades, características y condiciones de las plantas.

Veamos, las fuerzas de seguridad tienen escasa o nula formación técnica respecto del cannabis y del mismo problema adolecen, en general, quienes integran el Poder Judicial. Claramente, no les es exigible a todos los funcionarios públicos tanto conocimiento sobre la gran diversidad

7 CSJN "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias". Resuelta el 1°/6/2012. En: www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federalciudad-autonoma-buenos-aires-albarracini-nieves-.

de materias y temáticas que se les pueden presentar en su labor diaria. Precisamente, para suplir estas cuestiones es que la justicia cuenta con auxiliares técnicos, peritos y demás expertos, el problema radica en la ausencia de especialistas en esta temática en particular.

Así, es habitual que, al momento del secuestro de las plantas en medio de un allanamiento, las pesen con tierra, tallos, hojas y demás partes, cuando no se pesan las macetas en las cuales se hallan cultivadas (Basalo, 2019: 212). Esto debe ser observado cuidadosamente por la defensa al tomar contacto con el acta labrada durante el procedimiento y, en su caso, cuestionar dicho pesaje desde el principio a fin de que no sea valorado como un indicio de existencia de una cantidad enorme de sustancias (Osler, Basalo, 2019: 201).

Nuevamente, es necesaria una defensa que impulse la introducción al proceso de expertos técnicos, ya sea a fin de que se expidan en calidad de peritos como para que colaboren con la defensa a la hora de analizar el contenido de los informes periciales que típicamente suelen hacerse en estos casos. La importancia de esto radica en las deducciones que usualmente se derivan de las conclusiones de esta clase de informes periciales, casi siempre son erróneas.

¿Qué problemas presentan las pericias? En primer lugar, no distinguen el género de las plantas de cannabis, algo fundamental toda vez que únicamente la planta hembra produce flores o cogollos, es decir, la parte de la planta donde se concentra especialmente el THC. Tampoco suelen detallarse el tamaño de las plantas, ilustrando con fotografías que permitan algún tipo de contralor al respecto. Y esto también es fundamental, porque antes de determinado estadio no es posible determinar el género que tendrá la planta o su aptitud efectiva para producir flores. Por otra parte, adviértase que las pericias químicas no miden la cantidad de THC que las plantas de cannabis contienen en sus sumidades floridas; el reactivo químico que se utiliza únicamente mide la existencia de dicho componente, pero sin cuantificarlo.

Las tres cuestiones precedentemente señaladas resultan de suma importancia al momento de ejercer una defensa eficaz: si no es posible determinar si una planta es hembra y producirá flores, tampoco es posible presumir su capacidad de afectar la salud pública. Si una planta presentara contenido de THC menor al 1%, se estaría ante una variedad del cannabis que en el mundo se conoce como cáñamo y que se encuentra excluida expresamente del sistema internacional de fiscalización de estupefacientes según lo normado por el artículo 28, inciso II de la Convención Única de 1961.

Finalmente, al analizarse los informes periciales que dan cuenta de cantidades de plantas, es necesario sopesarlos con las circunstancias que rodean al uso en salud, a la manera de acceso y al sistema de cultivo de la persona usuaria. Para ello, resulta una defensa efectiva explicar al momento de prestar declaración no sólo la patología que padece el o la usuaria y los problemas que ello acarrea, sino las razones por las cuales elige el tratamiento con cannabis, la justificación de la vía de acceso elegida, el método de cultivo (indoor, outdoor, anual) puesto en práctica, la cantidad de veces que se cultiva al año, la cantidad de plantas requeridas para la obtención de la resina mediante un método artesanal y explicar dicho procedimiento (Osler, Basalo, 2019: 205 - 206).

De esta manera, cantidades que pueden parecer elevadas, debidamente explicadas podrán ser observadas a la luz de la realidad de lo que implica la vía del acceso a través del autocultivo o del cultivo solidario y así poner al descubierto los errores que pudieran presentar los pesajes o comprender que dichas cantidades justificadamente indican un uso en favor de la salud.

Por otra parte, en los allanamientos a domicilios suelen incautarse ciertos objetos cuya mera presencia, a los ojos del operador judicial, implica presunción de ilicitud por estar asociados a actividades de narcotráfico o narcomenudeo (Darraidou, García Acevedo, Tufró, 2019: 127).

Por tal razón, la defensa requiere explicar la utilidad de elementos tales como balanzas, sistemas de iluminación, frascos, guantes, jeringas, alcohol comestible, etc. Sencillamente, es indispensable incorporar al proceso la información respecto de los objetos que normalmente -y específicamente en el caso de la persona cuya defensa se ejerza- se necesitan para la producción de cannabis en favor de la salud para que su hallazgo no acarree presunciones indebidas (Osler, Basalo, 2019: 200).

Párrafo aparte merece la cuestión de las semillas de cannabis, que no contiene THC y que, por tratarse de una especie vegetal de la familia de las cannabáceas, presenta características morfológicamente similares a las semillas de otras especies vegetales de la misma familia (al lúpulo, por ejemplo). No obstante, muchos informes periciales que llevan a cabo las fuerzas de seguridad concluyen en sostener que, a simple vista o por sus características morfológicas, es dable diferenciar cuando una semilla es de *Cannabis Sativa L.*

Esto es sencillamente una falacia que no suele cuestionarse justamente por falta de especialistas técnicos capaces de ponerla en duda fundadamente, pero una defensa eficaz no puede pasar por alto esta circunstancia y debe impulsar medidas probatorias tendientes a derribar los mitos que la ignorancia prohibicionista sigue perpetuando. Una de esas posibles medidas, es realizar una simple comparación de dos semillas, una de cannabis y otra de otra especie para ver si es posible diferenciarlas a simple vista, por el color, el tamaño o la forma. Será fácil poner en evidencia no sólo que eso no es posible, sino que además no existe una única clase de semillas de cannabis como tampoco existe una única variedad genética de dicha especie vegetal.

Desde otra perspectiva más reciente, corresponde constatar si la persona a defender se encuentra inscripta en el REPROCANN, una defensa eficaz debería aconsejar y acompañar para garantizar el acceso a justicia a fin de que la persona conozca que existe el registro y tenga la posibilidad de inscribirse en él. Pero si la persona ya se encuentra inscripta, es fundamental acreditar en forma urgente dicho extremo y exigir que bajo ningún concepto se ordenen medidas investigativas que de cualquier forma afecten o menoscaben el tratamiento en salud del usuario o de la usuaria.

Finalmente, resta poner de resalto que las enormes divergencias en cuanto a calificaciones legales asignadas en distintos procesos en trámite por ante diferentes jurisdicciones, que van desde la tenencia o cultivo para uso personal, hasta la tenencia ilegal de estupefacientes y la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización o la mera siembra y cultivo. La asignación de la calificación legal al hecho puede significar la diferencia en la libertad o la cárcel según las penas de prisión y multa previstas para cada tipo penal, de ahí la especial importancia de esta cuestión implica. Una defensa eficaz no debe pasar por alto este problema; debe impulsar todos los cuestionamientos jurídicos que hagan a la obtención de libertades en favor de los detenidos y las detenidas por plantar cannabis para uso en salud, cuestionando incluyo aquellas si las calificaciones asignadas a los hechos con sus respectivos montos de pena superan la vara de constitucionalidad.

V. Conclusión

En el ejercicio de la defensa en este tipo de casos, ya sea a través de acciones de amparo como en el desempeño en la asistencia técni-

ca penal, se advierten aristas bien particulares que los diferencian de otras situaciones. Las complejidades surgen necesariamente ante un estado de situación complejo en términos de la normativa aplicable, altamente caótico por falta de vías regulares de acceso al cannabis para uso en salud y porque la primordial vía de acceso (el autocultivo o cultivo solidario) corre riesgo de criminalización permanente bajo la aplicación de la Ley 23737.

Por otro lado, la perspectiva de quienes intervienen en los procesos, tanto integrantes de las fuerzas de seguridad como los propios operadores judiciales, se encuentra atravesada por la lógica prohibicionista impuesta a la par de la llamada "guerra contra las drogas". Es por eso, que el ejercicio de una defensa eficaz comienza con advertir esta circunstancia, entendiendo que cuando se juzgan acciones relativas al cannabis la mirada no es neutra, sino que mayoritariamente será prejuiciosa y estará sostenida por información errónea. Entonces, conociendo ese estado de situación, es que es importante el ejercicio de una defensa fuertemente proactiva y con permanente compromiso con el resguardo de los derechos humanos.

Preparar desde el inicio el contenido de la demanda o prestar declaración indagatoria desde la primera oportunidad posible para poder brindar las explicaciones del caso, forma parte del arranque de una estrategia de defensa bien encaminada. Restará buscar la forma de producir y acompañar probanzas concretas que corroboren el contenido de la demanda o las explicaciones vertidas al momento de prestar declaración indagatoria.

Se deberá lidiar con obstáculos concretos como lo es la falta de especialistas técnicos que oficien de consultores del juzgador o la juzgadora, ver bajo qué parámetros han sido realizados los pesajes y su resultado para poder cuestionarlo, así como poner de manifiesto toda arbitrariedad que se hubiere producido al momento de efectivizar el allanamiento.

Exigirá un esfuerzo de creatividad extra, proponer medidas de prueba originales o novedosas pero que permitan traer al proceso circunstancias que de otro modo quizás no habrían podido ser acreditadas. Y también, requerirá un contacto directo, fluido y cercano con las personas usuarias de cannabis en favor de su salud, de forma tal de conocer y entender su padecimiento, conocer su situación y la de su grupo familiar, tanto como la vía de acceso al cannabis elegida. Todo lo cual resulta indispensable para poder defender fuertemente su decisión de tratar su dolencia a través de esta sustancia, conseguir que se habilite o respete la vía de acceso elegida e impedir que sea criminalizada o criminalizado por ello.

Finalmente, concluyo en que el problema principal no solo es un estado de situación complicado, falta de peritos o especialistas técnicos, escasa formación de los operadores del sistema o divergencias en cuanto a la aplicación de criterios jurídicos; sino que todas esas cuestiones del proceso deben ser resueltas o decididas por personas que, en su gran mayoría, lo hacen desde la perspectiva prohibicionista respecto del cannabis, tal es así que hasta les cuesta denominarlo por su nombre coloquial: marihuana.

Entonces, para poder defender adecuadamente los derechos de las personas que se tratan con cannabis medicinal, terapéutico y paliativo primero es necesario romper con esa estructura tan fuerte de prejuicios, conseguir que los casos sean juzgados evitando en lo posible presunciones en base a mitos sin sustento científico alguno, para después realizar los planteos respectivos que hagan al ejercicio de la defensa, siempre con cita a la cuestión de derechos humanos que se esté viendo afectada.

En definitiva, la defensa pública se caracteriza, tanto por su fuerte compromiso con los derechos humanos como por el sostenido acompañamiento de los sectores más des-

iguales y vulnerados de la sociedad. A estas circunstancias interseccionales, en el caso del uso de cannabis en favor de la salud se le adiciona la necesidad de trabajar en la defensa en forma proactiva, divergente y creativa, con perspectiva de género y mentalidad libre de prejuicios. En ese sentido, espero que este pequeño aporte colabore para la comprensión de las distintas dimensiones del problema y funcione como un insumo útil para el ejercicio de nuestro rol en la defensa pública de las personas y de los derechos.

Bibliografía

Aimar, Elisabeth (2019). *Los incómodos. Derechos y realidades de las personas con discapacidad en la Argentina.* Buenos Aires: Paidós.

Armenta, Amira, Jelsma, Martin (2015). *Las Convenciones de droga de la ONU*. Guía Básica. En: www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu

Basalo, Sebastián (2019). *"Las pericias en causas judiciales por tenencia y cultivo de cannabis"*. En: *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2019. En: www.mpd.gov.ar/pdf/Libro_Canabis.pdf

Centro de Estudios Legales y Sociales (2015). *The impact of drug policy on human rights: the experience in the Americas*. Buenos Aires: CELS.

Corbelle, Florencia (2021). *La ley de drogas en números. Sobre la pretendida lucha contra el narcotráfico*. En: www.researchgate.net/publication/354325873

Corda, Alejandro, Cortés, Ernesto, Piñol Arriagada, Diego (2018). *Cannabis en Latinoamérica: la ola verde y los retos hacia la regulación*. En: www.intercambios.org.ar/assets/files/Cannabis-en-Latinoamerica.pdf

Darraidou, Victoria, García Acevedo, Marina, Tufró, Manuel (2019). *Guerra contra el narcotráfico, guerra contra les pobres*. En: *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019.* Buenos Aires: CELS.

Faur, Eleonor, Tizziani, Ania (2017). Mujeres y varones entre el mercado laboral y el cuidado familiar. En: *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimiento.* Buenos Aire: Siglo XXI.

García Ongaro, Martin (2019). "Reclamo judicial para cultivar cannabis con fines medicinales. El caso de la provincia de La Pampa". En: *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos.* Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2019. En: www.mpd.gov.ar/pdf/Libro_Canabis.pdf

Gelli, María Angélica (2006). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada.* Buenos Aires: La Ley.

Gómez Urso, Facundo (2009). *La imagen del enemigo en la lógica del discurso punitivo.* Buenos Aires: Di Plácido.

Jamele, Agustín (2021). *Revista THC. REPROCANN: Por qué se frenan las certificaciones y se dificulta acceder a las prescripciones médicas.* En: www.revistaTHC.com

Koltai Hinanit, Namdar Dvora (2020) *Cannabis Phytomolecule 'Entourage': De la domesticación al uso médico.* En: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32417167.

Osler, Luis, Basalo, Gabriela (2019) Cannabis medicinal y derechos humanos. El nue-

vo paradigma defensista. En: *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos.* Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2019. En: www.mpd.gov.ar/pdf/Libro_Canabis.pdf

Sánchez, Marcelo Osvaldo y Aran, Rodolfo Javier (2019). "La intervención de la Defensoría Pública Oficial como apoyo a la familia de Joaquín para superar el estado socio-jurídico actual". En: *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*, Defensoría General de la Nación. Buenos Aires. En: www.mpd.gov.ar/pdf/Libro_Canabis.pdf.

Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro (2008). *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar.