



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

□ SECCIÓN I □

LÍNEA EDITORIAL

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

Defensora Pública Oficial ante el Tribunal Oral Federal de la ciudad de Mar del Plata

I. Introducción

Esta presentación tiene como objetivo acercar una aproximación teórica propia del discurso jurídico que pueda servir de herramienta para abordar los desafíos de la defensa pública ante casos vinculados con la infracción a la Ley 23737, específicamente respecto de personas que resultan usuarias indirectas de cannabis en favor de la salud de algún integrante de su familia y que – aún con las recientes reformas normativas - resultan criminalizadas por el sistema penal, bajo el paradigma prohibicionista vigente que, en el caso y, de manera paradójica, implica un obstáculo al derecho a la salud.

Así planteado, el problema del acceso al cannabis medicinal que conlleva una invitación a la ilegalidad para mejorar un derecho tan básico como la salud (Ordoñez-Laino, 2020:17), la variable género, no puede pasar inadvertida. Primero, porque las tareas de cuidado permanecen mayormente a cargo de las mujeres y, segundo, porque ellas son quienes han liderado los reclamos más importantes de reconocimiento de derechos.

Además, se verifica un alto porcentaje de criminalización de mujeres que han podido ha-

llar en el cannabis (recurriendo al autocultivo o a diversas prácticas para hacerse de la materia prima para dar comienzo al mismo) la solución a serios problemas de salud que ni el Estado ni la medicina convencional dan respuesta.

Respecto al primer aspecto, debe tenerse presente que analizar ciertos casos con perspectiva de género implica detenerse en las obligaciones estatales asumidas a partir de la ratificación de diversos instrumentos internacionales y regionales que establecen la necesidad de cambios coyunturales urgentes en la administración de justicia.

Recientemente se ha resuelto que “La perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres”¹ y, por esta razón, urge que, desde el sistema de justicia penal, se comiencen a realizar interpretaciones legales abarcadoras de esta perspectiva.

En cuanto a los roles de género, no caben dudas de que existen cargas desproporcionadas que derivan del cuidado de los/as hijos/as. La vigencia de un sistema patriarcal y la universalidad y la naturalización de la maternidad -principalmente su función reproductora- (Nari, 2004:17) impide visibilizar que los roles de cuidado y la corresponsabilidad en el mismo deben ser analizados desde una perspectiva de género.

Cuando los estereotipos reposan en los roles sexuales que deben realizar las mujeres, se las encasillan en las tareas domésticas, en los papeles de cuidado y crianza de niños y niñas, y especialmente en el carácter abnegado²

de esta labor. Existen comportamientos que son esperados de las mujeres para que sean consideradas “buenas madres” que conlleva, en algunas oportunidades, una aplicación discriminatoria y descontextualizada del estereotipo de “mala madre” como derivación de la problemática que las involucra penalmente. En las causas penales, en la medida en que la mujer imputada se aparte del guion social, pasa a ser sospechosa. Bajo este pensamiento, si algo les pasó a los hijos/as, es porque es una mala madre que no cumplió debidamente con su rol protectorio, incluso cuando ello implique asumir elevados riesgos para su propia integridad física (Hopp, 2017:20).

En esta línea “la construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/ hijas que influye de manera relevante en la valoración jurídica de sus actos. Cuando una mujer ...no protege a sus hijos/hijas frente a algún peligro grave que les acecha..., su conducta no solo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados (vida, salud o integridad del menor) sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora. Aparece así un componente específico de reproche que, aun sin estar explícito en la ley, se filtra en la valoración de la conducta y puede influir en la determinación judicial de la responsabilidad penal de la mujer” (Laurenzo Copello, 2020:154).

Los estereotipos de buena/mala madre influyen en la construcción dogmática de cualquier imputación y en la valoración de la prueba que en muchas ocasiones provoca una

1 Tribunal de Casación Penal Prov. Bs. As., Sala 1, “Reyes Rosalía Esther s/Recurso de Casación”. N° 103123, 17/6/2021

2 Una característica central de su rol protector maternal es la abnegación, lo que significa subordinar las necesi-

dades personales y los deseos de las mujeres a los cuidados de otros. Roberts, Dorothy, “Maternidad y delito”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Vol. 17, marzo 2017.

ampliación extraordinaria de los deberes de las mujeres y de la persecución penal, por fuera de lo que un determinado tipo penal prohíbe, o se cuestiona, como en esta problemática que analizo, donde subyace la pregunta vinculada a: ¿cómo una madre puede suministrar a sus propios hijos/as una sustancia prohibida? A ello se adiciona que también predominan “... conceptos morales, no necesariamente racionales que, en el caso de ciertas sustancias como el cannabis, importan connotación negativa...”, con plena vigencia de opiniones “influenciadas por discursos generados por políticas prohibicionistas” (Baca Paunero, 2020: 77).

En cuanto al rol activo asumido en la lucha por el reconocimiento de derechos, quedó claro durante el debate parlamentario de la Ley 27350 en el Congreso Nacional, en el cual fueron principalmente mujeres quienes -de forma individual o colectiva- impulsaron el debate público y la posterior sanción de la norma (Ordoñez-Laino, 2020: 17); “madres que participaron activamente en los procesos legislativos que condujeron a que en nuestro país se reconozca el uso medicinal del cannabis” (Pellegrini-Durruty, 2019: 142), las que visibilizaron las deficiencias legales y los obstáculos para un acceso efectivo³. Una experiencia de lucha activa de mujeres, de Madres y Abuelas siempre vigentes en nuestra historia, aquellas que nunca bajaron sus brazos.

Ahora bien, resulta sumamente esclarece-

dor el trabajo efectuado por Jesica Pellegrini y Gabriela Durruty denominado “Madres que se Plantan” (2019) en el que analizan el derrotero legal atravesado por un grupo de madres que requerían autorización para realizar el autocultivo de marihuana para la elaboración de cannabis, compelidas a enfrentar diversos escollos legales e ideológicos impuestos por la represión estatal, luego de comprobar los beneficios del uso del cannabis en comparación con la medicina tradicional.

Desde el plano normativo, si bien han existido ciertos avances, la conducta de quien cultive, al margen de las reglamentaciones hoy vigentes en la materia, permanecerá siendo criminalizada en tanto no se disponga de una reforma integral que contemple ciertas figuras penales de la Ley 23737.

En el mes de marzo del año 2017 se aprobó la Ley 27350 de uso medicinal de cannabis, que establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados. Sin embargo, solo habilitaba el uso en supuestos muy restringidos -epilepsias refractarias-, dejando por fuera el autocultivo, como había sido impulsado por distintas organizaciones de la sociedad civil, incluso del mundo académico -legal y médico-. Por ello era casi imperioso accionar judicialmente para asegurar el acceso a la salud. En la actualidad, como mencioné anteriormente, se ha notado un cierto avance con la sanción del Decreto 883/2020, que deroga el anterior 738/2017 y la reciente Resolución del Ministerio de Salud 800/2021, pero continúa activa la amenaza de criminalización para quienes tratan de buscar en el recurso al autocultivo una solución rápida, y así evitar procedimientos engorrosos y lentos (Pellegrini-Durruty, 2019: 143-144).

Las autoras concluyen señalando que “Intentamos traducir jurídicamente el modo en que organizadamente las madres, junto a ins-

3 En una investigación llevada adelante por la consultora Kantar se reveló que 8 de cada 10 personas asocian el cannabis con el campo de la salud. También se indica que el 63 % de los encuestados está a favor de la legalización de la marihuana. El estudio indica que “En nuestro país el cannabis gana progresivamente en aceptación, y son las mujeres y los millennials los que impulsan el nuevo escenario”; “Las mujeres se muestran más abiertas que los hombres sobre este tema y son las que están protagonizando el cambio” (Nota de Eduardo Diana, “Cannabis: ¿Por qué dejó de ser tabú entre los argentinos” En <https://www.pagina12.com.ar/267357-cannabis-porque-dejo-de-ser-tabu-entre-los-argentinos>).

tituciones de la sociedad civil, hallaron una respuesta efectiva para el acceso al derecho a la salud, convencidas que en este Siglo XXI, los movimientos sociales y, fundamentalmente, las mujeres, constituyen los sujetos más revolucionarios, poniendo de resalto cuán enquistadas y viejas resultan las respuestas institucionales a los problemas que ajena a las mayorías” (Pellegrini-Durruty, 2019: 152).

La organización “Mama cultiva”⁴ argentina, tiene varias sedes en el país. Es una ONG que agrupa a madres con niños que padecen diversas patologías que no encuentran alivio en la medicina tradicional o convencional. Tiene como objetivo brindar asesoramiento, ayuda solidaria, generar mecanismos de provisión colectiva y social, promover leyes a favor del cultivo personal, solidario y colectivo y difundir información sobre los usos medicinales del cannabis y autocultivo⁵.

Se definen como una ONG autogestiva - es decir, no reciben financiamiento de ningún organismo público ni privado -, con perspectiva de género y diversidad, cuyo objetivo fue reclamar un marco legal para el cultivo de cannabis para la salud -entendida en un sentido integral, según lo determina la Organización Mundial de la Salud (OMS)- y abrir espacios de formación, construcción ciudadana y comunitaria que difundan los beneficios de esta terapia en la calidad de vida⁶.

4 Se formó en el año 2016, cuando un grupo de mujeres madres de hijas e hijos con diferentes condiciones de salud se encontraron para exigir la legalidad de la actividad que ya realizaban, el autocultivo y cultivo solidario de cannabis para la salud, que les brindó lo que la medicina alopática no pudo, calidad de vida y dignidad para sus hijos e hijas.

5 Puede consultarse: <https://www.facebook.com/mamacultivamdp/>.

6 Desde entonces brindan talleres, charlas, cursos, acompañamiento y contención a quienes se acercan con temores y padecimientos. Producen evidencia sobre los beneficios del cannabis y luchan por difundir información responsa-

Respecto al rol activo en los requerimientos y necesidades de reformas legislativas, no hay dudas que fueron las motoras de la ley. Fueron ellas quienes desde la sociedad civil impulsaron la necesidad de un urgente debate⁷.

Desde la Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación se han efectuado una serie de publicaciones –referencias jurídicas e investigación que dan cuenta de los pronunciamientos judiciales más recientes sobre el uso medicinal del cannabis⁸. En el Boletín publicado en el mes de noviembre del año 2019, luego de una profusa introducción acerca del marco normativo nacional vigente en esa oportunidad, se recopilaron un total de dieciocho casos resueltos de manera favorable a las pretensiones de las personas accionantes orientadas a la cobertura del costo o la provisión de la medicina, o a que el Estado proporcione el aceite o a que se autorice el autocultivo. Respecto del primer reclamo, de los doce casos mencionados, en seis figuran como actoras sólo “las madres” y, en el resto, se consignan de manera genérica “los progenitores”, “ambos padres”, “representantes legales”. Vinculado a la provisión del aceite, de los tres casos judicializados, dos resultaban ser personas mayores de edad, pero respecto a uno de ellos, la actora fue “la madre de la niña”.

En referencia a la autorización del autocultivo, se registra la causa conocida como “Ma-

ble para personas que no encuentran respuesta del Estado. Promueven la autonomía sanitaria y la visibilización de las tareas de cuidado de personas con discapacidad, para que más mujeres y familias puedan empoderarse en sus decisiones y su relación con el sistema de salud.

7 En: www.mamacultivaargentina.org.

8 Disponibles en : <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar>; así como también el contenido de las resoluciones judiciales que son allí mencionadas. Una valoración similar se verifica tras analizar la compilación de casos efectuada en el Boletín publicado en el mes de agosto del año 2018 a la que ya hice referencia.

dre e hijo”⁹ donde la madre de un niño de seis años inició un amparo contra el Estado Nacional para obtener una autorización para cultivar cannabis para uso medicinal de su hijo. Otro caso en el que se autorizó el autocultivo fue “NJM”, y quienes se presentan en favor de un niño fueron “los abuelos y la madre”. El último, es el caso “Prieto” donde un grupo de madres inició un amparo en representación de sus hijos menores de edad o con discapacidad.

El caso de Adriana Funaro y que claramente lo relata Baca Paunero en su reciente publicación del año 2020 da cuenta de las consecuencias negativas que el sistema prohibicionista aun produce sobre los y las usuarias y cultivadores y cultivadoras de cannabis, que esperemos que la reciente reglamentación no obstaculice, con trámites burocráticos innecesarios, el efectivo acceso a la salud.

Si bien metodológicamente no podría concluir con una certeza absoluta, lo cierto es que mi experiencia como Defensora Pública Oficial me permite corroborar lo que vengo afirmando, dado que quienes mayormente se acercan a las sedes de las defensorías en busca de asesoramiento legal, o para dar inicio a algún reclamo civil o porque son criminalizadas resultan ser mujeres, madres de hijos o hijas con alguna patología especial y grave, donde la medicina convencional no ha logrado mejorar, al menos, la calidad de vida de sus seres queridos.

II. Asistencia jurídica integral con perspectiva de género

En función de lo expuesto, el propósito de este aporte es acercar una mirada de género en el abordaje de estos casos y de esta manera garantizar la efectiva defensa de los

⁹ Juzgado Federal de Salta N°1 “Madre e Hijo c/Estado Nacional”. Causa N° 21.814. 2/3/2018. Puede consultarse en el boletín citado en nota previa.

Derechos Humanos (DDHH) de las mujeres en conflicto con la ley penal ante el contexto tan particular que se encuentran atravesando, cuyo conocimiento resulta ser un presupuesto fáctico de suma relevancia para determinar la responsabilidad penal.

La idea es dar inicio a un proceso que permita implementar buenas prácticas y estrategias de defensa técnica con la finalidad de provocar una recepción favorable y uniforme en los criterios de los operadores de justicia, ya que nos dirigimos, al menos normativamente, por un camino correcto.

Para emprender tal labor, contamos con un marco normativo y estándares de igualdad y no discriminación regulados en diversos instrumentos internacionales y en jurisprudencia ya fuertemente consolidada que obliga a brindar asistencia legal diferenciada (Di Corleto, 2019: 66)¹⁰. El conocimiento y la aplicación de esa base normativa nos permitirá estimular el desarrollo de las habilidades y prácticas para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia y en las prácticas judiciales en general.

Por ello, la necesidad de una asistencia especializada y más en casos como el que presento. Así, los “Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia pe-

¹⁰ Con cita de la CEDAW y de la Recomendación Gral. Nro. 25 del Comité de la CEDAW del año 2004 que establece que “En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer. (...) La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente”.

nal” de las Naciones Unidas del año 2013¹¹, marcan una línea de intervención que tiende a evitar la disparidad en el impacto y a garantizar un acceso a la justicia en términos igualitarios (Di Corleto, 2019: 66-67).

La Asamblea General de la ONU tiene en cuenta distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹², el PIDCyP (art. 14), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, y una serie de conjunto de principios para la protección de las personas sometidas a procesos penales, muchos ya consagrados en los códigos de procedimientos federales o provinciales.

Se aprueban con la finalidad de orientar a los Estados miembros para que se pueda lograr un sistema de asistencia jurídica en materia de justicia penal justo, humano y eficiente. La asistencia jurídica es el fundamento para el disfrute de otros derechos, como el derecho a un juicio justo, definido en el artículo 11, párrafo 1, de la DUDH, y es una condición previa para el ejercicio de esos derechos, así como una salvaguardia importante que asegura la equidad fundamental y la confianza pública en el proceso de justicia penal.

Se denomina sistema de asistencia jurídica eficaz y a quienes prestamos ese servicio: “proveedores de asistencia jurídica”. Allí también se tiene en consideración que hay determinados grupos de personas que requieren una protección especial, por ello es que en los Principios y directrices se mencionan disposiciones para mujeres, niños y grupos con necesidades especiales. Se aclara que nada de lo que dicen estos principios deben interpre-

tarse en el sentido que brinde un grado de protección menor que el que se reconoce en la legislación o en las convenciones o pactos internacionales y regionales de DDHH aplicables a la administración de justicia y menciona justamente a la CEDAW.

En especial, la directriz 9. Aplicación del derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica señala:

52. Los Estados deben adoptar medidas aplicables y adecuadas para garantizar el derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica, en particular, deben: a) Aplicar una política activa de incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas, leyes, procedimientos, programas y prácticas relativos a la asistencia jurídica para garantizar la igualdad entre los géneros y un acceso igual y equitativo a la justicia; b) Adoptar medidas activas para lograr que, en lo posible, se disponga de abogadas para representar a las mujeres inculpadas, acusadas o víctimas; c) Prestar asistencia jurídica, asesoramiento y servicios de apoyo en los tribunales, en todas las actuaciones judiciales, a las mujeres víctimas de la violencia, a fin de asegurar su acceso a la justicia y evitar la victimización secundaria, y prestar también otros servicios parecidos, como la traducción de documentos jurídicos, cuando se solicite o sea necesario¹³.

En definitiva, esta directriz fija pautas precisas para poder compatibilizar una asistencia técnica eficaz y a la vez hacerlo con perspectiva de género¹⁴.

Una persona que ejerce una asistencia

11 Recuperado: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673ebook-Spanish.pdf>.

12 Que consagra el principio de igualdad ante la ley y la presunción de inocencia, el derecho a ser oído por un tribunal competente e imparcial y todas las garantías mínimas necesarias

13 Página 21 del informe citado antes.

14 La Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (27149) establece en su art. 42 inc. n) que es un deber de la defensa pública promover una asistencia legal con perspectiva de género.

técnica con perspectiva de género garantiza, sin lugar a dudas, una prestación eficiente y eficaz; porque sabe cómo preguntar, qué preguntar, cómo armar una estrategia de defensa con una detección temprana de la teoría del caso. Sabe cómo construir un caso sólido, aun cuando tenga el peor panorama. Sabe identificar el modelo para armar, construirlo, y empezar a trabajar para validarla con prueba relevante, porque sabido es que los estereotipos no están en la prueba o en los medios, sino en cómo se interpreta o valora la misma en un proceso judicial y cuál es la cadena de razonamiento a la que se llega (Di Corleto-Piqué, 2017: 409-433).

Hoy es un desafío para quienes ejercemos la asistencia técnica, porque no podemos seguir recurriendo a defensas tradicionales o estereotipadas.

Julieta Di Corleto (2019) propone una serie de herramientas a tener en cuenta al momento de ejercer una asistencia legal, aclarando que resulta ser una tarea compleja que requiere el examen de múltiples variables (Di Corleto-Martínez, 2015).

En esta publicación, la autora se pregunta: ¿Cuál es la mirada a las mujeres infractoras, en especial cuando tienen antecedentes de violencia? Y, para dar respuesta a este interrogante, menciona ciertos presupuestos elementales, justamente orientados a garantizar el acceso a la justicia en términos igualitarios.

En esencia, la propuesta radica no sólo en brindar un correcto asesoramiento o asistencia técnica de acuerdo a la teoría del caso desde los aspectos dogmáticos o procesales, sino que se requiere visibilizar el componente de género. Es decir, demostrar cómo el factor género impactó en la intervención de la mujer en el delito y cuál tiene que ser la respuesta de la administración de justicia.

Claramente señala que "...cuando la persona involucrada es una mujer, la asistencia legal no puede prescindir de aquellos datos

que explican cómo los condicionamientos de género la empujaron al delito" (Di Corleto, 2019: 67). Agrega la necesidad de recurrir a la aplicación de la Recomendación de la CEDAW Nro. 33 (2015) y la Nro. 35 (2017), junto con los estándares de las Reglas de Bangkok (2010), que, en su conjunto, "invitan a analizar el contexto y las historias de vida de las mujeres, así como las graves consecuencias que tiene el encarcelamiento" (Di Corleto, 2019: 68).

Por ello presenta los siguientes presupuestos básicos para una asistencia jurídica con perspectiva de género:

1. La recopilación de datos contextuales relacionados con la trayectoria vital de la mujer asistida, con su vinculación con el delito y con las modalidades, los vínculos sentimentales y, por ejemplo, si fue víctima de violencia de género.
2. Ya, con esos datos, propone comprender cómo, cuándo y dónde los podemos ubicar; es decir, qué lugar debe darse a la trayectoria vital de la imputada en nuestra estrategia jurídica (Di Corleto, 2019: 70).
3. La defensa debe ser proactiva; debe ocuparse de la recolección de pruebas, de denuncias si así hubiera en instancias policiales o judiciales o médicas. Además, se requiere una escucha activa.

A partir de estos presupuestos opina que las estructuras de la teoría del delito deben ser reanalizadas; porque existen innumerables situaciones en las que, al momento de aplicar la dogmática penal, no puede dejarse fuera de consideración el sistema de género.

De esta manera, en el caso como el que voy a presentar, la historia de vida de IM constituye una línea argumentativa central para poder explicar su vinculación con el delito. Excluir el análisis contextualizado conlleva a una interpretación y aplicación del derecho discriminatoria.

III. Análisis del caso “IM” y estrategia de defensa

El 27 de diciembre de 2019, el juez Federal de la ciudad de Mar del Plata, Santiago Inchausti, resolvió la situación procesal de mi entonces defendida, dictando su sobreseimiento¹⁵. El mismo no fue recurrido por el Ministerio Público Fiscal, razón por la cual adquirió firmeza.

Entre los argumentos señalados, el Magistrado refirió que, en el caso, “ha existido un exceso en el ejercicio de un derecho (o deber legal de obrar), por cuanto a partir de la patología de su hija y la prescripción médica recibida de un médico de un hospital público (...) dirigió su conducta inicialmente en busca de una mejora del tratamiento médico que derivó en un aporte en un contrabando prohibido...”.

Aclaró a continuación que “resulta atendible el descargo de la defensa en cuanto a que actuó en la creencia de estar obrando en un todo conforme al ejercicio de un derecho (actividad curativa), máxime si se atiende a la escasísima cantidad de semillas y el hecho de haber puesto su nombre y dirección correctas en la encomienda y, lo que es aún más relevante, que decidió no retirarla cuando advirtió que podría haber implicado un delito...”.

Por este motivo, dictó el sobreseimiento por aplicación del artículo 35 del CP, por haberse actuado en exceso de una causa de justificación y al no estar prevista la figura culposa para el delito de contrabando, su conducta quedó fuera del ámbito de la punición.

A continuación, describiré los argumentos jurídicos y los presupuestos fácticos de la causa que fueron tenidos en cuenta para el dictado del sobreseimiento; de suma importancia para analizar en la teoría del delito, y, en consecuencia, excluir la responsabilidad penal de IM en

los hechos que se le imputaron; ello, teniendo como marco referencial que “desde un prisma igualitario, en los fundamentos de la teoría del delito debería discutirse no solo el establecimiento de límites al poder punitivo del Estado, sino también la importancia de que nuestra ley penal contribuya a la consolidación de una sociedad democrática igualitaria. La teoría del delito no puede estar por encima de los postulados constitucionales y descartar, en pos de una supuesta racionalidad, principios fundamentales como los de igualdad y no discriminación” (Asensio-Di Corleto, 2020:20).

Ahora bien, durante la primera consulta, se dio inicio a una estrategia de defensa proactiva¹⁶, desde la búsqueda de material probatorio perteneciente a otras disciplinas no jurídicas, una amplia lectura acerca de los usos en favor de la salud del cannabis y varias entrevistas personales en las que prevalecieron las técnicas de escucha activa orientadas a evitar juzgar o valorar su conducta y siendo permeables en todo momento a sus explicaciones (Di Corleto, 2019: 69). Ello no impidió que pueda ser debidamente informada de las disposiciones penales vigentes y de la imputación en su contra.

Poco a poco se fue fomentando y generando un diálogo y contacto permanente tanto con ella como con el resto de otras mujeres, madres también que atravesaban situaciones similares a IM, que constantemente la acompañaban en todo el trámite del proceso judicial.

El planteo inicial consistió en sostener la atipicidad de la conducta reprochada, ya que, atento a las constancias probatorias el suceso bajo juzgamiento resultaba atípico (cf. artículo 336 inciso 3 del CPPN) por no encontrarse re-

15 Causa Nro. 59160/2018 del registro del Juzgado Federal Nro. 3, Secretaría Penal Nro. 8, del 27/12/2019.

16 Se contó con la imprescindible colaboración de funcionarios de las dependencias a mi cargo, la Dra. Carolina Muñoz, el Dr. Lisandro Alvarez y el Dr. Nicolas Sieghart, quienes participaron activamente en el proceso de asistencia técnica integral.

unidos los requisitos objetivos y subjetivos de las eventuales figuras penales aplicables al caso.

La investigación tuvo su origen en virtud de una tarea de prevención llevada a cabo por el personal de Aduana Mar del Plata el día 20 de diciembre de 2018, quienes “habrían detectado un envío que podría contener mercadería de importación prohibida”.

En ese contexto se procedió a la apertura de la encomienda, y se encontró en ella un cono plástico con la leyenda “Critical x Black Domina” con una semilla en su interior y un cono plástico con seis semillas en su interior, siendo un total de siete (7) semillas presumiblemente de cannabis.

En consecuencia, IM fue llamada a prestar declaración indagatoria en los términos del art. 294 del CPPN, oportunidad en la que –como equipo de trabajo- se tomó la decisión que resultaba conveniente a sus intereses que preste declaración indagatoria y acompañe toda la documentación respaldatoria a sus dichos.

Casi un año después, el día 7 de noviembre de 2019, se efectivizó la misma, donde IM, luego de brindar sus datos personales, detalló que estaba desempleada, que convivía junto a su esposo y sus dos pequeños hijos, en ese momento de 5 y 7 años de edad.

Una vez que fue impuesta de los hechos y de los actos de investigación en los que se basaba su imputación penal, explicó pormenorizadamente el origen y el destino de las semillas incautadas. Contó que su hija de siete años fue diagnosticada con trastorno del espectro autista (TEA), desde muy temprana edad. Ahondó respecto de la enfermedad y sobre la realidad que le toca vivir a su hija y a todo su núcleo familiar: “Era muy difícil que ella vaya contenta al jardín la pasaba muy mal, ella tiene problemas en la comunicación y al no poder entenderle al otro le agarraba una crisis y era muy complicado, de hecho, el jardín pidió una acompañante terapéutica y a partir de los 5 años empezamos a trabajar con un proyecto de integración”.

Ante este difícil panorama, indagando alternativas para mejorar el día a día de su hija comenzó la búsqueda del aceite de cannabis: “Cuando empecé con el aceite tuve mis miedos, pero lo hice en busca de una mejor calidad de vida y me daba mucho miedo tener una hija de cuatro años dormida y llena de pastillas porque la medicación para controlar este trastorno son psiquiátricas”.

Resultó ilustrador escucharla declarar qué pasó a partir del inicio de esta terapia alternativa: “...le empecé a dar aceite de cannabis a los cuatro años de edad y vi las mejoras el día que tomó su primera gota, la ví sonreír, socializó muchísimo mejor, la escolaridad mejoró muchísimo, la flexibilidad también, el médico pediatra y el neurólogo nos acompañaron desde el primer momento y seguimos con el aceite tomándolo todos los días”.

Nótese que el suministro de aceite de cannabis a niños con TEA se encuentra suficientemente estudiado y la ciencia médica ha concluido que resulta beneficioso, seguro y eficaz para aliviar sus síntomas –convulsiones, tics, depresión, inquietud, ataques de ira, etc.-; pero una madre que deberá acompañar a lo largo de toda su vida a una hija con una discapacidad tan severa se rige por otros parámetros mucho más plausibles que revelan la influencia positiva del tratamiento. La simple frase “...la primera noche tomó una gotita y al día siguiente se despertó con una sonrisa...” explica todo lo que puede llegar a hacer una madre por el bienestar de su hija y pone en crisis la política pública prohibicionista que termina amenazando la salud de los más vulnerables, a pesar de los avances legales y jurisprudenciales de los últimos tiempos.

Incluso, todo lo expuesto por IM se encuentra verificado por la copiosa documentación que aportó al momento de declarar¹⁷.

17 Se acompañó el certificado de discapacidad vigente (Ley 22.431), expedido por el Ministerio de Salud de la

Ahora bien, en ese momento se le comunicó a nuestra defendida previamente el hecho atribuido y los elementos de convicción recaídos durante la investigación, pero desde la judicatura no se le formuló una intimación completa, puesto que no se le dio a conocer su significación jurídica –calificación legal-.

En concordancia, y con el objeto de abarcar todas las posibles hipótesis de subsunción, en el planteo desincriminante se analizaron cada uno de los tipos penales que pudieran eventualmente estar involucrados a fin de demostrar que, dadas las especiales características del caso, se imponía, resolver en primer término, su atipicidad. Incluso, por una cuestión metodológica, se comenzaron por abordar las figuras calificadas que contienen consecuencias jurídicas más graves para luego analizar el tipo básico:

a) Se comenzó por descartar la posibilidad de calificar los hechos en el art. 866 CA. –cfr. art. 872 CA- que dispone: “Se impondrá prisión de tres a doce años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se trate de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos”.

Se entendió que no concurren los elementos objetivos de la figura legal mencionada en tanto se le imputa haber sido supuestamente la destinataria de siete semillas de cannabis. Y en este orden cabe subrayar que una semilla de cannabis sativa no constituye un estupefaciente en cualquier estado de su elaboración como lo exige el aspecto objetivo de la norma bajo análisis.

Así, “Desde hace tiempo se sostiene que

Provincia de Buenos Aires, en el cual consta que se le ha diagnosticado “*Trastornos específicos mixtos del desarrollo. Perturbación de la actividad y de la atención*”. A su vez, en él se puntualiza que requiere de acompañante debido a su tipo de discapacidad. Se agregaron informes distintos profesionales (neuropediatra, fonoaudiólogo, terapista ocupacional) que dieron cuenta de la terapia cannábica y de su beneficiosa implementación en casos de TEA.

‘elaboración’ de estupefacientes es igual a la ‘fabricación’, y que fabricar, significa obtener estupefacientes por cualquier medio o procedimiento distinto de la producción” (D’Alessio, 2009:768). Por ello, la semilla por sí misma no constituye “estupefaciente” dado que para llegar a serlo requiere de un proceso de cultivo, germinación, cuidados especiales a tales efectos y, por último, de su resultado obtenerse una planta de cannabis que, dependiendo de la especie vegetal, podría llegar a lograr una sustancia estupefaciente.

Por lo tanto, lo secuestrado ya no cumplía con los requisitos previstos para la configuración del ilícito penal que se le pretendía imputar.

b) Además, a tenor de lo señalado en el párrafo segundo del art. 866 del CA, tampoco pueden subsumirse los hechos en él; atento que establece que el contrabando de estupefacientes se agrava en razón de dos tipos de situaciones que no se verificaban en la investigación.

En primer término, el delito se califica por la concurrencia de algunas de las circunstancias que aumentan la punibilidad de la figura básica de contrabando (arts. 863 y 864 CA). Las circunstancias aludidas son, concretamente, las de los incisos a, b, c, d y e del art. 865 del Código Aduanero las cuales no fueron comprobadas ni intimadas.

En segundo lugar, el contrabando de droga se agrava cuando “se trate de estupefacientes elaborados o semielaborados que por su cantidad estuvieren inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional”. Las sustancias en función de las cuales se eleva la punición, vale decir, estupefacientes elaborados o semielaborados, son las mismas a las que refiere el primer párrafo del artículo mediante la mención de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración, por ello se reeditaron básicamente los reparos jurídicos vinculados al tipo objetivo antes desarrollado.

Al mismo tiempo, existían elementos de

sobra que permitían descartar que el material incautado resultara funcional al tráfico y que quien era señalada como autora presentara en sí el elemento subjetivo específico. Sólo porque IM era la destinataria del envío postal con siete semillas no podía tenerse por verificada la ultraintención que prevé el tipo penal. Es más, las tareas de investigación solicitadas por el Ministerio Público Fiscal y ordenadas por el Juzgado expresamente lo descartaron.

En definitiva, ello otorgó sustento a la pretensión desincriminatoria esbozada, pues existía certeza positiva que el material hallado tenía como fin ulterior el uso medicinal -en el caso, la preparación de aceite de cannabis para la niña-, y que, a la luz de esa finalidad descripta, los derechos constitucionales en juego (principio de reserva y salud) como así también la falta de afectación al bien jurídico protegido, no encuadraban en la figura legal mencionada.

c) Además, también se imponía descartar el encuadre legal en el artículo 865 inc. h) CA -en grado de tentativa cfr. artículo 872 CA- puesto que de ningún modo concurría el agravante que impone una pena mayor -cuatro a diez años de prisión- cuando la mercadería consistiere en "sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866 (estupefacientes) que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la salud pública".

Como es sabido, la norma citada atiende al objeto del delito para calificar el contrabando; es decir, a la clase de mercadería sobre la que recae el caso. Las semillas de cannabis no son estupefacientes en los términos del artículo 77, párrafo 9, CP¹⁸, atento que no contienen el principio activo (THC) que es el elemento psicoactivo de la marihuana con idoneidad para producir la dependencia física o psíquica de que habla la norma; al mismo tiempo que, en consecuencia, tampoco se hallan contempladas en las listas que periódicamente elabora el

Poder Ejecutivo Nacional. Se tratan, en todo caso, de elementos naturales que por su naturaleza y características tienen aptitud para afectar de forma eventual la salud pública.

Las siete semillas secuestradas no representaban un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Nunca estuvo en peligro el bien jurídico protegido "salud pública" -requisito propio de la antijuridicidad material-, sino todo lo contrario: su ulterior uso, como reconoció la entonces imputada en su declaración, era de naturaleza medicinal, un paliativo natural sustituto de parte de la abundante medicación psiquiátrica a la que estuvo expuesta la pequeña niña desde temprana edad¹⁹.

Se trataba de un hecho que no pasó el tamiz del principio de lesividad. Como no subyace un conflicto social -lesión o puesta en peligro a un interés de máxima importancia para una sociedad determinada- no se encontraba legitimado el recurso al *ius puniendi*.

Por ende, la persecución penal en el caso conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida que se invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales puesto que IM no menoscabó la salud pública, sino que coadyuvó en lograr el mayor bienestar para su hija acudiendo a la terapia cannábica, científicamente admitida para casos de autismo. IM fue muy precisa al respecto²⁰.

19 Conforme los informes médicos acompañados.

20 Declaró que: "Mi intención es que mi hija esté mejor, el aceite fue una herramienta que ayudó mucho a mejorar su calidad de vida en todo aspecto, en el colegio, con las terapias, en su desempeño diario, en el habla con muchos avances, por ejemplo ...en diciembre empezó con el aceite y luego llegaron las vacaciones, al terminar y al reincorporarse a las terapias se dieron cuenta enseñada de sus cambios positivos. ...hace 4 terapias diferentes (ocupacional, fonoaudiología, psicopedagogía y psicología) para su evolución lo que implica que solo puedo dedicarme a ella y a su hermano que también su vida gira en torno a la organización de ella porque mi marido tiene que trabajar".

18 Modificado por la ley 26.394 (B.O. 29/08/08)

En la pretensión defensista se mencionó el arduo debate legislativo sobre la necesidad de profundizar la investigación sobre el uso y accesibilidad a tal especie vegetal, la sanción de la Ley 27350, el objetivo de la misma (artículo 1), y la creación del “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud” (artículo 2)²¹.

En ese momento se encontraba vigente el Decreto 738 (21/9/2017)²² y varias resoluciones de distintos organismos públicos –INTA, SENASA, CONICET, etc.-, tendientes a dar inicio un proceso indetenible para eliminar las restricciones burocráticas y las sanciones penales a quienes buscan el alivio de sus síntomas o les ayudan a conseguirlo a través del cannabis y sus derivados para uso terapéutico, paliativo y/o médico.

21 En lo que aquí ataña el programa tiene entre sus objetivos conforme al art. 3º el "Emprender acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a la salud" (inc. a); el "Garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa, en las condiciones que establezca la reglamentación;" (inc. d); el "Establecer la eficacia para cada indicación terapéutica, que permita el uso adecuado y la universalización del acceso al tratamiento" (inc. h); y "Conocer los efectos secundarios del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, y establecer la seguridad y las limitaciones para su uso, promoviendo el cuidado de la población en su conjunto;" (inc.i).

22 que reglamentó el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos No Convencionales”. Definía, además, que actuará en el ámbito de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud, y será dirigido por un profesional médico calificado y con experiencia en investigación o gestión de la investigación, o en especialidades afines, con rango de Director Nacional. Y la Resolución N° 1537 (21/9/2017) establecía que las personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes, son susceptibles de solicitar la inscripción en los Registros que le dependen.

La sanción del Decreto 883/2020 se hizo eco de ciertos reclamos, principalmente que, no obstante, la implementación del Decreto 738/2017, el acceso al cannabis y sus derivados resultaba restrictivo para casos de epilepsias refractarias, a la vez que era económicamente excluyente, atento al alto costo que implica su importación; además, que el registro nacional, creado por el artículo 8 de la Ley 27350 no se encontraba operativo. Situación que implicaba barreras al acceso oportuno a las terapias cannábicas, razón por la cual, ciertos usuarios y usuarias se han visto compelidas a prácticas de autocultivo, se crearon redes y organizaciones civiles que adoptaron un rol activo, aun asumiendo el riesgo de ser criminalizadas por la normativa vigente. En función de ello, el mencionado Decreto establece un registro para quienes cultiven cannabis con fines medicinales, terapéuticos o paliativos y promueve la creación de una red de laboratorios públicos y privados asociados que garantizan el control de los derivados producidos, junto con otras medidas orientadas a lograr un uso informado y seguro.

La reciente Resolución 800/2021, aprueba el Sistema de Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN), que deroga la Resolución 1537/2017, donde los y las usuarios y usuarias que cuenten con autorización médica y luego de firmar un consentimiento informado, podrán inscribirse para obtener autorización para el cultivo.

Ahora bien, estas recientes disposiciones no se encontraban vigentes al momento de la presentación en favor de IM; por ello que en su declaración, se señaló que la reglamentación de la Ley 27350 autorizaba sólo el uso de cannabis en casos de epilepsia refractaria, no obstante que la ciencia médica ya había descubierto que: “Dentro de los recursos terapéuticos posibles, se conocen más de 45 aplicaciones medicinales: desde Epilepsias Refractarias

y Encefalopatías Epilépticas con grave deterioro neuropsíquico, pasando por niños portadores de TEA (Trastorno de Espectro Autista o TGD), especialmente aquellos casos más severos con importante componente disruptivo conductual, con elevado padecimiento individual y familiar (...) El efecto multifacético de las bondades de los más de cien cannabinoides de la planta de marihuana alivia notoriamente la sensación nauseosa y de vómito, estimula el apetito y ganancia de peso; es un poderoso analgésico y antiinflamatorio, mejora el humor como antidepresivo y en trastornos de angustia y ansiedad, es facilitador del sueño reparador y del descanso, lo que explica los importantes beneficios en enfermedades crónicas graves como las mencionadas" (Magdalena, 2019:87)

Mientras tanto, también se argumentó que un análisis dogmático restrictivo de los tipos penales en cuestión, anclado en la exigencia de antijuridicidad material, permitirá mantener al margen del servicio de justicia penal casos que lejos de afectar los bienes jurídicos "adecuado ejercicio del control aduanero" y "salud pública", buscan asegurar el derecho a la salud, reconocido por nuestro bloque de constitucionalidad federal (artículos 33 y 75 inciso 22 de la CN; XI y XVII de la DADDH; 25.1 de la DUDH; 2, 5.1, 11.1, 19, 26 y 29 c. de la CADH; 2.1, 2.2 y 12 del PIDESyC; "Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"; Leyes 22431, 24901, 25280, 26061 y 26378 –discapacidad-; artículo 12, punto 1 de la CEDAW; Ley 26485; Ley 26061 y CDN -artículos 23, 24 y 27-).

d) Finalmente, la investigación demostró la ausencia de condiciones que revelen los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 863 y 864 CA –en grado de conato cfr. artículo 872 CA-, los cuales reclaman la configuración de argumentos probatorios que también se encontraban ausentes en la investigación.

Al momento de declarar a tenor del artículo 294 CPPN no se le indicó cuál de los supues-

tos descriptos en los artículos 863 y 864 del CA se encontraría configurado, siendo que prevén distintos delitos. En el primero, se regula la modalidad genérica de contrabando, en la que quedan comprendidas todas aquellas conductas que no se ajustan a las previsiones específicas contenidas en el art. 864. En el segundo, se consignan dos categorías: 1) el contrabando a través de la clandestinidad, la ocultación, la sustitución o la desviación de la mercadería (incisos a y d) y 2) distintas hipótesis de contrabando documentado (incisos. b, c y e).

Es decir, el Código Aduanero (Ley 22415) regula, en sus artículos 863 y 864, la modalidad simple del delito de contrabando. En el artículo 863, a través de una fórmula amplia -mediante ardid o engaño- (que es un tipo de recogida), y, en el artículo 864, mediante una fórmula casuística que enumera cinco supuestos -incisos a) a e) - que revisten características operativas de excepción y que podrían dificultar la determinación del ardid o engaño empleado por el autor, los que operan como tipos penales especiales o específicos de contrabando simple (Vidal Albaracín, 1987: 91).

Si bien se ha dicho que "Una imputación correcta es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente. Y nadie puede defenderse de algo que no conoce, que conoce insuficientemente o que conoce mal, por lo que, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído, es menester una intimación íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho..." (Sarmiento, 1996: 634); se continuó argumentando por qué la conducta reprochada no lograba atravesar tampoco el proceso de subsunción en los tipos básicos.

Cabe aclarar que ello, consecuentemente, haría perecer también cual intento por calificar el hecho en la figura agravada del artículo 865 g) - "Se tratará de mercadería cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta-, debido a que la particularidad que presenta este delito de

contrabando de estupefacientes es que “La descripción de las características que dan al delito de contrabando su individualidad y su contenido típico de injusto comparado con otros delitos, la hacen los artículos 863, 864, Cód. Aduanero, y de ningún modo los artículos 865, 866 y 867” (Medrano, 1991: 416).

De lo descripto, era necesario evaluar el objeto de protección de los delitos aduaneros, puesto que mayoritariamente se entiende que no puede haber delito sin que se afecte real o potencialmente un bien jurídico: “el adecuado ejercicio de la función de control del tráfico internacional de mercaderías asignada a las aduanas”. Para sostener tal argumento, se citó –doctrina y jurisprudencia mediante– el Fallo “Legumbres” (Fallos 312:1920) para comprender, delimitar e identificar correctamente el bien jurídico y en función de ello analizar en base a su función limitadora y de legitimación del derecho penal qué es lo que había ocurrido en los hechos investigados.

Conforme surge del artículo 863 CA, el delito de contrabando, en su forma genérica y simple, consiste en todo acto u omisión de persona visible de uno u otro sexo que, mediante ardid o engaño, impidiere o dificultare el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones.

Ahora bien, la pregunta era la siguiente: ¿Cuál fue el ardid o engaño desplegado por IM?. De las constancias del expediente surgía que las siete semillas fueron remitidas desde España por medio del régimen habitual de Encomiendas Postales Internacionales y en su declaración explicó que, debido a la limitada reglamentación de la Ley 27.350 tomó la decisión comprar las semillas por internet.

Además, expresó de qué manera se compraron y dónde:

La compra se hizo desde España. Por una persona que vive allá y que no la conozco,

a través de una página de internet que se dedica a la venta de semillas y se puso a mi domicilio como destino de llegada, en ningún momento se quiso ocultar el envío y cuando me llegó el telegrama para ir a buscarlas a la aduana ya tenía noticias de otras personas mayores de edad y que al buscar las semillas habían quedado demorados, entonces no las retiré por temor a quedar presa y que mis hijos se quedaran solos porque iba a terminar indefectiblemente en más problemas de los que ya tenemos...

Ella no intentó crear en la cabeza del personal del servicio de aduanas una falsa representación de la realidad a fin de disimular sus verdaderos objetivos. Simplemente compró las semillas en una página web habilitada para su comercialización; y sin ningún tipo de puesta en escena o de falta de veracidad que hubiera impedido o dificultado el adecuado ejercicio de las funciones del servicio aduanero fue remitida hacia nuestro país con su nombre y dirección como destinataria.

En definitiva, las propias constancias del expediente permitían tener por corroborada cada una de las manifestaciones por ella vertidas.

En pocas palabras, no se indujo a error al sujeto activo, que hubiera determinado el impedimento o entorpecimiento del ejercicio del control a cargo del servicio aduanero. En otros términos, la autoridad administrativa no resultó bajo ningún aspecto impedida o dificultada en el ejercicio del control a su cargo por la conducta de IM, imposibilitando ello que pueda ser subsumida la conducta en el mentado artículo (artículo 863 CA).

Por otro lado, tampoco se constató la posibilidad de subsumir el hecho en la figura penal de contrabando simple de importación por ocultación, que describe y reprime el artículo 864 inciso d) del CA que castiga con una pena de prisión de dos a ocho años la acción de quien “Ocultare, disimulare, sustituyere o des-

viare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o exportación".

De ello se desprende que, desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, la figura señalada exige como acciones comisivas la *ocultación, disimulación* u otras maniobras análogas en cuanto a su significación engañosa, de modo de burlar el control, pero sometiendo la mercadería al control aduanero²³.

Siendo así, desde la propia letra de la ley, no parecía razonable concluir que la remisión de las siete semillas por encomienda configura –en punto a tipicidad objetiva- la concreta maniobra engañosa que la figura requiere,

con aptitud para burlar (impedir o dificultar) el control aduanero.

Entonces, la ley y su reglamentación exigían al personal aduanero abrir la encomienda en presencia de mí defendida en la Aduana Mar del Plata, por ende, la conducta reprochada se muestra como inidónea para el aludido ocultamiento y consiguiente burla al control aduanero. Medrano explica muy bien que "La ocultación comúnmente se lleva a cabo de la forma que en el argot aduanero se conoce como 'envaine', es decir, ocultamiento entre las ropas, o mediante la utilización de dobles fondos en maletas, bolsos, valijas, etc." (Medrano, 1991:331); y nada de ello ha ocurrido en el caso. Se ha probado, por tanto, que las semillas no estaban escondidas, ocultas ni disimuladas al interior de dicho paquete, pues se mostraban como tales a simple vista y a la primera observación del funcionario aduanero que inexorablemente habría de abrir la encomienda antes de despacharla y liberarla a plaza entregándosela a IM. Estaba a la vista inclusive la marca de las semillas y su especie- *Critical x Black Domina* -.

Ello nos indica la absoluta inidoneidad de la conducta para configurar la acción típica de ocultar o disimular que describe la figura penal y por tanto su ineptitud para engañar a los agentes aduaneros e impedir o dificultar el debido control por parte de la Aduana.

Además, en punto a la tipicidad subjetiva, este extremo tampoco ha sido acreditado en autos. Es más, la versión expuesta al declarar se exhibe como verosímil desde las máximas de la experiencia y el sentido común.

Por ello, las concretas circunstancias comprobadas de la causa, en un todo de conformidad al cuadro probatorio reunido, inhiben considerar abastecidas tanto la tipicidad objetiva como subjetiva de la figura del art. 864, inc. d), Ley 22415, deviniendo en consecuencia la conducta de IM como atípica del contrabando endilgado.

23 Esta conclusión se patentiza al advertir que, dado el régimen especial de envíos postales elegido en el caso para la importación de la mercadería, a los fines de su libramiento a plaza (en la aduana de destino Mar del Plata -la del domicilio de la destinataria-) de conformidad al art. 557 CA, esto es, para ser entregada a su destinataria, el art. 80, inc. 1º, del Dec. 1001/82 – reglamentario de dicho artículo de la ley 22.415-, establece que "al momento de presentarse el destinatario..., el agente aduanero deberá: a) acreditar la identidad del destinatario o la de su representante autorizado...; b) abrir el envío en presencia del interesado y verificar y determinar el régimen legal que a la mercadería corresponda".

A esta normativa se anexa la modificación introducida mediante Res. 4447/19 y su Anexo I -que entró en vigencia en 1 de abril de 2019- y que permite en algunos envíos delegar la representación del destinatario al momento de la apertura del paquete en personal del Correo Argentino. En efecto, se indica en el Anexo I (Artículo 1º) qué: "el usuario deberá completar la "Declaración simplificada de envíos postales internacionales" en el sitio "web" del Correo Oficial (<http://www.correoargentino.com.ar>), utilizando los mecanismos de autenticación allí previstos; Asimismo, podrá autorizar al personal del Correo Oficial para que lo represente en el acto de verificación y al retiro del envío. Habiéndose otorgado la correspondiente representación, la verificación física de la mercadería podrá efectuarse en presencia del personal autorizado de dicha entidad. Esta representación se efectúa sólo para los envíos clasificados para el Circuito 1, entrega Presencial. Los métodos de autenticación dispuestos por el Correo Argentino consisten simplemente en la identificación mediante CUIL, CUIT, CDI, PASAPORTE".

Recientemente, con fecha 1º de septiembre de 2020, la CFAMDP resolvió tres casos de aristas similares –encomiendas que al ser controladas en la oficina de aduanas se detectó que contenían semillas de cannabis- en los que se dictó el sobreseimiento de las personas imputadas y declaró la atipicidad de la conducta por considerar que no había afectación del bien jurídico protegido²⁴.

24 En el Expediente N° FMP 36466/2017/2 caratulado “LEGAJO DE APELACIÓN DE ARCE, JOSÉ RICARDO POR AVERIGUACIÓN DE DELITO” se sostuvo que “... de las constancias de la causa, en especial de las fotografías y la filmación de la apertura de la encomienda en cuestión, se observa que el contenido de la encomienda no había sido de ninguna manera disimulado en procura de evitar o dificultar el control de las autoridades, sino que las semillas se advertían a simple vista al abrir el paquete intervenido....” Agregando a continuación que “... expuestas que fueran los fundamentos desarrollados por los funcionarios de la Aduana local, entendemos que los mismos permiten sostener que no ha existido una vulneración al bien jurídico tutelado por el ordenamiento aduanero, ello por cuanto la experiencia de la Aduana local respecto a los envíos postales internacionales de países como de Chile o España tornan desde ya sospechosos el envío y a través de métodos de revisión no intrusivos como el tacto o movimiento del mismo les permiten corroborar dicha sospecha” ... “Es por ello que, reitero, la conducta del encartado Arce - conforme las normas aduaneras vigentes y la experiencia reunida por la Agencia Aduanera respecto a envíos postales internacionales - no ocasionó el entorpecimiento del adecuado ejercicio de control aduanero sobre las importaciones, sino que dado lo informado, se desplegó el control respectivo normal conforme la normativa vigente que culminó con la incautación de las semillas mencionadas.” Concluyeron en que no hubo afectación a la actividad aduanera y que “...en el presente caso, se impone el sobreseimiento del encausado ante la atipicidad derivada de la ausencia principalmente de un requisito objetivo, como es el ocultamiento o disimulación que exige el tipo penal”. Es que “En definitiva, el hecho atribuido a Arce no encuadra en una figura penal, dada su constatada atipicidad en relación al delito de contrabando en que fue subsumido, pero ello no exime de considerarlo como una clara infracción contravencional cuya investigación y juzgamiento es de competencia administrativa y no jurisdiccional.”

En definitiva, en el caso, existieron suficientes elementos fácticos y argumentos legales para considerar que el obrar de IM no estaba dentro de la conducta prohibida. La realidad extrema que se encontraba atravesando resultó determinante para descartar que se encontrara en situación de cometer, al menos, algunas de las conductas antes descriptas, debiendo despojarse de cualquier pretendido razonamiento estereotipado respecto a lo que ella, como mujer y madre, debió haber hecho o, a cuestionar las razones que la compelieron al uso de las terapias no convencionales para paliar el cuadro de salud de su hija.

e) Continuando con la descripción de las estrategias desplegadas, de manera subsidiaria, se instó el sobreseimiento ante la eventualidad de que se consideraran configurados los elementos realizadores de una conducta antinORMATIVA; en función de interpretar que la excepcionalidad del hecho debía ser analizado a la luz de una causa de justificación (estado de necesidad, cfr. artículo 34 inciso 3º CP y 336 inciso 5 CPPN), teniendo en cuenta que IM se vio compelida a quebrantar, eventualmente, el bien jurídico “control aduanero” con el objeto de resguardar la integridad física de su pequeña hija, debido a una burocracia administrativa -resabio de una política prohibicionista que le impedía obtener del Estado el aceite de cannabis con fines terapéuticos y medicinales.

Por ello, se consideró que debía arribarse a la misma solución desincriminante por verificar en autos una causa de justificación que obtura la posibilidad de que estemos frente a un injusto penal, bajo una perspectiva de género.

Como es sabido, la dogmática penal admite pacíficamente que el estado de necesidad

En igual sentido fueron resueltos también por la Alzada el 01/09/20 el Expte. n° 8861/2016 caratulado “N.N s/ inf. ley 23.737 y el Expediente Nro. 7389 / 2018 caratulado “Legajo N° 1 - IMPUTADO: GIUDICI, MATIAS LEONARDO ALFREDO s/LEGAJO DE APELACION”.

justificante se presenta en los casos de colisión de bienes o intereses y excluye la antijuridicidad del que *"causare un mal por evitar otro mayor inminente, al que ha sido extraño"*, previéndose la situación en que se encuentra una persona que, para preservar un bien jurídico en peligro de ser destruido o disminuido, realiza un comportamiento que lesiona o afecta otro bien jurídico considerado menos valioso por el orden jurídico (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000; entre otros).

A la hora de evaluar la actitud adoptada por IM y resolver lo aquí planteado, debía tenerse en cuenta lo narrado por ella: "...como madre uno estaría muy feliz si el Estado aportara este aceite incluyendo todas las patologías para las que sirve. En cuanto al hecho que se me imputa, la compra de las semillas se hizo junto a un grupo de madres buscando una genética que no se conseguía en argentina y tenía muy buenas referencias para varias patologías entre ellas el TEA, se compran en el exterior porque son semillas estandarizadas y sabemos el porcentaje de THC y CBD que tienen esas semillas, las semillas al comprarlas en un banco de semillas nos aseguramos de que sea una semilla feminizada porque lo que se usa para hacer el aceite son plantas hembras".

Estaba en juego la salud y bienestar individual de su hija frente a bienes jurídicos supraindividuales de menor jerarquía. En estos casos se debe reconocer que la realización de la acción antinformativa (acción típica) es un derecho que no puede negarse al sujeto activo 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. En definitiva, la causa de justificación expresa una antinormatividad circunstanciada que el legislador reconoce como ejercicio de un derecho.

El Prof. Zaffaroni dota de contenido a la antijuridicidad vinculándola al principio de reserva emanado del artículo 19 de la C.N. al sostener que los derechos cuyo ejercicio se

reconoce mediante los preceptos permisivos -causas de justificación- (por ejemplo: lesionar un bien jurídico menor en un estado de necesidad, repeler una agresión ilegítima en la legítima defensa, etc.) son los mismos que garantiza el principio de reserva (artículo 19 *in fine* CN); es decir, ámbitos que quedan exentos de la intervención estatal.

En el estado de necesidad justificante el orden jurídico acepta la producción del mal menor para evitar un mal mayor (teoría de la colisión). Entonces, lo importante en esta justificación estará dado por la determinación del mal menor, juicio de ponderación; que en el caso bajo estudio no arrojaba ningún problema debido a que, sin lugar a dudas, la integridad física y psíquica de la niña estaba y permanece por encima de la tutela ejercida por el Código Aduanero o la ley de estupefacientes.

Se encontraban verificados todos los requisitos del estado de necesidad justificante porque la pequeña hija se encontraba amenazada por un mal inminente al no tener acceso regular a la terapia cannábica que tantos beneficios le había generado; por ende, su madre acudió al medio menos lesivo: procurarse las semillas de la genética exacta para tratar el TEA con fines de cultivo medicinal dentro de un ámbito de reserva.

Además, la valoración debe realizarse en concreto, ajustada a la magnitud real de la conducta típica que se emprende, teniendo en cuenta la perspectiva de la persona que se vio inmersa en ese estado, y no mediante valoraciones abstractas y generales (Di Corleto-Carrera, 2017:19; Picco-Anitua, 2012:245). En este sentido, la doctrina argentina aclara que el Código Penal requiere una ponderación concreta de males (Zaffaroni- Alagia-Slokar, 2000: 635), por lo que realizar un juicio abstracto violaría el principio de legalidad penal. Si bien no hay ley que establezca un criterio rígido acerca de cómo realizar la ponderación de males, la doctrina propone atender a ciertos

criterios generales (Zaffaroni- Alagia-Slokar, 2000: 635): (a) la jerarquía del bien jurídico, (b) la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro, (c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar, y (d) la intensidad de la afectación, en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

Un análisis con perspectiva de género exige una valoración situada y contextualizada, que atienda “al efecto negativo que entraña para la salud pública el acto concreto que se está juzgando” (Laurenzo Copello, 2020:177), frente a la “lesión de bienes jurídicos personales de alto valor” (Laurenzo Copello, 2020:177), como fueron, en el caso, la integridad, la vida, y básicamente la subsistencia de su hija. La situación de necesidad acuciante y las responsabilidades de cuidado que ella tenía, también entran en juego en la ponderación. Retomando lo mencionado al inicio, la opción entre los bienes en juego se encuentra fuertemente condicionada por los mandatos sociales imperantes, que prescriben conductas de servicio, abnegación y sacrificio por parte de las mujeres, en pos de garantizar los derechos de sus hijos/as y de todos/as aque- llos/as que dependen de sus cuidados.

En definitiva, la evaluación concreta de males, permitió establecer que IM obró ante un estado de necesidad acuciante, justificante, y subsidiariamente exculpante.

Incluso, si se considerara que el obrar de IM fue típico y antijurídico, correspondía pasar a otro nivel analítico vinculado a los principios que rigen en la culpabilidad y que derivan de la reprochabilidad del ilícito. Esta situación no fue planteada en la presentación defensista, pero entiendo que podría servir de herramienta argumentativa ante otros casos similares en los que la actora no haya tenido, en el momento de la acción, un cierto margen de autonomía o libertad de decisión (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000: 672). También se dice

que “cuando el sujeto no tiene una opción real de superar los condicionamientos que operan sobre él, no podrá ser declarado responsable, cómo tampoco cuando la conducta debida es inexigible porque superar esos condicionamientos implican un alto costo para la persona” (Binder, 2004: 245).

Bajo esa regla, que pone de resalto la libertad de las personas y los obstáculos para adoptar decisiones autónomas, la valoración del contexto de violencia de género se torna imprescindible. La situación de desesperación padecida por muchas madres en la misma situación de IM puede adecuarse a algún tipo o modalidad de violencia descripta en la normativa específica. Además, la valoración se impone en el ámbito de la culpabilidad por mandato legal, porque la Convención de Belem do Pará señala que la violencia contra la mujer *implica una restricción a la libertad* porque anula o impide el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos y culturales (artículo 5). También es relevante porque es una circunstancia que opera en el plano de lo material: la violencia de género implica una restricción en el plan de vida de las mujeres, porque genera un daño a nivel emocional, deteriora su calidad de vida y las enfrenta a múltiples obstáculos en el acceso a la justicia²⁵.

Ahora bien, el Magistrado, al resolver, como señalé al inicio, optó por la solución prevista en el art. 35 del CP.

25 Sobre los obstáculos en el acceso a la justicia ver Amnistía Internacional, MPD, *Femicidio y debida diligencia: estándares internacionales y prácticas locales*, Buenos Aires, MPD, *Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en sus relaciones interpersonales*, Buenos Aires, 2015.

A esta solución, donde el presupuesto de autodeterminación se encuentra tan comprometido que hace inexigible la conducta, se ha arribado en varias causas penales en las que se ha instado la desvinculación por inculpabilidad de las acusadas en delitos de drogas, tras realizar un análisis de las circunstancias personales y las desigualdades estructurales en las que se encontraban.

De la lectura de la resolución e independientemente de la postura dogmática utilizada, lo cierto es que la labor defensista contribuyó a un análisis contextualizado de la problemática atravesada por la entonces madre imputada y al arribo de una solución beneficiosa.

Por ello, más allá de la continuidad en la aplicación judicial de las categorías dogmáticas tradicionales o estancas, en la actualidad se impone revisar la práctica judicial mediante la utilización de métodos feministas para la inclusión del enfoque de género en el análisis jurídico (Bartlet, 2011) de manera integral y transversal, justamente para poner en crisis aquellos estándares que se basan en comportamientos sociales aceptables (Hopp, 2017:16), ámbito en el que, además, "...ha predominado la atención de la población masculina, la aplicación rutinaria y estandarizada de argumentos legales" que puede ser "...particularmente limitante en la construcción de una defensa eficaz para las mujeres" (Di Corleto, 2019:73).

IV. Conclusiones

Cabe señalar que las consideraciones que se desarrollaron no agotan todos los aspectos relevantes que pueden ser invocados por la asistencia técnica integral orientados, en definitiva, a la efectiva defensa de los Derechos Humanos de las mujeres en conflicto con la ley penal.

La judicialización de estas problemáticas que derivan en prácticas punitivas demostró cómo la organización desde la sociedad civil fue marcando claramente que lejos quedan las instituciones y los mecanismos vigentes para resolver los inconvenientes reales y el acceso a derechos (Pellegrini-Durruty, 2019: 143), porque, como surge de los Considerandos del Decreto 883/2020, "...es necesario reconocer que el desarrollo de la investigación y evidencia científica en el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del Cannabis y sus derivados se

encuentra en pleno desarrollo en el mundo, lo cual obliga a seguir los avances de la ciencia para ir consolidando la política pública y el marco regulatorio vigente".

La importancia de la multidisciplina en torno al uso del cannabis medicinal y el fuerte impulso de "Las Madres que se Plantan" (Pellegrini-Durruty, 2019: 141) seguirán marcando un verdadero reconocimiento jurídico inclusivo del derecho a la salud y a la auto-determinación en materia de salud pública, evitando situaciones lentes y engorrosas o de criminalización de quienes han recurrido al cultivo o conductas definidas penalmente como delictivas, para dar apoyo a sus familiares y mejorar su calidad de vida por medio del uso de estas terapias alternativas.

Bibliografía

- Asensio, R.; Di Corleto, J., 2020. "Metodología feminista y dogmática penal", en *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Eurosocial.
- Baca Paunero, M.V. 2020. *Cannabis para la salud y discurso jurídico penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fabián Di Plácido editor.
- Bartlet, K. 2011. "Métodos feministas en el Derecho". Lima: Palestra editores, Trad.: Aranda, D.
- Binder, A. 2004. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- D'Alessio, A. 2009. *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo III*, Buenos Aires: La Ley.
- Di Corleto, J. 2019. "Defensa penal y pers-

NATALIA ELOÍSA CASTRO

pectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con la ley penal". En Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia. INECIP.

Di Corleto, J.; Carrera, M.L. 2017. "Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género. Lineamientos para una defensa técnica eficaz". Revista Defensores del Mercosur.

Di Corleto, J.; Martínez, S. 2015. "Protocolo para la atención a mujeres privadas de libertad en Nicaragua. Documento de Política nro. 33, Área Justicia, Eurosocial. Recuperado de: <http://sia.eurosocial-ii-eu/files/docs/1449758181-Web%20Protocolo%20Nicaragua.pdf>.

Di Corleto, J.; Pique, M.L., 2017. "Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género". En Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schone. Lima: Instituto Pacífico.

Hopp, C. M. 2017. "'Buena madre', 'buena esposa', 'buena mujer': abstracciones y estereotipos en la imputación penal". En Di Corleto, J., *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires: Ediciones Didot.

LaurenzoCopello, P. 2020. "La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema". En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Eurosocial.

Magdalena, C.A., 2019. "Aplicaciones medicinales del cannabis. Una historia milenaria y actual". En Cannabis medicinal: una cuestión de derechos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Medrano, P. 1991. *Delitos de contrabando y comercio exterior*. Buenos Aires: Lerner Libreros.

Nari, M. 2004. *Políticas de maternidad y maternalismo político*. Buenos Aires, 1890-1940. Buenos Aires: Biblos.

Ordoñez, P.; Laino, N., 2020. "Fabricando criminales. Acerca de los sinsentidos de la represión penal de usuarios medicinales de cannabis Comentario al fallo: "Martínez s/ infracción ley 23.737 y contrabando" del juzgado federal N° 3 de Mar del Plata". Revista Nueva Crítica PenalAño 2 - Número 4 – julio- diciembre 2020.

Pellegrini, J.; Durruty, G. 2019. "Madres que se Plantan. Una experiencia de organización colectiva, autogestiva, interdisciplinaria e interinstitucional para el acceso a la salud y la consagración del derecho al autocultivo". En Cannabis medicinal: una cuestión de derechos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Picco, V.; Anitua, G. I. 2012. "Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres "mulas". En *Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: MPD.

-Sarmiento, M. C. 1996. "Inviolabilidad de la defensa en juicio. Principio de congruencia y componentes subjetivos del tipo". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, números 1-2. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Vidal Albarracín, H. 1987. *Delito de contrabando*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A.. 2000. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

□ SECCIÓN II □

EXPERIENCIAS NACIONALES

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-Méjico). 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 lida 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

1 El derecho a la salud está consagrado en el art. 33, también a partir del concepto de bienestar plasmado en el Párrafo 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

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 mencionadas 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 procedural; 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

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 impreitable 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 privadas³, 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 8º 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 Regulador 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 resguardadas 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 cu-

adro 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 dollarizado, 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 trasladados 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 fundamenta-

ción 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 prefiere 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 (REPRO-CANN) 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 dolencias⁷, 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.

Analísia aparte merecen los casos en los que algún criterio judicial “presume” el fin de comercialización que exige el tipo penal del artículo 5º, 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 1º/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 (Darraïdou, 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 fundamentalmente, 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 implícata. 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 incluyendo 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 oficen 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 no-vedosas 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 Latino-*

américa: la ola verde y los retos hacia la regulación. En: www.intercambios.org.ar/assets/files/Cannabis-en-Latinoamerica.pdf

Darraïdou, Victoria, García Acevedo, Marina, Tufró, Manuel (2019). *Guerra contra el narcotráfico, guerra contra los 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 Aires: 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. RE-PROCANN: 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-*

MARÍA VICTORIA BACA PAUNERO

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.

El recorrido hacia el cultivo de Cannabis de uso medicinal: el reconocimiento del derecho de los pacientes a elegir su tratamiento

Anabella G. Calvo

Abogada recibida en la Universidad Nacional de la Matanza (UNLAM), Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Actual Prosecretaria Administrativa interina en la Defensoría de Primera Instancia Nº 1 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Lorena Lampolio

Abogada. Especialista en Derecho Administrativo Económico UCA- Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University Washington College of Law. Defensora Oficial ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario CABA (2010 a la fecha). Miembro del Centro de Formación Judicial, como Consejera Académica (2020- a la fecha). Docente Ordinaria del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Quilmes (1996- a la fecha). Coordinadora del Área de Derecho del Departamento de Ciencias Sociales de la UNQ (2006-2007 /2011-2012). Autora de numerosas publicaciones en materia de derechos humanos..

I. Introducción

La Ley Nacional 23737 -de carácter penal-, sancionada en el año 1989, enumera como delitos distintas conductas vinculadas con ciertas sustancias que denomina “estupefacientes”, entre las cuales se encuentra la planta de cannabis. Esta ley sanciona con pena de prisión de cuatro a quince años conductas tales como el cultivo, producción y el comercio, a la vez que la tenencia simple de estupefacientes y la tenencia para consumo personal se encuentran sancionadas con penas de uno a seis años y de un mes a dos años de prisión, respectivamente. Cuando la siembra y el cultivo se realicen para consumo personal, la pena se reduce de un mes a dos años de prisión.

Ahora bien, el Estado argentino, a través del Poder Legislativo, reconoció el uso medicinal de la planta de cannabis y de sus derivados al sancionar la Ley 27350 (a continuación se la mencionará como “Ley de Uso Medicinal del Cannabis”). Esta norma, que fue aprobada en marzo de 2017, establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, con el objeto de garantizar y promover el cuidado integral de la salud.

La ambigüedad normativa que se presentó en el ordenamiento jurídico nacional a partir de ese momento -dada por la convivencia de una norma que, a los efectos de garantizar el derecho a la salud, reconoce el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, y otra que obstaculiza el ejercicio de tal derecho por la amenaza de la sanción penal- ha generado un enorme vacío respecto de la legalidad del uso medicinal del cannabis, a la vez que colocó en un limbo jurídico-administrativo a miles de personas que necesitaban acceder a esta sustancia para ejercer su derecho a la salud y no contaban con las herramientas legales o administrativas para hacerlo.

El presente trabajo realizará un recorrido histórico respecto de la regulación del derecho al acceso de tratamiento con cannabis y/o sus derivados que tiene como broche de oro la permisión del autocultivo y del cultivo solidario como opción para los usuarios medicinales. En este punto, destacaremos el activismo y la judicialización como las estrategias que permitieron la sanción de la Ley Nacional 27350 y, luego, el dictado de una nueva reglamentación que habilitó el acceso a través del cultivo de la planta de cannabis (Decreto 883/2020 y normas inferiores dictadas en consecuencia).

Asimismo, realizaremos un análisis comparativo entre la Ley Nacional 27350 y la Ley 6349 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de adhesión a aquella, en tanto existen diferencias en la regulación. Ello se debe a que la norma local se sancionó el mismo día que se dictó la nueva reglamentación de la Ley nacional a través del Decreto 883/2020, por lo que no recogió los cambios fundamentales que dicha reglamentación introdujo.

Por último, mencionaremos los desafíos pendientes en torno al consumo personal en general, en el marco del artículo 19 de la Constitución Nacional.

II. La gestación de la Ley de Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados N° 27.350

Es importante señalar que la Ley 23737¹- conocida como “Ley de drogas”-, en consonancia con las Convenciones de Naciones Unidas de 1961², 1971³ y 1988⁴, no prohíbe expresamente el consumo de cannabis, así como tampoco prohíbe específicamente el consumo de ninguna droga. Estas convenciones internacionales, que consensuaron casi todos los países del mundo, establecieron mecanismos de regulación y control de diversas sustancias que se encuentran clasificadas en cuatro listas. El fundamento en el que se basaron los países al conformar esas listas estaba dado por el potencial daño que el mal uso o abuso de estas sustancias hacían a la salud pública (Baca Paunero, 2020: 42).

Ahora bien, la definición de “estupefaciente” como concepto jurídico se encuentra descripta en el artículo 77 del Código Penal, y no en una norma que tenga como objeti-

1 En el año 1989 se crea el organismo encargado de asistir al presidente para elaborar *“las medidas que sean necesarias para la contención y enervamiento del fenómeno de las drogas”* (Decreto 271/89): la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (Sedronar). Meses después se promulga la Ley 23737 -vigente hasta la actualidad-, mediante la cual se amplían considerablemente las conductas tipificadas como delito y se aumentan las penas. En su artículo 14, se introduce la diferenciación entre *tenencia simple* -que toma la redacción del artículo 6º de la ley anterior- y *tenencia para uso personal*, que tiene una pena menor: de un mes a dos años de prisión. Los legisladores no tomaron en cuenta lo expresado por la CSJN en el fallo *“Bazterrica”* respecto de la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres.

2 Convención Única sobre Estupefacientes, 1961.

3 Convenio sobre sustancias psicotrópicas, 1971.

4 Convención contra el tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988.

vo proteger la salud. Es necesario analizar esa definición de cara a la evidencia científica y médica actual⁵, poniendo en tensión las listas complementarias de la Ley 23737 con lo dispuesto por la Ley 27350, que define al cannabis como terapéutico y reconoce expresamente su valor a favor de la salud de las personas (Baca Paunero, 2020: 72).

Sin realizar un análisis detallado de lo que significó la política de drogas en Argentina, es deseable destacar que ha estado marcada –como fue la tendencia imperante en la región– por las políticas prohibicionistas que se basan en considerar que las personas no pueden desarrollar otra relación con los psicotrópicos que no sea nociva, no pueden auto-controlarse y, por lo tanto, al Estado no le queda más opción que prohibirlas. Es decir, para este sistema de creencias las personas son incapaces de reconocer los riesgos que entraña el uso de estas sustancias, y es tarea de los Estados intervenir en el acceso a ellas. Es de esta forma que se justifica “que el Estado imponga ciertos límites a la autonomía de sus ciudadanos precisamente para salvaguardar su propia autonomía” (Ortiz Millán, 2009: 37).

Con estos objetivos se implementó una política criminal de “guerra contra las drogas” basada en la persecución selectiva de usuarios y usuarias, como operadores menores y reemplazables de la cadena del tráfico de estupefactivos –generalmente, los sectores más vulnerables de la población: mujeres, comunidades indígenas, población trans, jóvenes, etc.-.

Paradójicamente, en este mismo contexto, se desarrollará en Argentina un cambio –aunque menor– en la política de drogas con la sanción de la Ley 27350 de Uso Medicinal del Cannabis. Esto fue el producto de la confluencia de dos fuerzas: por un lado la social, que sale a luz en el año 2016 con la organización “Mamá Cultiva” y,

por el otro lado, la de la comunidad científica, a través el Dr. Marcelo Morante, médico y docente de la Universidad de la Plata⁶.

La organización de “Mamá Cultiva” está integrada por madres de niños y niñas con enfermedades del sistema nervioso que no responden a los tratamientos médicos convencionales. Si bien ya existían grupos como la Red de Usuarios Medicinales de Argentina (RUCAM), la Campaña por la Despenalización del Cannabis Medicinal (CADECAM), o la ONG Cannabis Medicinal Argentina (CAMEDA), el fenómeno adquirió visibilidad con los testimonios de las madres de “Mamá Cultiva” en los medios de comunicación. La otra fuerza que coadyuvara –y que encabezó el Dr. Morante– fue la comunidad científica, que entendió que el conocimiento no estaba solo en la ciencia sino también en los pacientes y que, como profesional, debía acompañar y reforzar esa dinámica (Labiano, 2018).

El impulso legislativo de la temática que se inició en el año 2016 encontró un clima social propicio, en el sentido de auspiciar la creación de un marco normativo para el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Existieron distintos proyectos legislativos que comenzaron su tratamiento en la Comisión de Acción Social y Salud Pública: allí desplegaron sus testimonios organizaciones de usuarios medicinales, médicos, agrupaciones cannábicas e integrantes de la sociedad civil, y mostraron evidencias sobre el uso de cannabis para el tratamiento de varias patologías. El objetivo principal de los distintos proyectos de ley era modificar la actual Ley 23737 dado que muchas de las actividades realizadas, tanto por las madres como por los cannabicultores, eran consideradas delitos a la luz de esa norma.

La Administración Nacional de Medicina

5 Ver Cannabis medicinal: www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/cayspublica/tlegistivo

6 Actual coordinador del Programa Nacional de Investigación sobre los usos Medicinales de Cannabis, creado por la Ley 27350.

mentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) presentó en el mes de junio de ese mismo año el *Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides*, que muestra los resultados obtenidos respecto a la eficacia y seguridad del uso medicinal de los cannabinoides a partir de diecisésis revisiones sistemáticas/metanálisis y dos estudios observacionales. Allí se exponen diversos grados de eficacia de la sustancia para el tratamiento de distintas enfermedades y condiciones (Labiano, 2018: 89-90).

También en las Comisiones de Legislación Penal y Seguridad Interior se presentaron proyectos legislativos relacionados con el uso medicinal de la planta de cannabis, y sus derivados. Esta última Comisión, que respondía en su línea política al Ministerio de Seguridad y que tenía una visión prohíbicionista, logró el dictamen de mayoría que fue tratado en la Cámara de Diputados. En consecuencia, las principales demandas de las organizaciones sociales con relación al cannabis medicinal, como es el auto-cultivo, el cultivo colectivo y el cultivo solidario, no fueron incluidas para su tratamiento y aprobación por el pleno de los diputados reunidos el 23 de noviembre de 2016.

Finalmente, en marzo de 2017 se sancionó, por unanimidad en la Cámara de Senadores, la Ley 27350 de “Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados”⁷ que establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor⁸ de la planta de cannabis y sus derivados,

7 Sancionada el 29/03/2017 y publicada en el Boletín Oficial el 19/04/2017.

8 Desde organizaciones especializadas en el cannabis de uso médico como CAMEDA, se ha señalado que representa un sinsentido que la ley hable de uso medicinal, terapéutico y paliativo como si fueran cosas distintas. Cuando se habla del uso medicinal se trata del cannabis de grado médico, terapéutico es el efecto que tiene

con el objeto de garantizar y promover el cuidado integral de la salud (artículo 1).

Contempla, asimismo, la posibilidad de importar el aceite de cannabis, y sus derivados, cuando resulte requerido por pacientes que presenten determinadas patologías y cuenten con la indicación médica pertinente (artículo 7). Para ello, creó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud (artículo 2), que, entre sus objetivos, procura “garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo⁹ y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa” (artículo 3).

Luego de seis meses de sancionada la ley-en septiembre de 2017- el Poder Ejecutivo reglamentó la ley mediante el dictado del Decreto 738/2017 que establecía, en su artículo 7, que la provisión de aceite de Cannabis y sus derivados sería gratuita para quienes se encontraran inscriptos en el Programa de Investigación y se ajustaran a sus requerimientos, y que, a aquellos pacientes que no se encontraran inscriptos en el Programa pero que tuvieran como prescripción médica el uso de aceite de Cannabis -o de otros derivados-, se los habilitaba a adquirirlos bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medica-

y paliativo del dolor es el fin que se busca con el tratamiento. Son elementos de un mismo concepto que es el cannabis de uso médico, el cual debe contar con las características de cualquier medicamento, como son la calidad y eficacia. Por eso es importante el control y acompañamiento del Estado.

9 Es preciso aclarar que aquí se presenta una confusión terminológica en tanto el aceite mencionado no es un derivado de la planta de cannabis sino que es una de las formas farmacéuticas en que se emplea. Los derivados de la planta son los cannabinoides (los más conocidos son THC y CBD) mientras que las formas farmacéuticas son los aceites, las cremas, los ungüentos, etc.

mentos que determinara el Ministerio de Salud de la Nación, en su carácter de Autoridad de Aplicación.

Días después, el entonces Ministro de Salud de la Nación dictó la Resolución 1537-E/2017 como reglamentación del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales. En su Anexo I, dicha resolución determinaba que podían solicitar la inscripción en los Registros que dependían del Programa (Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento y Registro Nacional de Pacientes en Protocolo de Investigación) “las personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes” y establecía el procedimiento para la inscripción en aquellos registros que se contemplaron con fines de investigación.

Por otra parte, el artículo 8º de la ley creó -en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación- un registro nacional voluntario que se denominó “Registro Nacional de pacientes en Tratamiento con Cannabis” (RECANN):

...a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 23737 la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, con el resguardo de protección de confidencialidad de datos personales...

Si bien esta ley logró quebrar la visión social predominante sobre la planta de cannabis (visión criminalizadora), el cambio legislativo introducido fue menor ya que la Ley 23737 sigue prácticamente intacta en su núcleo duro de creencia sobre las personas usuarias de drogas y su tratamiento a través del sistema penitenciario.

III. La judicialización como única opción para el acceso al tratamiento con cannabis¹⁰

La demora en la reglamentación de la Ley 27350, así como en la puesta en funcionamiento del Programa creado por ella, junto con la desfinanciación de la investigación científica y del área de salud que atravesó por esas épocas nuestro país¹¹, generaron que muchos pacientes que habían logrado inscribirse en el Registro Nacional de pacientes en Tratamiento con Cannabis (RECANN) no pudieran acceder a la provisión gratuita del aceite medicinal indicado por sus médicos. En ese marco, algunos de ellos, frente a la desesperación de vivir con una enfermedad o de ser familiares de personas en esa situación -incluso niños y niñas-, realizaron los trámites pertinentes para acceder al aceite mediante el régimen de excepción de medicamentos. Sin embargo, los obstáculos fueron múltiples: no sólo la enorme burocratización para el acceso al aceite de cannabis importado sino también su costo en dólares atentaron contra la continuidad del tratamiento con cannabis, al impedir su adquisición, afectaron la salud de los pacientes.

Esta circunstancia generó el inicio de múltiples acciones judiciales contra obras sociales y empresas de medicina prepaga a lo largo y a lo ancho del país para que, ante la falta de provisión por parte del Estado, sean las prestadoras de salud quienes se hicieran cargo de

10 Para un mayor detalle sobre la judicialización en torno a este tema: Calvo, A. & Lampolio, A. (en prensa). *Cannabis de uso medicinal, un recorrido hacia su regulación: la intervención del Poder Judicial a los efectos de garantizar el derecho a la salud y de impulsar la regulación de la permisión de autocultivo*.

11 En septiembre de 2018 el Poder Ejecutivo Nacional modificó la Ley de Ministerios unificando el Ministerio de Salud con el Ministerio de Desarrollo Social (Decreto 801/2018).

dicho tratamiento, por lo menos hasta que el Estado lo proveyera¹².

12 "PAREDES JOSÉ RAMÓN Y RIVERO SILVIA BEATRIZ C/ OSECAC S/ AMPARO"(Expediente N°: X-4CI-17-AL2017 –Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N° 9 de Río Negro, 12/06/2017), "P. A. R. Y OTRO c/CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD" (Expediente N° 27894/2016, Cámara Federal de Mar del Plata, 26/07/2017), "F, A, I DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION" (Expediente N° 002708/2017/2, Cámara Federal de Bahía Blanca, 28/08/2017), "T, H. S. c/ OSDEY M Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986"(Expediente N° 14812/2015, Juzgado Federal de Córdoba N° 3, 27/10/2017), "B., L. L. E. c/ OSPE s/SUMARISIMO DE SALUD"(Expediente N° 5794-2016/ CA001, Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 28/11/2017), "F, LD c/ SWISS MEDICAL S.A s/INC APELACION" (Expediente N° 017233-2017/1, Cámara Federal de Bahía Blanca, 11/12/2017), "DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES"(Expediente N° 046857/2016/CA001, Cámara Federal de Rosario, SALA A, 05/02/2018), "MAFFIA, MARIANA Y OTRO c/OSDE s/INCIDENTE" (Expediente N° 36816-2016/1, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 20/02/2018), "S.A.K. Y OTROS c/BRA-MED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986"(Expediente N° 67495/2017, Juzgado Federal de Córdoba N° 3, 17/04/2018), "P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986" (Expediente N° 12325/2017, Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo de Misiones, 26/04/2018), "YOO, IAN VALENTIN c/OSDE s/INCIDENTE DE APELACION" (Expediente N° 8880-2017/1, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 22/05/2018), "C, V, A c/ OSDE Y OTRO s/AMPARO DE SALUD"(Expediente N° 009027/2016/CA001, Cámara Civil Y Comercial Federal, Sala I, 26/06/2018), "IVANCICH, MARIA PIA c/ DASPU, OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTRO s/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS"(Expediente N° 054049/2018/ CA001, Cámara Federal de Córdoba, 20/07/2018), "ARJONA, ESTELA MARIS C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) S/AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS" (Expediente 36969/2018-0, Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 07/11/2019), "M., D. M. N. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SO-

Estos precedentes de todo el país, dejaron al descubierto las dificultades para acceder a un tratamiento que permite la mejora en la calidad de vida de muchos pacientes, y las fallencias de la legislación y su reglamentación. En primer lugar, es de notar que, al tratarse de un Programa de investigación, la inclusión de muchos pacientes se vio restringida, aún cuando contaran con indicación médica del tratamiento. La reglamentación solo permitió la incorporación en el programa de personas que presentaran diagnóstico de epilepsia refractaria, excluyendo a personas con otros diagnósticos y, como el primer ensayo clínico aprobado se desarrolló en el Hospital Garrahan, sólo estaba destinado a pacientes pediátricos con esa enfermedad, siendo su muestra de cien pacientes.

Por otra parte, otro punto a tener en cuenta es que aquellos pacientes que querían adquirir los medicamentos derivados del cannabis -y a quienes la ley habilita a hacerlo a su propio cargo- pero no formaban parte del

BRE AMPARO – SALUDMEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS" (Expediente 1049/2019-0, Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EXP 1049/2019-0, 26/03/2019), "GIRONDA, BEATRIZ ADELA CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS" (Expediente N° 10883/2019-0,Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 05/11/2019), "CABRERA, Nancy Mabel CONTRA FACTURACION Y COBRANZA DE LOS EFECTORES PUBLICOS SE (FACOEP SE) SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS" (Expediente N° 4106/2020-0,Juzgado de primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 21, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23/06/2020), "AGUILAR, Carina Soledad CONTRA FACTURACIÓN y cobranza de los efectores PÚBLICOS s.e. SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS" (Expediente 4328/2020-0, Juzgado de primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/07/2020, entre otros.

programa creado por la ley, encontraron por lo menos dos obstáculos para cumplir con el tratamiento: el económico y otro vinculado a las patologías de los pacientes. En cuanto al primero de estos obstáculos, como todavía no había producción mediante laboratorios argentinos -ni públicos ni privados- tenían como única opción comprar aceites importados por lo que no cualquier persona podía acceder a ellos, sobre todo cuando muchos no cuentan con cobertura de salud a través de obras sociales o empresas de medicina prensa. Por otra parte, en cuanto al segundo obstáculo, muchas veces la composición de los aceites importados no es adecuada para todas las personas y patologías. Muchos tratamientos requieren la rotación de cepas y de combinaciones en cuanto a balance de distintos cannabinoides. Frente a estas circunstancias, el autocultivo o el cultivo solidario se presentan como las opciones que mejor permiten el acceso al tratamiento con la planta de cannabis y sus derivados.

En octubre de 2019 se realizó la primera Expo Cannabis en nuestro país y, en el Punto de Acceso a la Justicia, se brindó información jurídica a quien la requirió. Las consultas fueron variadas, pero lo que se evidenció es que la sociedad no terminaba de entender qué es lo que el marco normativo permitía, y eso estaba dado porque existen normas que se contradicen y tienen igual jerarquía, como la Ley 23737 (conocida como "Ley de Drogas") y la Ley 27350 de Uso Medicinal del Cannabis. Por un lado, se penaliza la tenencia, siembra y cultivo de la planta de cannabis¹³ y, por el otro, el propio Estado reconoce el valor medicinal de la misma planta, así como la existencia de personas que son usuarios de sus derivados¹⁴.

Personas de distintas edades y condición socioeconómica, que padecen distintas enfer-

medades, se acercaron al Punto de Acceso a la Justicia para preguntar cuánto se puede cultivar, cuántas plantas se pueden tener en el domicilio o qué cantidad de cigarrillos o aceite de cannabis pueden tener. La respuesta no era la que esperaban: no podían entender cómo se dictó una norma y se desarrolló una exposición (que se publicitó por todos los medios de comunicación y redes sociales) a la que asistieron cultivadores, médicos y científicos de distintas disciplinas que explicaban los beneficios de esta planta para la salud y, por el otro lado, se les explicaría que si cultivaban en sus casas nada podía protegerlos de una persecución penal y lo único que se les podía ofrecer era la defensa jurídica en el caso de que se iniciara un proceso penal. Es que ser acusado de un delito no es gratuito y mucho menos cuando la conducta que se imputa tiene como finalidad tratar una enfermedad o palear el dolor y sufrimiento propio, de un familiar o de personas con las que uno pudiera solidarizarse al ser poseedor de un gran valor: la empatía.

Ante este escenario, desde la sanción de la Ley de Uso Medicinal del Cannabis, se iniciaron acciones judiciales para solicitar la autorización para realizar autocultivo, a los efectos de acceder a los derivados del cannabis indicados por los médicos tratantes (aceites, cremas, material vaporizable). En muchos de los casos, en la primera instancia se logró que los jueces autorizaran a realizar el autocultivo de manera cautelar, pero, al llegar a la segunda instancia, dichas resoluciones fueron revocadas o modificadas, y se ordenó al Estado Nacional la inscripción al programa creado por la Ley de Uso Medicinal del Cannabis y la consecuente provisión gratuita a su cargo¹⁵.

13 Art. 5º de la Ley 23737.

14 Art. 8º de la Ley 27350.

15 "B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986" (Expediente N° 21814/2017, Juzgado Federal de Salta N° 1 -02/03/2018- y Cámara Federal de Salta, Sala II -23/04/2019-), "NAVARRRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986" (Expediente N° 16005/2018, Juzgado Federal de

En consecuencia, estas resoluciones judiciales devolvieron a los pacientes que acudieron a la justicia a la situación anterior y podemos decir que, además, pudo haberlos perjudicado: por un lado, aunque hubieran sido incorporados al Programa, la única opción viable era acceder a la importación del aceite que se encuentra en el mercado -en tanto el Estado no producía aceites (o cualquier otro derivado del cannabis)- pero éste no sirve para tratar todas las patologías; por otro lado, al haber reconocido que realizaban autocultivo o que obtenían el derivado gracias a cultivadores solidarios, se veían expuestos a la inminencia de la persecución penal. No solo se quedaban expuestos a ser privados de su libertad sino a interrumpir los tratamientos de sus familiares o los suyos, con la angustia que ello provoca en personas que padecen enfermedades que alteran por completo su calidad de vida. Recordemos que el Registro creado por el artículo 8 de la Ley 27350 no era de cultivadores sino de pacientes incluidos en el Programa para que el Estado les suministrara un medicamento que hoy en día no se encuentra disponible.

Sin embargo, es pertinente señalar que el artículo 5º de la "Ley de Drogas" penaliza a quienes "sin autorización o con destino ilegítimo" lleven adelante las acciones que dicho ar-

tículo tipifica¹⁶. En consecuencia, era posible interpretar que, si se realizaba el cultivo *con autorización o con destino legítimo*, la conducta no configuraría la acción típica y, entonces, no sería pasible de una sanción penal.

La Ley 27350 que reconoce el uso medicinal de la planta, contemplaba la provisión gratuita por parte del Estado e incluso permitía la adquisición de aceite a quienes no se encontraran inscriptos en el Programa, con el solo requisito de la indicación médica ¿Por qué no acceder mediante el autocultivo? Si el Estado reconocía la posibilidad de una situación comercial ¿por qué negaba el acceso gratuito por este medio? Negar la posibilidad de cultivar cannabis con fines medicinales terminaba generando efectos más dañinos que los que se pensaba evitar con su prohibición. Las personas que no podían acceder a un aceite industrializado por sus costos, o cuya composición no les sirve para tratar los padecimientos de que se traten, tenían como única opción acudir al mercado ilegal, lo cual es sumamente peligroso y por variados motivos: se exponía a los pacientes a consumir productos de dudosa composición y origen, así como a mantener contacto con el narcotráfico y con drogas de abuso que son realmente dañinas, y el costo siempre era mayor en el marco de la ilegalidad y, además, se exponían a la persecución penal por tenencia.

El autocultivo brinda mayor seguridad en ese sentido, por lo que se tornaba necesario que la inscripción en el Registro creado por el artículo 8º de la Ley de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, constituyera la autorización que la ley penal menciona para que no se configurara el delito por cultivar cannabis. El destino legítimo indicado por la norma estaría acreditado por la

Viedma, Río Negro - 02/07/2018- y Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Río Negro -21/05/2019-), "PRIETO, CARINA SOLEDAD Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986" (Exp 54057/2018, Juzgado Federal de Rosario N° 2, Santa Fe -20/09/2018-, Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A -21/06/2019-), "THACHEK, BERTA DELIA c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986" (Exp. 19543/2018, Juzgado Federal de Rawson N° 1, Chubut -15/02/2019-), "G., C. P. c/ Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación s/ amparo Ley 16986" (Exp. 21434/2019, Cámara Federal De La Plata -27/06/2019-), "B. M. S. y otro c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo Ley 16986" (Exp. 19000/2019, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata -27/06/2019-).

16 En lo que respecta al tema bajo análisis entre dichas acciones se encuentran: la siembra o cultivo de plantas y el guardado de semillas.

indicación médica que se exige a tales fines (lo mismo aplicaría respecto del guardado de semillas y tenencia de cualquier derivado del cannabis para consumo medicinal). Esta idea, gracias al impulso de las organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática, pacientes y familiares de pacientes usuarios de cannabis, tomó forma con una nueva reglamentación de la Ley 23750 (que se sancionó en el año 2020) en tanto admite el autocultivo y el cultivo solidario como una opción que se enmarca en el derecho de los pacientes a elegir su tratamiento.

IV. La nueva reglamentación de la Ley 27350 y La Ley 6349 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis comparativo

Con fecha 12/11/2020 se produjeron dos hechos claves para la cuestión bajo análisis. Por un lado, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 883/2020 como respuesta a las críticas y demandas de los usuarios de cannabis medicinal derogó el Decreto 738/2017 y estableció una nueva reglamentación de la Ley 27350 de Uso Medicinal del Cannabis.

Por el otro, la Legislatura de la CABA sancionó la Ley 6349 a los efectos de adherir al régimen establecido en la Ley Nacional 27350 (artículo 2) y estableció el marco regulatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “para el acceso informado y seguro de Cannabis medicinal y sus derivados como recurso terapéutico, la investigación y el uso científico, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud” (artículo 1). Al igual que la ley nacional, la ley local promueve la investigación clínica y científica del uso de la planta de Cannabis y sus derivados con fines medicinales, y promueve la participación de asociaciones civiles vinculadas a la temática.

El Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 883/2020, en sus considerandos, reconoce

que la antigua reglamentación era restrictiva porque solo permitió que pudieran incorporarse a los protocolos de investigación aquellos pacientes que contaran con diagnóstico de epilepsia refractaria y, a su vez, porque, para quienes no estuvieran inscriptos en el Programa de investigación, sólo habilitaba la importación de aceite de cannabis, generando otra exclusión para quienes no se encontraran en condiciones económicas de cubrir el costo en dólares.

Además, reconoció que el Registro Nacional Voluntario, creado en el artículo 8 de la Ley 27350 con el objeto de facilitar el acceso gratuito al aceite de cannabis y sus derivados, aún no se encontraba operativo, lo cual impedía el adecuado control de calidad de derivados del cannabis, comprometiendo la salud de usuarias y usuarios y generando expectativas infundadas promovidas por el simple afán de lucro.

Asimismo, expresamente señaló que esas restricciones reglamentarias configuraron barreras al acceso oportuno al cannabis y que, como respuesta a ello, muchos usuarios decidieron acudir al autocultivo para contar con el aceite de cannabis para tratar su salud o la de algún familiar, asumiendo el riesgo de ser condenadas o perseguidas penalmente y que, en ese sentido, se organizaron redes y se crearon organizaciones civiles “que actualmente gozan no solo de reconocimiento jurídico sino también de legitimación social¹⁷”.

En consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional entendió que era necesario reglamentar adecuadamente el acceso al cultivo controlado de la planta de cannabis, así como a sus derivados, para fines de tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, en tanto ello implica cumplir el objeto de la Ley 27350 de garantizar y promover el cuidado integral de la salud, y el acceso gratuito a derivados del cannabis a toda persona que se in-

17 Considerandos del Decreto 883/2020.

corpo al Programa. En este sentido, destacó que “existen experiencias a nivel internacional que indican que, en un marco de seguridad y calidad, junto con el acompañamiento médico, se reducen los daños potenciales que el uso del cannabis de un mercado no controlado puede producir”.

Para ello esta nueva reglamentación establece que, aquellos pacientes que cuenten con indicación médica para el uso de la planta de cannabis y sus derivados, tendrá cuatro vías de acceso: 1) adquirir especialidades medicinales elaboradas en el país, 2) importar especialidades medicinales debidamente registradas por la autoridad sanitaria, 3) adquirir formulaciones magistrales elaboradas por farmacias autorizadas u otras presentaciones que en el futuro se establezcan, y 4) acudir al autocultivo o cultivo solidario (artículos. 7 y 8).

La reglamentación del artículo 10 dispone que el Estado Nacional impulsará la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización para su uso medicinal, terapéutico y de investigación en los laboratorios de producción pública de medicamentos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP), y que la dispensación del producto se realizará a través del Banco Nacional de Drogas Oncológicas y/o farmacias autorizadas.

En este sentido, el reciente decreto modifica las características del Registro creado por el artículo 8 de la ley que ahora será específico para usuarias y usuarios que cultivan cannabis para fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos y se denominará “Registro del Programa del Cannabis” (REPROCANN). También promueve la creación de una red de laboratorios públicos y privados asociados que garanticen el control de los derivados producidos, alejando la investigación en la materia, para lo cual busca promover la capacitación de los profesionales de la salud, ponderar el rol de los médicos en el acompañamiento

de los usuarios y las usuarias del cannabis -y sus derivados- con el objetivo de lograr su uso informado y seguro.

El artículo 8 de la nueva reglamentación (Anexo del Decreto 883/2020) establece que el Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN) registrará a los y las pacientes que acceden a través del cultivo controlado a la planta de cannabis y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, con el fin de emitir la correspondiente autorización de cultivo. Es decir, el registro ya no es de “pacientes en tratamiento para estudio de casos y en protocolos de investigación” (como disponía el Decreto 738/2017) sino que ahora expresamente establece que el registro es de pacientes que acceden a su tratamiento “a través del cultivo controlado” para obtener una autorización de cultivo. Para la inscripción al registro se exige indicación médica y suscripción del consentimiento informado correspondiente, destacándose que se protegerá la confidencialidad de los datos personales de conformidad con la Ley 25326 de Protección de Datos Personales.

Asimismo, el artículo 8 establece que el Ministerio de Salud de la Nación podrá coordinar con las jurisdicciones locales que hubieran adherido a la Ley 27350 para que lleven sus propios registros y expidan las autorizaciones correspondientes, con el pertinente deber de información a este organismo nacional. En consecuencia, se podría descentralizar el registro, lo cual facilitaría los trámites burocráticos que fueran necesarios para que los usuarios de cannabis medicinal puedan inscribirse al REPROCANN, sobre todo para aquellos que vivan en el interior del país. Ello permitirá que haya igualdad en el acceso al cultivo por parte de todos los ciudadanos de nuestro país.

Vinculado a ello, la Ley 6349 -sancionada el mismo día en la Ciudad de Buenos Aires- también contempla que el Ministerio de Salud local otorgue autorización para el cultivo per-

sonal con fines medicinales, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 23737 en el ámbito de esta ciudad. En los argumentos del proyecto que luego fue sancionado se destacó que, si bien en junio de 2016 la ANMAT publicó un informe que daba cuenta de la eficacia del cannabis para el tratamiento múltiples dolencias y enfermedades¹⁸ y reconocía su utilidad para el tratamiento de dolores, el 7 de octubre de 2016, paradójicamente, contradiciendo sus propios informes y mientras se llevaba a cabo el debate parlamentario de la Ley Nacional 27350, la misma ANMAT limitó la importación de productos en base a cannabis sólo a casos de epilepsia refractaria de niños y jóvenes adultos.

El reconocimiento en ambas normas del derecho al acceso al cannabis y sus derivados con fines medicinales constituye un gran avance. Sin embargo, la ley local resultó ser más restrictiva que la nueva reglamentación de la ley nacional, en tanto, mientras la norma nacional habilita que la autorización podrá solicitarse para que el propio paciente realice el cultivo por sí mismo o a través de una tercera persona (familiar o no) e incluso a través de una organización civil autorizada por el Ministerio de Salud de la Nación a esos efectos -reconociendo así el cultivo solidario de cannabis-, la ley local solo contempla la posibilidad de que sea el paciente por sí mismo quien realice el cultivo o lo haga a través de su representante legal, tutor/a o curador/a, sin contemplar la posibilidad de que la autorización se otorgue para que lo realice una tercera persona o una organización civil.

Ello se debe, entendemos, a que los proyectos de ley que se encontraban en la Legislatura Porteña para su tratamiento habían sido

presentados mucho tiempo antes de que el Poder Ejecutivo Nacional dictara la nueva reglamentación y se debatió solo horas más tarde de la publicación del decreto en cuestión, por lo que no se incorporaron las previsiones más amplias de esta nueva reglamentación a la ley nacional. Es de destacar que, a pesar de que la Ley 6349 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en su artículo 9 que el Poder Ejecutivo local debía reglamentarla en sesenta días, al día de la fecha no se la ha reglamentado, por lo que aún no se ha descentralizado el registro de personas que cultivan cannabis por sí o por terceros para el acceso a un tratamiento médico. En consecuencia, los ciudadanos porteños deben inscribirse al REPROCANN para contar con dicha autorización y eximirse de cualquier tipo de persecución penal posible.

Otro aspecto no menor de la nueva reglamentación de la Ley Nacional 27350 es que, al reglamentar el inciso d del artículo 3, deja en claro que, en el caso de aquellas personas que cuentan con cobertura médica, son las Obras Sociales y Agentes del Seguro de Salud del Sistema Nacional, empresas o entidades de medicina prepaga quienes deben otorgar la cobertura de los derivados de la planta de cannabis. En consecuencia, estos agentes de salud ya no podrán alegar que la provisión del medicamento sólo debe realizarla el Estado para desligarse de sus obligaciones (como hacían en los juicios mencionados en este trabajo), ni tampoco las órdenes judiciales tendrán el tinte de una suerte de orden provisoria “hasta tanto el Estado Nacional otorgue la provisión gratuita”, como sucedió en muchos casos. Aquellas personas que no posean cobertura de salud, siempre que cuenten con indicación médica, deberán ser provistos de forma gratuita por el Estado.

Tampoco es necesario exigir la inscripción al Registro (REPROCANN) para poder acceder a los derivados del cannabis (sea a través

18 Dolor crónico, náuseas y vómitos debido a quimioterapia, estimulación del apetito en infección HIV/SIDA, espasticidad debido a esclerosis múltiple o paraplejia, síndrome de Tourette y epilepsia refractaria a los tratamientos convencionales en pacientes de cualquier edad

de la provisión por obras sociales y empresas de medicina prepaga, o sea por la cobertura pública) dado que el Registro ahora está destinado a aquellos que quieran acceder a la planta y sus derivados a través del autocultivo o del cultivo solidario -tal como fue pensado al impulsar la ley por parte de las organizaciones de pacientes- (artículo 8).

Finalmente, con fecha 10 de marzo del 2021, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución 800/2021 que derogó la Resolución Ministerial 1537 del 21 de septiembre de 2017 y aprobó el “Registro del Programa de Cannabis” (REPROCANN), dentro de la órbita de este Ministerio, con el objeto de registrar a los usuarios y usuarias medicinales que acceden a la planta de cannabis y sus derivados, a través del cultivo controlado.

Esta Resolución establece que, las personas podrán inscribirse en el REPROCANN, por sí o a través de un representante -por ejemplo, para el caso de que el paciente fuera menor de edad- a través del link <https://reprocann.salud.gob.ar> (artículo 8), y obtener autorización para cultivar o para acceder al cultivo a través una tercera persona (cultivador) o a través de una organización civil autorizada a esos efectos (artículo 4). El requisito excluyente para solicitar la inscripción en el REPROCANN es contar con indicación médica de uso de cannabis y sus derivados por parte de un profesional médico y haber suscripto un “Consentimiento Informado Bilateral” (artículo 7) junto con su médico tratante, quien debe consignar diagnóstico, indicar en qué consiste el tratamiento propuesto y cómo se llevará a cabo, detallar cantidad de plantas, dosis, concentración de THC, tipo y frecuencia de analítica requerida, etc., así como los beneficios, riesgos, complicaciones y efectos adversos que pueda tener el paciente al recibir el tratamiento (Anexo III).

El artículo 9 dispone que, tanto quien resulte ser el usuario de la planta de cannabis y sus derivados, como los terceros cultivadores

y médicos tratantes, deberán contar con usuario vigente en la plataforma Argentina.gob.ar (Perfil Digital de Ciudadano “Mi Argentina”).

Finalizada la inscripción de quien fuera usuario, de su médico tratante y del cultivador u organización (en el caso de que el paciente o su representante no sean quienes cultiven), el REPROCANN emitirá un certificado de autorización con validez por un año desde su emisión, el cual “se constituye como prueba fehaciente y autosuficiente del cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Resolución” (artículo 10).

Por otra parte, en los fundamentos de la Resolución 800/2021, el Ministerio de Salud señaló que se requiere de un análisis multifactorial para determinar los requerimientos de cultivo a los efectos de asegurar los insumos necesarios de material vegetal para la preparación del producto. En este sentido, se debe tener en cuenta, no sólo la indicación médica, sino también el manejo de cultivo y las condiciones en las que se lleva a cabo, por lo que resulta necesario determinar un rango que permita garantizar, a quienes se inscriban en el registro, que puedan contar con el material vegetal suficiente conforme sus requerimientos de salud.

En este sentido, el Anexo II de la resolución establece los rangos permitidos de cultivo, y regula dos cuestiones: la cantidad de plantas florecidas -de una a nueve-, y la cantidad de metros cuadrados cultivados -hasta 6mts²-. Este Anexo también señala que, quien cuente con el certificado vigente del REPROCAN, podrá transportar “entre uno y seis frascos de 30ml o hasta 40 gramos de flores secas”.

Asimismo, el artículo 6 de la Resolución establece un mecanismo de revisión y actualización permanente del rango -o límite máximo- a cargo del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y Tratamientos No convencionales, para lo cual tendrá en consideración la evolución de la evidencia científica

en materia de uso terapéutico de los derivados de la planta de cannabis.

Una de las cuestiones que generó polémica vinculada a las disposiciones de esta resolución fue lo contemplado en el Anexo II respecto del tipo de cultivo, dado que, al regular los rangos permitidos de cultivo, expresamente dispone que la condición de cultivo es el interior y que la condición de cultivo exterior “no está permitido”. Esta redacción generó confusiones dado que pareciera que solo se habilita el cultivo *indoor* que exige una gran inversión para quien cultiva dado que se necesita tecnología que no resulta accesible para muchas personas y, tratándose de una cuestión de salud, importaría una restricción del derecho a la salud de aquellos pacientes que no cuenten con recursos económicos suficientes para realizar este tipo de cultivo. Además, quienes pudieran hacerlo en un espacio exterior no se encontrarían contemplados en el programa, lo cual los devolvería a la ilegalidad y al riesgo de una sanción penal. Ante el desconcierto y la consulta de medios de comunicación así como de organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática, el día 12 de marzo de 2021 -fecha en que se publicó la Resolución en el Boletín Oficial de la Nación- el Ministerio de Salud de la Nación emitió un comunicado en el que aclaró que:

*Por cultivo interior se entiende un cultivo bajo condiciones controladas, es decir al resguardo de condiciones climáticas, de suelo y fitopatológicas extremas que logra el control de las variables y permiten la obtención de un producto medicinal más seguro y predecible. No debe confundirse con el término indoor que refiere a un cultivo bajo cobertura, ya que el cultivo en interior no se refiere necesariamente a la cobertura sino a las condiciones controladas.*¹⁹

¹⁹ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/salud-creo-el-registro-del-programa-de-cannabis-para-el-cultivo-controlado>

Es decir, se puede cultivar en patios, jardines, balcones y terrazas del inmueble donde se realice el cultivo al aire libre pero bajo condiciones controladas y registrado ante el REPROCANN.

Otra de las cuestiones que puede generar confusión es cuántas plantas podría tener un cultivador o una ONG que cultive para varios usuarios. Si bien la norma no lo aclara, en tanto la inscripción en el registro la hace cada usuario -o su representante-, el límite de plantas se refiere a cantidad por usuario medicinal, por lo que los terceros cultivadores podrían contar con hasta nueve plantas florecidas por paciente -según la indicación médica, dado que el médico debe detallar la cantidad de plantas indicadas²⁰. Una vez que los usuarios y el tercero cultivador se encuentren registrados en el REPROCANN, los certificados emitidos y la información ingresada al sistema constituirán la documentación que legitime que, en un domicilio, pueda haber más de nueve plantas florecidas. Si, por algún motivo, se iniciara una causa penal y se produjera algún allanamiento del domicilio, el cultivador o la organización a cargo del cultivo deberá presentar la documentación que avale la cantidad de plantas indicadas a cada uno de los usuarios para los que cultive -conforme la indicación médica de cada uno de ellos- para aclarar el asunto y que cese la persecución penal.

Asimismo, desde la sociedad civil, se mostró preocupación también por las inspecciones de los cultivos por parte del Estado en tanto

²⁰ Sin embargo, también se ha criticado que sean los profesionales de la salud quienes tengan a cargo esta determinación dado que no cuentan con conocimientos específicos respecto de cuestiones atinentes al cultivo de la planta, por lo que es posible que no puedan determinar la cantidad de plantas necesarias, como pone a su cargo la reglamentación. Para que los profesionales de la salud puedan hacerlo se torna necesaria su capacitación inmediata en ese sentido.

las ONGs que trabajan la temática entendieron que esta nueva reglamentación mantiene una mirada punitivista, dado que las inspecciones sin necesidad de previo aviso sostienen para-digma según el cual “se está realizando una acción de alguna manera ilegal²¹”.

Por otra parte, se hace necesario que se capa-cite a las fuerzas de seguridad y a funcionarios y empleados de la justicia penal respecto de la re-ciente regulación del acceso al cannabis con fi-nes medicinales en cada jurisdicción dado que sigue presente la persecución penal aún en el caso de personas inscriptas en REPROCANN conforme la nueva reglamentación²².

Por último, es importante destacar la di-ficultad que se ha producido en la puesta en funcionamiento de esta resolución. En el Anexo I de la Resolución 800/2021 se expli-ca todo lo atinente al Sistema de Registro del Programa de Cannabis: 1) los pacientes, las personas o entidades que necesiten cultivar para terceros y los profesionales de la salud deben solicitar su acceso al Registro Nacional de personas autorizadas al cultivo controlado con fines medicinales y/o terapéuticos me-dioante la plataforma de Mi Argentina; 2) en el primer ingreso deben identificar el perfil de uso del sistema -persona en tratamiento con formula de cannabis medicinal, representante de la persona, cultivador para familiar o allegado, ONGs vinculadas a la salud, o pro-fesional de salud que prescribe el cannabis con fines medicinales-; 3) la persona usuaria, o su representante, deben indicar si llevarán adelante el cultivo en su domicilio particular, si lo realizará un tercero o una ONG y el sis-tema le brindará un “Código de Vinculación” que deberá proporcionar al médico y, si fuera el caso, al tercero u ONG para vinculares; 4)

el médico deberá ingresar al sistema la pato-ología de la persona y la cantidad de plantas de cannabis necesarias, adjuntando la Decla-ración Jurada-Consentimiento Informado; 5) un Moderador del Ministerio de Salud verificará la información y emitirá el certifi-cado de cultivo y/o traslado de los derivados. Sin embargo, se han presentado dificultades para que las personas -sean pacientes o sus representantes, cultivadores solidarios y mé-dicos- puedan inscribirse debido a diversos inconvenientes en la plataforma, por lo que el Ministerio de Salud ha recibido gran can-tidad de solicitudes para reiniciar los perfiles o corregir errores²³. Asimismo, se ha regis-trado que la plataforma no estaría habilitando la inscripción de asociaciones civiles para realizar cultivo en red conforme la nueva re-glamentación de la ley, por lo que se ha soli-citado una modificación en ese criterio²⁴.

V. Desafíos pendientes en torno al consumo personal del cannabis: el uso “recreativo”

Por otra parte, entendemos necesario -si-guiendo el criterio interpretativo propuesto en el acápite 3- dejar asentada nuestra pos-tura vinculada a que la siembra y cultivo de cannabis en sí mismos no se encuentran pro-hibidos, sino que lo que no permite la legis-la-ción penal es que dicha actividad se realice de manera ilegítima o no autorizada.

23 Un error muy frecuente ha sido el de la registración de personas que cultivan para sí mismas, en atención a que, por la falta de claridad en los tipos de perfiles, si bien deben inscribirse como “Personas en Tratamiento con Fórmulas con Cannabis Medicinal”, muchas se han confundido y se inscribieron con la opción “Cultivo o Tenencia de Plantas o Derivados del Cannabis para Uso Medicinal”, que está destinada para personas que cultiva para otros.

24 <https://revistathc.com/2021/06/11/como-inscribirse-en-el-registro-para-usuarios-y-cultivadores-de-cannabis-medicinal-instructivo-paso-a-paso/>

21 <https://revistathc.com/2021/03/15/cultivo-medicinal-organizaciones-civiles-piden-cambios-en-el-registro-nacional/>

22 https://revistathc.com/2021/05/17/_trashed/

Mientras el uso medicinal del cannabis fue reconocido legislativamente -tanto a nivel nacional, mediante la Ley 27350, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la reciente Ley 6349-, el llamado uso “recreativo” del cannabis fue reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo “Arriola” como un fin legítimo según los términos del artículo 5 de la Ley 23737, en el marco del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Como se señaló previamente, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de penalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Cabe preguntarnos, entonces, cómo pueden abastecerse las personas adultas que eligen consumir cannabis en el ejercicio de sus libertades individuales, dado que la Corte no ingresó en ese análisis.

Se presenta aquí una paradoja: si se continúa penalizando la siembra y cultivo de cannabis cuyo destino es indudablemente el consumo personal, la única opción que les queda a los consumidores “recreativos” es acudir al mercado ilegal, lo cual se encuentra en franca contradicción con los propósitos del Estado. El autocultivo resulta ser el único medio viable para que los consumidores, en ejercicio de sus derechos individuales, accedan a dicha planta -y sus derivados- de manera legítima y sin fomentar el delito, contribuyendo así con la lucha contra el narcotráfico.

Como bien señaló la CSJN en el Fallo “Arriola”, obviamente, la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero (Considerando 29). En consecuencia, el único cultivo que se encuentra constitucionalmente prohibido es aquel que tenga como objeto la comercialización de estupefacientes en el marco del narcotráfico. Este es el único fin ilegítimo del cultivo de cannabis.

Sin perjuicio de que entendemos que esta es la interpretación constitucional y convencional

adecuada, lo ideal es que se realice una reforma legislativa de la Ley 27373 que despenalice la tenencia y el cultivo de cannabis cuando ello se realice a los fines del consumo personal de estupefacientes, a los efectos de romper con esta ambigüedad normativa que genera inseguridad jurídica a los usuarios no medicinales.

VI. Conclusiones

Resulta indudable que las recientes regulaciones normativas en cuanto al autocultivo y al cultivo solidario de cannabis para fines medicinales constituyen un avance sumamente importante para el reconocimiento de derechos fundamentales, como lo son el derecho a la autodeterminación y autonomía personal sin afectación a terceros, a la dignidad, a la intimidad y fundamentalmente a la salud integral, a la mejor calidad de vida posible y el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos, conforme dispone la Ley 26529 sobre Derechos del Paciente.

Tampoco es posible desconocer que estas regulaciones se lograron por el activismo de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales conformadas por usuarios medicinales del cannabis y sus familiares, así como por profesionales de distintas disciplinas que impulsan el reconocimiento del uso terapéutico de la planta de cannabis y sus derivados, tanto desde el ámbito científico-médico como jurídico.

Sin embargo, por lo reciente de la nueva resolución del Ministerio de Salud, resta conocer la implementación de la ley, sobre todo respecto del funcionamiento de la autorización para cultivo por terceros y mediante organizaciones de la sociedad civil -cultivo solidario-, y cómo lo receptan los operadores jurídicos, sobre todo la justicia penal. Desde ya, quienes logren realizar su inscripción en el REPROCANN gozarán de seguridad jurídica, dado que contarán con el certificado que legitima el cultivo que realizan para poder ac-

ceder a un tratamiento con cannabis indicado por un médico y con seguimiento adecuado.

La regulación del consumo medicinal del cannabis es sin duda el comienzo del camino hacia la despenalización del consumo personal “con fines recreativos” que, siempre que no afecte a terceros, se encuentra bajo la esfera de las acciones privadas y enmarcado en el derecho a la autodeterminación y autonomía personal (artículo 19 C.N.). Este es el desafío pendiente para lograr una legislación coherente.

Bibliografía

Baca Paunero, M. V. (2020). *Cannabis para la salud y discurso jurídico penal: Aportes críticos para pensar nuevos paradigmas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido.

Labiano, V. I. (2018). "Cannabis medicinal en Argentina: Cambio menor en el subsistema de política de drogas". *Revista Uruguaya de Ciencias Políticas*, 75-97.

Ortiz Millán, G. (2009). "El prohibicionismo, las adicciones y la autonomía individual". En R. Vázquez (comp.), *¿Qué hacer con las drogas?* (págs. 35-60). Ciudad de México: Fontamara.

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

Cecilia González

Integrante de la Comisión sobre Temáticas de Género, Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

En “Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género” (Laurenzo Copello et ál., 2020) la Defensoría General de la Nación (DGN) realizó un relevamiento de sentencias sobre mujeres imputadas por delitos de drogas. Una de las finalidades de la investigación fue identificar cómo se alegan y se valoran los contextos de vulnerabilidad -entre los que se encuentra la violencia de género-. Se encontró una mayor receptividad por parte del sistema de justicia a valorarlos en el ámbito de la mensuración de la pena, pero resistencia a reconocerles peso jurídico en la determinación de la responsabilidad penal. También se identificó cierta permeabilidad para identificar que los factores de exclusión social y la violencia de género inciden en la culpabilidad, pero más limitaciones para hacer valer esos argumentos en la tipicidad y antijuridicidad. Asimismo, se señaló que los/as operadores jurídicos/as advierten que el reproche puede ser injusto ante la realidad de las mujeres imputadas, por lo que buscan reducirlo mediante la aplicación forzada de calificaciones menos gravosas, la modificación de los grados de participación, o el recurso a la suspensión del juicio a prueba o el juicio

abreviado. En ese camino, recurren a “atajos” que dejan intacta la aplicación androcéntrica de la teoría del delito.

Sin embargo, la experiencia de la violencia de género u otras dinámicas de subordinación social, son fenómenos que pueden incidir en la exclusión de la tipicidad penal, justificar la conducta, o excluir el reproche de la culpabilidad. Abogar por una teoría del delito que incluya una perspectiva de género no es solicitar la aplicación benévola de la ley sino exigir la aplicación igualitaria del derecho. En este sentido, se ha sostenido:

Desde un prisma igualitario, en los fundamentos de la teoría del delito debería discutirse no solo el establecimiento de límites al poder punitivo del Estado, sino también la importancia de que nuestra ley penal contribuya a la consolidación de una sociedad democrática igualitaria. La teoría del delito no puede estar por encima de los postulados constitucionales y descartar, en pos de una supuesta racionalidad, principios fundamentales como los de igualdad y no discriminación. (Asensio, Di Corleto, 2020, 20)

En este artículo presentaré dos casos que fueron considerados en la investigación mencionada, pero cuyo desenlace procesal continuó luego del cierre de la investigación¹. Desde el análisis dogmático, señalaré que el presupuesto fáctico de la violencia de género puede tener distintas incidencias en los estratos de la teoría del delito. Desde el

análisis probatorio, abordaré algunos aspectos problemáticos que estos casos presentan vinculados con la producción y valoración de la prueba. La comparación de los dos casos permitirá advertir que, mientras en un proceso la situación de desigualdad fue abordada con un tratamiento indulgente, pero sordo a una perspectiva legal feminista, en el otro se aplicó una causal de justificación interpretada desde los principios rectores de la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Caso 1: “No te metas en mis asuntos”

L.L. quedó vinculada a una causa por el delito de estupefacientes por el hallazgo de sustancias ilícitas en el domicilio que compartía con su pareja y escuchas telefónicas en las que aparecía como transmisora de mensajes o ejecutora de acciones a pedido de él. Fue procesada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por haberse cometido con la intervención de tres o más personas organizadas². Sin realizar un esfuerzo de fundamentación específica en la apreciación de la prueba que alcanzaba a L.L., el juez concluyó que ella “fraccionó y suministró” o “entregó” sustancias estupefacientes, y que “tuvo drogas en su poder”. A su vez, afirmó que la mujer y su pareja “tenían un papel preponderante” en la supuesta organización para la comercialización de estupefacientes. Sin embargo, este rol jerarquizado se sustentó principalmente en la valoración de prueba que involucraba al hombre y no a ella.

Luego del procesamiento, L.L. amplió su declaración y relató distintos episodios de violencia de género que vivió durante la relación de pareja. Explicó que, pese a haber hecho la

1 En el presente artículo reproduzco parcialmente desarrollos expuestos en el capítulo “Criminalización de mujeres por delitos de drogas” publicado en Laureno Copeillo et. al. 2020. Por lo tanto, reconozco las intervenciones realizadas por las coautoras Raquel Asensio y Julieta Di Corleto. Además, aquí amplío el análisis de los dos casos presentados, a la vez que realizo algunas propuestas adicionales vinculadas con los aspectos probatorios.

2 Causa n° 112/17, Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 4, rta.: 27/7/2017.

denuncia y a contar con medidas de restricción ordenadas por la justicia, él insistía con acercarse a ella, hasta que volvieron a vivir juntos; la violencia continuó y se reiteraron las amenazas. En relación con los hechos por los que se la acusó, explicó que “cuando sonaba el teléfono él me hacía decir cosas que él quería, tales como ‘decile a ese que no le voy a dar nada porque me debe plata’ o ‘decile que pase por casa que estoy enfermo’, sin aportarme ninguna explicación para saber el contexto de lo que estaban hablando, excusándose con ‘no te metas en mis asuntos’”. Cabe señalar que esta situación transcurría en un contexto coactivo por las amenazas y golpes recurrentes.

La defensoría oficial aportó prueba testimonial y documental que corroboraba el contexto de violencia alegado por la asistida. Además, en el recurso de apelación introdujo, entre otros, los siguientes agravios: (a) la ausencia de elementos concretos que permitan relacionarla con los hechos pesquisados; (b) la existencia de una causa de exculpación por la imposibilidad de determinarse de otro modo; (c) el cambio del grado de participación atribuido a partícipe secundaria, como consecuencia de la ausencia de un aporte esencial al hecho investigado. También se presentó un informe de la Comisión sobre Temáticas de Género (DGN)³ que indicó la incidencia de la violencia en el análisis dogmático del caso y advirtió la presencia de estereotipos de género.

La Cámara de Apelaciones⁴ confirmó el

procesamiento, pero modificó su participación a un grado secundario. En consecuencia, L.L. obtuvo su libertad. La resolución, sin embargo, no se manifestó sobre la situación de violencia de género invocada, ni la prueba aportada.

Dos años después, el Tribunal Oral⁵, homologó un acuerdo de juicio abreviado y condenó a L.L. a la pena de dos años y seis meses de condena condicional por considerarla partícipe secundaria del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Caso 2: “Mamá, no tengo mi mano”

En el marco de un procedimiento público de prevención sobre la Ruta Nacional N° 34, realizado por personal de Gendarmería Nacional, R.M.C. fue detenida cuando llevaba paquetes de cocaína adherida a su cuerpo. R.M.C. fue acusada por el delito de transporte de estupefacientes.

En el juicio oral, la defensa argumentó, entre otras consideraciones, que la mujer fue víctima de violencia de género durante años a manos de su ex pareja, y que se encontraba angustiada por el estado de salud de su hija de dos años, quien padecía un problema congénito en su mano. Un médico le había indicado que tenía que realizarse una operación urgente, que en el ámbito privado del sistema de salud tenía un valor aproximado de cien mil o doscientos mil pesos, y en el ámbito público requería elevados gastos de viajes y estadía en otra ciudad. En este sentido, sostuvo que obró en estado de necesidad, porque se tuvo que valer de sus propios medios para darle a su hija una mejor calidad de vida, en un contexto de violencia de género y de necesidad económica acuciante.

El juez, en tribunal unipersonal⁶, dictó la

³ La Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN tiene como misión incorporar la perspectiva de género en la defensa pública y contribuir al acceso a la justicia de mujeres y personas del colectivo LGTBIQ+. Con tal finalidad, despliega distintas acciones, entre las que se destacan la investigación, la colaboración con los/as defensores/as para el diseño e implementación de estrategias de defensa, la contribución con el dictado de capacitaciones, entre otras.

⁴ Causa n° 112/17, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 2, rta.: 15/9/2017

⁵ Causa n° 112/17, Tribunal Oral Federal n° 2, rta: 3/6/2019.

⁶ Causa n° 12570/2019, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, rta.: 08/11/2019.

absolución por considerar que la mujer había obrado en un estado de necesidad justificante. Tomó en cuenta las condiciones y circunstancias de vida experimentadas por la acusada, en tanto era la única fuente de sustento económico de un grupo familiar, compuesto por ella, su hija e hijo pequeños. También consideró que la mujer sufrió violencia durante seis años durante su pareja y que su hija necesitaba la cirugía urgente. Citó la Ley 26485 de Protección Integral de las Mujeres y aseguró que el caso debía ser analizado en el contexto de violencia de género dado en el ámbito doméstico, en el cual se observan características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres, así como las particularidades propias del ciclo de la violencia. El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación contra la absolución, y señaló que no estaban acreditados los extremos necesarios para tener por probado el estado de necesidad. La resolución de casación confirmó la absolución⁷, y se pronunció a favor de una interpretación del artículo 34 inciso 3 del Código Penal desde una perspectiva de género. En este sentido, revalidó los fundamentos del juez de juicio y adoptó muchos de los argumentos presentados por la defensa y por la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN, que se había presentado como *amicus curiae*. Al respecto, indicó que desconocer la situación de necesidad en la que estaba la acusada, “implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal”.

7 Causa nº12570/2019, Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por la jueza Angela E. Ledesma, rta: 5/3/2021. El caso tuvo un primer pronunciamiento colegiado de Casación que, por mayoría, revocó la absolución y condenó a la acusada. Sin embargo, posteriormente esa resolución fue anulada ante un recurso de la defensa.

II. Aspectos dogmáticos

II.1. Atipicidad de la conducta

En el primer caso, la imputación a L.L. pudo ser analizada desde lo que, en estudios de género y dogmática penal, se denomina el “problema de la novia” o “la mujer de las circunstancias”. Estos conceptos aluden a la situación de las mujeres criminalizadas como consecuencia de las actividades ilícitas llevadas a cabo por hombres con los que se relacionan. El análisis de estos casos arroja que las reglas de autoría y participación impactan sobre las mujeres con una intensidad que no repara en el contacto mínimo que estas mujeres tienen con el mundo criminal (Carrera 2019). En este sentido, Carrera señala que:

En los delitos de droga, la mera presencia de la mujer en el hogar puede usarse como evidencia circunstancial de complicidad. Esto es así porque la ley, en general, sólo requiere un pequeño contacto o una mínima situación de disposición en relación con la sustancia estupefaciente. Entonces, se podría decir que el papel de las ‘mujeres de las circunstancias’ en el delito es, a pesar de que puedan estar al tanto de la actividad delictiva masculina, sustancialmente inocuo o neutro (Carrera, 2019: 16).

En definitiva, “las mujeres son responsabilizadas penalmente como cómplices de sus parejas o como coautoras del mismo delito, solamente por el hecho de compartir el mismo espacio o ser su pareja” (Carrera, 2019: 16).

Por otra parte, en la tenencia que reprime la Ley 23737, el poder y control sobre la sustancia es un elemento central, porque tenencia implica “el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa por el cual se puede usar y disponer libremente de ella. No requiere un contacto material y permanente sino que la cosa esté sujeta a

la acción y voluntad del poseedor" (D'Alessio - Divito, 2011: 1036). La definición permite afirmar que "aun cuando exista una dimensión de relación fáctica sobre la cosa, no habrá 'tenencia' si no existe respecto de ese material un vínculo de poder y control" (Di Corleto - Varela 2019: 3). Por lo tanto, en los supuestos en los que la droga es hallada en el domicilio que comparte la pareja, esa mera cercanía física no es suficiente para tener por configurado un dominio sobre la sustancia.

La tendencia a no distinguir los distintos tipos de contacto con la sustancia, refuerza la necesidad de la defensa de exigir una descripción precisa y clara respecto de la conducta concreta que se atribuye a la mujer, con independencia a la atribuida a la pareja. Para identificar si hubo poder de control y disposición puede ser útil indagar si la mujer tenía posibilidad de elegir sobre la presencia de la droga en el hogar o lugar compartido con la pareja, si podía disponer el precio o negociar con los clientes, si la sustancia era guardada en un lugar ajeno a sus pertenencias, si conocía dónde era ocultada. Además, es pertinente identificar los lazos de dependencia, qué rol ocupaba la mujer en la organización familiar, la existencia de indicadores de violencia, y, en ese contexto, determinar qué capacidad fáctica tenía para tomar decisiones respecto de las sustancias ilícitas.

Además, el conocimiento sobre la actividad ilícita del compañero sentimental no es suficiente para acreditar la tipicidad. En el aspecto objetivo de la tipicidad del delito de tenencia debe exigirse "que se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real posesión de las drogas" (Carrera, 2019: 14), aspectos que superan "la mera tolerancia respecto de la actividad ilícita llevada a cabo por el conviviente" (Carrera, 2019: 14).

En este sentido, es frecuente que el reproche

(expreso o tácito) ponga el eje en que la mujer debió haber controlado el accionar de su pareja, o bien, irse de la casa para no verse vinculada al delito. Un razonamiento de este tipo, se aparta de las posibilidades reales que puede tener el de una mujer en situación de violencia y, por otra parte, abona al estereotipo de género que coloca a las mujeres como controladoras de la actividad y de la moral de los miembros de la familia (Hopp, 2017: 35). De modo que estas interpretaciones están construidas sobre un estereotipo sobre el comportamiento de las mujeres en el ámbito doméstico y en la relación de pareja, que idealiza esos vínculos cuando invisibiliza la violencia o dominación que allí se expresan. El efecto es la ampliación extraordinaria de los deberes de las mujeres y de la persecución penal, por fuera de lo que el tipo penal prohíbe.

En definitiva, imputaciones que no contemplan las relaciones de poder dentro de la pareja reflejan una interpretación errónea de la ley por influencia de estereotipos de género, prohibidos por la CEDAW (artículo 5.a) y la Convención de Belém do Pará (artículo 6.b). Su uso en las resoluciones judiciales genera un agravio vinculado a una valoración prohibida⁸, que, a su vez, puede afectar otras garantías como la imparcialidad, la denegación de justicia, la revictimización⁹, entre otras.

⁸ Señala el Comité CEDAW que "Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa". Recomendación general nº 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33 parr. 26.

⁹ ibídем

II.2. Estado de necesidad

Mientras que en el caso de L.L. el estado de necesidad ni siquiera fue considerado por los tribunales, en el proceso a R.M.C. el eximiente fue admitido en juicio y en la etapa recursiva.

El estado de necesidad requiere que exista un peligro de sufrir un mal, que este peligro sea inminente, y que la conducta sea adecuada y necesaria para evitar ese peligro. Por último, en el caso de un estado de necesidad justificante, se requiere que el mal causado sea menor que el mal evitado. En cambio, si se dan todos los elementos enumerados, pero el mal causado es mayor al que se evita, se estará ante un estado de necesidad exculpante (Zaffaroni, Alagia, Slokar 2005, 631).

Peligro de sufrir un mal

En S.R.L.L. el peligro estaba identificado por el contexto coactivo en el que estaba la mujer, y las represalias que podría sufrir si se negaba a los requerimientos de su pareja. La violencia de género en el hogar implica una afectación grave a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal y la salud psíquica (artículos 1 y 5 CBP).

En R.M.C. el riesgo en juego se vinculaba con la situación de salud de su hija, concretamente con el cercenamiento de “oportunidades de evolución, desarrollo y proyecto de vida” si no accedía a la operación de mano. No se trataba de un riesgo para la vida -como impugnó la fiscalía- sino una afectación a la salud en sentido amplio. Al respecto, la Organización Mundial de Salud, define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2014).

Inminencia

En los supuestos de violencia de géne-

ro la inminencia del peligro viene dada por el carácter continuo y cíclico de la violencia doméstica. Tal como indica el Comité de Expertas del MESECVI (2018), la continuidad se verifica porque la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia. También señalan que se debe comprender la violencia en relaciones interpersonales como una problemática que tiene un carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, por lo que es un “mal inminente” para las mujeres que la sufren. Cuando se cuenta con un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de la mujer de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor va a atacarla gravemente.

La percepción de este riesgo se mide a partir “de las condiciones personales del agente, y no según una pretendida objetividad que acude a una figura de la imaginación” (Anitua, Picco 2012, 239). El proceso psicológico que atraviesan las mujeres en los ciclos de la violencia, “determina que la mujer no sólo viva en un ambiente de temor constante sino que también pueda aprender a prever episodios de violencia, por lo que es capaz de identificar los factores que llevan a la violencia del agresor” (Anitua, Picco 2012, 239).

Adicionalmente, la doctrina penal tradicional también propone una concepción amplia sobre la inminencia de la agresión¹⁰. Al respecto, se dice que “es independiente de todo criterio cronológico” y que “debe considerarse inminente el mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente” (Zaffaroni, Alagia, Slokar 2005, 634).

En el caso de M.R.C. la inminencia del

¹⁰ En este sentido, la CSJN adoptó un criterio amplio en la “actualidad del peligro” que exige el estado de necesidad en casos de peligro permanente en “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, rta: 10/12/2020.

mal fue un aspecto especialmente controvertido entre las partes. Más allá de los aspectos probatorios que se discutieron sobre este punto, el juez de primera instancia y la jueza de casación coincidieron en señalar que la inminencia estaba dada porque, cuanto antes se realizara la cirugía a la niña, mayores posibilidades había de mejorar su calidad de vida. En este sentido, también se consideró que la inminencia estaba determinada por la imposibilidad de asumir con premura la indicación médica debido la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la acusada.

Adecuación y necesidad

Este juicio debe hacerse desde una mirada contextualizada, considerando los recursos realmente disponibles de las mujeres y los obstáculos para el acceso a derechos.

En el caso de M.R.C., la acusación sostuvo que la mujer no había agotado todos los medios lícitos a su alcance. Sin embargo, la absolución valoró que la mujer tenía una cobertura social muy precaria y que no estaba inserta en el mercado formal - su experiencia laboral era la preparación de sándwiches, ser "bagayera" y ocasionalmente hacer trabajos de limpieza-. La jueza de casación -toman do los argumentos de la defensa- indicó que, para identificar cuáles eran las posibilidades reales que tenía la mujer de actuar de un modo alternativo, no se debe perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, "las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación"(Anitua, Picco 2012, 242).

Por otra parte, en el caso de L.L. pudieron valorarse los obstáculos personales y estructurales que enfrentan las mujeres víctimas de violencia en el acceso a la justicia, que indican

que irse del hogar o rechazar las indicaciones de su pareja no era opción exigible. Las investigaciones locales pueden aportar datos relevantes, en cuanto identifican las fallas estatales para prevenir hechos graves de violencia contra las mujeres "aun en supuestos de denuncias reiteradas, antecedentes de larga data y evidentes indicadores de riesgo inminente" (Amnistía Internacional, MPD 2015, 128). Además, indican que los mecanismos actuales de protección no brindan respuestas eficientes y de fondo a las mujeres que buscan medidas de protección (MPD 2020) y advierten que la separación no pone fin a la violencia y que, por el contrario, puede incrementar el riesgo¹¹. Por lo tanto, sin apoyos comunitarios, familiares y/o institucionales, cualquier estrategia de salida está destinada al fracaso o puede elevar los riesgos para la vida de la mujer y de sus hijos (ELA 2009).

En definitiva, para situaciones análogas a los casos analizados, requerir el agotamiento de todos los medios disponibles para superar el peligro sin considerar los obstáculos reales que pueden existir, puede perfilar una exigencia supererogatoria que, en la situación concreta, la mujer no puede cumplir.

Ponderación de bienes

Finalmente, corresponde realizar una ponderación de bienes entre el mal causado y el mal evitado a fin de identificar si estamos ante un supuesto de justificación o excusación. Este aspecto es crítico, porque es frecuente que se atribuya una gravedad extrema a cualquier

¹¹ Los relevamientos señalan que luego de la separación el riesgo a nuevos episodios se acrecienta. Por ejemplo, en el Informe de Patrocinio Gratuito del Ministerio Público de la Defensa, se señala que de las asistidas que se separaron luego de un periodo de convivencia, el 64% manifestó que luego de la separación se intensificó la violencia (Servicios de Patrocinio a Víctimas de Violencia de Género, 2018).

acto relacionado con drogas ilegales (Laurenzo Copello, 2020: 176), sin ningún matiz.

Sin embargo, la valoración debe realizarse en concreto, ajustada a la magnitud real que tiene la conducta típica que se emprende, teniendo en cuenta la perspectiva de la persona que se vio inmersa en ese estado, y no mediante valoraciones abstractas y generales (Di Corleto - Carrera, 2017: 19; Anitua - Picco, 2012: 245).

El bien jurídico tutelado por la Ley 23737 es de peligro abstracto, refiere a la salud pública y comprende conductas vinculadas con el tráfico y posesión de drogas que representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de estupefacientes en el resto de la población en general (D'Alessio - Divito, 2011: 1017).

Si bien no hay ley que establezca un criterio rígido acerca de cómo realizar la ponderación de males, la doctrina indica que la valoración debe ser en concreto (Zaffaroni - Alagia - Slokar, 2005: 635), “es decir, atendiendo no solo al valor abstracto de los bienes en la legislación penal, sino igualmente al conjunto de circunstancias que concurren en la situación específica que se trata de ponderar” (Laurenzo Copello, 2020: 178).

Un análisis con perspectiva de género exige una valoración situada y contextualizada, que atienda “al efecto negativo que entraña para la salud pública el acto concreto que se está juzgando”, frente a la “lesión de bienes jurídicos personales de alto valor” (Laurenzo Copello, 2020: 177). Por lo tanto, la genérica referencia a los compromisos asumidos por el Estado en la persecución de dichos delitos, no es suficiente.

En este sentido, en el caso R.C.M. se puso de resalto la diferencia que existía entre los bienes jurídicos en juego, y se privilegió como bien con mayor protección legal la calidad de vida e integridad psicofísica de la niña, frente a la afectación abstracta de la salud pública mediante el transporte de menos de un kilo de cocaína.

La elección del estado de necesidad en su modalidad justificante es relevante porque im-

plica señalar que la mujer obró en el ejercicio de un derecho y que, por lo tanto, no hay ilícito. Por el contrario, la elección de una causal de exculpación que reconduce al ámbito de la culpabilidad, deja intacta la definición del ilícito penal y puede reforzar la lógica de subordinación (Pitlevnik y Zalazar, 2017: 76), dado el peso del estigma que representa el permanente reconocimiento de la incapacidad para las mujeres (Maqueda Abreu, 2014: 218).

II. 3. Culpabilidad

Bajo el principio de culpabilidad, se dice que cuando el sujeto no tiene una opción real de superar los condicionamientos que operan sobre él, no podrá ser declarado responsable, cómo tampoco cuando la conducta debida es inexcusable porque superar esos condicionamientos implican un alto costo para la persona (Binder, 2004: 245).

La pregunta sobre las opciones disponibles debería estar orientada a incorporar la pregunta sobre las circunstancias contextuales en que las mujeres toman determinadas decisiones. Con especial énfasis en las relaciones y la interdependencia de las personas, la idea de autonomía relacional (Faerman 2021) es una herramienta útil para no derivar en juicios abstractos.

La violencia de género es una Ferman pauta determinante para evaluarla exclusión de culpabilidad (Pitlevnik Salazar, 2017). La valoración se impone por mandato legal, porque la Convención de Belem do Pará señala que la violencia contra la mujer implica una restricción a la libertad porque anula o impide el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos y culturales (artículo 5 CBP). También la valoración es relevante porque es una circunstancia que opera en el plano de lo material: la violencia de género implica una restricción en el plan de vida de las mujeres, porque genera un daño a nivel emocional,

deteriora su calidad de vida y las enfrenta a múltiples obstáculos en el acceso a la justicia.

Las opciones disponibles para las mujeres también se ven condicionadas por la división sexual del trabajo, que implica una distribución asimétrica del trabajo doméstico y de los cuidados no remunerados. Esta distribución inequitativa contribuye a explicar que la participación de las mujeres en el mercado laboral sea más baja que la de los varones, que tengan trabajos más precarios -que implican, a su vez, una mayor desprotección social-, que presenten mayores niveles de desocupación, que ganen menos y, por consiguiente, que sean más pobres (D'Alessandro et. al., 2020, 3). El vínculo entre feminización de la pobreza y criminalización de mujeres por delitos de drogas es paradigmático (Anitua - Picco, 2012; Giacomello, 2013; CELS - MPD - PPN, 2011). Por lo tanto, un análisis sobre los condicionamientos que operan en el involucramiento de conductas vinculadas a drogas debe incorporar cuáles son las opciones relevantes que tienen las mujeres para enfrentar los problemas de subsistencia y tareas de cuidado, en los mercados legales e ilegales.

En definitiva, la violencia de género, el contexto de exclusión social y las cargas desproporcionadas en las responsabilidades de cuidado, pueden cercenar las posibilidades de obrar conforme a la ley y encontrar alternativas lícitas para resolver los problemas de subsistencia u obtener protección para bienes de alto valor.

III. Aspectos probatorios

En materia probatoria, los casos analizados presentan diferencias relevantes. En ambos, las defensas produjeron y presentaron la prueba sobre la violencia de género. Sin embargo, mientras que en L.L¹², los jueces no

valoraron estos elementos -ni dieron razones para no hacerlo-, en R.C.M¹³, el contexto se tuvo en cuenta en la absolución y su confirmación, e integró parte de la controversia entre la defensa y la fiscalía. La acusación discutió que la mujer estuviera en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género al momento de los hechos.

Afirmar que los presupuestos fácticos de la violencia son relevantes en la teoría del delito, nos enfrenta a los problemas de recolección y valoración de la prueba específicos para estos casos. En efecto, “una defensa técnica eficaz ha de garantizar que la acusación penal, el proceso y la condena obedezcan a los hechos comprobados en la causa y a una aplicación no discriminatoria del marco legal” (Asensio - Di Corleto - González 2020: 47). Por lo tanto, en la teoría legal del caso es relevante incorporar los estándares de derechos humanos que advierten que, siempre que se invoque una situación de violencia, se activa un deber de diligencia reforzado para investigar, esclarecer y sancionar este tipo de conductas¹⁴.

su hermana que fue testigo directa de hechos de violencia, su empleadora que la vio con moretones en varias oportunidades, y una amiga que la alojó en su casa en varias ocasiones cuando la mujer temía que una nueva agresión ocurriera. La Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) realizó una investigación preliminar, donde se obtuvieron datos sobre intervenciones policiales por denuncias de violencia. La Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN presentó un informe en la instancia de Cámara de Apelaciones.

13 La defensoría oficial aportó el testimonio de las licenciadas que atendieron a la mujer en la OVD de Salta (Tartagal) y la historia clínica donde constaba la atención recibida en el hospital público a causa de un hecho de violencia de su expareja. La Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN presentó un informe en la instancia de Casación para acompañar el pedido de confirmación de la absolución, ante el recurso fiscal.

14 Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258;

12 La defensoría oficial aportó prueba testimonial y documental que corroboraba el relato de la asistida. Declaró

Para la Corte IDH, la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos debe ser asumida como deber jurídico propio¹⁵. No puede depender de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. La obligación rige también cuando investiga violaciones a derechos humanos perpetrada por particulares pues sino éstos actuarían al amparo del Estado y auxiliados por la impunidad, lo que compromete también la responsabilidad del Estado¹⁶. En el ámbito de investigación por hechos de ataques contra la vida o integridad de las mujeres, la Corte IDH dijo que la falta de investigación por parte de las autoridades, además de constituir una práctica discriminatoria, perpetúa la impunidad y fomenta la aceptación social del fenómeno¹⁷. Adicionalmente, reconoció que puede ser difícil probar que una agresión contra una mujer fue perpetrada en razón de su género pero sostuvo que la dificultad se asocia, no tanto a los hechos en sí, sino a la ausencia de una investigación profunda y efectiva¹⁸.

Sin embargo, los estándares específicos de recolección y valoración de la prueba del contexto de violencia aún son muy poco invocados por las partes y considerados por jueces y

juezas, cuando las mujeres están en el proceso como acusadas y no como víctimas.

Tomar en serio los estándares de debida diligencia, debería llevar a reconsiderar cómo se distribuyen las cargas probatorias entre la acusación y la defensa. Existen posiciones divergentes respecto a quién le corresponde probar las excepciones legales en el proceso penal. Mientras hay autores que sostienen que corresponde a la acusación probar la inexistencia de causales de justificación o exculpación, otros sostienen que la carga de probar la existencia de esas causales corresponde a la defensa. En este último caso, se señala que el estándar de comprobación para la defensa no es en grado de certeza sino de verosimilitud, dado el principio *indubio pro reo* (Schiavo, 2019).

Más allá de la posición que se adopte, cuando una mujer imputada alega una situación de violencia de género, existen razones de peso para sostener que no se puede dejar en cabeza exclusiva de la defensa la prueba de su victimización. El deber de agotar citas (artículo 304 del CPPN) y el derecho a producir pruebas de descargo, adquieren implicancias particulares en los casos de mujeres imputadas en contextos de violencia de género. Esto es así porque la debida diligencia hace foco en la proactividad oficial y la prohibición de trasladar las cargas de la actividad probatoria a las víctimas.

Una investigación diligente y con perspectiva de género debe tomar como deber propio recabar prueba que descarte o corrobore la hipótesis de violencia alegada por las mujeres imputadas. Aún así, cuando los investigadores no asumen de oficio la indagación sobre el contexto, el ejercicio de una defensa eficaz comprende la necesidad de realizar un mayor esfuerzo para recolectar prueba y presentarla en el proceso.

En términos de admisibilidad, la utilidad y pertinencia de la prueba que acredita

Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 241; Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146.

15 Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 177.

16 Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 177; Espinoza González vs. Perú, párr. 238; Velásquez Paiz vs. Guatemala, párr. 143, López Soto y otros vs. Venezuela, párr. 170.

17 Corte IDH, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 400.

18 Corte IDH, Velásquez Paiz vs. Guatemala, párr. 146.

el contexto de violencia viene dada por su vinculación con las causales de exculpación sostenidas en la teoría del caso de la defensa (Lorenzo 2015, 123). Por eso, es necesario “conocer la prueba y desarrollar argumentos sólidos para sostener su admisibilidad [ya que] es un gran antídoto contra las visiones prejuiciadas o discriminatorias” (Lorenzo, Lopardo 2021, 223).

Por otra parte, también integra la debida diligencia la valoración adecuada de la prueba que incluya una valoración integral y desprovista de estereotipos de género (Di Corleto, Piqué 2017). En este sentido, deben rechazarse exigencias respecto del comportamiento de las víctimas, no previstas normativamente, que resten de credibilidad a sus relatos.

Asimismo, es relevante que en la valoración se incorporen conocimientos acerca de las dinámicas de la violencia de género, aspectos que pueden aportar testigos expertos o informes especializados. En el caso de R.C.M., el fiscal puso en duda que la mujer estuviera en una situación de violencia bajo la consideración de que la relación de pareja había cesado al momento en que emprendió el transporte de estupefacientes. En este sentido, sostuvo que ella se había separado hacía siete meses atrás.

Sin embargo, una interpretación de estas características importa una mirada muy estrecha sobre las violencias de género, que prescinde de un análisis serio acerca de sus dinámicas y sus efectos. En particular, la tesis que planteó la acusación implica sostener que la separación de una pareja es suficiente para hacer cesar los actos violentos, el hostigamiento y el control del agresor, aspecto que es negado por las investigaciones especializadas en la materia (Walker 2009; MPD 2018) y que también estaba controvertido con la prueba aportada en el caso.

Las declaraciones de las profesionales que atendieron a la mujer en la Oficina de Violencia Doméstica indicaron que, a pesar de

estar separada, estaba bajo una situación de violencia económica y psicológica ya que se veía constreñida a pasarle a su ex pareja parte del dinero que ella recibía por asistencia social para que pague los impuestos de la casa donde ella ya no vivía.

Con lo dicho, se advierte que, muchas veces, las cuestiones que se debaten en estos casos sobre la atipicidad, las causales de justificación o de los eximentes en la culpabilidad no son tanto un problema de interpretación de la norma penal, sino aspectos probatorios. Los desafíos en esta materia son la falta de credibilidad que los operadores dotan a las declaraciones de las mujeres sospechadas de cometer delitos, los mitos persistentes acerca de la violencia y los estereotipos que reposan sobre las “malas víctimas”.

IV. Conclusiones

Como pudo observarse, durante el caso L.L. el contexto de violencia alegado por la mujer no fue tomado en serio. Pese a que la defensa produjo prueba al respecto, en ninguna etapa del proceso se brindaron razones por las cuales no se consideraron los indicadores de violencia, que bien pudieron excluir la tipicidad de la conducta, justificarla, o exculparla. Sin embargo, a partir de las defensas presentadas, se cambió el grado de participación que permitió a la asistida obtener la libertad, y posteriormente se arribó a un juicio abreviado con una nueva calificación sin agravante que habilitó una pena condicional más baja a la inicialmente esperada. Posiblemente, el contexto alegado por la mujer haya gravitado tácitamente en la decisión procesal.

En cambio, el tratamiento del caso R.C.M. presenta una visión más auspiciosa. Las sentencias de juicio y de revisión casatoria incorporaron al análisis de la teoría del delito la incidencia de la violencia de género y las condiciones materiales de exclusión en la que

se encontraba la mujer acusada. Además del reconocimiento realizado a los informes de la Comisión sobre Temáticas de Género y los argumentos de la defensa, las citas bibliográficas del fallo de casación registran los desarrollos actuales en los cruces entre género y derecho penal.

Por otra parte, el repaso sobre los desafíos dogmáticos y probatorios que este tipo de causas presentan para el ejercicio de la defensa, pone de resalto la necesidad de trabajar con perspectiva antidiscriminatoria la teoría legal junto a la teoría probatoria, de manera asociada. En este sentido, los sesgos de género inciden tanto en la interpretación de la ley como en la valoración de la prueba. Las objeciones que pueden operar para el reconocimiento de la violencia como determinante en la teoría del delito, pueden reconfigurarse como un problema de acreditación de la violencia o falta de credibilidad en las declaraciones de las mujeres acusadas.

Bibliografía

Amnistía Internacional, MPD. 2015. *Femicidio y debida diligencia. Estándares internacionales y prácticas locales*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Anitua, Gabriel Ignacio y Valeria Picco. 2012. "Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres 'mujeres'. En Christine Chinkin et.al. *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Asensio, Raquel, Julieta Di Corleto. 2020. "Metodología feminista y dogmática penal". En Laurenzo Copello et. Al. 2020. *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulne-*

rabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género. Madrid: Programa Eurosocial.

Asensio, Raquel; Julieta Di Corleto, Cecilia González. 2020. "Criminalización de mujeres por delitos de drogas", en Laurenzo Copello et. Al. 2020. *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Programa Eurosocial.

Binder, Alberto. 2004. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: AdHoc.

Carrera, María Lina. 2019. "Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Responder penalmente por lo que no se ha cometido". *Estudios de Jurisprudencia*, Referencia Jurídica e investigación, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

CELS, MPD y PPN. 2011. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Comité de Expertas del MESECVI. 2018. *Recomendación General N. 1 sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará*. MESECVI/CEVI/doc.249/18.

D'Alessio, Andrés, director; Mauro Divito, coordinador. 2011. *Código penal comentado y anotado*, tomo II, 2.a edición, Buenos Aires: La Ley

D'Alessandro, Mercedes; Victoria O'Donnell; Sol Prieto; Florencia Tundis; Carolina Zanino. 2020. *Los cuidados, un sector económico estratégico. Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto*. Ministerio de Economía, Secretaría de Política

Económica, Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género.

Di Corleto, Julieta y María Lina Carrera. 2017. "Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género. Lineamientos para una defensa técnica eficaz". Revista Defensores del Mercosur.

Di Corleto, Julieta y María Luisa Piqué. 2017. "Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género". En J. Hurtado Pozo, director y L. C. S. Ticllacuri, coordinador, *Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*. Lima: Instituto Pacífico.

Di Corleto, Julieta y Varela, Agustín. 2019. *El informe pericial y el concepto de tenencia en casos de drogas. Módulo II*. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

ELA. 2009. *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Derecho y Género.

Faerman, Romina. 2021. "Atención al contexto en casos de violencia de género: las decisiones de las mujeres en estos escenarios". En Álvarez Medina, Silvina y Paola Bergallo, coordinadoras, *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto*. Buenos Aires: Ediciones D

Giacomello, Corina. 2013. "Mujeres, delitos de droga y sistemas penitenciarios en América Latina", *Consocio Internacional sobre Políticas de Drogas*.

Hopp, Cecilia. 2017. "Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En Di Corleto, Julieta. *Género y justicia penal*, Buenos Aires: Ediciones Didot.

Laurenzo Copello, Patricia. 2020. "La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema". En Laurenzo Copello. Et. Al. *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Programa Eurosocial.

Laurenzo Copello, Patricia; Rita Segato; Raquel Asensio; Julieta Di Corleto, Julieta; Cecilia González. 2020. *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Programa Eurosocial.

Lorenzo, Leticia y Lopardo Mauro. 2021. "La perspectiva de género y las discusiones probatorias". En *Los caminos de la prueba*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Lorenzo, Leticia. 2015. *Manual de litigación*. Buenos Aires: Didot.

Maqueda Abreu, María Luisa. 2014. *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Madrid: Dykinson.

Organización Mundial de la Salud. 2014. Documentos básicos, suplemento de la 48a edición. Disponible en <https://apps.who.int/gb/BD/PDF/BD48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf> (última consulta 16/7/21).

Pitlevnik, Leonardo, y Pablo Zalazar. 2017. Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. En Di Corleto Julieta, coordinadora. *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

Servicios de Patrocinio a Víctimas de Violencia de Género. 2018. *Informe 2018*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

CECILIA GONZÁLEZ

Disponible en <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/IA%20Genero%202018%20Final.pdf> (Última consulta 16/7/21).

Schiavo, Nicolás. 2019. “Equilibrios y desequilibrios entre las cargas probatorias en materia penal”. En Dimaro Alexis Agudelo Mejía et. Al. *La prueba: teoría y práctica*. Colombia.

Walker, Leonore. 2009. *El síndrome de la mujer maltratada*. Bilbao: Desclée de Brouwer Editores

Zaffaroni, Eugenio; AlejandroAlagia y AlejandroSlokar. 2005. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar. 2005.

Criminalización de mujeres en contexto de narco criminalidad. Análisis de los casos Martínez Hassan y Rodríguez.

Matías Gutierrez Perea

Defensor Público Oficial de Tribunales Orales de la ciudad de San Salvador de Jujuy, a cargo de la Unidad de defensa acusatorio y de la Unidad de defensa penal remanente y en materia no penal, ambas de la ciudad de San Salvador de Jujuy. Docente de Derecho Penal Especial de la Universidad Católica de Salta, sede Jujuy.

I. Introducción: el contexto

En el presente artículo se analizarán dos casos en los que se acusó a mujeres en contextos de vulnerabilidad por delitos vinculados al narcotráfico y que merecieron distintas respuestas del Poder Judicial. Dichos casos son de la jurisdicción de la Provincia de Jujuy y han sido recurridos hasta llegar a la instancia de la Cámara de Casación Penal Federal.

El primero de ellos se trata del caso de Martínez Hassan, de veinticuatro años de edad, de nacionalidad boliviana y víctima de trata, que aceptó cruzar una mochila que contenía cinco kilos de cocaína a cambio de saldar una deuda de alojamiento y manutención por la estadía en una casa a la que había llegado con el fin -no concretado- de prostituirse.

El segundo caso, Rodríguez, de veintiocho años de edad, de nacionalidad argentina, nacida en la ciudad de Salvador Maza, joven madre de un niño y de una niña que padece de una malformación en su mano izquierda, sin trabajo formal, víctima de violencia de género por el tiempo que convivió con el padre de sus hijos, recientemente separada, movilizada por el padecimiento de la menor aceptó transportar adosado a su cuerpo casi un kilo de cocaína para solventar el tratamiento que necesitaba su hija.

Ambos hechos fueron juzgados por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, con distintas respuestas - condenando a la primera y absolviendo a la segunda - y, habiendo llegado ambos a la instancia revisora, también con distintas respuestas -absolviendo a la primera y condenando a la segunda, que luego de instancias recursivas se llegó finalmente la absolución de ésta última.

Las conductas penalizadas fueron, en ambos casos, trasladar droga de un lugar a otro, en el caso de Martínez Hassan por pasar la frontera Villazón-La Quiaca, lo que motivó la aplicación de la Ley 22415 por el delito de contrabando de importación de estupefacientes, mientras que en el caso de Rodríguez que debía llevar cocaína a la ciudad de Córdoba desde Salvador Mazza, se aplicó la Ley 23737 por el delito de transporte de estupefacientes.

En este sentido, la defensa de Martínez Hassan se basó en sostener que había sido captada para ser explotada sexualmente, lo cual había afectado su libertad psíquica, encuadrando su conducta en el artículo 5 de la Ley 26364, y que se encontraría en un estado de necesidad disculpante - artículo 34 inciso 2 del Código Penal -. Ambas circunstancias -ser víctima de trata o de amenazas- fundaban la inculpabilidad de la imputada, por lo que no se configuraría un delito penal.

Con respecto al caso de Rodríguez, se postuló la aplicación de una causa de justificación, el estado de necesidad justificante previsto en el artículo 34 inciso 3 del Código Penal. En ambos casos, el Ministerio Público Fiscal sostuvo la acusación en todas las instancias, con un enfoque distinto en el caso de Martínez Hassan por parte del Fiscal de Casación, pero sosteniendo igualmente una condena. En ambos casos, en distintas instancias, finalmente se receptó la tesis que impulsó la defensa.

Fue así que la defensa solicitó que se juzgue con perspectiva de género y se tenga en cuenta el contexto sociocultural, como la situación de

especial vulnerabilidad de las mujeres llevadas a juicio. Mientras un caso se tramitó a la luz del Código Procesal Penal de la Nación conocido como “Código Levene” -de corte inquisitivo-, el otro fue con el nuevo Código Procesal Penal Federal - de naturaleza acusatoria -.

En el presente artículo haré un análisis de los argumentos dados por los distintos magistrados en las instancias en las que les tocó intervenir, adelantando el final esperado -tarde para el caso de Martínez Hassan- pero con un contundente fallo de Casación en el que ordenó la aplicación del artículo 5 de la Ley 26364 como causa de inculpabilidad, valorando la situación de vulnerabilidad a la luz de la Convención de Belém do Pará y de las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, así como las Convenciones para reprimir e impedir la trata de personas.

Para el caso de Rodríguez -con un inusitado vaivén en la instancia recursiva-, se concluyó en la aplicación de la causal prevista en el artículo 34 inciso 3 del Código Penal, excluyendo la antijuridicidad, propiciando que se deben romper los paradigmas de la dogmática penal clásica, a la luz de la perspectiva de género. Para el desarrollo, se toman como base del trabajo las sentencias y autos emitidos por los magistrados de los casos propuestos.

II. El caso de Martínez Hassan

Caminaba por la vera del río con una mochila ajena y “pensando sólo en regresar a su casa para ver a sus hijos”, de zapatillas bajas, pantalón deportivo, un top blanco y campera de jean corta, el sol en su cenit dibujaba la sombra exacta debajo de sus pies, el camino pedregoso y polvoriento, el temor latente de que algo le sucediera. Tenía un mandato: caminar y entregar esa mochila a la persona que del otro lado del río se la requiriera. Con ello saldaría su “deuda” de unos días de hospedaje y comida.

El cruce eterno llegó a su fin, paralizando

sus pies el pedido de documentos por parte de una mujer que se encontraba en un vehículo con un acompañante masculino -su sorpresa fue mayor ya que nadie sabía que ella había podido ocultar su documento-. Al cabo de unos segundos, se presentaron como oficiales públicos del Estado Argentino, sin que ello le generara el alivio esperado o la tranquilidad de haber escapado de aquella agobiante situación. Por el contrario, "sólo pensó en sus hijos y en el daño que les pudieran hacer al no haber acabado con éxito aquel «encargo»". Solo lloró y atinó a decir que "esa mochila no era de ella", paralizada, atemorizada y con un solo pensamiento puesto en sus hijos, en cuándo los volvería a ver. Dos años, cinco meses y trece días duró ese paso para ella.

Martínez Hassan fue detenida el 5 de mayo de 2016 y recuperó la libertad el 18 de octubre de 2018, luego de haber atravesado por casi todo el sistema judicial revictimizada por algunos operadores que, desde un principio, sólo veían en ella una historia descabellada o meras mentiras sin atender ni entender la problemática del delito de trata, el menoscabo a la autodeterminación que éste produce, y la imposibilidad de contar con otra salida que no sea la que los tratantes ordenen. Tampoco se atendió la situación de vulnerabilidad de Martínez Hassan ni se dió el enfoque con perspectiva de género al caso. Se la trató como una delincuente que pretendía pasar droga por un paso fronterizo no habilitado. Se hizo un recorte arbitrario de los hechos, no se investigó ni una sola línea de sus dichos, sólo se tuvo en cuenta para acusar y condenar una escena de una película con varios capítulos anteriores y que, con su detención, fue empeorando su situación hasta llegar a ser condenada a una pena de seis años de prisión con adjetivos pocas veces leídos en una sentencia del Tribunal.

II.1. La captación y el "contrabando"

Martínez Hassan, mujer, de nacionalidad

boliviana, tenía veinticuatro años al momento de su detención, y su vida transcurría en la ciudad de La Paz. Debió abandonar sus estudios universitarios para poder hacer frente a las necesidades de su familia, separada del padre de sus hijos, lo que hacía más difícil aun llevar adelante el hogar familiar.

El día 5 de mayo de 2016 a las 12:05 hs., personal de Gendarmería Nacional perteneciente a la Sección Puente Internacional "La Quiaca", se encontraba realizando un operativo público de prevención en los márgenes del Río La Quiaca - sector oeste del paso internacional - y, a escasos metros del límite internacional con la vecina localidad de Villazón, Bolivia, observaron el ingreso a Argentina por paso no habilitado de una persona de sexo femenino transportando una mochila en su espalda. Ella fue interceptada y se le solicitó documentación, identificándose como Martínez Hassan mediante la exhibición de su cédula de identidad boliviana. Asimismo, se le solicitó que abriera la mochila que transportaba, observando a simple vista que, en su interior, contenía paquetes rectangulares de color negro, motivo por el cual fue trasladada junto con los elementos que transportaba hasta la guardia de prevención del puente internacional.

Por orden del juez quedó detenida, se le designó un defensor oficial y se le tomó declaración indagatoria. En esa oportunidad, Martínez Hassan contó que "era madre soltera a cargo de sus dos hijos y que debía afrontar sola los gastos necesarios para su manutención, sin aportes del padre ni de su familia." A uno de sus hijos le habían diagnosticado un lipoma y tuvo que hacerle una cirugía que en el Estado Plurinacional de Bolivia tenían un elevado costo, lo que significaba erogaciones extraordinarias que no podía afrontar. Por ello, una compañera de trabajo le dijo que conocía unas personas que la podían ayudar a ganar dinero de forma rápida, ejerciendo la prostitución.

El trabajo debía cumplirse en la ciudad

fronteriza de Villazón, por lo que viajó en colectivo hacia el destino establecido, para encontrarse con una persona que la estaría esperando en la terminal y que la identificaría por la ropa que llevaba puesta. Debía llegar el domingo 1º de mayo de 2016 pero llegó el lunes 2 de mayo a las 7 de la mañana por problemas en el colectivo. Un hombre le preguntó su nombre al llegar y, producido el encuentro, la llevaron en taxi a un domicilio con paredes de adobe que tenía un patio central y varias puertas - unas al lado de la otra-. En ese lugar descansó, luego de haber comido.

Al día siguiente, aquel hombre que la había identificado en la terminal le dijo que debía trabajar y le alcanzó ropa "pequeña". Luego ingresó al lugar en el que ella se encontraba un hombre que olía a alcohol con el que debía mantener relaciones sexuales, pero tuvo mucho miedo y no pudo, por lo que el hombre salió enojado y golpeó la puerta gritando. Esa noche se acostó en la cama de ese lugar, durmió y no salió más.

El miércoles 4 de mayo, luego de tomar un té, la dejaron salir a hablar por teléfono con su madre y saber como estaba su hijo. También averiguó donde estaba la frontera con Argentina y, decidida a volverse a su país, buscó alguna forma de obtener dinero. Logró cruzar a la ciudad de La Quiaca en busca de trabajo, pero no tuvo éxito y volvió a su residencia. Allí la esperaba su captor y le preguntó si estaba preparada, a lo que ella contestó que no lo iba a hacer, que no podía y que quería irse a su casa. Él, enojado, le dijo que "habían realizado gastos en ella y que debía pagar, que no podía irse". Agregó que "iban a pensar una forma de saldar su deuda."

El jueves 5 de mayo salieron de casa a media mañana, dejando todas sus pertenencias, para llevar a cabo un trabajo para saldar la deuda y por el que le iban a dar ciento cincuenta bolivianos para que regresara. Fue así que la llevaron a la vera del río por un paso

fronterizo no habilitado, le dieron la mochila y le ordenaron que cruzara el río ya que del otro lado la iban a estar esperando.

II.2. El procesamiento: el inicio de la revictimización

Luego de la declaración indagatoria, el 31 de mayo, el juez subrogante dictó auto de procesamiento con las formalidades habituales. Allí se sostuvo que sus declaraciones eran sólo "un intento en vano de eludir su responsabilidad por el hecho imputado"¹.

En éste punto es determinante la apreciación que realizó el juez - que era quién debía investigar sobre los dichos de Martínez Hassan por mandato legal del artículo 304 del CPPN -. La primera de esas apreciaciones fue cuando le dijo que "le parece llamativo que no haya preguntado a la persona que le ofreció el trabajo qué tenía la mochila que debía cruzar, deviene la necesidad de presumir que sí conocía lo que estaba por ingresar al territorio argentino o por lo menos debió sospechar respecto de su contenido, y no obstante ello continuó con su accionar". Lo segundo que le captó la atención al magistrado subrogante fue que "a ella sólo le llamó la atención el peso de la mochila, pero ninguna otra circunstancia." Lo tercero, que el juez puso la lupa en el momento de la detención diciendo que "no tiene sustento lo relatado por Martínez Hassan con lo manifestado por la Gendarmería que intervino en la detención." Concluyó que "en virtud del plexo probatorio reseñado, se tiene por probado, entonces, el hecho consistente en haber intentado ingresar a este territorio nacional, desde el país de Bolivia por un paso fronterizo no habilita-

1 AUTO DE PROCESAMIENTO en la causa N° FSA 25241/2015, caratulada "MARTÍNEZ HASSAN - s/ infracción ley 22.415", Juez Subrogante, Horacio José Macedo Moresi del registro de la Secretaría N° 4 del Juzgado Federal N° 2 de la Provincia de Jujuy. El 31 de mayo de 2016.

do, la cantidad de 5.965 gramos de presunta cocaína (cfr. actas de fs. 46/47) oculta en el interior de una mochila del tipo de tela de avión de color negro con gris, con la inscripción “KEEPAHEAD”, “GALLERUY”, por el que deberá responder Martínez Hassan.”

II.3. Auto de elevación a juicio: nada cambió

El 23 de septiembre de 2016, el juez de instrucción resolvió elevar la causa desestimando un planteo de nulidad por parte de la defensa técnica y repitiendo el criterio del juez subrogante al momento de emitir el auto de procesamiento².

II.4. Juicio y sentencia: el peor resultado

Llegada la causa al Tribunal, el 13 de octubre de 2016 se citó a juicio a las partes, se ofreció la prueba y quedó el caso latente a la espera de tener fecha para la realización del debate, lo que aconteció el 3 de noviembre del 2017. Concluyó el 24 de noviembre con el veredicto de condena a seis años de prisión, cuyos fundamentos se leyeron el 1 de diciembre de 2017³.

Iniciado el debate, Martínez Hassan declaró ante los jueces del tribunal, munida de los escasos elementos que se pudo obtener sobre

² AUTO DE ELEVACIÓN DE LA CAUSA A JUICIO, en la causa n° 7158/2016 caratulada “MARTÍNEZ HASSAN S/ INFRACCIÓN LEY 22.415”, del registro de la Secretaría Penal N° 4 del Juzgado Federal N° 2, Juez Federal Fernando Luis Povifá. El 23 de septiembre de 2016.-

³ SENTENCIA del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, integrado por la doctora María Alejandra Cataldi, el doctor Federico Santiago Díaz y Mario Héctor Juárez Almaraz, bajo la presidencia de la primera, causa N° FSA 7158/2016/TO1 caratulada: “MARTINEZ HASSAN -S/INFRACCION LEY 22.415” - Intervinieron como representante del Ministerio Público Fiscal la doctora Julieta Souilhe, y por la defensa de Martínez Hassan el Defensor Público Oficial, Dr. Matías Federico Gutiérrez Perea.- El 1 de diciembre del año 2017.-

datos familiares y de la enfermedad de su hija. Volvió a relatar lo que ya había expresado en la instrucción, respondiendo además a las preguntas de los magistrados actuantes.

Luego de producida la prueba, los agentes de prevención describieron el momento de la aprehensión de Martínez Hassan. También declaró la psicóloga del Servicio Penitenciario por unos informes que había elaborado, en los que daba cuenta de unas autolesiones infringidas durante el encierro.

Al momento de alegar, el Ministerio Público Fiscal indicó que “la declaración brindada por Martínez Hassan, sosteniendo que la versión dada por la nombrada resulta descabellada y con el objetivo de deslindarse de responsabilidad”. Asimismo, afirmó que “Martínez Hassan al ingresar a nuestro país por un paso no habilitado mostró su intención de eludir el control fijo del puente internacional de La Quiaca y así sustraer el control del estupefaciente que llevaba, este método comisivo fue confirmado por el personal interviniente. Dijo que la cantidad que llevaba, casi seis kilos de clorhidrato de cocaína, hace presumir que el destino de la misma era su comercialización, ya que la cantidad es un indicador objetivo de la finalidad de comercio.... Sostuvo que Martínez Hassan tuvo el dominio integral del hecho que se le imputa”. Y concluyó en que se la condene a la pena de seis años de prisión por resultar autora del delito de Contrabando de importación de estupefacientes agravado por su inequívoco destino de comercialización, en grado de tentativa⁴.

Desde la defensa técnica, se efectuaron

⁴ Conforme artículos 871, 872, 866 2º párrafo, en función del artículo 864, inciso a de la Ley 22415 y sus modificatorias, con más la inhabilitación absoluta del artículo 12 del CP y las inhabilitaciones del artículo 876 del Código Aduanero en sus incisos e por el tiempo de la condena, f y h, en concordancia con el artículo 1026 inciso b sin perjuicio de las demás sanciones que procedan en sede aduanera y las costas del juicio.

cuatro planteos: el primero sobre la adecuada calificación que debía darse a lo acontecido, debíamos situarnos en la Ley de Trata de Personas, siendo Martínez Hassan víctima del delito de trata por aplicación del artículo 5 de la Ley 26364. En segundo lugar, como planteo subsidiario, se entendió que la conducta podría tratarse de un estado de necesidad disipante o exculpante previsto en el artículo 34 inciso 2 del Código Penal. En tercer lugar, y también de forma subsidiaria, entendió que existió atipicidad subjetiva, ya que su asistida no tuvo conocimiento de lo que tenía la mochila. Y, por último, se planteó la inconstitucionalidad de la tentativa de contrabando prevista en la Ley 22415.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, en un fallo unánime, condenó a Martínez Hassan a la pena de seis años de prisión efectiva. Así, los magistrados y magistrada, al referirse a los dichos de Martínez Hassan, calificaron a los mismos de “mendaces”, “fantasiosos” “carecen de verosimilitud” “poco creíbles” “falaces”.

II.5. El fallo de Casación⁵: el fin del suplicio

Finalmente, el 18 de octubre del año 2018, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Carlos Alberto Mahiques y Ana María Figueroa, en un fallo ejemplar, puso fin al padecimiento de Martínez Hassan, absolviendo y ordenando a

⁵ SENTENCIA de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Carlos Alberto Mahiques y Ana María Figueroa como vocales, causa Nro. FSA 7158/2016/TO1/CFCC1 caratulada: “MARTÍNEZ HASSAN s/recurso de casación”; Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier Augusto De Luca y en la Defensa Técnica la Defensora Pública Oficial Coadyuvante Dra. María Florencia Lago. El 18 de octubre del 2018.-

que, por intermedio del tribunal de origen, se dispusiera la libertad.

A continuación, mencionaré algunas de las partes relevantes de los votos de los camaristas, poniendo especial énfasis en la doctrina citada para llegar a la absolución de Martínez Hassan:

El Dr. Hornos, en su voto, sostuvo que el tribunal realizó un erróneo encuadre legal al decir que, “para que se dé el delito de trata, es necesario acreditar el uso de medios engañosos o violentos, o la total pérdida de autodeterminación del sujeto pasivo, siendo en realidad únicamente necesario que las acciones del sujeto activo interfieran en esa capacidad de autodeterminación.” Asimismo, concluyó que, ante el argumento de que Martínez Hassan no solicitó ayuda a las autoridades cuando pudo hacerlo ni tampoco se fue del lugar donde se hallaba captada, “este tipo de razonamientos parte de endilgar responsabilidad a la víctima de trata, desconociendo la problemática que sufren las mujeres víctimas de trata de personas, en el cual, muchas veces desconocen o no asumen su calidad de víctima”.

En su fundado voto, hizo mención a los siguientes instrumentos internacionales y locales que debieron aplicarse al caso, a saber:

- a. Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad - aprobada por la Asamblea Plenaria de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008-, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 5/2009.
- b. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -(CEDAW) con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional - especialmente citó el artículo 6 que refiere a que los estados parte tomaran “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las

- formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.
- c. La Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la 11º período de sesiones⁶, que estableció que “La pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia”.
- d. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional - aprobada por la República Argentina mediante la Ley 25632, en el año 2002 -.
- e. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños - Protocolo de Palermo -. del que resalta que, ante una indicación precisa de la probable comisión de este delito, -del lugar y de los presuntos autores- el Estado tiene la obligación de investigar.
- f. La Ley 26364 de abril de 2008 -artículo 5- que establece que “Las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”. Asimismo, hizo referencia a los objetivos de la ley, resaltando el de “implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas”. Al respecto, dijo que, para ello, la ley dispone un piso de garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas (artículos 6 a 9).
- g. Los Principios y Directrices sobre Derechos Humanos y la Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos, que disponen en el párrafo 7º: “Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas, ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales”.
- h. El Convenio del Consejo de Europa para la Acción contra la Trata de Seres Humanos -artículo 26- que dispone: “Las partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”.
- Por su lado, el juez Carlos A. Mahiques, adhirió al voto de su colega y resaltó que “ha sido insuficiente la actividad de los órganos de investigación al no evacuar las citas de la imputada, vulnerando así lo previsto por el artículo 304 del Código Procesal Penal de la Nación, como también el derecho de defensa en juicio (consagrado por el artículo 18 del C.N.), toda vez que la producción de la prueba de descargo no es una “facultad” del tribunal sino un “derecho” del acusado (CS-Fallos, 239:283)”
- Por último, la jueza Ana María Figueroa sostuvo que “el conteste, idéntico y consistente contenido de las declaraciones que a lo largo de todo el proceso tuvo Martínez Hassan”, y que ello “exigía de parte de los órganos judiciales la investigación de los extremos de explotación descriptos por la encausada”.
- Expresó que “el instrumento internacional

⁶ 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994). 15.

adoptado para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (conocido como “Protocolo de Palermo”, “constituye un delito de complejidad transnacional y ello refiere una temática de extrema gravedad, que requiere para su abordaje el máximo de los recursos y esfuerzos de todas las agencias del Estado, incluyendo al Poder Judicial al decidir casos en los que en el contexto de otros ilícitos se desprendan hechos de discriminación, violencia o explotación”.

Refirió, además, que “no es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas”, y citó como instrumentos internacionales y nacionales aplicables al caso los siguientes:

a. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW), por un lado, el artículo 1 que sostiene que “Discriminación contra la mujer denota toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Por otro lado, el artículo 2 obliga a los Estados parte a adoptar políticas públicas, adecuaciones constitucionales y legislativas entre otras, por lo que se obligan según el inciso c) a “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”.

b. Los artículos 18 a 21 de la Convención que

hace que ésta sea vinculante para todos los poderes públicos, por lo que se encuentra prohibida la discriminación contra la mujer en todas sus formas, diciendo al respecto que “siendo materia de especial preocupación el desconocimiento generalizado de la Convención y su Protocolo Facultativo, por parte de las autoridades judiciales y de otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en nuestro país, recomendando su conocimiento y aplicación para que se tome conciencia de los derechos humanos de las mujeres”.

- c. La Ley 25632, que ratifica el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” –Protocolo de Palermo– y las leyes 26364 de “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas” y 26842 -B.O. 30/4/2008 y B.O. 27/12/2012.
- d. La “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer”, aprobada en Belém Do Pará, Brasil, en vigor desde 1995.
- e. La Ley 26485 del año 2009 de “Protección Integral a las mujeres, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales.

Concluyó expresando que “hoy la violencia contra las mujeres es considerada violación de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y/o superior a las leyes internas y, como preceptúa el artículo 3º de la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer”, “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

II.6. Algunas consideraciones

Del análisis del caso, se pueden advertir una serie de circunstancias que hacen que

este tipo de casos sucedan ya que no se trataría solamente de un error judicial, o de apreciación de pruebas, o bien de la mayor o menor credibilidad de las personas víctimas de trata o en situación de vulnerabilidad. En mi opinión, sería una conjunción de elementos que generaron las condiciones propicias para que el sistema judicial, lejos de ser el auxilio de las víctimas, agravie su padecer.

Voy a resaltar entonces las circunstancias que considero de mayor importancia, existiendo seguramente otras que analizar. Así, entiendo como problemas a solucionar: a) el sistema procesal penal que ponía en cabeza del juez la investigación de los delitos; b) la falta de capacitación de operadores judiciales en la problemática real del delito de trata, la situación de la mujer en contexto de vulnerabilidad, violencia y discriminación; c) la no aplicación a los casos de una perspectiva de género; y d) la dificultad de probar determinadas circunstancias por falta de acuerdo con agencias públicas de los países colindantes.

En cuanto al proceso penal⁷ por un lado, éste tiene gran parte de responsabilidad ya que ponía en cabeza del juez la conducción de la investigación. Nótese que el Juez de Instrucción, en el procesamiento, sostuvo que “no era creíble la versión brindada por Martínez Hassan”, por lo que no se hizo ni el mínimo esfuerzo por corroborarla.

Por otro lado, la automatización de la prisión preventiva en casos de narcotráfico motivada por la gravedad de la pena, la lentitud del proceso -ahora palmaria a la luz del sistema acusatorio- hizo que Martínez Hassan estuviera detenida ochocientos noventa y seis días desde el 5 de mayo de 2016 hasta el 18 de octubre del 2018, que es lo que tardó el caso con la revisión de la sentencia por la Cámara de Casación Penal. Analizando los tiempos

procesales se advierte que, desde la detención de Martínez Hassan - 5 de mayo de 2016 - hasta el procesamiento - 31 de mayo de 2016 -, transcurrieron veintiseis días, lo que hoy se hace en plazo máximo de setenta y dos horas.

También el caso estuvo a la espera de la realización del juicio por el lapso de un año, situación corregida por la normativa vigente que establece que no pueden pasar más de veinte días desde el auto de apertura a juicio luego del control de la acusación.

En cuanto a la capacitación, considero que es aquí en donde radica el mayor problema. Es necesario que todos los operadores del sistema se capaciten en la problemática de la trata de personas, entendiendo a aquella como un flagelo transnacional, de delincuencia organizada, que afecta esencialmente la posibilidad de autodeterminación de las personas víctimas de este delito. Asimismo, se debe brindar capacitaciones a las Fuerzas de Prevención, ya que podrían aportar datos de importancia al detectar una posible víctima del delito y no un posible delincuente, de modo tal que cambiaría el enfoque del caso desde el primer momento, a la vez que se estaría cumpliendo con la normativa internacional, esencialmente en quienes son los operadores del sistema, defensores públicos y abogados particulares, fiscales y jueces. Así, a la luz del presente caso y con la limitación del sistema procesal penal vigente en aquel momento, la defensa técnica podría haber requerido al juez de instrucción la realización de determinadas diligencias, el juez de instrucción debió investigar los dichos de la “imputada” y no descartarlos en la primera oportunidad. Ello cerró la suerte del caso, por lo menos para la instrucción. Luego el tribunal de juicio, con un desacertado encuadre legal y sin un atisbo de aplicar al caso una perspectiva de género, terminó por condenar a seis años de prisión a una víctima de trata.

Por último, los órganos públicos de los Estados involucrados no cuentan con una

⁷ Éste fue de corte inquisitivo ya que estuvo en vigencia en esta jurisdicción hasta el 10 de junio del 2019.

interacción eficiente como para poder desbaratar a estas organizaciones. En este caso, no se advierte actuación alguna de Fuerzas de Seguridad del Estado Plurinacional de Bolivia porque el juez dió por sentado que “la imputada mentía”. Sin perjuicio de ello, tampoco se advierten en los casos judicializados la participación conjunta de Fuerzas de Prevención. Por parte del Ministerio Público de la Defensa, a raíz de la causa “Suárez Eguez”⁸, se solicitó colaboración a las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia que, si bien se

8 Causa SUAREZ EGUEZ del Juzgado Federal de Jujuy N.o 2, Suárez Eguez, Claudia, N.o 20356/2017, rta: 28/11/2017 y 11/12/2018. Claudia Suárez fue detenida el 24 de octubre de 2017 cuando, en un control en carretera de la Gendarmería Nacional en la provincia de Jujuy, se detectó que llevaba cocaína escondida entre su equipaje. Desde el primer momento de su detención, Claudia Suárez manifestó que provenía de Bolivia y que había aceptado “el trabajo” en un estado de desesperación por la enfermedad de su hijo (padecía osteosarcoma de fémur derecho de alto grado de malignidad, un tipo de cáncer de huesos), ya que necesitaba con urgencia dinero para costear los gastos que demandaba el tratamiento (y que su país de origen no cubría). La defensa invocó que Suárez Eguez actuó bajo el supuesto de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, el Juzgado de Instrucción dictó su procesamiento por el delito de transporte de estupefacientes y dispuso la prisión preventiva, resolución que fue convalidada después por la sala II de la Cámara Federal de Salta el tribunal consideró que no resultaba creíble que una persona que se encontraba coaccionada por la situación económica tuviera las condiciones mentales y espirituales necesarias para realizar un viaje de esas características. Además, en-contró que no estaba suficientemente acreditado que el actuar ilícito de Suárez Eguez fuera el único medio posible para costear el tratamiento de su hijo, dado que existían otros familiares a cargo del cuidado. Un año después, inmediatamente después de haberse producido el fallecimiento de su hijo por la enfermedad que ella había indicado, la posición fiscal cambió, adhirió al planteo defensista y pidió el sobreseimiento de Suárez Eguez por haber mediado un estado de necesidad. A su turno, el Juzgado de Instrucción dio lugar al pedido por aplicación del principio acusatorio. Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad Hacia una teoría del delito con enfoque de género AUTORAS VARIAS Serie COHESIÓN SOCIAL en la práctica COLECCIÓN EUROSOCIAL No 14. Pág. 126

aceraron para colaborar con la defensa técnica de la imputada, a la luz del problema que enfrentamos todavía ello resultó insuficiente.

III. El caso de Rodríguez

Rodríguez de nacionalidad argentina, nacida en la ciudad de Tartagal, Provincia de Salta, de veintiocho años de edad al momento de los hechos, con un hijo y una hija a su cargo - I.R.A de cuatro años de edad y Z.M.A. de dos años de edad, con un problema congénito de mal formación en su mano izquierda -. Se ganaba el sustento trabajando como “bagayera”, y como empleada doméstica, cuando la llamaban.

III.1. El caso

Rodríguez fue detenida el día 3 de julio del año 2019, a las 00:45 hs., en la ciudad de Ledesma, Provincia de Jujuy, momento en el que fue sorprendida transportando 998 gramos de clorhidrato de cocaína, la que se encontraba acondicionada en un paquete rectangular que llevaba adosado a su cuerpo, a la altura del abdomen, con una faja elástica. El trabajo encomendado era sencillo: debía trasladar la cocaína desde la Localidad de Salvador Mazza hasta la ciudad de Córdoba, obteniendo por ello la paga de setecientos dólares.

La detención se produjo por medio del personal de la sección Chalicán, dependiente del Escuadrón San Pedro de Gendarmería Nacional, durante un control público de prevención sobre Ruta Nacional 34 a la altura del km 1212, en el puesto fijo de esa sección. Allí detuvieron la marcha de un colectivo de la empresa “Flecha Bus”, procedente de la localidad de Salvador Mazza con destino a Córdoba Capital. Al hacer descender a la totalidad de los pasajeros, las Fuerzas de Prevención estatal observaron que Rodríguez evitaba el control dejando pasar a los otros pasajeros. Al llegar su turno y luego de ser identificada pudieron ver que en su bra-

zo tenía una niña. Al descenderla del colectivo, advirtieron a simple vista una protuberancia a la altura de su abdomen, por lo que quedó detenida en ese momento a disposición del Fiscal con conocimiento al juez de turno.

III.2. De la formalización del primer contacto

El día 4 de julio del 2019, -al día siguiente de la detención- se realizó la audiencia de formalización y control de detención. El Ministerio Público Fiscal describió el hecho con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y calificó la conducta como de transporte de estupefacientes. Solicitó, además, que se le imprimiera al caso el trámite de flagrancia.

Este proceso fue cuestionado por la defensa técnica que, de la entrevista previa hasta la audiencia, pudo advertir que la causa tenía una complejidad mayor a la que parecía, por lo que se solicitó al juez que, por el contexto de género y de extrema vulnerabilidad de la imputada, debía aplicarse el trámite ordinario. El Juez de Garantías, advirtiendo también aquellas circunstancias, hizo lugar al pedido de la defensa luego de la declaración indagatoria de Rodríguez. En esa oportunidad, ella relató que “había tomado la decisión de trasladar la sustancia estupefaciente empujada por dos situaciones: por un lado, la urgente y apremiante situación de salud de su hija, que debía enfrentar una costosa e imposible operación debido a la discapacidad que sufría. Con ello trataría de conseguir parte de los fondos necesarios para operar a su hija y para que la misma tuviera chances de tener una mejor calidad de vida. Por el otro, por ser víctima de violencia de género física, psicológica y económica por parte de su ex pareja.”

Como medida de coerción, el fiscal solicitó la prisión preventiva en la modalidad de arresto domiciliario, en el domicilio de la madre. Ello no mereció oposición por parte de la defensa, resolviendo el juez en consecuencia.

III.3. Del trámite del caso

Con la entrada en vigor del Código Procesal Penal Federal⁹ el 10 de junio del 2019, que adoptó un sistema procesal acusatorio y que puso en manos del fiscal la investigación del caso y el impulso de la acción, la oralidad y la inmediación como pilares, se permitió un trámite más rápido y con mejores resultados en cuanto a la calidad de las decisiones. De esta manera, cesó la obligación del magistrado de la evacuación de citas previstas en el artículo 304 del derogado CPPN, por lo que cada parte ahora debe probar las premisas de su teoría del caso.

Fue así que, por parte de la defensa, la actividad en este caso se centró en obtener los elementos de convicción que probarían la situación de vulnerabilidad – pobreza - por la que atravesaba Rodríguez, el contexto socio-cultural desde una perspectiva de género, y la apremiante situación de salud de su hija - y de ella misma, como principal responsable de su bienestar - así como la violencia de género padecida años atrás¹⁰ y que persistía pese a la separación con el agresor.

III.4. De la sentencia: un fallo ejemplar

9 El 7 de febrero del 2019 se aprobó el texto ordenado del nuevo Código Procesal Penal que fuera sancionado a fines de 2014 mediante la ley 27.063- pero que no había entrado en vigencia-, con las incorporaciones dispuestas por la ley 27.272 -en relación a los procesos por casos de flagrancia- y las modificaciones introducidas por la ley 27.482, por la que se lo denominó “Código Procesal Penal Federal”. El 26 de marzo pasado, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación que funciona en el Congreso Nacional -en el marco de lo establecido por el texto vigente del artículo 2 de la Ley nº 27.150- dispuso su entrada en vigencia. Así se estableció que el 10 de junio comenzara a regir el sistema acusatorio en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta y que con el tiempo alcance todo el territorio nacional, según se dispuso en la ley.

10 En la Navidad previa a este hecho fue hospitalizada por los golpes recibidos.

Luego de la etapa intermedia - control de acusación -, en la que se llegó a un acuerdo probatorio con la Fiscalía sobre la materialidad de los hechos, el día 25 de octubre del 2019 -es decir, tres meses y veinte días desde la detención- comenzó el juicio oral con integración del tribunal unipersonal.

Producida la prueba testimonial e incorporada la documental, el Ministerio Público Fiscal sostuvo la acusación por transporte de estupefacientes previsto en el artículo 5 inciso c de la Ley 23737. Sostuvo que “el tipo subjetivo requería el conocimiento y la voluntad, y que el dolo estaba probado por la forma de acondicionamiento y de ocultamiento.” Asimismo, el representante del órgano acusador señaló que “la violencia de género que había padecido Rodríguez en diciembre del año pasado, a la fecha, había cesado”, a la vez que expresó que “la testigo Ruiz -policía de la provincia- si bien recordó los llamados de Rodríguez, ella nunca hizo la denuncia”. Así, concluyó que “Rodríguez cuenta con apoyo familiar y la violencia cesó luego de la separación”. También aseveró que “el estado de necesidad invocado con fundamento en la necesidad de reunir el dinero para la cirugía de la niña debe ser descartado, ya que se probó que el problema de la mano de la menor no la ponía en riesgo de vida y el hospital materno infantil de Salta brinda asistencia gratuita para esos casos.” Además, valoró lo que el Dr. Laguna¹¹ manifestó que “no era urgente realizar esa operación”, y que “había que ir evaluando el crecimiento de los huesos con un grupo interdisciplinario para ver el momento oportuno.” También indicó que “para que se configure la figura exculpatoria se debió probar que la imputada había agotado los medios lícitos a su alcance para no lesionar bienes de terceros”.

Por parte de la defensa, se valoró la edad y

11 Médico que emitió el certificado dando cuenta de la malformación de la mano de la menor y de un tratamiento urgente.

la situación familiar - dos hijos a cargo, uno de ellos con una deformación en la mano, mujer soltera, separada, víctima de violencia de género y con mala relación con su madre -. Se expuso que Rodríguez perdió un embarazo a corta edad y se acreditó con historia clínica que eso le trajo problemas personales. Luego se mencionó que se involucró con el padre de sus dos hijos - el primero de los cuales no fue deseado ya que, al enterarse del embarazo, él le dio una patada - y que la convivencia con él fue caótica, hasta que la última vez la llevó al hospital.

Asimismo, se refutó al fiscal que Rodríguez no formuló denuncia porque el problema justamente era que no reconocía la violencia. Se puso de resalto lo expresado por la psicóloga Caren Mercado, quien expresó que “estaba inmersa en la violencia durante años, lo que la hace tomar decisiones inmaduras, que no recurre a la justicia, que evade los problemas y se encuentra angustiada por la situación de su hija”, y que, ante preguntas formuladas, respondió que “luego de lo padecido quedaba con inseguridad, baja autoestima, que no logra terminar definitivamente con el dominio de género”.

También se puso de resalto que “el rol de género que se le asigna, coloca a la mujer en solitario como responsable del bienestar de la familia, como garante de la salud de la familia”.

En cuanto al contexto general, se manifestó que se estaba frente a un caso en el que existía “un Estado social fallido¹²”, que debe garantizar

12 Término que fue desarrollado y explicado entre otras temáticas de defensa, en el taller organizado por la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez y el representante de EUROSOCIAL+, Alfonso Martínez Sáenz, para integrantes del Ministerio Público de la Defensa y que buscó elaborar estrategias de defensa para mujeres acusadas de cometer delitos que son víctimas de violencia de género o están en situación de vulnerabilidad. La iniciativa se realiza en el marco del proyecto “Elaboración, implementación y difusión de estrategias de defensa de mujeres infractoras víctimas de violencia de género o en situación de vulnerabilidad”. La capacitación estuvo

zar la salud, que la señora Rodríguez vivía en Salvador Mazza, y que no podían realizar la cirugía en Salta. Si así fuera, debía trasladarse y quedarse allí. Se señaló además que, “con lo que podía ganar como “bagayera” y limpiando casas, solo le bastaba para su alimentación con la realidad económica del país.”¹³

En cuanto a la ponderación de bienes en juego, se sostuvo que aquél debía hacerse desde la perspectiva de la imputada, y no valorarse en abstracto. En forma subsidiaria, se afirmó que “también puede considerarse a Rodríguez como víctima de trata, con el alcance establecido en el fallo Martínez Hassan”.

Al momento de resolver, en un fallo ejemplar, el Dr. Mario Héctor Juárez Almaraz hizo lugar a los planteos de la defensa, analizó detalladamente todos los condicionantes del caso y concluyó en que debía absolverse a Rodríguez. Valoró, asimismo, el real contexto de violencia de género padecida por Rodríguez diciendo que “resulta de toda relevancia que el abandono del hogar familiar se produjo en el mes de diciembre de 2018, luego de haber sufrido durante alrededor de seis años situaciones de violencia y frente a un hecho concreto por parte de su pareja, que la obligó a

a cargo de la antropóloga feminista Rita Segato y la catedrática de la Universidad de Málaga Patricia Laurenzo Copello. Desde la DGN el proyecto está siendo desarrollado por la Defensora Pública Oficial ante los Juzgados de Instrucción y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional N° 8, Silvia Martínez; la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Julieta Di Corleto; la Secretaría Letrada a cargo de la Comisión sobre Temáticas de Género, Raquel Asensio; el Secretario Letrado a cargo de la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional, Sebastián Van Den Doolen, entre otros. EUROSOCI AL+ financió, para este taller, la participación de catorce integrantes de esta Institución que concurrieron desde el interior del país: magistradas/os, funcionarias/os, trabajadoras sociales y peritos. Desarrollado los días 27, 28 y 29 de junio de 2019 en la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

13 Según los últimos índices, daban “un 51% de pobreza”.

acudir a la guardia del hospital público de su zona, conforme lo corroboran la historia clínica aportada por la defensa, en la que consta la atención recibida el día 25 de diciembre de 2018, y los testimonios de las licenciadas que integran el equipo interdisciplinario de la Oficina de Violencia Familiar y de Género del Poder Judicial de Salta – Distrito Tartagal, receptados en el debate”.¹⁴

También valoró la situación particular de su hija Z.M.R., que padece una malformación congénita en una de sus extremidades superiores, a raíz de la cual se le prescribió una cirugía reconstructiva urgente. Así, el especialista en el juicio dijo no recordar a la niña, y afirmó que “la madre habría asistido con radiografías a la consulta y le sugirió se realizara la cirugía, la misma podría llevarse a cabo en Salta, Tucumán, Córdoba o en el Hospital Garrahan en Buenos Aires, ya que era de imposible realización en Salvador Mazza, previa evaluación por un equipo de manos, para darle una mejor evolución biológica. Además, dijo que el costo de la operación rondaría entre los \$ 100.000 o \$ 200.000”.

El Dr. Juárez Almaraz ponderó, además, que la discapacidad física de la hija “coloca a la menor en una evidente situación de desigualdad frente a cualquier niño de su edad en cuanto a las oportunidades de evolución, desarrollo y proyecto de vida”, lo que provoca en Rodríguez un menoscabo psicológico - madre soltera a cargo de la menor, nuevamente bien posicionado en la perspectiva de género-, y que resultaría más beneficioso que la cirugía de reconstrucción se realizará cuando antes.

En cuanto a la ponderación de los bienes

14 SENTENCIA del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, con integración unipersonal del Dr. Mario Héctor Juárez Almaraz, en la Carpeta Judicial N° FSA 12570/2019/4 caratulada: “RODRIGUEZ S/INFRACCION LEY 23.737” intervienen como Fiscal el Dr. Sebastián Jure y en la defensa técnica el Defensor Público Oficial Dr. Matías Gutiérrez Perea. El 8 de noviembre de 2019.-

jurídicos en juego, el magistrado hizo un análisis situado desde la particular posición en la que se encontraba la imputada - desde la persona en concreto con sus múltiples circunstancias- para concluir que el bien salud pública -que, como hemos observado en este tiempo de pandemia, todo lo puede - cede ante la particular situación por la que atravesaba Rodríguez. Así, sostuvo que “ante la realidad de una madre con una nena de tan sólo dos años que sufre en carne propia las limitaciones de su hija a diario, como mal que intenta proteger, la salud pública se presenta como un valor que se desdibuja, que quizá ni siquiera llegó a representarse como ocurriría con el daño concreto que se puede producir a otros bienes, tales como la propia persona o el patrimonio de un tercero”.

Por un lado, vemos que, con agudeza, no sólo valoró la situación de vulnerabilidad económica personal, sino que situó a Rodríguez en el contexto real en el que se desenvuelve, esto es, en un país con altos índices de pobreza, que se agudizan en el interior, tratándose en concreto de una provincia fronteriza con severos problemas de pobreza estructural. Ello, además, lo conjugó con la realidad personal de la acusada, al decir que: “las desgracias personales que le han tocado vivir, así como el contexto socio económico signado por una grave crisis que afecta a millones de argentinos, ha hecho su impacto sobre la hija menor y su grupo familiar, al punto de colo-carla en el estado de precariedad y apremio”.

Por otro lado, citó en auxilio teórico la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres, cuya aplicación es de orden público (artículo 1), la cual tiene como derechos protegidos (artículo 3) todos los reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -entre otros- y, en especial, los referidos a una vida sin

violencia y sin discriminaciones, a la seguridad personal, a la integridad física, psicológica y sexual, y a la garantía también de un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

En cuanto a la violencia de género padecida por Rodríguez -que el Ministerio Público Fiscal desatendió al momento de alegar, diciendo que habían pasado seis meses desde la separación con el agresor, que no existió una denuncia y que ahora se encontraba contenida en casa de sus padres-, el juez, con acierto, expresó que la violencia efectivamente existió y que continuaba a la fecha, y resaltó dos vivencias de Rodríguez: “un día que llegó «Machado» [el agresor] a su casa, la bajó de los pelos de la cama y le pateó la panza, luego de enterarse a través de sus hermanas de que ella estaba embarazada de su hijo I.R.A., que hoy cuenta con apenas cuatro años. También contó que llegaba «Machado» a su casa, a cualquier hora, y la hacía levantarse de la cama, lavarle la ropa o las zapatillas, y de las agresiones verbales y las descalificaciones constantes que recibía de su parte”.

En igual sentido, el magistrado tuvo por acreditado que la violencia de género persistía, valorando, además, el informe y las declaraciones de la asistente social y de la psicóloga que la entrevistaron. Concluyó, luego de un análisis con perspectiva de género contextualizado en lo social-económico, que “las razones apuntadas a lo largo de la presente sentencia, me permiten concluir que en el caso se presentó un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada por Rodríguez, que encuadra sin esfuerzo en el art. 34 inc. 3 del Código Penal, excluyendo la antijuridicidad, y que impone su absolución, sin costas, en virtud de la forma en que se resuelve (arts. 34 inc. 3 del C.P., 303, 308, 309 y 386 del CPPF)”.

III.5. Las peripecias de Casación Penal.

El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación, y el caso entró en un torbellino de singularidades que opacaron por completo aquel loable fallo. Así, elevadas las actuaciones, salió sorteado cómo juez revisor el Dr. Eduardo Rafael Riggi. El fiscal ante esa sala solicitó la intervención colegiada - hecho no previsto en el CPPF -, formulando oposición la defensa técnica, representada por el Dr. Enrique Comellas, magistrado del Ministerio Público de la Defensa, resolviendo el presidente de trámite integrar un tribunal colegiado, que quedaría conformado por la jueza Liliana Elena Catucci y el juez Juan Carlos Gemignani.

Ante esa Cámara se presentó un *amicus curiae* formulada por la Dra. Julieta Di Corleto y el Dr. Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

En esa oportunidad, el fiscal pidió se anule el Fallo y se declare la responsabilidad penal de Rodríguez.

III.6. Primer Fallo de Casación: el túnel

Luego de las audiencias de rigor, el Tribunal, por mayoría - con votos del Dr. Riggi y de la Dra. Catucci - decidieron revocar la absolución y enviar las actuaciones al Tribunal de origen para que se realizara la audiencia de cesura. El voto del Dr. Eduardo Rafael Riggi, hizo un extenso análisis de los elementos que debió reunir la causa de justificación invocada por la defensa, para concluir que no se daban los requisitos enunciados. Así, señaló que “para explicar las razones por las cuales conceptuamos que en el caso no concurren los elementos del estado de necesidad justificante, estimamos oportuno profundizar los alcances y requisitos constitutivos de la causal invocada, lo que nos permitirá descartar con

absoluta claridad que la situación de peligro inminente, serio y grave que exige para su configuración no se ha presentado.”¹⁵

Construyó su razonamiento afirmando que “no existe en el caso una situación de necesidad, esto es, la verificación de un mal inminente a un bien jurídicamente protegido que requiere una reacción urgente, y que la cirugía de la mano de la hija no configuraba ese requisito -no era urgente ni corría peligro su salud-, como tampoco la mejor calidad de vida, ya que no puede abarcar supuestos meramente eventuales, remotas o posibles.”

Tomó en su juicio las alegaciones del fiscal, al sostener que la operación “bien podía haberse llevado a cabo en el sistema de salubridad gratuito en el hospital de Salta, sin tener que recurrir a la ejecución de un comportamiento delictual de suma gravedad como lo es el vinculado al tráfico de estupefacientes”, sin atender la situación geográfica -289 kms. de distancia por la ruta 34, unas seis u ocho horas de viaje en colectivo-, ni los gastos que ello representa.

También expresó que “el comportamiento delictual desplegado no era el único medio al alcance para lograr la intervención de la niña y tampoco era idóneo ni necesario para salvaguardar el valor que se alegara.”

Concluyó que “debía de condenarse a Rodríguez como autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes” (artículo 5 inciso c de la Ley 23737) por el que resultara acusada y devolver las actuaciones al *a quo* para la realización de la audiencia de determinación de pena prevista en el artícu-

15 Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani, bajo la presidencia del primero de los nombrados, en el legajo judicial N° FSA 12570/2019/5 *caratulado “Rodríguez s/ impugnación”*. Representa al Ministerio Público el señor Fiscal General, doctor Raúl Omar Pleé; en tanto que el señor Defensor Público Oficial doctor Enrique Comellas asiste técnicamente a Rodríguez. 19 de diciembre 2019.

lo 304 del Código Procesal Penal Federal, a cuyos efectos debía remitirse la presente a la Oficina Judicial.

En sentido opuesto al presidente de trámite, el Dr. Juan Carlos Gemignani, en su voto manifestó que era nula la integración del tribunal y que la sentencia llevada a estudio se ajustaba a derecho, y, consecuentemente, debía ser homologada.

En sus precisos fundamentos afirmó que “el juez de grado había tenido en cuenta la totalidad de las circunstancias previas y concomitantes al hecho y que el paradigma dogmático debía de ser desarrollado a la luz de las disposiciones de la CEDAW y las Leyes 24632 -“Convención Belem do Pará”- y 26.485 -de Protección Integral de la Mujer- “Así, la situación de vulnerabilidad - acreditada por informe socio ambiental -, obligó “a tomar este hecho como vector de análisis diferenciado de la tradicional idea de igualdad”. Con toda justicia dijo “a todos los ciudadanos no puede reclamárseles el mismo esfuerzo en relación al acatamiento de las normas sociales.” Para fundamentar su posición citó a Basset, Úrsula C. (2017), al decir que:

“Este análisis diferenciado de la persona en situación de vulnerabilidad, que incluye un nuevo vector de análisis de la igualdad y una nueva forma de empatía con los que más sufren (se ve reforzado por el contexto de violencia de género verificado y que torna operativa la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 334:1204, 336:392 y más recientemente el 29 de octubre próximo pasado en CSJ 733/2 18/CS1 R.C.E. — s/recurso extraordinario.”

En cuanto a la perspectiva de género, nos ilustró citando los siguientes casos ante la CIDH: “Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparacio-

nes y Costas”¹⁶; “Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”¹⁷, y “Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”¹⁸, - del dictamen del Procurador General de la Nación punto, en los que concluye que “...la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género (conf. casos VI)-.”

Al detallado y extenso análisis de los requisitos del estado de necesidad efectuado por el Dr. Riggi en su voto, indicó que “los casos como el presente, imponen no solamente una especialísima consideración de los hechos en relación al tradicional bagaje de la general teoría del delito, sino además, la modificación sustancial de ese bagaje, impuesto por las generales circunstancias sociales en las que el caso se imbrica”.

Si bien el Dr. Gemignani no compartió la ponderación de bienes -salud pública vs. sustancial mejora en las condiciones psicofísicas de la hija- por resultar de difícil resolución, no pueden caber dudas sobre que, la especial situación de vulnerabilidad de R.M.C., así como la precedente y concomitante situación de violencia intrafamiliar a la que se veía sometida, “impiden reclamarle una conducta alternativa ajustada a derecho, y consecuentemente, la sentencia puesta en crisis debe ser ratificada, rechazándose el recurso interpuesto en revisión de la misma”.

Por último, manifestó que “conforme la

16 CIDH “Veliz Franco y otros Vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 188

17 CIDH “Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 309

18 CIDH “Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146)

perspectiva enunciada, R.M.C. no ha tenido frente a la norma una verdadera voluntad racional formalmente libre que permita imputarla penalmente”¹⁹. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Fallo “Gelman vs. Uruguay”²⁰, se ha visto afectada en el caso “...la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia”.

Finalmente, la Dra. Liliana Elena Catucci adhirió al voto del Dr. Riggi, expresó que las circunstancias que rodearon la vida de Rodríguez no resultaron aisladas, que muchas otras mujeres también la padecían, y avanzó un paso más al decir que la conducta de Rodríguez, además, puso en riesgo a la menor debido a que “transportaba una considerable cantidad de clorhidrato de cocaína de alta pureza que ocultaba bajo”.

Revocada la absolución por los votos del Dr. Riggi y de la Dra. Catucci, el 26 de febrero el tribunal de juicio, luego de considerar que correspondía que Casación efectivice en un control transversal y revise aquel fallo, nuevamente se impuso la decisión por parte de la citada Cámara de avanzar con la audiencia de determinación de pena. Dando cumplimiento a lo ordenado, se llevó adelante la audiencia de cesura. Allí resolvió que se impusiera a Rodríguez la pena de cuatro años de prisión y multa de cuarenta y cinco unidades fijas (Ley 27302) como autora de transporte de estupefacientes, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del juicio.²¹

¹⁹ LESH, HeikoHartmut, El concepto de delito. Las ideas fundamentales para una revisión funcional, traducción de Juan Carlos Gemignani, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pag. 232”).

²⁰ CIDH “Gelman vs. Uruguay” del 24 de febrero de 2011, párr.129

²¹ Artículo 5 inciso c de la Ley 23737, artículos 12, 29 inciso 3, 40, 41 y 45 del C.P. y artículo 304 del CPPF la

III.7. Segundo fallo de Casación: se empieza a ver la luz al final del túnel.

El día 23 de diciembre del 2020, los Dres. Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques resolvieron el planteo de nulidad por la integración colegiada de la instancia revisora y el recurso de casación interpuesto por la condena dictada en contra de Rodríguez.

Así, en un extenso voto el Dr. Mahiques, -al que adhirió Yacuboci- propuso hacer lugar a los planteos de la defensa técnica representada por el Dr. Enrique Comellas, y anular la resolución “del 9 de diciembre de 2019 de esta Cámara Federal de Casación Penal, en el legajo FSA 12570/2019/5, reg. no. 2/2019, que integró de forma colegiada el órgano revisor con funciones de casación, a pedido del representante del fiscal general ante esta sede, resultó violatoria del debido proceso legal”²² y mandó a la Oficina Judicial de la Cámara a que desinsacule un juez de revisión con funciones de casación quien debía conocer de manera unipersonal.

Más allá de la cuestión procesal, hay que resaltar que el voto del Dr. Alejandro Slokar quien, además, se introdujo en la cuestión de fondo indicando que “se debía hacer una reconstrucción hermenéutica por los deberes del Estado asumidos por la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CEDAW), su

modalidad de arresto domiciliario conforme el artículo 32 inc. f de la Ley 24660

²² Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, de conformidad con lo establecido en la acordada 27/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 15/20 de esta Cámara, en el legajo judicial N° FSA 12570/2019/8 caratulado “Rodríguez s/ impugnación”, el día 23 de diciembre de 2020.

protocolo facultativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) que reconocen el indispensable enfoque diferencial por motivo de género (Vid. causa n° CCC 32758/2010/TO1/CFC1 caratulada: “R., E. A. s/recurso de casación”, reg. no 1605/15, rta. 6/10/2015”).

Y que “no siempre se justifican de modo correcto las necesidades jurídicas de las mujeres, lo que se manifiesta en actuaciones institucionales que carecen de una adecuada perspectiva de género, que no hacen más que traducir valoraciones propias de determinados contextos histórico culturales fundados en el mantenimiento de relaciones sociales asimétricas desde una concepción heteropatriarcal (Cfr. mi voto en causa no CFP 11732/2014/TO1/5/CFC6, caratulada: “DE IRAZÚ, MaríaBelén s/ recurso de casación”, reg. no 345/20, rta. 19/05/2020”).

Compartió los argumentos esbozados por el *amicus curiae* al manifestar que “no es posible prescindir de los condicionamientos de género, pobreza y violencia que repercutieron en la encausada”.

III.8. Tercer sentencia de Casación: la luz al fin del túnel

Finalmente, el 5 de marzo del año 2021, se constituyó la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por la Señora Jueza Ángela E. Ledesma. La distinguida magistrada consideró que el Juez del Tribunal Oral valoró adecuadamente los hechos que excluyen la responsabilidad de Rodríguez, conforme los preceptos legales y constitucionales que rigen la materia. Resaltó que “atento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de Rodríguez, nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y

necesidad económico, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del Código Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art 75 inc. 12 CN)”²³.

Citó, además, fallos de la CIDH: por un lado, “Masacre de Mapiripán vs Colombia”²⁴, en el que expresan que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad; por otro lado, “Furlán vs. Argentina”²⁵ en el que la CIDH sostuvo que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...”.

También tomó en consideración lo que la Convención “Belem do Pará” establece en el artículo 9 “...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer

23 SENTENCIA de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por la señora jueza Ángela E. Ledesma, , en el caso FSA 12570/2019/10 caratulado “RODRÍGUEZ s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)”. Interviene representando al Ministerio Público Fiscal, el señor fiscal general doctor Raúl Omar Pleé, y ejerce la defensa pública de Rodríguez, el doctor Enrique Comellas. El día 5de marzo del 2021.-

24 CIDH “Masacre de Mapiripán vs Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 175

25 CIDH “Furlán vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 134.

en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada” y que, en su preámbulo, declara que la violencia contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana, y una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

En cuanto a aplicar a los casos una necesaria perspectiva de género, recordó los Fálllos de la CSJN en los precedentes 334:1204, 336:392 y, más recientemente, el 29 de octubre de 2019, en CSJ 733/2 18/CS1 R.C.E. —s/recurso extraordinario, en que el Máximo Tribunal reforzó la necesidad de incluir la perspectiva de género en los casos penales.

Así, concluyó afirmando que “el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención Belem do Pará”- (CBP) y la ley 26485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres –artículos 7b de la Convención Belem do Pará- (cfr. causa 11.343 “Nadal, Guillermo Francisco, s/ recurso de casación”, resuelta el 5 de septiembre de 2013, registro 1260/13)”.

Continuó enunciando que “desconocer la situación de necesidad que primó sobre Rodríguez, quien –como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia- se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre

ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal”.

III.9. Análisis de la causa de justificación invocada

Entrado en el análisis de fondo, luego de referenciar el marco teórico, la Dra. Ledesma atravesó los postulados clásicos de la dogmática penal, por los conceptos de vulnerabilidad, pobreza, género y violencia situado en un espacio -el lugar, la región en donde suceden los hechos- y tiempo determinado, con un enfoque integrador, global, y total, sin recortes arbitrarios.

En primer lugar, citó a Salas Laura, profesora de Derecho Constitucional y Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la UNT, en impacto y perspectiva de género en la dogmática penal para afirmar que “las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites”.

Refutando el voto del Dr. Riggi -al que adhirió la Dra. Catucci-, y la postura constante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto a la inexistencia del mal inminente, la Dra. Ledesma sostuvo que “la inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de Rodríguez -debido a su situación de vulnerabilidad- de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que, cuanto antes se opere, mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida. Esos extremos han sido valorados por el juez al señalar que “si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora

de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice", agregando que "la circunstancia que deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico, en nada modifica lo que Rodríguez sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, no caben dudas, a mi entender, de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba."

En cuanto a la violencia de género padecida por Rodríguez -y que fuera desconocida por el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de los alegatos en el debate, y desconocida permanentemente como un problema actual al alegar que habían transcurrido seis meses desde la hospitalización de Rodríguez -, la magistrada recordó el criterio del Comité CEDAW en punto a que la definición de violencia de género no requiere "una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima" (cfr. Caso V. K. vs. Bulgaria citado en Chinkin Christine, Acceso a la justicia, género y derechos humanos ,en Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, p.45").

III.10. Ponderación de bienes

En cuanto a la ponderación de bienes jurídicos en pugna, citó en auxilio teórico a Bacigalupo, quien expresa que "en la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en

detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso."²⁶

Concluyó que "teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes 23737) -en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer "mula" en su cuerpo-, y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas, a mi entender, que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal".

A mayor abundamiento, analizó el contexto sociocultural indicando que "no podemos dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego."

III.11. En cuanto a la culpabilidad

Hacia el final del análisis, la Sra. Jueza se hizo una última pregunta, "¿qué posibilidades reales tenía Rodríguez de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida?"

Cabe recordar que se había mencionado que Rodríguez podía haber recurrido al sistema de

26 Cf. Argibay Carmen, en código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Baigún D. y Zaffaroni E. (comps) editorial Hammurabi, 1997, Argentina, p.625- 642, citado en Amicus Curiae INECIP op. Cit"

salud pública o procurarse el dinero por otros medios, a lo que respondió con gran sentido de realidad y perspectiva de género que “no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, “las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación” (Anitua, Gabriel Ignacio y Picco, Valeria Alejandra, 2012: 242).

III.12. De la violencia institucional

Por último, la Dra. Ledesma advirtió que “en estas condiciones, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado”. En relación con el *amicus curiae*, sostuvo que “no me queda más que coincidir con los argumentos expuestos en el *amicus curiae* por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a Rodríguez, y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho.”

Luego de todo lo actuado, finalmente Rodríguez quedó absuelta.

IV. Conclusiones finales

Para finalizar, de los problemas que señalamos -que son los que agravan la situación

de la mujer sometida a proceso-, vemos que en el caso de Rodríguez existió una notable mejora en el primer supuesto señalado -el sistema procesal penal-.

Así, se puede ver que, al día siguiente de la detención la imputada, estaba frente al Juez de Garantías, ya se había entrevistado con un defensor público y pudo prestar declaración indagatoria -lo que antes sucedía en dos o tres semanas-.

Asimismo, el proceso penal hasta la revisión por casación -primera sentencia²⁷, tuvo una duración de cinco meses y diecisésis días, notable diferencia con el sistema anterior.

De igual manera, la implementación del Código Procesal Penal Federal -de corte acusatorio- quitó de las manos del Juez la investigación penal y, ahora, corresponde que cada parte procure obtener los elementos de convicción que sustenten su hipótesis.

Fue también un acierto la reestructuración del Ministerio Público de la Defensa, en unidades de defensa, permitiendo así que sea el mismo defensor el que inicia y termina el caso. Ello permite diseñar una estrategia de defensa desde el inicio y procurar sostenerla en el juicio, posibilita una unidad de acción, lo que en el sistema anterior -de naturaleza refleja- estaba dividido en instancias, interviniendo por lo menos cuatro defensores: el de instrucción, el de la apelación, el del juicio y el de casación.

La capacitación brindada por la Defensoría General de la Nación²⁸ fue fundamental

27 La detención fue el 3/7/2019 -hasta la primera sentencia en Casación el 19/12/2019-, transcurrieron cinco meses y diecisésis días, lo que en el caso de Martínez Hasan tardó dos años, cinco meses y diecisésis días.

28 Curso-taller organizado por la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez y el representante de EUROSOCIAL+, Alfonso Martínez Sáenz, para integrantes del Ministerio Público de la Defensa y que buscó elaborar estrategias de defensa para mujeres acusadas de cometer delitos que son víctimas de violencia de gé-

para el resultado del caso de Rodríguez, ya que permitió, en primer lugar, que se reconocieran desde el primer momento las alternativas de defensa con una perspectiva de género, además de analizar los elementos de la dogmática penal desde la particular posición de la mujer con los matices de vulnerabilidad, procurando la absolución en los estadios de la antijuridicidad y/o culpabilidad -y no solamente en la pena, que era lo que en la mayoría de los casos se venía haciendo-.

La capacitación también focalizó -y sirvió- en la obtención de elementos de convicción para poder probar la hipótesis de defensa y llegar al debate oral no sólo con la declaración de la mujer. Si bien en el caso de Rodríguez se pudo obtener numerosos elementos de convicción -testigos, informes psicológicos, sociales, etc.-, en el caso de Martínez Hassan ello no fue posible ya que se debía recurrir a autoridades, profesionales y/o funcionarios del Estado Plurinacional de Bolivia. Si bien se avanzó en las relaciones institucionales desde el caso Suarez Eguez, la cooperación en materia penal entre países, todavía sigue siendo una deuda pendiente.

Del análisis de los casos, vemos que existe un marco normativo que contempla la problemática de la mujer y la pobreza -debiendo además reanalizarse la dogmática penal con este cambio de paradigma- siendo necesario que aquello se aplique, baje y se enraíce en los operadores del sistema - defensores, jueces y fiscales- para no cometer actos de injusticias sobre un grupo ya vulnerable en aras de la aplicación de la ley, o incurrir en responsabilidad interna-

nero o están en situación de vulnerabilidad. La iniciativa se realiza en el marco del proyecto “Elaboración, implementación y difusión de estrategias de defensa de mujeres infractoras víctimas de violencia de género o en situación de vulnerabilidad”. Desarrollado los días 27, 28 y 29 de junio de 2019 en la ciudad Autónoma de Bs.As. La detención de Rodríguez fue el 3 de Julio del año 2019, a los días de aquel taller.

cional por no aplicar los principios que surgen del tratados internacionales citados.

Bibliografía

Basset, Úrsula. 2017. La ley Buenos Aires 2017 Tratado sobre la vulnerabilidad “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos”.

Casas, Laura Julieta “Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa. A propósito del fallo “XXX s/homicidio agravado por el vínculo” de la Corte Suprema de Tucumán. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38993.pdf>

Lesh, Heiko Hartmut. 2017. *El concepto de delito. Las ideas fundamentales para una revisión funcional*, traducción de Juan Carlos Gemignani, Ed. Marcial Pons, Madrid.

Laurenzo Copello, Patricia; Rita Segato; Raquel Asensio; Julieta Di Corleto, Julieta; Cecilia González. 2020. *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Programa Eurosocial.

Anitua, G. I. y Pico V. A. 2012. Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en caso de “mujeres mulas”. AA.VV. *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* (pp. 217-253). Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Patricia Guzmán - Silvia García de Ghiglino Alejandra Zarza- Delfina De Cesare “Mujeres, contrabando de estupefacientes y vulnerabilidad. Análisis de jurisprudencia” En: <https://www.argentina.gob.ar/sites/>

default/files/mujeres_contrabando_de_estupefuentes_y_vulnerabilidad._analisis_de_jurisprudencia_4.pdf

CELS, MPD, PPN, 2011. *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

CIDH. *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2017.

Boletín de Jurisprudencia del Bloque de Defensores Público Oficiales del Mercosur n. 10 maio/2019 Brasilia, Distrito Federal Brasil - Elaborado pela Defensoría Pública da União

Avances, retrocesos y desafíos a doce años del Fallo “Arriola”

Mariano Fusero

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) con orientaciones en Derecho Penal, Administrativo e Internacional Público. Diplomado en Política de Drogas en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), México. Ex becario en el Executive Course on Drug Policy, Diplomacy and Global Public Health del Graduate Institute Geneve, Suiza. Ex Becario del Global Drug Policy Program, Reino Unido. Presidente de RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos. Miembro del Comité de Ética del Instituto Knowmad, Alemania.

I. Introducción

La historia jurídica de nuestro país relacionada a la criminalización de las personas que consumen drogas, ha demostrado un constante debate doctrinario, legislativo y judicial cuya inestabilidad redundó en una afrenta a la seguridad jurídica de dichas personas que da lugar a hechos cotidianos de violencia institucional y violación a sus derechos humanos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó en el “Fallo Arriola”¹, que “estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos”. Esta seguridad, luego de doce años de vigencia ininterrumpida del criterio judicial y una treintena de proyectos legislativos presentados a fin de despenalizar los delitos relacionados al consumo (Fusero, 2020: 38), no se ha plasmado en una norma que ampare los derechos de las personas y culmine con el dispendio absurdo de los recursos públicos que significa la represión de actos inocuos para con la seguridad urbana y la salud pública (Ancillai Pont, 2019: 12).

¹ “Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho, causa n° 9080” sentencia del 25 de agosto de 2009 (considerando 12 del voto de Lorenzetti).

La tenencia de cualquier sustancia ilícita con fines de consumo, su autocultivo, la utilización en la vía pública sin afectación a terceras personas, entre otras conductas relacionadas al mero uso de estas sustancias, al día de hoy sigue siendo objeto de la mayor de las arbitrariedades policiales y judiciales que se agravan en contextos de gobiernos adeptos a la demagogia punitiva. La criminalización primaria legislada sobre los consumos es la excusa predilecta de las agencias policiales para habilitar su poder represor de forma selectiva y violenta en su ejercicio del control social sobre los grupos históricamente vulnerados.

El criterio judicial, aunque proveniente del Tribunal Supremo de la Nación, no quita vigencia a la norma, ni la modifica, ni obliga al Poder Legislativo a ello, conforme nuestro régimen constitucional. Doce años de vigencia del antecedente “Arriola” demuestran el mero poder simbólico de la sentencia sin una modificación legislativa que haga lugar a su declaración de inconstitucionalidad.

Tampoco impide a las agencias policiales ejercer actos de criminalización selectiva, ya que se amparan en la vigencia de la norma penal y la consecuente obligación en la represión de las conductas que señala. De tal forma se da la penosa situación institucional de que la criminalización ejercida por los poderes ejecutivos y judiciales sobre conductas relacionadas al consumo convive en pacífica apariencia con su repulsa constitucional, conforme lo establecido por el criterio del Máximo Tribunal. Un ejemplo de inseguridad jurídica y contradicción institucional por excelencia.

Debe comprenderse que la criminalización de las personas que consumen drogas comienza desde el allanamiento de sus moradas, la detención y requisita en la vía pública, los procesos de extorsión policial y de estigmatización -social, familiar y laboral-, el eventual paso por el encierro, la necesidad de obtener una defensa idónea, la convivencia

con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia penal durante el tiempo que dure el proceso, para finalmente someterse a la eventualidad de que el sistema judicial considere sus actos contemplados bajo el criterio del Máximo Tribunal u opte por apartarse del mismo bajo razones impredecibles que suelen estar relacionadas a consideraciones moralistas, higienistas, perfeccionistas, clasistas o de aversión racial.

La importancia no radica en la culminación del proceso y sus condenas, que son escasas, sino en aquella excusa de intervención punitiva masiva contra acciones amparadas por el derecho convencional. Aunque al final del proceso el Poder Judicial pueda aplicar el precedente jurisprudencial, el daño ya está hecho. Es por ello que, a pesar de la existencia del fallo, el cambio legislativo se presenta como ineludible para aplacar las ansias represoras de otros estamentos institucionales.

En una reciente exposición pública en el Senado de la Nación, el -por entonces- juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio R. Zaffaroni, afirmó al respecto:

[...] ¿Por qué razones el fallo ‘Arriola’ no ha tenido el efecto que pensábamos o deseábamos sobre la política en materia de tóxicos? Nosotros tenemos graves defectos institucionales que nos vienen desde nuestra Constitución histórica y que no hemos corregido. Nuestra Constitución histórica pretendió copiar la Constitución de Estados Unidos en cuanto a control de constitucionalidad y la arruinamos. Hay dos sistemas de control de constitucionalidad en el mundo, aunque el nuevo aparece con posterioridad a nuestra constitución de 1853/1860: un control difuso y un control centralizado. El modelo difuso de control es el modelo que proviene de los Estados

Unidos, en el que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley. Pero en los Estados Unidos eso va subiendo en instancias hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia. Y la Suprema Corte de Justicia en los Estados Unidos cuando decide que una ley es inconstitucional o que una norma es inconstitucional, esa jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces de todas las instancias de todo el país. Es el principio del 'Staredecisis', es decir 'estar a lo decidido'. Nosotros no tenemos este principio. Nuestro control de constitucionalidad es muy débil; sumamente débil. Yo creo que, en algún momento, así como nuestra Corte Suprema asumió pretorianamente, sin que ninguna ley se lo diga, la competencia para anular lo que se llaman 'sentencias arbitrarias', creo que también pretorianamente un día, por razones de orden y seguridad jurídica, tendría que asumir el 'Staredecisis'. Mientras no lo haga, pasa lo del fallo 'Arriola': simplemente la ley no se aplica en ese caso y nada más. Y cada juez sigue sosteniendo la posición que quiere, lo cual continúa siendo anárquico. La ley sigue vigente, los jueces la consideran constitucional o inconstitucional como gusten y hay que llegar de nuevo a la Corte Suprema (Zaffaroni, 2019).

En su empecinada vocación paternalista por imponer una moral disfrazada de salud pública, el derecho se transforma en dogma religioso y el Estado en un ente inmoral. El Fallo "Arriola" nos recuerda que el Estado no puede establecer una moral sino garantizar un ámbito de libertad moral en el que cada habitante elija su plan de vida, siempre y cuando el mismo no interfiera ilegítimamente en los derechos de terceras personas. Es el límite entre un Estado constitucional de derecho y el totalitarismo. Este basamento de la conformación política de nuestro país,

contemplado desde el Estatuto Provisional de 1815 y sustanciado en el artículo 19 de la Constitución Nacional desde 1853, nos interpela respecto de las libertades que nos faltan reconocer como república y democracia luego de doscientos años.

En este contexto, aceptar el convite a escribir el presente texto bajo el título reseñado, resulta todo un reto. Los avances suenan a paliativos, los retrocesos acechan sin posibilidad de reacción y los desafíos se presentan cuesta arriba. Tales categorizaciones resultan endeble y arbitrarias cuando el sistema represivo direccionado a las personas que consumen goza de buena salud, valiéndose de las invariantes punitivas que por acción u omisión caracterizaron a estos doce años. Sin embargo, glosaremos algunas acciones que puedan englobarse en dichas categorías en el sinuoso camino transcurrido desde el Fallo "Arriola" a la actualidad.

II. Avances, consumados o en grado de tentativa

II.1 Proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional a fin de despenalizar delitos de consumo

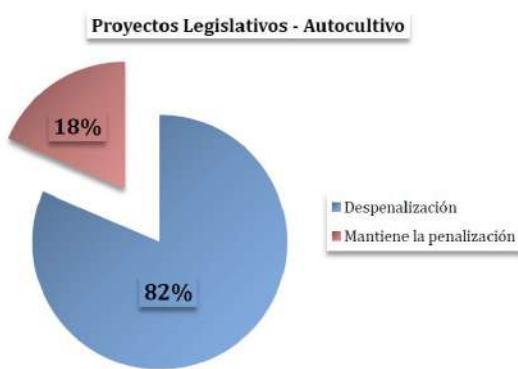
Durante los años posteriores a la sentencia "Arriola" se profundizó la vocación de las/os representantes legislativas/os en la elaboración de iniciativas parlamentarias tendientes a despenalizar figuras asociadas al consumo contenidas en la Ley 23737; principalmente la tenencia para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo) y el autocultivo (artículo 5 inciso a y anteúltimo párrafo).

Tal impulso legislativo encontró su motivación principal en el fallo recaído en un contexto político en donde se suponía favorable para avanzar en la materia, ya que el Poder Ejecutivo Nacional había dado indicios mediante el impulso de la creación del Comité Científico Asesor en Materia de Control de

Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja y Derechos Humanos (Resolución Ministerio de Justicia 433/2008), que había recomendado la despenalización de figuras asociadas al consumo, y otro organismo del Estado como el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) había hecho lo suyo mediante la publicación de la Recomendación General N° 3 en materia de discriminación a consumidores/as de drogas prohibidas (INADI, 2008). A tales documentos se le sumó la retórica de altas/os funcionarias/os a nivel nacional que manifestaban la necesidad de ajustar la legislación penal a lo establecido por la Corte.

En un trabajo comparativo de la totalidad de los proyectos de ley presentados desde la sentencia hasta agosto de 2020 (Fusero, 2020, páginas 39 y 40), contabilizamos un total de veintisiete iniciativas parlamentarias que versaron sobre las figuras penales antes mencionadas, arribando a las siguientes conclusiones:

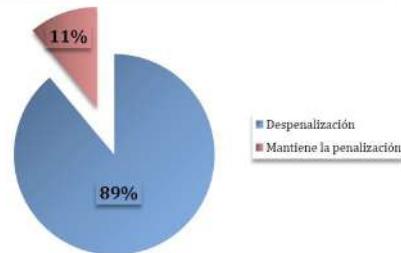
De los veintisiete proyectos presentados durante esos años, veintidós despenalizan/descrimpinalizan la figura de siembra o cultivo para consumo personal, representando el 82 % de los mismos.



Fuente: FUSERO, Mariano. 2020. "Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en Argentina (2009/2020)". RESET.

En el caso de la tenencia para consumo personal, el número asciende a veinticuatro proyectos que despenalizan/descrimpinalizan la figura, representando el 89 % de los proyectos presentados desde el año 2009 a agosto de 2020.

Proyectos Legislativos - Tenencia para consumo personal



Fuente: FUSERO, Mariano. 2020. "Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en Argentina (2009/2020)". RESET.

Los datos relevados permiten afirmar que en nuestro país existe cierta transversalidad y consenso político/legislativo -al menos de los/as representantes legislativos/as que se abocaron al tema- respecto a la necesidad de un cambio de paradigma referido al tratamiento que se les brinda a las personas que consumen sustancias fiscalizadas. Salvo casos muy excepcionales, los/as representantes legislativos/as de las fuerzas políticas más variadas han presentado proyectos que entienden entre sus fundamentos que la persecución penal a las personas consumidoras, mediante figuras que tienden a limitar su ámbito de libertad y autodeterminación, como ser la tenencia o el autocultivo, es lesiva a nuestra Constitución Nacional, a nuestra democracia y a los derechos humanos más elementales de nuestra población. Otros sectores observan en la penalización un dispendio de los recursos de las Fuerzas de Seguridad, los Ministerios Públicos y el Poder Judicial, lo cual redonda en una afectación de la seguridad general de la po-

blación, considerando que tales recursos deberían implementarse en la prevención/persecución de delitos de mayor entidad y verdadero daño social.

Varias/os legisladoras/es han observado que la penalización de las personas que consumen afecta en términos procedimentales la investigación de delitos de drogas más complejos que se pretenden perseguir relacionados al tráfico. Es que, como bien ha advertido la CSJN en su sentencia:

[...] cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos (considerando 29 del voto de Fayt).

En las antípodas de ello, hubo sectores minoritarios que no han reparado en ninguna de las observaciones, recomendaciones de organismos internacionales, ni desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales al respecto, continuando con la demanda de punición mediante una asociación simplista entre “juventud-droga-clase-delito” que brinda fundamento a campañas de seguridad ciudadana basadas en la demagogia punitiva.

Finalmente, algunos sectores mostraron preocupación por un eventual aumento del consumo atribuible a la despenalización. Ello no debería ser una preocupación ya que fue estudiada ampliamente -y descartada- la tesis de que la despenalización de drogas aumente su consumo en la realidad de los países que en la actualidad no criminalizan conductas relacionadas al consumo (Fusero, Souto Zabaleta, 2021: 57- 58)

II.2 El debate parlamentario de 2011/2012

Durante esos años, algunos proyectos llegaron a debatirse en las comisiones parlamentarias abocadas a su tratamiento mediante audiencias públicas donde especialistas y otras/os personas explicaron las razones para despenalizar actos relacionados al consumo, u oponerse a ello. A la par, un núcleo de diputadas/os lograron un consenso sobre la norma que se pretendía aprobar a fin de despenalizar la tenencia para consumo y el autocultivo -entre otras cuestiones-, lo que significó un avance relevante para los sectores que suponían que el tratamiento por la despenalización prosperaría en el Congreso.

La principal oposición fue sostenida por sectores eclesiásticos y representantes de comunidades terapéuticas que, por motivos acientíficos e intereses no revelados, lograron imponer la visión supersticiosa de que la despenalización haría aumentar la prevalencia de los consumos y la accesibilidad a las sustancias, motivo por el cual bregaban por el tratamiento prioritario de una ley específica sobre adicciones a fin de atender aquella visión apocalíptica que acarrearía la despenalización. La superstición y poder de *lobby* ganaron la arena política, valiéndose de los testimonios de las redes de familiares “víctimas de la droga”, imponiendo así la maniobra dilatoria de los sectores conservadores que impidió continuar con el debate. Sin mediar razones ni aclaraciones, las reuniones de las comisiones parlamentarias dejaron de lado el tratamiento de proyectos de despenalización para abocarse a la evaluación de iniciativas presentadas para la creación de un plan nacional de adicciones, que desencadenaría en la Ley 26934 aprobada en el año 2014 bajo el título “Plan integral para el abordaje de los consumos problemáticos”, respecto de la cual nos referiremos más adelante.

El tratamiento por vez primera de la ne-

cesidad de despenalizar actos relacionados al consumo, luego de veintitrés años de vigencia de la ley, puede considerarse, generosamente, como un avance en grado de tentativa obstaculizada por aquellos sectores y sus postulados que, sumados a la dubitativa contabilidad electoral del partido de gobierno respecto de un tema sensible hasta el tabú para la opinión pública, significó la parálisis en su progreso.

Sin embargo, el avance se reconoce por la participación de la sociedad civil en su impulso, quien logró poner el tema en agenda pública y parlamentaria luego de estrategias de difusión mediática, marchas multitudinarias de las agrupaciones cannábicas y tácticas de cabildeo que construyeron lazos políticos que perduran al día de hoy (Corbelle, 2018: 287).

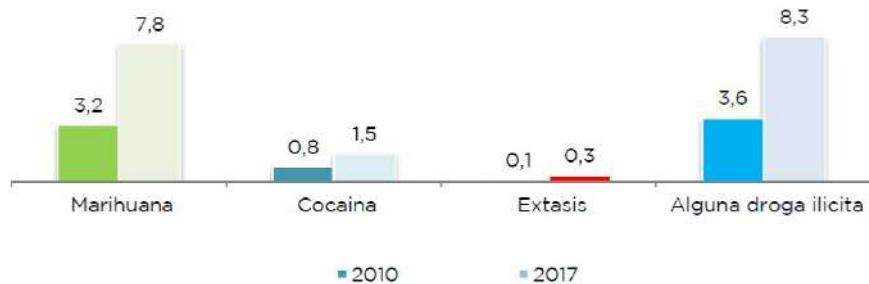
Vale mencionar que las premoniciones de aquellos sectores conservadores, aunque acientíficas y contrafácticas, fueron parcialmente ciertas: la prevalencia de consumo de sustancias y la accesibilidad a las mismas creció considerablemente durante los siguientes años, a pesar de que la ley penal represiva y el supuesto efecto disuasivo de la penalización sobre el consumo, se mantuvieron inalterados.

Conforme los estudios nacionales sobre consumo de sustancias psicoactivas en población de doce a sesenta y cinco años, de-

sarrollados por el Observatorio Argentino de Drogas (OAD-SEDRONAR, 2017) y publicados en los años 2010 y 2017, se observa que, respecto a la prevalencia anual, hubo un aumento - estadísticamente significativo- en las tasas de consumo de marihuana, cocaína, éxtasis y de alguna otra droga ilícita.

En el caso de la marihuana, la diferencia entre ambos estudios es de 4,6% porcentuales y, en términos de incremento, implica una tasa del 151% con respecto al año 2010. El consumo de cocaína “alguna vez en los últimos 12 meses” (prevalencia anual) tuvo una variación de 0,7 puntos porcentuales, alcanzando para el año 2017 una tasa de 1,5%. En cuanto a la tasa de consumo reciente de éxtasis, si bien permanecía por debajo del 0,5%, el número de personas que declaró haber consumido éxtasis durante los últimos doce meses, pasó de 9.000 en el año 2010 a más de 60.000 en el 2017, lo que, en términos de incremento, implica una tasa superior al 500%. Finalmente, la tasa de consumo de otras drogas ilícitas supera en 4,7 puntos porcentuales a la del año 2010, es decir, el 8,3% de la población estudiada usó alguna vez en el último año alguna sustancia de uso ilegal. Asimismo, se releva que más de la mitad de las/os niñas/os y adolescentes de doce a diecisiete años manifestaron que les sería fácil conseguir marihuana

Prevalencia de año de sustancias de uso ilícito. Población de 12 a 65 años. Argentina 2010 - 2017



Fuente: OAD. 2017. Estudio Nacional en población de 12 a 65 años, sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas. Argentina 2017. Informe de Resultados N° 1. Magnitud del consumo de sustancias a nivel nacional. SEDRONAR.

en 24 horas, y un tercio de ese número dijo poder conseguir cocaína en un plazo similar.

II.3 La Ley Nacional de Salud Mental y la Ley de Abordaje de Consumos Problemáticos

En 2010 se sancionó la Ley 26657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental, la cual, junto a su reglamentación (Decreto 603/2013), significó un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas que consumen sustancias fiscalizadas. La norma incorpora como parte de las políticas de salud mental algunas definiciones importantes en materia de consumos problemáticos:

- La atención tiene que estar basada en una perspectiva de salud integral.
- El eje tiene que estar puesto en la singularidad. En lugar de centrarse en la sustancia debe centrarse en la relación que cada sujeto establece con ella y el contexto.
- Debe haber Inclusión de dispositivos basados en la estrategia de reducción de daños.

El tratamiento brindado a los consumos por nuestras sucesivas normas, pendulaba entre miramientos versados en la afectación de la seguridad nacional, considerando a las personas que consumen como un eslabón más de la cadena de tráfico bajo el paradigma securitario (Ley 20771 -1974-, Fallos “Colavini” -1978- y “Montalvo” -1990), la contemplación del paradigma de salud diluido con el securitario (Ley 23737 -1989, Fallo “Bazterrica” -1986-) (Arduino, 2020: 46), y la consideración de un paradigma de derechos humanos (Fallo “Arriola” -2009-) (Fusero, 2020: 23) que no se ha jerarquizado aún en la reforma legal.

Tal era la confusión de paradigmas respecto al abordaje de los consumos, que forzó la sanción de una ley para brindar claridad. El artículo 4 de la Ley de Salud Mental establece que “las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental...” Pue-

de que, en otras materias, nos resulte absurda -por tautológica- una definición legal semejante que diga, por ejemplo, que “una gripe es una infección de las vías respiratorias”. Sin embargo, hizo falta la sanción de una norma nacional para devolver a las adicciones a su ámbito natural de abordaje, intentando alejarlo de un ámbito ficticio o artificial como el abordaje penal.

Además de obligar a un tratamiento interdisciplinario de los consumos problemáticos, en un intento por aplacar el paradigma médico/psiquiátrico hegémónico que venía complementando al securitario, su avance más importante fue en relación a las internaciones compulsivas que padecen las personas que consumen sin contralor institucional alguno que vele por el respeto de sus derechos más elementales, utilizadas como estrategia de neutralización física del peligro endilgado a la persona que consume como complemento de la prisión.

Es así que la Ley de Salud Mental, en su capítulo VII, regula y limita las internaciones como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, breve, que mantenga en lo posible los vínculos familiares, sociales y laborales, y cuya compulsividad -internación involuntaria- es un recurso excepcional que sólo se justifica “cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” (artículo 20), bajo contralor judicial y derecho a la asistencia letrada (artículos 21 y 22). Cabe resaltar que la protección brindada a las personas que consumen denota una desarmonía absoluta con la compulsividad que establecen las medidas de seguridad contenidas y vigentes en la ley penal (artículo 17 y ss. de la Ley 23737).

La norma, en lo que respecta a los consumos, es complementada con la sanción, en el año 2014, de la Ley 26934 que establece el “Plan integral para el abordaje de los consumos problemáticos (IACOP)”, cuyos objetivos principales son (artículo 3):

- a. Prevenir los consumos problemáticos

- desde un abordaje intersectorial mediante la actuación directa del Estado;
- b. Asegurar la asistencia sanitaria integral gratuita a los sujetos afectados por algún consumo problemático;
 - c. Integrar y amparar socialmente a los sujetos de algún consumo problemático.

Como hemos sostenido algunos párrafos atrás, el nacimiento de la norma tiene como lamentable antecedente el reclamo de sectores conservadores como estrategia útil para oponerse a la despenalización de conductas relacionadas al consumo. Sin embargo, la ley avanza sobre materias controvertidas por aquellos mismos sectores, como ser el abordaje de reducción de daños (artículo 10 inciso d) y una definición amplia de la categoría "consumo problemático", incluyendo en su definición las drogas "legales o ilegales" y otras conductas compulsivas relacionadas al juego, las nuevas tecnologías, la alimentación, las compras, etc. (artículo 2).

Los mismos sectores que, por 2012, militaron la imperiosa necesidad de contar con una norma específica sobre las adicciones antes de avanzar con la despenalización de actos relacionados al consumo, una vez sancionada la Ley IACOP en 2014 se han desatendido de su existencia. En los debates recientes de 2020 en comisiones parlamentarias del Senado Nacional, habiendo sido convocados a hablar nuevamente sobre la necesidad de reforma de la Ley 23737 y la despenalización pendiente, reiteraron la retórica sobre la necesidad de contar previamente con una norma específica sobre adicciones, retomando un libreto apolillado y carente de actualidad. Tampoco han insistido con su reglamentación, cuestión que está pendiente luego de siete años de vigencia.

Para los sectores reformistas, la reglamentación de la ley es una materia que suelen visibilizar como necesaria y urgente, mediante la cual se puedan establecer criterios claros en la determinación de los abordajes de reducción

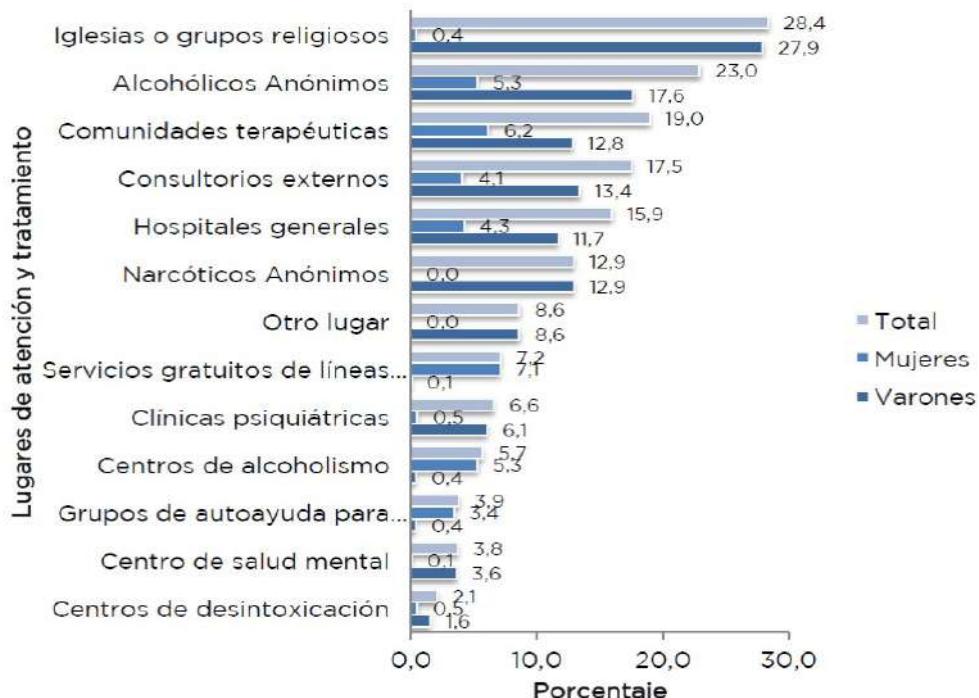
de daños y el contralor institucional de la diversidad de actores que desarrollan tratamientos de los consumos problemáticos. Materias sensibles para los sectores conservadores que se oponen a aquellos abordajes y acostumbrados a ejercer actos lesivos de los derechos de las personas internadas en sus dispositivos, sin contralor institucional alguno y financiados por los mismos organismos estatales que tercerizan históricamente el tratamiento de las "adicciones" en territorios desiguales.

Desde la década del 80, nuestro país se ha desentendido de su obligación primaria de abordar la reducción de la demanda de drogas - prevención y tratamiento - como política de salud pública, tercerizando sus servicios en una diversidad de efectores y operadores financiados por el mismo Estado, a la par que desfinancia sus obligaciones sobre la salud mental. Esta tercerización, sin un efectivo contralor institucional que la monitoree, significa que la mayoría de las personas con consumo problemático que requieren de asistencia, deban incurrir en dispositivos de lo más diversos que pueden sostener indistintamente el abstencionismo como tratamiento inhumano, la internación compulsiva como castigo expiatorio, el aprovechamiento de sus asistidos/as como mano de obra precarizada en emprendimientos comerciales, la renuncia de los consumos mediante el rezo y entrega personal a divinidades y supersticiones, apremios ilegales de los más variados, etc.

Un informe del Observatorio Argentino de Drogas (OAD, 2017) afirma que los principales lugares de búsqueda de ayuda profesional fueron las iglesias o grupos religiosos (28,4%), Alcohólicos Anónimos (23%) y comunidades terapéuticas (19%). Recién en quinto lugar aparecen los hospitales generales como un abordaje posible desde la salud pública y en décimo segundo lugar, los centros de salud mental. Una diversidad de estrategias y abordajes en manos de actores con

trayectorias e intereses disímiles, alejados de toda evidencia conforme demanda nuestra legislación, que configuran la ausencia clara de una política de Estado sostenida en el tiempo sobre la reducción de la demanda.

Distribución de personas que buscaron tratamiento en los últimos 12 meses por género, según lugares de la búsqueda. Población de 12 a 65 años con consumo en el último año. Argentina, 2017



Fuente: OAD. 2017. *Estudio nacional en población de 12 a 65 años sobre consumo de sustancias psicoactivas. Informe de los principales resultados sobre demanda de tratamiento*. SEDRONAR.

II.4 Uso terapéutico del cannabis

Tal vez el avance más importante en estos años, ha sido el empoderamiento de la sociedad civil detrás del reclamo por el reconocimiento del uso de la planta de cannabis con fines terapéuticos/medicinales, cuya visibilización ha sido de tal significancia que desencadenó en la aprobación de la Ley 27350 en

marzo de 2017. En un contexto político signado por el retroceso en materia de libertades individuales y adverso a nuevas conquistas, el reclamo de madres, familiares y pacientes acompañado por organizaciones de derechos humanos y políticas de drogas (Noblia, 2020: 1) desencadenó estrategias de presencia parlamentaria, mediática e institucional que precedieron a esta conquista (Corbelle, 2018: 373).

Dichas estrategias versaron en litigios es-

tratégicos que tuvieron su inicio por 2012, gestiones para la importación de productos derivados del cannabis mediante un régimen excepcional de la ANMAT en 2014, formación de organizaciones sociales dedicadas a la temática específica en 2015, cabildeo, desarrollo de alianzas con actores parlamentarios y participación en los debates del Congreso Nacional durante 2016, apoyo de diputadas/os y senadoras/es mediante la presentación de proyectos (2000/2016), estrategias de comunicación que han conseguido un amplio apoyo de los medios de mayor alcance a nivel nacional, para finalmente desencadenar en la aprobación de la ley en 2017.

Cabe destacar que los alcances de la ley fueron limitados en el reconocimiento de las necesidades reales de la población usuaria de la sustancia con fines terapéuticos, las cuales pueden resumirse en acceso democrático (mediante autocultivos o productos estandarizados) y derogación de la intimidación penal sobre sus conductas, mientras que resultaba redundante en materias que no se encontraban vetadas por la legislación vigente por entonces, pero que se publicitaron como grandes conquistas; por ejemplo, la posibilidad de desarrollar investigaciones científicas o acceder a la sustancia por medio de la importación. Tal circunstancia la hemos denominado como un logro en lo político pero un fracaso en lo jurídico en otra publicación a la que nos remitimos (Fusero, 2017: 3 y siguientes).

El reclamo por el acceso a la sustancia -por elección o necesidad- mediante la técnica de los autocultivos (personal, solidario y cooperativo), vetada por el bloque mayoritario oficialista en 2017, hizo perdurar el legítimo reclamo de la sociedad civil que debió reconfigurar sus estrategias para ser reconocida en sus derechos. En tal sentido, ante la clausura del debate en sede del Poder Legislativo y Ejecutivo nacionales, se retomaron las iniciativas de litigio estratégico en diversas jurisdiccio-

nes provinciales, que desencadenaron en la autorización para el autocultivo personal de fueros de primera instancia y reveses ante la mayoría de las alzadas. Hoy el debate judicial se encuentra a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habiéndose presentado opiniones favorables al reconocimiento de los derechos de parte de la Defensoría General de la Nación, el Procurador Fiscal ante la Corte y la organización RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos que participa en carácter de *amicus curiae* ante el Tribunal.

A la par, la novedad más trascendente en materia legislativa durante este proceso, se produjo mediante la aprobación de normativas en municipios provinciales que habilitaron el autocultivo de las personas que se inscribieran bajo su jurisdicción. Haciendo lugar a una interpretación legal que jerarquizara la competencia concurrente entre la Nación y las provincias en materia de salud y derechos humanos (Fusero, Chigal, 2019: 28 y siguientes), diversos municipios y provincias avanzaron en el debate de normas que permitieran desvincular de la amenaza de sanción penal a las personas que autocultivan con fines medicinales en sus jurisdicciones. Esta interpretación de las facultades locales en el desarrollo de iniciativas vinculadas al reconocimiento de los derechos humanos de las personas que usan drogas, significa un hito muy importante que puede proyectarse a iniciativas futuras (despenalización, regulación, reducción de daños, etc.), mediando voluntad política de las/os representantes.

Los procesos locales fueron diseminándose por todo el país (Torti, 2020), logrando mantener vigente el debate y visibilizando la necesidad de su reconsideración a nivel nacional. Pasaron largos años hasta que, en 2020 y cambio de gobierno mediante, el Poder Ejecutivo Nacional reconoció el acceso a la sustancia mediante los autocultivos por medio del Decreto 883/2020 y la Resolución del

Ministerio de Salud de la Nación 800/2021, lo cual significó el reconocimiento del reclamo de la sociedad civil, aunque mediando críticas a algunos de sus postulados (espacios de cultivo, límite taxativo de plantas, posibilidad de padecer inspecciones sorpresivas en domicilios particulares, exclusión del tratamiento a animales no humanos, etc.) que aún continúan bajo debate y reclamo.

Asimismo, en la actualidad, el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación se encuentra impulsando una iniciativa de industrialización del cannabis con fines terapéuticos/medicinales y del cáñamo industrial, que cuenta con media sanción del Senado Nacional a momento de escribir el presente texto.

III. Retrocesos e invariantes punitivas

III.1 Modificación de la Ley de Ejecución Penal y agravamiento de la pena de multa por delitos de drogas

Tal vez el retroceso más importante que pueda vincularse a estos años, es la sanción, en el año 2017, de la Ley 27375, modificatoria de la Ley de Ejecución Penal 24660. Esta ley fue precedida de una campaña de demagogia punitiva, por medio de la cual se anuló el régimen de progresividad (artículo 6) para las personas condenadas por algunos delitos de drogas (artículos 5, 6 y 7 de la Ley 23737 y artículo 866 del Código Aduanero), estableciendo que “no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba” (artículo 56 bis) ni la libertad condicional para condenadas/os por tales delitos (artículo 14).

Contemplados dentro de un listado de delitos graves, como ser el homicidio agravado, secuestro extorsivo, tortura seguida de muerte, financiamiento del terrorismo y delitos contra la integridad sexual, se vinculan tipos penales relacionados a las drogas que impactan selectivamente en poblaciones histórica-

mente vulneradas, tales como las personas utilizadas por las redes ilegales como correos humanos o quienes venden al menudeo las sustancias como economía de mera subsistencia. Agravamiento que redunda de forma regresiva en un aumento de la prisionización de tales poblaciones en, cuanto menos, un tercio de sus condenas, por criterios absolutamente ajenos a la dañosidad de sus actos. Ello impacta, principalmente, en mujeres, disidencias sexuales y jóvenes dedicadas/os a la venta minorista de sustancias.

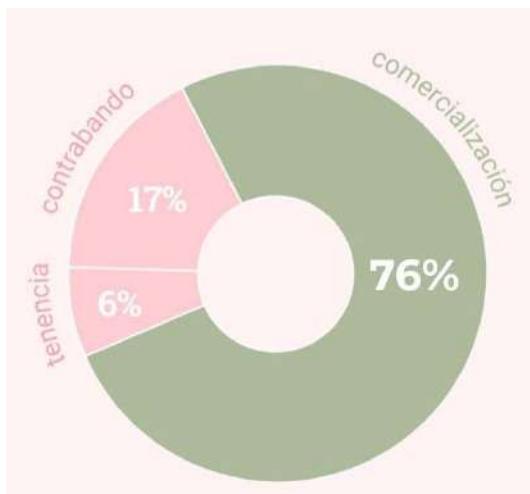
Las mujeres cis y trans utilizadas por las redes ilegales de tráfico como correos humanos, sufren una triple victimización selectiva:

- al ser seleccionadas, captadas u obligadas a traspasar fronteras mediante la ingesta o tenencia de sustancias fiscalizadas, como mano de obra fungible y descartable.
- al ser seleccionadas por las fuerzas de seguridad por sus actos grotescos de fácil captación.
- al ser seleccionadas por la legislación vigente para cumplir con penas agravadas sin derecho a la progresividad en su cumplimiento.

Dicha circunstancia empeora cuando se observa que, en los últimos años, hubo un aumento de la selectividad penal hacia mujeres cis y trans por delitos de drogas. Conforme un relevamiento del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2019), se observa que la mayor parte de las mujeres privadas de la libertad se encuentra procesada por delitos no violentos tipificados en la Ley 23737 (43%).

En 2017, solo el 30% tenía una sentencia firme. De ellas, el 61% no había cometido delitos con anterioridad y de las mil quinientas treinta y nueve (1.539) mujeres presas por drogas, solo veintitres (23) habían cometido otro delito. En 2016, el 82% de las mujeres condenadas recibieron penas de hasta cuatro años de prisión, ratificando su vinculación a delitos menores. Las sentencias judiciales

muestran que, la gran mayoría, se trata de delitos de comercialización (76%), tenencia (17%) y contrabando (6%).



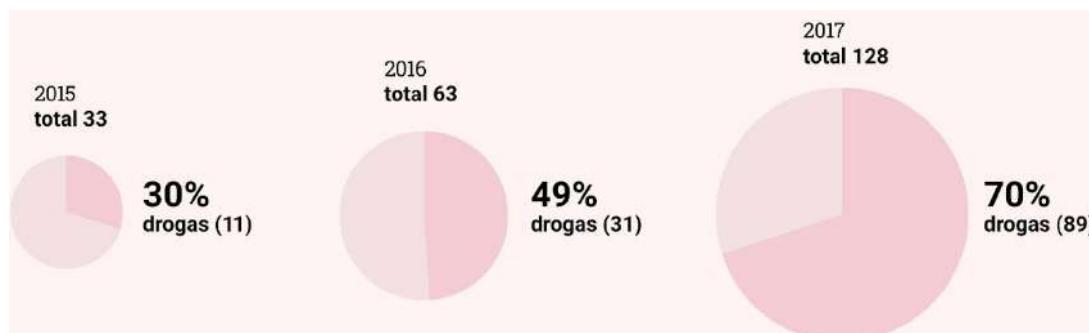
En el siguiente gráfico, se observa el aumento exponencial de la prisionización de la población trans por delitos de drogas, de 2015 a 2017, principalmente delitos no violentos vinculados a la venta minorista de sustancias como economía de subsistencia económica de una población con una esperanza de vida inferior a los cuarenta años por su histórica exclusión, vulneración de derechos y discriminación social, familiar, laboral e institucional.

A tal recrudecimiento del cumplimiento de las penas de prisión, se suma el agravamiento de la pena de multa dispuesta por Ley 27302, modificatoria de la 23737. La ley establece un criterio de cuantificación y actualización de las multas establecidas en la ley de estupefacientes, tomando como referencia el valor de una unidad fija como equivale en pesos al valor de un formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos.

Pensada como una sanción pecuniaria de considerable valor, sumada a la pena de prisión, la misma podría conservar cierta coherencia ante la represión del tráfico a mediana o gran escala. Sin embargo, si tomamos por ejemplo las conductas tipificadas en el artículo 5 de la Ley 23737, allí encontramos el comercio y la tenencia con fines de comercio (inciso d) que, en la gran mayoría de los casos, recae sobre aquellas personas que realizan actos no violentos de venta minorista de sustancias -nuevamente- como economía de subsistencia en contextos de segregación social y marginalización: madres cabeza de familia con hijas/os a cargo en contextos de desesperación socioeconómica, jóvenes marginadas/os de la educación y empleo formal, personas trans, migrantes, entre otras/os.

A la pena de prisión establecida en aquél

Prisionización de la población trans por delitos de drogas



Fuente: CELS.2019. *La guerra contra el narcotráfico. Una guerra contra los pobres.*

artículo 5, de por sí desproporcionada en su mínimo penal de cuatro años, se le suma la imposición de una multa que va de cuarenta y cinco a novecientas unidades fijas. Conforme el valor actualizado del formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos, a marzo de 2021, el mismo se sitúa en siete mil pesos de costo. Matemáticamente, una persona condenada por una conducta relacionada al comercio minorista en contexto de marginalidad, podría ser condenada a una multa entre \$315.000 a \$6.300.000. En caso de no poder afrontar la sanción pecunaria, le podría caber accesoriamente una pena de hasta un año y medio de prisión conforme el artículo 21 del Código Penal.

III.2 Invariantes punitivas

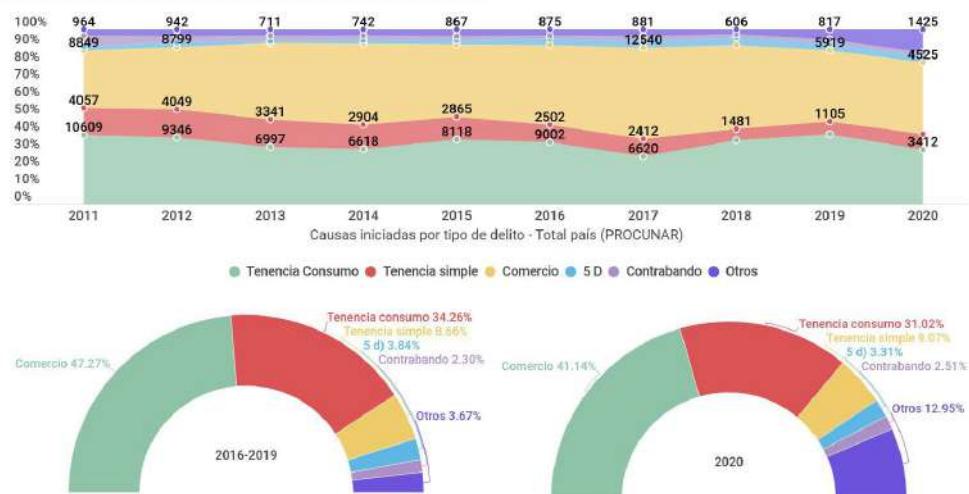
Durante estos doce años hemos atravesado gestiones del Poder Ejecutivo Nacional disímiles en lo ideológico pero aunadas en la invariante punitiva respecto a la criminalización selectiva de delitos menores no violentos relacionados a las drogas y de las personas

que consumen. Ello, a esta altura, podría configurar una auténtica política de Estado.

Más allá de cierta retórica circunstancial de funcionarios/as nacionales y locales respecto de la necesidad de despenalizar a las conductas de las personas que consumen, la realidad indica que, en estos años, no hubo avances significativos en la materia, ya sea en el accionar de las Fuerzas de Seguridad y/o en materia legislativa.

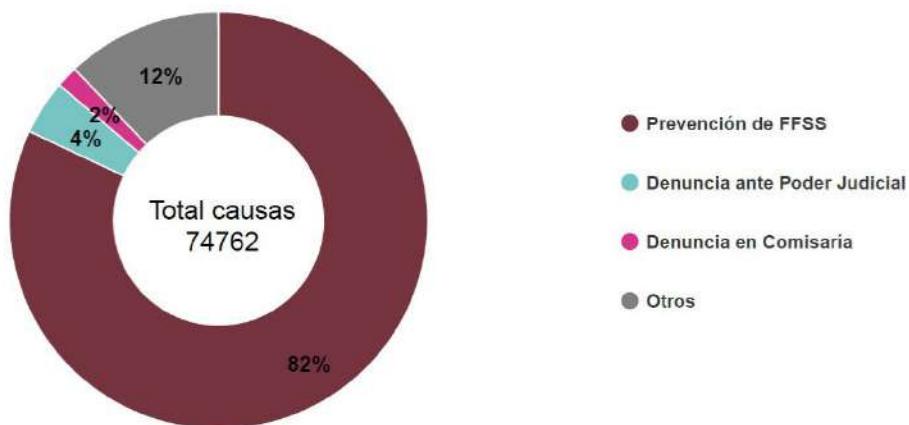
Si observamos los datos de los últimos años (PROCUNAR, 2021), vemos que el porcentaje de causas iniciadas ante el fuero federal por tenencia para consumo personal ronda en un promedio de 40% de forma sostenida durante los años 2011 a 2020, con una preeminencia absoluta de actos de prevención de las fuerzas de seguridad (82%) que se traducen en detenciones y requisas arbitrarias en la vía pública, bajo criterios de selectividad basados en consideraciones clasistas, racistas y etarias. Cabe resaltar que, muchas de estas causas, luego son convalidadas por operadoras/es judiciales, a pesar de que, por sus modalidades de inicio, deberían ser nulificadas por arbitrariedad.

La disminución en términos absolutos de



Fuente: Datos de PROCUNAR.2021. Elaboración gráfica de Mariana Souto Zabaleta. Sin publicar.

Causas Iniciadas por Art. 14º - TENENCIA para consumo personal según Modalidad de inicio (%) - Periodo 2011/2020**

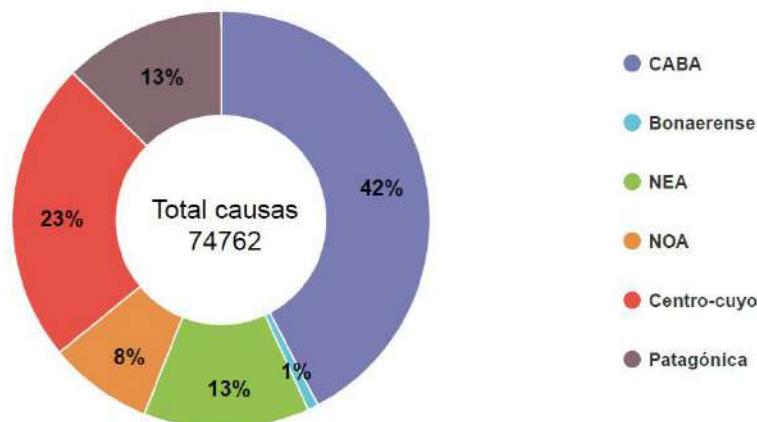


Fuente: PROCUNAR. 2021. *Plataforma interactiva de información estadística*.

causas -reflejada en los gráficos- se explica en razón de la adhesión de algunas provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2019 a la llamada "Ley de desederalización" (Ley 26052), no cuantificándose

en los gráficos las causas bajo investigación de los fueros provinciales. En tal sentido, la CABA representaba el 42% de las causas iniciadas por tenencia para consumo en el fuero federal a nivel país.

Causas Iniciadas por Art. 14º - TENENCIA para consumo personal según Región Fiscal (%) - Periodo 2011/2020**



Fuente: PROCUNAR. *Plataforma interactiva de información estadística*. 2021.

Según un relevamiento del CELS, posterior a la desfederalización de CABA:

[...] Las estadísticas muestran que esa política consiste en detener a consumidores. En 2018 habían ingresado a la justicia federal de la Ciudad 4777 causas por consumo. En 2019, por el mismo motivo, ingresaron a la justicia de la Ciudad 19.275 causas. Esto implica un aumento de más del 400%. Desde enero de 2019 hasta agosto de 2020 se iniciaron 38696 causas por delitos de drogas. Más del 75% (29.206) fueron por tenencia para consumo personal, y sólo el 17% (6.706) por comercialización (CELS, 2019: 3).

Gráfico 1. Causas ingresadas por tenencia para consumo. CABA 2018-2019

Fuente: Procunar y MPF CABA

Conforme refleja el citado informe, nuevamente encontramos que:

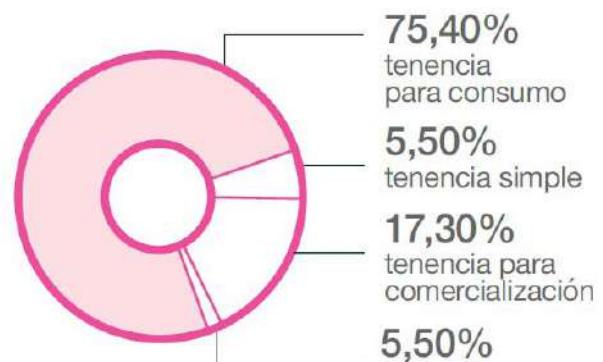
[...] el 82% de los delitos menores por drogas que llegan a la justicia de la Ciudad son ingresados directamente por intervención policial. Es decir que el aumento exponencial de las causas está relacionado de manera directa con las prácticas de la Policía de la Ciudad (CELS, 2019: 4)

Principalmente en las zonas más desventajadas y pobres de la Ciudad, donde se ejerce un control social y el hostigamiento hacia las personas en situación socioeconómica de



Gráfico 2. Causas por infracción a la ley de estupefacientes. CABA ene 2019 - ago 2020

Fuente: MPF CABA



Fuente: CELS. *La guerra contra lxs consumidorxs de drogas debe terminar.* 2021.

pobreza: “La cantidad de estupefacientes incautada en estos procedimientos confirma la persecución: el 78% de las incautaciones no superó los cinco gramos de marihuana” (CELS, 2019). La inflación estadística de causas contra las personas que consumen, para simular eficacia en la “lucha contra el narcotráfico” ha sido una práctica recurrente a nivel nacional y local, profundizada en los territorios desfederalizados e independiente del partido de gobierno.

IV. Desafíos como conclusión

Cada avance, retroceso e invariante presenta sus desafíos actuales, entre los que podemos nombrar la correcta y financiada implementación de la Ley de Salud Mental, la reglamentación y puesta en operatividad de la Ley de Abordaje de Consumos Problemáticos - incluyendo una clara regulación de los abordajes de reducción de riesgos y daños -, la destercerización de las políticas de reducción de la demanda y el efectivo control del accionar de los actores involucrados en abordajes de prevención y tratamiento de los consumos, el establecimiento de una política de Estado en la materia, recuperando su rol principal en velar por la salud pública de la población consumidora, la reconsideración de la ley de desfederalización conforme sus visibles efectos adversos, la readecuación normativa a criterios de proporcionalidad de las penas, la contemplación de causales de eximición de la sanción penal por delitos de drogas no violentos para personas en situación de vulnerabilidad social (principalmente mujeres cis y trans), la progresividad de legislaciones locales a nivel provincial y municipal que garanticen los derechos obturados por la legislación nacional, el acceso al cannabis con fines medicinales de forma estandarizada mediante la elaboración pública de medicamentos y en su forma vegetal por medio de los autocultivos

(revirtiendo obstáculos administrativos que resultan abusivos en la actualidad), la inclusión de los animales no humanos en los alcances de la legislación sobre uso medicinal del cannabis, la regulación legal e integral del cannabis para el uso recreativo de la población adulta, etc.

Pero el principal desafío, a doce años de la sentencia “Arriola”, sigue siendo la despenalización de conductas relacionadas al consumo de toda sustancia con cualquier finalidad, sin necesidad de andar exculpando conductas privadas que hacen a la autonomía y soberanía sobre los propios cuerpos bajo la “tolerancia” de lo medicinal. En tal sentido, el debate actual se circunscribe en la necesidad de arribar a una modificación legislativa cuya técnica brinde claridad y seguridad jurídica a las personas que consumen, considerando que algunas experiencias despenalizadoras de la región y el mundo han fallado en tal finalidad por la utilización de criterios vagos y abstractos en sus normas que dejan a criterio de las Fuerzas de Seguridad y operadores judiciales la eximición sancionatoria de actos relacionados al consumo (Fusero, 2014: 54).

“Escasa cantidad”, “circunstancias del caso”, “circunstancias personales”, entre otras descripciones que observamos en algunos proyectos de ley, redundan en la apreciación subjetiva de los actores del poder punitivo que no brindan aquella seguridad jurídica ni hacen previsible la actuación de los mismos, ni siquiera ante casos análogos. Asimismo, estos criterios vulneran un principio básico de la dogmática penal como es la máxima taxatividad legal e interpretativa, sobre el cual debe basarse cualquier reforma legislativa.

En tal entendimiento, resulta imperioso brindar criterios objetivos de actuación policial y judicial a fin de obturar las interpretaciones difusas. Más aún, cuando las Fuerzas de Seguridad -en su proceder histórico contra las personas que consumen- son quienes de-

terminan, en mayor medida, la política criminal en materia de sustancias fiscalizadas.

Bibliografía

- Ancillai Pont, Ricardo. 2019. "Costo económico en la persecución de personas que usan drogas". RESET – *Política de Drogas y Derechos Humanos*. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2019/09/22/mas-de-40-millones-de-dolares-al-ano-gasta-el-estado-en-criminalizar-a-personas-usuarias-de-drogas/>
- Arduino, Ileana. 2020. "Política de drogas, autonomía y libertades civiles. Los aportes del fallo Bazterrica". En: *El control deconstitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina*, coordinado por Adriana Muro Polo, 45-78. Ciudad de México, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- CELS. 2019. "La guerra contra el narcotráfico. Una guerra contra los pobres". Consultado: 30 de julio de 2021. <http://cels.org.ar/drogas/>.
- CELS. 2021. "La guerra contra lxs consumidorxs debe terminar". Consultado: 30 de julio de 2021. <https://www.cels.org.ar/web/2021/05/la-guerra-contra-lxs-consumidorxs-de-drogas-debe-terminar/>
- Corbelle, Florencia. 2018. "El activismo político de los usuarios de drogas. De la clandestinidad al congreso nacional". CELS. Consultado: 30 de julio de 2021. <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/el-activismo-politico-de-los-usuarios-de-drogas-de-la-clandestinidad-al-congreso-nacional/>
- INADI. 2008. "Recomendación General N° 3 en materia de discriminación a consumidores/as de drogas prohibidas". *Revista de la Asociación Pensamiento Penal*. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42093-recomendacion-general-no-3-materia-discriminacion-consumidores-drogas-prohibidas>
- Fusero, Mariano. 2014. "Conceptos básicos para un cambio de paradigma posible en las políticas de drogas". Colegio Médico de Chile (COLMED). Consultado: 30 de julio de 2021. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39135-conceptos-basicos-cambio-paradigma-possible-politicas-drogas>
- Fusero, Mariano. 2017. "Un fracaso en lo jurídico y un logro en lo político. Ley 27.350 sobre uso medicinal del cannabis". *Revista de la Asociación Pensamiento Penal*. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45957-fracaso-lo-juridico-y-logro-lo-politico-ley-27350-sobre-uso-medicinal-del-cannabis>
- Fusero, Mariano; Marcos Chigal. 2019. "Ley de uso medicinal del cannabis y facultades provinciales para legislar en materia de autocultivo". *Revista "Igualdad, autonomía y derechos sociales"*, Número 10, de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2019/10/07/ley-de-uso-medicinal-del-cannabis-y-facultades-provinciales-para-legislar-en-materia-de-autocultivo/>
- Fusero, Mariano. 2020. "Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en Argentina (2009/2020)". RESET - *Política de Drogas y Derechos Humanos*. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/08/22/comparativo-de-proyectos-de-ley-sobre-despenalizacion-de-delitos-de-consumo-de-drogas-en-argentina-2009-2020/>

Fusero, Mariano. 2020. "El fallo Arriola y las implicancias simbólicas de un control de constitucionalidad ineficaz". En: *El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina*, coordinado por Adriana Muro Polo, 9-44. Ciudad de México, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Fusero, Mariano; Mariana Souto Zabala. 2021. "Organismos internacionales y la criminalización del uso de drogas". RESET - *Política de Drogas y Derechos Humanos*. Consultado: 9 de noviembre de 2021. <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2021/09/30/organismos-internacionales-y-la-criminalizacion-del-uso-de-drogas/>

Noblia, Sol. 2020. "Madres que cultivan: donde la raza, el género y la ilegalidad se unen en formas de opresión". RESET - *Política de Drogas y Derechos Humanos*. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/05/28/madres-que-cultivan-donde-la-raza-el-genero-y-la-ilegalidad-se-unen-en-formas-de-opresion/>

OAD-SEDRONAR. 2017. Estudio Nacional en población de 12 a 65 años, sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas. Argentina 2017. Informe de Resultados N° 1. Magnitud del consumo de sustancias a nivel nacional. SEDRONAR. Consultado: 30 de julio de 2021. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/05/oad_2017._estudio_nacional_en_poblacion_sobre_consumo_de_sustancias_psicoactivas_magnitud_del_consumo_de_sustancias_0.pdf

OAD-SEDRONAR. 2017. Estudio nacional en población sobre consumo de sustancias psicoactivas resultados sobre demanda de tratamiento. SEDRONAR. Consultado: 30 de julio de 2021. <https://www.argentina.gob.ar/>

[ar/sites/default/files/2018/05/oad_2017._estudio_nacional_en_poblacion_sobre_consumo_de_sustancias_psicoactivas_resultados_sobre_demanda_de_tratamiento_0.pdf](http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/05/oad_2017._estudio_nacional_en_poblacion_sobre_consumo_de_sustancias_psicoactivas_resultados_sobre_demanda_de_tratamiento_0.pdf)

PROCUNAR. 2021. "Plataforma interactiva de información estadística". Consultado: 30 de julio de 2021. <https://pes.mpf.gov.ar/>.

Torti, Marcos. 2020. "Mapa del uso terapéutico del cannabis en la Argentina". RESET - *Política de Drogas y Derechos Humanos*. Consultado: 30 de julio de 2021. <http://resetdrogas.com.ar/index.php/2020/05/02/mapa-del-uso-terapeutico-del-cannabis-en-la-argentina/>

Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2019. "Dissertación de en el evento 'A 10 Años del Fallo Arriola', Senado de la Nación Argentina". 20 de Agosto. Consultado: 30 de julio de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=LDIS6UBgNy0>.

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

R. Alejandro Corda

Abogado. Investigador sobre políticas de drogas de Intercambios Asociación Civil.

I. Introducción

El presente texto complementa otros realizados respecto de la regulación de la planta de cannabis y sus derivados (Corda 2017, 2018, 2019 y 2021). Aquí, además de repasar someramente el conjunto de normas respecto de aquellas sustancias cuyas conductas reciben un tratamiento jurídico más riguroso, entre las que se encuentra el cannabis y sus derivados, se recorren algunas reformas o iniciativas recientes que han modificado el estatus de esta última a nivel internacional y local. Si bien ellas se pueden leer como avances hacia una regulación menos represiva, aún se adeudan reformas respecto del dispositivo penal, cuya mirada sigue primando y se resiste a los cambios.

II. Breve descripción de la legislación sobre “estupefacientes” y “psicotrópicos”

En Argentina, la principal respuesta estatal desarrollada en torno a las sustancias con un tratamiento jurídico más riguroso (conocidas vulgarmente como “drogas”, o más técnicamente como “estupefacientes”¹) ha sido la penal. Y,

¹ “Estupefacientes” es la denominación que utiliza el sistema de fiscalización internacional establecido en la Convención Única de Estupefacientes para denominar

desde la década del 70 del siglo XX, una gran parte de la actividad de las agencias penales- quizá la mayoría-, ha recaído sobre conductas vinculadas al cannabis (Corda 2018, 33).

Actualmente, la principal norma en esta materia es la Ley 23737 de 1989, que ha sufrido varias reformas. Sin embargo, ella forma parte de un complejo jurídico muchos más amplio, del cual sólo se mencionarán sus principales normas, que tiene su base entre acuerdos internacionales específicos y se complementa con normas administrativas. Incluso, con otras disposiciones penales como las que contiene el Código Aduanero vinculadas al contrabando de esas sustancias y otros objetos materiales relacionados.

“La Convención Única de Estupefacientes” de Naciones Unidas (1961) es la norma fundamental del sistema internacional de fiscalización de “estupefacientes”. Este instrumento de derecho internacional, que unificó varios otros de la primera mitad del siglo XX, establece un sistema de regulación que debería garantizar la utilización para fines médicos y científicos de los derivados de tres plantas: la amapola, el arbusto de coca y la planta de cannabis. Para ello, clasifican las sustancias en listados según los cuales varía la rigurosidad de los controles y prohibiciones, y se establecen

a las sustancias que derivan de tres plantas: la amapola, el arbusto de coca y la planta de cannabis. En Argentina ese mismo término se utiliza –por un lado- para regular administrativamente dichas sustancias siguiendo el modelo de la Convención, así como se utiliza “psicotrópicos” para regular administrativamente, siguiendo el modelo del Convenio de Sustancias Psicotrópicas. Pero –además- el término “estupefacientes” se utiliza para agrupar a aquellas sustancias cuyas conductas vinculadas son alcanzadas por la ley penal. El actual listado que complementa la ley penal se encuentra en el Decreto 560/19 donde se menciona tanto la especie vegetal y derivados (“cannabis y resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis”) como su principal principio activo el THC (“tetrahidrocannabinol”) y su variante producida por la industria farmacéutica (“Dronabinol”).

sistemas de licencias que autoricen el cultivo, fabricación, comercio y distribución.

Si bien la Convención Única obliga a los Estados a sancionar como delitos determinadas conductas vinculadas a estas sustancias (artículo 36), establece principalmente la obligación de desarrollar legislación administrativa respecto de ellas para asegurar su acceso cuando se utilice con fines médicos y científicos y evitar sus desvíos para otras finalidades. En este último sentido, los Estados se comprometen a limitar - administrativamente primero y penalmente en forma subsidiaria - el cultivo, la fabricación, el comercio nacional e internacional, la distribución y posesión.

La cannabis y su resina se clasificó entre las sustancias más limitadas o prohibidas (lista IV) hasta fines de 2020, por entenderse que eran peligrosas y no tenían propiedades médicas, aunque también en este caso se exceptúan los necesarios para la investigación médica y científica (artículo 2.5)². Pero por cannabis no se entiende toda la planta de cannabis sativa sino “las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina”; esto es, los cogollos o flores (artículo 1.b)³. Cabe agregar que la Convención

2 “Los estupefacientes de la Lista IV serán también incluidos en la Lista I y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes que figuran en esta última Lista y, además, a las siguientes:...
b) Las Partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes, si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos, con excepción de las cantidades necesarias únicamente para la investigación médica y científica”

3 “Por ‘cannabis’ se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe”.

también excluye la fiscalización del “cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas” (artículo 28.2)⁴, que vulgarmente se conoce como “cáñamo”.

Esta convención se complementa con el “Convenio de Sustancias Psicotrópicas” de Naciones Unidas (1971) que propone un sistema de fiscalización similar -aunque más laxo- limitando los usos de una serie de sustancias (“psicotrópicas”) en función de la utilidad médica y científica (art. 5). También en este caso se definen las sustancias por remisión a listados. En el listado con mayor grado de limitaciones y prohibiciones se encuentran el tetrahidrocannabinol (THC)-el primer cannabinoide identificado y más conocido-, y determinados isómeros y variantes estereoquímicas (lista I); aunque algunos similares (como el dronabinol) fueron trasladados a una lista menos rigurosa (lista II) en la década del 90’ del siglo XX.

La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Naciones Unidas (1988) profundizó los aspectos represivos del sistema de fiscalización establecido por los anteriores tratados. Por eso, entre las décadas del 80 y 90 -e incluso después- se endureció aún más la legislación penal en torno a estas sustancias en toda la región (Uprimny Yepes et. ál, 2012: 18-35).

Cabe recordar que estos instrumentos de derecho internacional, luego de la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inc. 22 Constitución Nacional), se posicionaron por encima de las leyes, pero por debajo de los Tratados de Derechos Humanos donde se contempla -por ejemplo- el derecho a la salud.

Como consecuencia de los dos primeros Tratados, el Estado Argentino sancionó leyes

⁴ “La presente Convención no se aplicará al cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas”.

que regulan administrativamente los “estupefacientes” y “psicotrópicos”.

La Ley 17818 de 1968 regula administrativamente la “importación, exportación, fabricación, fraccionamiento, circulación y expendio” (art. 2) de los “estupefacientes”, definidos por remisión a listados de modo similar a la Convención Única, con distintos niveles de limitaciones y prohibiciones. Pero mientras los de las listas I a III son definidos por la autoridad sanitaria nacional, en el caso de las más rigurosa (lista IV), donde en originalmente se incluyó cannabis y su resina, se remite al listado de aquella Convención; por lo que cualquier modificación en ese listado internacional impacta directamente sobre la legislación local. Así lo dice el artículo 3 que sólo exceptúa la prohibición de realizar aquellas acciones para las cantidades “necesarias para la investigación médica y científica”; del mismo modo que la Convención.

La Ley 19303 regula administrativamente las “importación, exportación, fabricación, fraccionamiento, circulación, expendio y uso” (artículo 2) de las sustancias definidas como psicotrópicos. Para ello, también se elabora un sistema de listados - similares a los del Convenio de 1971 -, pero todos ellos definidos y modificados por la autoridad sanitaria nacional. El artículo 3 tiene una redacción similar al de la Ley 17818, y prohíbe aquellas conductas respecto de las sustancias incluidas en la lista más rigurosa (lista I) aunque exceptuando “las cantidades estrictamente necesarias para la investigación médica y científica”. En esta lista se incluyó, en un primer momento, al tetrahidrocannabinol (THC), el principio activo más estudiado del cannabis.

Dos ejemplos vinculados a derivados de la planta de cannabis muestran cómo la autoridad sanitaria nacional ha seguido criterios similares a los adoptados en el ámbito internacional. La Disposición 12665 de 2017 de la Administración Nacional de Medicamentos

incorporó el Dronabinol (variedad del THC producida por la industria farmacéutica) a los listados de la Ley 19303 aunque en una categoría menos rigurosa (lista II) y dejó en la lista todos los isómeros del THC con excepción del DRONABINOL. Asimismo, mediante la Disposición 7334 de 2020, la misma autoridad autorizó como especialidad medicinal un producto con Cannabidiol (CBD) otro cannabinoide presente en la planta de cannabis pero que no está alcanzado por el sistema internacional de fiscalización -como se mencionará- y por ello no incorporado a los listados y sistema de la Ley 19303 como "psicotrópico".

En este recorrido cabe mencionar la Ley 21671 de 1977 que prohíbe -aunque sin sanción alguna- "la siembra, plantación, cultivo y cosecha de la Adormidera..., del Cáñamo... y de la Coca" (artículo 1) y "la tenencia, comercialización, importación, exportación y tránsito a través del territorio nacional de la Cannabis (marihuana), sus aceites y resinas (Haschisch) sus semillas" (artículo 2).

Finalmente, debe incluirse a este complejo normativo la Ley 27350 de 2017 que tiene como objetivo "establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal y terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud" (art. 1); y crea el "Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud" (artículo 2). Entre sus disposiciones se encuentra el artículo 8 que crea "un registro nacional voluntario a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 23737" que -se supone- debería amparar a quienes se encuentren registrados del alcance de la ley penal.

Dentro de este conjunto de normas se insertan las disposiciones penales de la Ley

23737 y del Código Aduanero vinculadas a los estupefacientes y su interpretación debería armonizarse con ellas.

La Ley 23737, es una norma principalmente penal donde se encuentran tipificadas como delito distintas conductas vinculadas a los "estupefacientes", definidos mediante un Decreto del Poder Ejecutivo que las actualiza (v. nota 2). Este listado penal contiene varias de las sustancias de los listados administrativos y en las últimas reformas se incorporaron otras que no tienen existencia previa en ellos, sumando incoherencia al sistema (Cattani, 2010).

Al igual que otras legislaciones penales sobre estas sustancias, se estructura a partir de figuras de tenencia. Los tres tipos más aplicados por las agencias penales son: la tenencia simple (nuda) de estupefacientes y dos tenencias a las que se agregan distintos elementos subjetivos (finalidades) a partir de los cuales se consideran conductas más graves o leves (tenencia con fines de comercialización y tenencia para consumo personal, respectivamente). La principal diferencia entre estas tres figuras radica en la escala penal distinta. Mientras la tenencia simple tiene una pena de uno a seis años de prisión (artículo 14, primer párrafo), la tenencia para consumo personal tiene una pena de un mes a dos años de prisión (artículo 14, segundo párrafo), aunque en este último caso la ley establece la posibilidad de desviar el proceso hacia una de las "medidas de seguridad", "curativa" o "educativa", dependiendo si el imputado resulta "dependiente" o "experimentador" (artículos 17, 18 y 21). Con más pena, cuatro a quince años de prisión se encuentra la tenencia con fines de comercialización en el inciso "c" del artículo 5, rodeada de otros verbos típicos (comerciar, distribuir, dar en pago, almacenar y transportar).

Estos delitos se aplican en aquellos casos en los que el objeto material resulta ser "estupefaciente", como el cannabis. Pero el artículo 5 tiene otros delitos vinculados a otros objetos materiales y que se aplican a otras conductas

vinculadas al cannabis, con la misma pena de cuatro a quince años de prisión. En el inciso “a” del artículo 5 se establecen como delito las conductas de siembra y cultivo de plantas y guarda de semillas o elementos “para producir o fabricar estupefacientes”. Y en el inciso “d” se repiten las mismas conductas del inciso “c” (comerciar, tener con fines de comercialización, distribuir, dar en pago, almacenar y transportar) con plantas o sus semillas “para producir estupefacientes”.

En 1995 se realizó una reforma a la ley que, entre otras modificaciones, incluyó el actual penúltimo párrafo del artículo 5 donde se estableció que la siembra y cultivo para consumo personal debían tener el mismo tratamiento que la tenencia para consumo personal; esto es, prisión de 1 mes a 2 años con la posibilidad de desviar el proceso hacia las medidas de seguridad.

Estas figuras deben complementarse con las que contiene el Código Aduanero que establece con pena de dos a ocho años de prisión el delito de contrabando; esto es, quien ingrese o egrese (importare o exportare) objetos evadiendo el control del servicio aduanero. Pero más adelante establece el delito de contrabando (agravado) de estupefacientes mediante dos formas previstas en los dos párrafos del artículo 866. Así, se establece en el primer párrafo una figura básica de contrabando de estupefacientes con pena de tres a doce años de prisión, y en el segundo otra forma con más pena (cuatro años y seis meses a dieciséis años de prisión) para contrabandos de estupefacientes que se realicen de determinadas formas (remitiéndose al artículo 865 que establece supuestos agravados de contrabando) o “cuando se trate de estupefacientes... que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados”.

Como ya se dijo, las normas penales deben armonizarse con el complejo normativo presentado previamente. Ello, no solo surge

de una lectura armoniosa de todo el ordenamiento jurídico, sino que se encuentra expresamente señalado en el artículo 5 de la Ley 23737, donde se agrupan -principalmente- aquellas conductas que se consideran constitutiva de los delitos de tráfico de estupefacientes. En su introducción, señala que los verbos típicos se configuran para aquellos supuestos en los que la conducta se realice “sin autorización o con destino ilegítimo”. Así, cuanto más se amplíen las normas administrativas autorizando la utilización de las sustancias alcanzadas, mayor será el recorte sobre la posibilidad de hacer operar a la ley penal.

III. La reclasificación del cannabis en el sistema internacional y su impacto en la legislación nacional

La inclusión de la planta de cannabis y sus derivados en el sistema de fiscalización internacional de estupefacientes siempre estuvo cuestionada. En la primera mitad del siglo XX su incorporación fue más tardía y menos rigurosa que los derivados de las plantas de amapola y coca. Y si bien en la Convención Única de 1961 se terminan equiparando, en el proceso previo se cuestionaba la imagen sesgada que primó sobre el cannabis, en la que se sobredimensionaban sus consecuencias negativas y se desconocían sus usos desde la antigüedad en distintas culturas (Bewley-Taylor et al., 2014, 8-25).

Recién en 2018, a partir de la actividad del Comité de Expertos en Farmacodependencia de la Organización Mundial de la Salud, comenzó el primer proceso crítico de revisión sobre la clasificación del cannabis dentro del mismo sistema. A principios de 2019 se realizaron las recomendaciones entre las que destacaba la propuesta de eliminar la sustancia de la lista IV, la más rigurosa. Así, proponía reconocer sus propiedades medicinales y reducir las restricciones, aunque continuaba sometida

al sistema de fiscalización al mantenerse en la Lista I. También se recomendaba morigerar los controles sobre extractos y tinturas y preparados farmacéuticos; no incluir al CBD al sistema de fiscalización y corregir las incoherencias del sistema unificando la variedad vegetal y los isómeros del THC en la lista I de la Convención Única (Jelsma et al., 2019: 6)

Finalmente, el 2 de diciembre de 2020, con el voto a favor de la mayoría de los miembros de la Comisión de Estupefacientes (27 a favor, 25 en contra y 1 abstención) sólo se aceptó la primera de las recomendaciones: retirar al cannabis de la Lista IV (la más rigurosa) de la Convención Única de Estupefacientes, luego de casi seis décadas.

Esta modificación impacta de forma directa en la legislación administrativa sobre estupefacientes (Ley 17818) que en su artículo 3 remite al listado IV de la Convención Única para establecer las prohibiciones más severas, o que solo permitía las cantidades estrictamente necesarias para la investigación médica y científica. Así, en este nuevo contexto normativo el cannabis podría ser objeto de “importación, exportación, fabricación, fraccionamiento, circulación y expendio” en los términos de esta ley; esto es, con fines “médicos y científicos”.

Pero en el contexto previo a la reclasificación señalada, Argentina dictó en 2017 la Ley 27350, que precisamente estableció un marco regulatorio para la “investigación médica y científica del uso medicinal y terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis”, única excepción para las sustancias incluidas en la lista IV tanto de la Convención Única, como de la Ley 17818. Con la reforma de 2020, el uso “médico y científico” del cannabis y sus derivados pasa a ser reconocido en la legislación administrativa argentina; y su mayor alcance debería limitar la operatividad de la ley penal.

Sin embargo, la falta de una normativa de

menor jerarquía más específica que termine de precisar sus alcances y la falta de información de los operadores penales permite que la mirada penal siga primando. Así ocurrió con la propia Ley 27350, cuya primera reglamentación limitó sus alcances. Y pese a que entre fines de 2020 y principios de 2021 fue modificada (ampliándola, en especial respecto al autocultivo como forma de acceso a la sustancia), los inconvenientes con el sistema penal continúan.

IV. La modificación en la reglamentación de la Ley 27350

En septiembre de 2017 se dictó el Decreto 738 y la Resolución 1537-E del Ministerio de Salud de la Nación, mediante los cuales se reglamentó la Ley 27350. Esta ley había sido promovida por los colectivos de personas que usan cannabis, entre las que destacaban las madres con niños con distintos padecimientos o condiciones, muchas de las cuales cultivaban la planta y producían sus propios derivados. Sin embargo, la reglamentación acotó los alcances de la ley solo al tratamiento de las epilepsias refractarias y no reconoció expresamente el autocultivo como forma de acceso. Así, se dejó fuera de esa regulación a la mayoría de las personas que utilizaban cannabis con fines terapéuticos y medicinales, incluidas aquellas que cultivaban la planta, dejándolas a merced de los avatares de la aplicación de la ley penal.

Con el cambio de gobierno a fines de 2019 se comenzó a trabajar en la modificación de la reglamentación. Así, mediante el Decreto 882 de 2020, más la Resolución 800 de 2021 del Ministerio de Salud de la Nación, se derogó la anterior y se ampliaron los alcances de la reglamentación. Entre las modificaciones más importantes, se puede señalar el hecho de dejar abierta la posibilidad de utilizar cannabis para cualquier persona en tanto se lo indique

un médico y el hecho de reconocer el autocultivo (en diversas formas) como vía de acceso a la sustancia.

Sobre esto último el Decreto creó el Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN) para autorizar “a los y las pacientes que acceden a través del cultivo controlado a la planta de Cannabis y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor”, que cuenten con “indicación médica” y suscriban consentimiento informado. La autorización del cultivo podrá ser “para sí, a través de un o una familiar, una tercera persona o una organización civil autorizada por la Autoridad de Aplicación”. La Resolución precisó que en este caso se podía cultivar entre una y nueve plantas florecidas en un espacio de hasta 6 m² y se podían transportar entre uno y seis frascos de 30 ml o hasta 40 gramos de flores secas.

Dos días después de su publicación, el Ministerio aclaró en un comunicado que el término “interior”, utilizado en el Anexo II para caracterizar al cultivo, debía entenderse como “un cultivo bajo condiciones controladas”. Así, respondía a las dudas que dejaba la expresa prohibición de cultivos exteriores en el mismo anexo (Revista THC, 2021). También se cuestionó que en el consentimiento informado bilateral del Anexo III se dejaba en manos del profesional de la salud “la cantidad de plantas, dosis, concentración de THC, tipo y frecuencia de analítica” y se acepta recibir, en cualquier momento y sin aviso, inspecciones estatales para constatar el cumplimiento de lo prescripto; entre otras críticas y aspectos sin definir (Carrillo, 2021; Bacigalupo, 2021).

Pese al mayor alcance de esta nueva reglamentación, continuaron los inconvenientes con las agencias penales y la aplicación de la Ley 23737 sobre las personas que cultivan cannabis. El 19 de abril de 2020 un cultivador de Comodoro Rivadavia, que había iniciado los trámites para su registración pudo impedir, gracias a la actuación de una defensora

pública, que la iniciativa policial de investigar el hecho progresara (Soriano, 2021).

Menos suerte tuvieron las personas de otros casos. El 14 de mayo de 2021, un cultivador de Allen (Provincia de Río Negro) que se encontraba registrado, no pudo evitar que se cumpliera la orden judicial de secuestrar las plantas, la cual se ejecutó de forma tal que quedaron muy dañadas y casi inutilizadas (Ruchansky, 2021). Dos días después se conoció por redes, que una activista y dueña de un grow shop de la localidad de Plottier (Provincia de Neuquén), que había iniciado el trámite de inscripción, también le fueron secuestradas las plantas que tenía. Asimismo, a principios de julio de 2021 se conoció otro caso en la Provincia de La Rioja donde los policías intervenientes, entre otras irregularidades, desconocieron el certificado y los jóvenes involucrados terminaron cinco días detenidos (Peché, 2021).

Sin embargo, días después se conoció una comunicación interna de la policía de la Provincia de Buenos Aires (Volante U.T.O.I.D.O.E 18/2 del 27 de mayo de 2021) en la que se señalaba: “la acreditación de la inscripción en el REPROCANN por parte de personas o entidades autorizadas es requisito suficiente para NO iniciar ACTUACIONES JUDICIALES por la infracción a la Ley 23737. Debiéndose evitarse el inicio de procesos improductivos que contrarían los derechos de los pacientes que lo utilizan y generan incertidumbre sobre el marco normativo vigente”. Si bien este dato alimenta la posibilidad de cambios en las prácticas de las agencias penales aún no se terminan de concretar; y mientras desde el poder legislativo y ejecutivo se observan iniciativas de regulación, queda pendiente la reforma del dispositivo penal.

V. Proyectos de regulación en torno a la planta de cannabis

En los últimos años se han presentado dis-

tintos proyectos de ley en la Cámara de Diputados para regular el cannabis y sus derivados. Algunos limitados al cannabis medicinal y/o industrial, pero varios de ellos pretendiendo regular su finalidad recreativa o “adulta”⁵. Pero la iniciativa que más repercusión ha tenido es aquella que se presentó a mediados de 2021 por parte del Consejo Económico Social, un órgano colegiado y de participación ciudadana creado por el Poder Ejecutivo Nacional para la discusión de temas trascendentales.

El 2 de junio de 2021 se presentó el proyecto de ley titulado “Marco regulatorio para el desarrollo de la industria del cannabis medicinal y el cáñamo industrial”. Allí se intenta promover la cadena productiva de cannabis con tales fines creando la Agencia Regulatoria de la Industria del Cáñamo y del Cannabis Medicinal (ARICCAME) encargada de regular, administrar y fiscalizar toda la cadena productiva y otorgar y administrar las autorizaciones para su producción, comercialización y exportación, entre otras funciones. En la presentación se aclaró que el proyecto pretende complementar la Ley 27350 y no la reemplaza respecto del autocultivo allí previsto; así como tampoco pretende regular la producción de cannabis “para uso recreacional” (YouTube, 2021).

Si bien la idea de avanzar a hacia un esquema de regulación parece una iniciativa más acorde a los cambios mundiales en torno al cannabis y sus derivados, incluida la creación de una agencia similar a la del modelo de Uruguay, la omisión de incluir el cannabis con fin recreacional o de uso adulto lo convierte en una propuesta acotada. Asimismo, de distintos elementos del proyecto se advierte la mención a cuestiones vinculadas a la ley penal, pese a que nada modifica en ella.

⁵ Entre los primeros se pueden mencionar los proyectos 7672-D-2018 y 5658-D-2020; y entre los segundos los proyectos 7399-D-2018, 1710-D-2020, 3699-D-2020, 4773-D-2020 y 6254-D-2020.

A principios de julio de 2021, comenzó su tratamiento en el Senado y en la primera reunión se pudo observar la presencia de distintos actores entre investigadores e integrante de la sociedad civil, muchos de ellos del variado movimiento cannábico. Quizá esta participación pueda alimentar un proyecto más integral que incluya todos los usos del cannabis y que refuerce la idea de transformar la ley penal y su operatividad, algo que dos de los gobernadores que se encontraban en la presentación señalaron como una cuestión pendiente⁶.

VI. Conclusión

Como se pudo ver a lo largo de este texto, la normativa sobre el cannabis y sus derivados está cambiando en Argentina, siguiendo lo que ocurre a nivel mundial. Las últimas modificaciones e iniciativas muestran que se morigeran las prohibiciones y se avanza hacia modelos de regulación. Sin embargo, la respuesta penal se mantiene como la principal expresión estatal respecto del cannabis y resiste los cambios.

Se señaló de qué manera la modificación de su clasificación en el sistema internacional impactó sobre la legislación administrativa nacional. Con ella, se relajó su prohibición -antes, solo exceptuada con fines de investigación- y se autorizó su uso médico y científico como cualquier otro estupefaciente. También se puntualizó cómo se modificó la reglamentación de la Ley 27350, de forma tal que se amplió su alcance a cualquier uso que tenga indicación médica y se terminó de reconocer el autocultivo -en diversos formas- como vía de acceso.

Pese a que estas reformas deberían operar limitando los alcances de la ley penal, en los

⁶ Gerardo Morales (Gobernador de Jujuy) y Alberto Rodríguez Saá (Gobernador de San Luis) hicieron mención a la necesidad de reformar la ley penal.

primeros meses de su vigencia no parecen haberlo hecho. Ni siquiera, como se exemplificó, para aquellas personas que en función de la nueva reglamentación cuentan con la credencial expedida por el Ministerio de Salud (REPROCANN) que autoriza el cultivo controlado.

Por otra parte, la iniciativa de regulación que parece tener más apoyo no resulta integral, ya que omite los usos recreacionales o adultos, y posee componentes en los que se percibe la preeminencia de la respuesta penal.

Pese a los variados proyectos de reforma de la ley penal para despenalizar las conductas vinculadas al consumo personal de estupefacientes y/o morigerar la pena respecto de actores menores del tráfico⁷, la respuesta penal continúa sin modificaciones y sus operadores la siguen aplicando sobre distintos usos del cannabis y sus derivados. Ello se produce a pesar del Fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en 2009 declaró la inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Este fallo no impactó en las prácticas de la agencia policial, que sigue generando causas por este tipo de conductas, a pesar de que la gran mayoría de esos expedientes terminan cerrados por los tribunales.

Es por ello, que urge revisar la respuesta penal respecto del cannabis y los restantes estupefacientes. No sólo por resultar enfrentado con el avance de las propuestas de regulación, sino por las consecuencias negativas que el actual enfoque ha tenido sobre las personas usuarias de estupefacientes y poblaciones en situaciones de vulnerabilidad involucradas en su tráfico, el cual no recibe mayores impactos.

⁷ Desde 2018 se pueden señalar los siguientes: 0540-D-2018, 0556-S-2018, 1023-D-2018, 0972-S-2018, 2075-D-2018, 4864-D-2018, 1576-D-2019, 4235-D-2019, 5423-D-2019, 0406-D-2020, 3108-D-2020, 5658-D-2020, 1315-D-2021.

Bibliografía

Bacigalupo, Andres. 2021. “REPROCANN y la era del usuario registrado”, Revista Mate, 1º de abril. <https://www.revistamate.com.ar/2021/04/reprocann-y-la-era-del-usuario-registrado/>

Bewley-Taylor, Dave; Tom Blickman y Martin Jelsma. 2014. *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*. Amsterdam: Transnational Institute (TNI) -Global Drug Policy Observatory (GDPO).

Carrillo, Santiago. 2021. “Cultivo medicinal: organizaciones civiles piden cambios en el Registro Nacional”. Revista THC, 15 de marzo. <https://revistathc.com/2021/03/15/cultivo-medicinal-organizaciones-civiles-piden-cambios-en-el-registro-nacional/>

Cattani, Horacio R. 2010, “La ampliación del objeto material en los delitos de estupefacientes. El decreto 299/10”; en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Julio, p. 1192/1208.

Corda, Raúl Alejandro. 2017. “Cannabis medicinal: una ley con medio siglo de retraso que omitió reconocer la realidad”. En *Revista Digital Rubinzel-Culzoni Editores*, 19 de abril de 2017.

— 2018. *Cannabis en Argentina. De los afrodescendientes en la colonia al movimiento cannábico*. Buenos Aires: Intercambios Asociación Civil.

— 2019. “La actual ley de estupefacientes y su aplicación en torno al cannabis” en Cannabis medicinal: una cuestión de derechos (AAVV) Defensoría General de la Nación.

— 2021. “Ley de cannabis medicinal: nueva reglamentación que avanza hacia el reconocimiento de la realidad”. En Tema de derecho penal y procesal penal, Borinsky, Mariano; Schurjin Almenar, Daniel (Dir.), Erreius, febrero, p. 79/85.

Jelsma, Martin; Tom Blickman, Dave Bewley-Taylor y John Walsh. 2019. *El primer examen crítico del Cannabis por parte de la OMS. Mezcla de recomendaciones evidentes que merecen apoyo y métodos y resultados cuestionables que exigen un análisis minucioso*. Observatorio Global sobre Políticas de Drogas (GDPO) - Transnational Institute (TNI) – Oficina de Washington para asuntos Latinoamericanos (WOLA).

Peche, Anuar. 2021. “La Rioja: en un control policial mostró su credencial del Reprocann, no le creyeron y terminó 5 días preso”. *Revista THC*, 6 de julio. <https://revistathc.com/2021/07/06/la-rioja-en-un-control-policial-mostro-su-credencial-del-reprocann-no-le-creyeron-y-termino-5-dias-preso/>

Revista THC. 2021. “Cultivo medicinal: el Ministerio de Salud aclaró que se podrá plantar en exterior”. 12 de marzo. <https://revistathc.com/2021/03/12/cultivo-medicinal-el-ministerio-de-salud-aclaro-que-se-podra-plantar-en-exterior/>

Ruchansky, Emilio. 2021. “Soltar el garrote”. *El cohete a la luna*, 23 de mayo. <https://www.elcohetealaluna.com/soltar-el-garrote/>

Soriano, Fernando. 2021. “Por primera vez, impiden un allanamiento a un cultivador de cannabis porque está registrado en el Ministerio de Salud”. Infobae, 24 de abril. <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2021/04/21/por-primera-vez-anulan-un-allanamiento-a-un-cultivador-de->

cannabis-porque-esta-registrado-en-el-ministerio-de-salud/

Uprimny Yépes, Rodrigo; Diana Esther Guzmán, Jorge Parra Norato. 2012. *La adicción punitiva. La desproporción de las leyes de drogas en América Latina*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (De Justicia).

You Tube. 2021. *Proyecto de Ley para el desarrollo de la industria del cannabis medicinal y el cáñamo industrial*. Consejo Económico Social, 2 de junio.

Problematizaciones en torno al entramado punitivista desde una mirada transfeminista

María Pía Ceballos

Activista y militante travesti trans afroindígena Salteña, de Mujeres Trans Argentina (MTA). Es Técnica Social. Diplomada en Políticas Públicas con Orientación en Gestión Territorial de Estado en la UNTREF. Actualmente Coordinadora de promoción del empleo para persona travestis, transexuales y transgéneros, en la Dirección Nacional de Políticas integrales de Diversidad Sexual y de géneros en la Subsecretaría de Políticas de Diversidad del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. Ha ocupado diversos cargos de gestión en diversos organismos estatales. Desarrolló distintos proyectos de investigación relevando las problemáticas del colectivo trans-travesti. Impulsó la creación de la Cátedra de Géneros y Disidencias: Lohana Berkins en la Universidad Nacional de Salta, siendo docente de la misma. E-mail: marriapiaceballos30@gmail.com.

Josefina Alfonsín

Activista y militante transfeminista. Lic. en Sociología - UBA. Responsable del Proyecto Colectivo LGBT* en Contextos de Encierro del Equipo de Género y Diversidad Sexual de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Integrante de la Red Regional Corpora en Libertad. E-mail: josefinaalfonsin@gmail.com.

Nosotras fuimos y somos parte de la lucha contra la tortura; parte en cuanto a existencia y resistencia, de distintos modos que se fueron dando a lo largo de esta historia.

Lohana Berkins (2014).

I. Introducción

Las personas trans-travestis, mujeres trans, travestis, transgéneros, masculinidades trans-travesti, identidades TT en adelante, constituyen un colectivo/comunidad identificado por el sistema patriarcal como amenazante para el orden establecido. Los años de lucha del movimiento significaron una resistencia frente a la enorme violencia, una lucha por sobrevivir, por otra democracia más vivible para identidades travesti trans, con derechos y justicia social.

La trama de criminalización de las identidades travestis-trans está relacionada desde hace décadas con los códigos de falta, edictos policiales, contravencionales, y recientemente vinculados a la ley de drogas, como también por discursos transodiantes que se masifican en los medios de comunicación reproduciendo mensajes como: “los narco travestis, delincuentes, etc.” un escán-

dalo para el establishment, sostenido en argumentos biologicistas y punitivistas sobre la comunidad travesti trans.

La violación a los derechos humanos en los espacios carcelarios está relacionada a los malos tratos, la tortura y otras formas de violencia. Sin embargo, cuando ponemos en la dimensión del análisis a la comunidad travestis-trans, estas violencias se encuentran marcadas por la persecución y la criminalización sistemática, y el ensañamiento de la violencia sobre los cuerpos travesti trans que en ocasiones llega a la muerte extrema en manos de la policía, como fue el caso de la travesti cordobesa Vanesa Ledezma (Berkins: 2014).

La comunidad travesti trans se encuentra condicionada por factores que agravan esa trama de violencia: la pobreza, la migración, el analfabetismo, y falta de acceso a los derechos como la salud, educación, trabajo, justicia, etc. Si a esto le sumamos que, constantemente, la policía renueva estrategias y mecanismos para disciplinar, castigar y encarcelar, en un sistema de poder que reproduce la desigualdad, se nos juega la vida.

En este artículo nos proponemos analizar, desde una perspectiva crítica, los procesos de criminalización hacia identidades travesti trans por delitos vinculados a la “ley de estupefacientes” (Ley 23737), en diálogo con la sanción de la ley de identidad de género y la utilización de la perspectiva de género y diversidad sexual en la justicia a partir de la lectura del Fallo “Pezo Silvia”. La intención es reflexionar y aportar a la problematización en torno a estas violencias estructurales, en vistas a generar posibles respuestas a situaciones que son urgentes, trazando como desafío la interpelación al sistema de justicia para el pleno reconocimiento de los derechos que protegen a la comunidad travesti trans. Lejos de plantearse desde una rigurosidad académica y exhaustiva de la problemática, el presente texto es un gesto político para reponer

las militancias, los saberes y el conocimiento de las voces trans y sus experiencias, desde los aspectos más crudos y dolorosos, como también desde los lugares de agencia en las luchas políticas por el reconocimiento de sus derechos y la producción de conocimiento situado de sus realidades. Escribimos desde nuestro anclaje profesional, así como también desde nuestras trayectorias de activistas y militantes en las luchas transfeministas, anticarcelarias y antipunitivistas. Nuestro conocimiento, así, surge también de nuestros diálogos, alianzas, intervenciones y acompañamientos con compañeros trans y travestis que han atravesado el sistema penal y las lógicas del punitivismo.

Recientemente, Argentina dio un paso más en el reconocimiento de derechos para las personas trans travestis, sancionando la Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales “Diana Sacayan- Lohana Berkins” (Ley 27636). Una deuda pendiente, histórica y de reparación que se llevó adelante gracias a la incansable lucha de los movimientos travesti trans por el reconocimiento pleno del derecho al empleo. La Ley tiene impresa las palabras, los saberes, los sueños y la militancia del activismo travesti trans. La antesala a la ley es el Decreto 721/20 donde, en sus fundamentos, el Estado argentino reconoce la violencia ejercida por las fuerzas de seguridad y las trayectorias de vidas travesti trans atravesadas por la estigmatización, criminalización y patologización sistemática por una gran parte de la sociedad y las instituciones:

Que, asimismo, las personas travestis, transexuales y transgénero han sido criminalizadas por la normativa contravencional y de faltas y también son víctimas de violencia institucional ejercida en muchos casos por agentes de las fuerzas de seguridad. A esta situación se suma, como se dijo, la exclusión histórica de los ámbitos educativos

y la dificultad en la obtención de trabajos formales y estables. Todo ello evidencia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos colectivos ante la escasa y muchas veces nula posibilidad de acceder a un trabajo en condiciones igualitarias, y ello conlleva en numerosas ocasiones, y en ese contexto, al ejercicio de la prostitución. (Decreto 721/20)¹.

Sin embargo, pese a estos avances, desde una posición más pesimista, aún encontramos resistencias y obstáculos desde ciertas estructuras del poder para implementar estas conquistas de derechos. Los nuevos paradigmas de derechos humanos de ampliación de derechos siguen conviviendo con modelos culturales de un punitivismo desmedido, culturas del control y una criminalización institucional que no revisa sus prácticas a nivel estructural. Las cifras del encarcelamiento demuestran que las formas de control socio-penal hacia las identidades travesti trans combinan viejas prácticas policiales con vestigios de la normativa contravencional con nuevos dispositivos penales sostenidos en la persecución del delito de drogas.

II. Estado de situación. Diagnóstico de las trayectorias travesti trans

Las tramas de la violencia institucional que atraviesa el colectivo travesti trans en sus condiciones de vida no resulta una realidad situada únicamente en Argentina. En el informe *Violencia contra personas LGTTI* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha podido documentar que, en la mayoría de los países de América Latina, las experiencias de vida de las mujeres trans y travestis se encuentran marcadas

por un entramado social de violencia, discriminación y criminalización que generalmente comienza desde muy temprana edad, producto de la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, comunidades y centros educativos. Situación que se agrava frente a la ausencia de leyes de protección que reconozcan la identidad de género, así como también por el incumplimiento de las mismas en los países, como el caso de Argentina, que disponen de normativas (CIDH, 2015).

En el caso de Argentina, estas situaciones de estigma, discriminación y violencias estructurales se inicia en muchas ocasiones desde temprana edad, empezando por la expulsión de los hogares y siguiendo por la falta de acceso a los derechos humanos más básicos como la salud, la educación, la vivienda o el trabajo. Como consecuencia, muchas personas del colectivo se ven arrojadas a la clandestinidad y la muerte a temprana edad. La migración es otro fenómeno muy común en la historia de vida de las identidades travesti trans, dada por las situaciones de expulsión del hogar y de las localidades de origen de nuestra América Latina y el Caribe, motivo por el cual se opta por una experiencia de desarraigado con la esperanza de vivir otras condiciones de vida y respeto a la identidad.

En los últimos años, el activismo desde las organizaciones travestis y trans se ha encargado de producir y documentar información sobre sus condiciones de vida, experiencias y trayectorias. Saberes propios, situados y encarnados, que permiten dar cuenta que el fenómeno de la violencia institucional es ejercida de manera sistemática por las instituciones y la sociedad. Las cifras de exclusión y violencia se repiten con variaciones que no resultan significativas, siendo alarmante lo relevado respecto de la media poblacional. Que la expectativa de vida de una persona trans-travesti ronde los treinta y seis años, no se explica sino como el resultado de una

1 Fuente: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/234520/20200904>

larga cadena de horror: expulsión/huida del entorno familiar, discriminación en los ámbitos educativos y laborales, el recurso a la vida prostibular, enfermedades, falta de atención sanitaria, falta de acceso a la justicia, persecución policial y, por supuesto, una muerte evitable, muchas veces ocasionada por travesicidios/transfemicidios.

Del ámbito educativo, lxs niñxs o adolescentes que manifiestan identidades sexuales disidentes suelen sufrir en las instituciones educativas altos índices de acoso psicológico y físico. Tal situación implica muchas veces estados de segregación y una mayor tasa de abandono de los estudios. Según el informe de ALITT, que data del año 2006-2007 y que releva varias provincias argentinas, el 73% de las entrevistadas no había alcanzado a terminar los estudios obligatorios (ALITT, 2007: 76); según el informe de HUESPED-ATTAA de alcance nacional (del año 2014, dos años después de la sanción de la Ley de Identidad de Género), la situación no se había modificado considerablemente: “entre los mayores de 18 años, 6 de cada 10 mujeres y 7 de cada 10 hombres trans abandonaron en el nivel secundario, sin completarlo” (Fundación Huésped - ATTTA, 2014: 15).

En cuanto al acceso al trabajo, la dificultad de inserción en los ámbitos educativos y, muchas veces, la falta de contención familiar junto a la discriminación y estigmatización social, llevan a que las oportunidades laborales se reduzcan sensiblemente. Un índice de precariedad laboral dado específicamente en el colectivo trans-travesti es el del recurso a la prostitución. Los primeros datos arrojados acerca de la población trans en la Ciudad de Buenos Aires en el año 1999 (ALITT - Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 1999) informaban que el 87% de personas trans-travestis se dedicaban o se habían dedicado a la prostitución. En el informe publicado bajo

el título *La gesta del nombre propio*² la cifra alcanza al 79%, tasa que se mantiene en *Cumbia, copeteo y lágrimas*³. Se registra una cifra considerablemente más alta (84%) en el informe HUESPED-ATTAA (del año 2014), y una baja al 70,4% en el último informe que disponemos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ministerio Público de la Defensa de CABA – Poder Judicial de CABA, 2017). Los porcentajes de acceso a trabajo registrado de las compañeras son ínfimos. De esta manera, la situación socio-económica del colectivo corresponde, en la mayoría de los casos, a condiciones de pobreza y, en muchos casos, de indigencia.

Sobre el acceso a la salud en *La revolución de las mariposas* (Ministerio Público de la Defensa de CABA – Poder Judicial de CABA, 2017) –investigación sobre la situación del colectivo trans de la Ciudad de Buenos Aires que toma como referencia comparativa *La Gestión del nombre propio*- se da cuenta del impacto en el acceso a la salud post sanción de la Ley de Identidad de Género, dejando constancia de que “El comportamiento de mujeres trans y travestis en lo que atañe al control regular de la salud ha cambiado notablemente entre los años 2005 y 2016”. En 2005 controlaban su salud regularmente el 57,8% de quienes fueron encuestadas en aquella oportunidad, mientras que en 2016 el 87,6% de las personas consultadas para esta investigación dijeron hacerlo. (Ministerio Público de la Defensa de CABA – Poder Judicial de CABA, 2017). En consonancia, los índices de discriminación en el ámbito de la salud han bajado, aunque siguen siendo cifras altas que no deberían existir. En 2016, de acuerdo al último informe de CABA (Ministerio Público de la Defensa de CABA – Poder Judicial

2 Releva datos de CABA, Mar del Plata y de algunas localidades del Conurbano Bonaerense. Año 2005.

3 Informe nacional sobre la situación de travestis, transexuales y transgéneros del año 2007.

de CABA, 2017: 132), un 18% de compañeros trans-travestis manifestaron sufrir discriminación en instituciones sanitarias. Ante ello, no se descarta la situación de subregistro de la violencia en el ámbito de la salud, o un sobreregistro del acceso. Si tenemos en cuenta que los testimonios indican situaciones graves de discriminación, y si nos detenemos en los casos de muertes tempranas por enfermedades prevenibles o tratables, constataremos que aún se encuentran barreras y obstáculos en el acceso a la salud.

De la violencia policial, esta trama que venimos describiendo termina configurando un estado permanente de exposición a la violencia y a la muerte, solidificándose a través de la criminalización de las identidades travestis trans. El vínculo con las instituciones estatales más asiduo de una persona trans se da a través de la violencia policial, violencia que en muchas ocasiones ha terminado en crímenes. Las vidas trans se ven continuamente sometidas a la arbitrariedad que, por medio de edictos y códigos contravencionales, ejerce la policía. Todos los informes y encuestas verifican que el colectivo ha sufrido altísimos índices de violencia policial entre detenciones arbitrarias, encarcelamiento, golpes, torturas, violaciones y homicidios por parte de las fuerzas policiales⁴. La larga cadena de violencias se expone en la discriminación y segregación de los espacios sociales e institucionales, se solidifica en la criminalización y se cristaliza en el hostigamiento policial para sucumbir en una muerte temprana por causas evitables,

4 Porcentajes de violencia policial previos a la sanción de la Ley de Identidad de Género (2012): 83,3% (ALITT, 2007: 129), 97% (HUESPED-ATTITA, 2014: 36), 83,1% (INDEC-INADI, 2012: 19). Luego del 2012, la violencia policial registra al menos una tendencia a la baja, manteniéndose igualmente una cifra muy alta: 32% según el registro de 2014 de HUESPED-ATTITA, 65,7% en el año 2016 en CABA (Ministerio Público de la Defensa de CABA – Poder Judicial de CABA, 2017: 132).

cuando no por crímenes. Todo ello configura lo que las organizaciones caracterizan como transfemicidio/travesticidio social.

Entre algunas organizaciones sociales y activistas hemos llevado un registro -desde junio de 2017 hasta julio de 2019- de los travesticidios/transfemicidios ocurridos en Argentina. Tal registro no es exhaustivo, pero sin dudas constituye una buena muestra que da cuenta de lo que sucede con las compañeras, tanto en lo que se refiere a muertes evitables y prematuras como en torno a los llamados crímenes de odio. En total se pudieron registrar ciento cuarenta y siete travesticidios/transfemicidios sociales y crímenes: veintitrés durante el segundo semestre del año 2017 -desde el 27 de junio hasta el 29 de diciembre-, setenta y nueve a lo largo del año 2018, y cuarenta y cinco durante el primer semestre de 2019, correspondiente al período que va desde el 1º de enero hasta el 23 de julio. (Ceballos y Gil: 2020).

Tal como se observa, estos diagnósticos permiten verificar el estado de vulneración, en términos interseccionales, que atraviesa el colectivo de identidades travesti-trans. La precariedad de las condiciones de vida y las formas históricas en la que se ha desarrollado la criminalización hacia este grupo, no puede leerse sin tener en cuenta tales dimensiones de exclusión y desigualdad social. De la lectura de varios informes e investigaciones surge como denominador común experiencias de vida atravesadas por el dispositivo penal. En efecto, historias y trayectorias marcadas por la sistemática persecución y criminalización motivados por la violencia autorizada por los edictos policiales, las faltas contravencionales y diversos dispositivos penales y jurídicos tendientes a controlar, regular y sancionar ciertas existencias y formas de vida.

En este entrecruzamiento de las violencias estatales, el vínculo con el poder represivo y punitivo se presenta como un patrón en las

trayectorias de las identidades travestis y trans. La cárcel, en este sentido, es el último eslabón de este circuito de desplazamientos, segregaciones y violencias estatales que venimos señalando a lo largo de este artículo. En los establecimientos carcelarios se presenta otro *plus* punitivo, atravesado por los patrones cisgenderonormativos, que vulneran sistemáticamente los derechos fundamentales y las necesidades particulares de las identidades travesti trans.

Algunos de estos aspectos se ven reflejados en los trabajos literarios sobre el sistema penal, los cuales han sido documentados por organizaciones sociales y organismos oficiales, dando cuenta del impacto diferenciado y perjudicial para las personas LGBTI+, y de forma específica en el caso de las identidades travesti trans. En líneas generales, las principales violaciones a los derechos humanos se traducen en el no reconocimiento de la identidad de género, la falta de acceso a la salud integral, tratamientos hormonales- VIH, la ausencia de defensores oficiales y agentes del Poder Judicial que comprendan las trayectorias de vidas travesti trans y brinden protección al pleno desarrollo de la identidad de género -sin discriminación ni violencia-, los malos tratos físicos y psíquicos por razones de género, la falta de consulta sobre los espacios de alojamiento, entre otros (Wola, Corpora en Libertad, PPN:2020; Otrans:2019; PPN: 2020). En definitiva, los estudios indican que el tránsito por la cárcel potencia y agudiza las desigualdades sociales, reproduciendo los prejuicios negativos e imprimiendo en los cuerpos las violencias institucionales.

III. Entramado punitivista, criminalización a personas travesti trans

En Argentina, las identidades travesti trans comenzaron a ser visibilizadas de forma reciente en las estadísticas penitenciarias ofi-

ciales que recopila el Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. A partir del año 2015, el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP) incluyó información discriminada por género en la cual se distinguió la categoría “transexual”, permitiendo así obtener rasgos básicos del encarcelamiento a nivel nacional. Sin embargo, a pesar de estos avances, se encuentran algunas limitaciones y dificultades en el registro. Por un lado, una primera dificultad observada se encuentra vinculada a la fuente primaria de información con la que se construyen las estadísticas penales, que son las unidades de detención dependientes del sistema federal y provincial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la forma histórica de organización, distribución y clasificación de la población penal ha sido en función de concepciones binarias del género, es decir, distinguiendo entre “varones” y “mujeres”, y excluyendo por lo tanto a otras formas de vivir el género. Ello, se vincula con el concepto de cissexismo, el cual, siguiendo la denominación de Blas Radi, se entiende como “un sistema de exclusiones y privilegios simbólicos y materiales vertebrado por el prejuicio de que las personas cis son mejores, más importantes, más auténticas que las personas trans” (Radi, 2015). El cissexismo se encuentra presente en todas las instituciones sociales, y sus efectos y dinámicas producen el borramiento, desplazamiento y violencias en las identidades que se reconocen fuera de los parámetros cisgenderonormativos. En esta lógica, esta forma de organización y el incumplimiento de la ley de identidad de género en los establecimientos penitenciarios y en el sistema judicial causa violaciones de derechos humanos que impactan, entre otras cosas, en el registro estadístico.

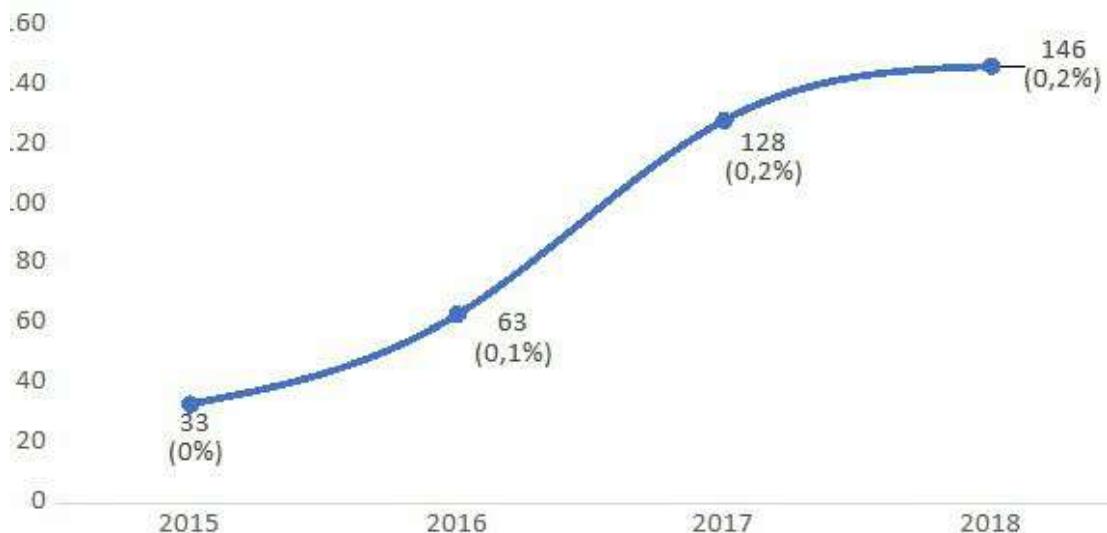
Por otro lado, encontramos que la categoría “transexual” tiene pretensiones de universalidad y homogeneidad que no permiten dar cuenta de la multiplicidad de identidades existentes. Para explicitarlo con mayor claridad, la

denominación “transexual” no permite visibilizar la existencia de mujeres trans, travestis, varones trans, personas de género fluido, no binarias, entre otras tantas formas identitarias. Esta universalización, no solo tiene problemas de orden categórico, sino que impide elaborar estrategias específicas en función de necesidades diferenciales. No obstante, más allá de estas apreciaciones, entendemos que el desafío no implica solamente la modificación del instrumento de registro que contemple el desarrollo de identidades travesti trans, sino también la transformación del sistema de matriz estructural signada por el paradigma heterocisnormativo, binario y patriarcal que reproduce discriminación y promueve a la violencia a quienes salen de esos estereotipos.

Es importante destacar que, al momento de sistematizar los últimos datos publicados por

el SNEEP del año 2019, pudimos observar un grave subregistro en la información publicada, producto de la falta de registro de una unidad penal del SPB que concentra la mayor cantidad de personas trans y travestis encarceladas. Por tal motivo, y para presentar información que al menos se acerque a la realidad, es que decidimos trabajar con los datos correspondientes al período 2015-2018. En el período señalado, los datos del SNEEP permiten dar cuenta de un crecimiento exponencial a nivel nacional en la privación de la libertad de personas trans y travestis. Tal como indica el cuadro, en los años estudiados se quintuplicó la población de identidades travestis- trans en Argentina. Debe destacarse que resulta probable que este aumento exponencial se deba, en parte, a algunos sesgos vinculados con el registro y la histórica invisibilización del colectivo, aunque no dejan de ser cifras preocupantes.

Evolución histórica de personas travestis- trans privadas de libertad en Argentina* (2015 – 2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Base de Datos SNEEP 2018

*Los % están calculados sobre el total de personas privadas de libertad en Argentina

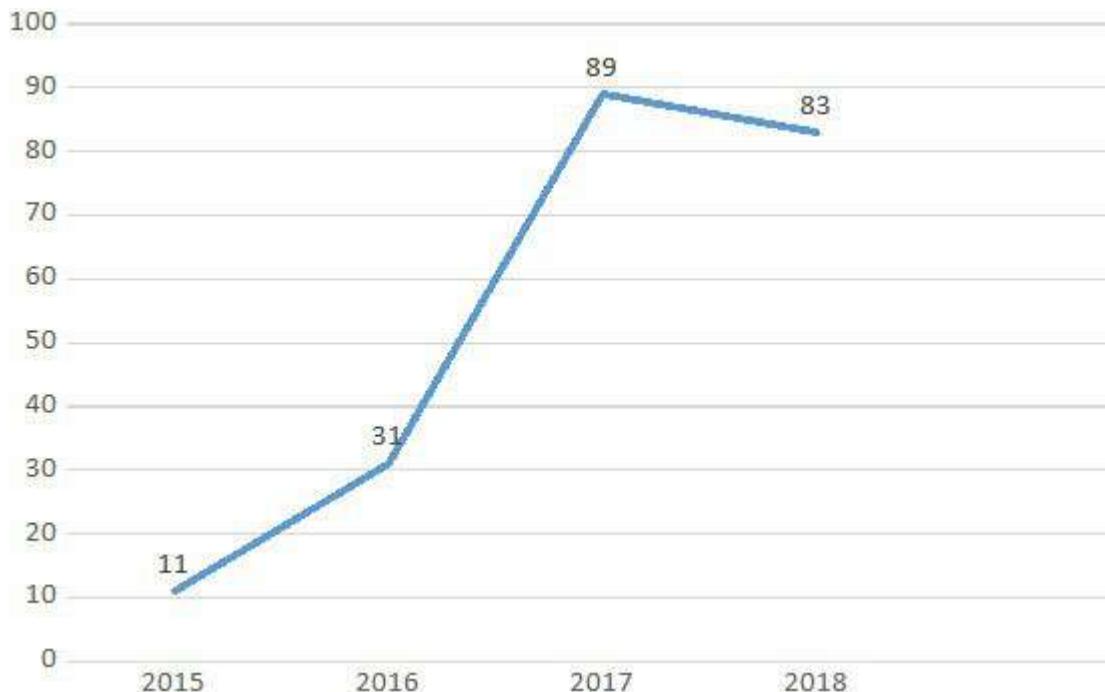
Del universo de población analizada en el período estudiado llama la atención la alarmante utilización de la prisión preventiva. A lo largo de los años relevados, en promedio, el 73% de las personas trans y travestis se encontraban privadas de libertad sin condena firme, cifra que creció al 76% para el 2018. La prisión preventiva, en este sentido, lejos de presentarse como una medida cautelar que debería ser excepcional, en este colectivo opera como práctica judicial abusiva y excesiva.

Siguiendo los datos del año 2018, la mayor parte de las personas trans-travestis se encuentran alojadas en el Servicio Penitenciario Bonaerense (42%) y, en segundo lugar, en el Servicio

Penitenciario Federal (30%). Esta concentración de la población en la Provincia de Buenos Aires, y en la zona metropolitana del SPF federal, puede explicarse por los procesos de migración interna en las zonas capitales o grandes aglomeramientos urbanos. Por otro lado, si observamos la nacionalidad, nos encontramos con que un 58 % de la población analizada es argentina, aunque también una porción importante de este colectivo es de origen extranjero, la mayoría proveniente de países latinoamericanos. Ello profundiza aún más las dificultades y restricciones a las que se enfrentan durante su experiencia con el sistema penal.

Las estadísticas muestran que la infracción

Evolución histórica de personas travestis - trans privadas de libertad en Argentina, según infracción a la ley de drogas (2015 – 2018)*



Fuente: Elaboración propia a partir de la Base de Datos SNEEP 2018

*Se contabilizan personas travestis- trans imputadas por infracción a la Ley 23737.

a la ley 23737 es el delito más frecuente por el cual se encarcela a personas travesti trans. Los números permiten demostrar que casi seis de cada diez personas se encuentran privadas de su libertad por la infracción a la ley de estupefacientes, es decir, se le imputan delitos de escasa o nula violencia. Es importante destacar que la categoría que se utiliza de la variable delito es “infracción a la Ley 23737” lo cual impide identificar los tipos penales, aunque se conoce que las principales calificaciones que se imputan son “comercialización” y/o “tenencia simple” (Otrans, 2017).

Tal como conocemos, la legislación penal argentina en materia de estupefacientes, al igual que en el resto de la región, se caracteriza por ser un modelo anclado desde un enfoque punitivo y represivo en materia de drogas, en virtud del cual se ha extendido el prohibicionismo y el uso del derecho penal como herramienta fundamental en la persecución contra todas las fases del negocio, e incluso en contra del consumo. En este sentido, diversos informes de especialistas en derechos humanos han dado cuenta de las limitaciones y fracasos de este modelo punitivo, mostrando, a la vez, el impacto diferencial y las consecuencias desproporcionalmente negativas en distintos grupos criminalizados por esta ley, tales como jóvenes, personas extranjeras y migrantes, mujeres cis, y -desde hace unos años y tal como demuestran las estadísticas- en personas trans y travestis (PPN: 2019, Corda: 2011). Las consecuencias de esta política criminal -y social- de la “guerra contra las drogas” tiene como resultado la saturación y sobrecarga de las cárceles, el encarcelamiento masivo de mujeres cis, y feminidades trans y travestis, de forma desproporcionada y discriminatoria, escondiendo formas de criminalización por razones de género, clase y/o situación migratoria.

A los fines de analizar el fenómeno de los procesos de criminalización por delitos de

droga, es importante situar los múltiples factores que operan en estos procesos penales y sociales. Entre ellos, se debe prestar atención a las transformaciones y reformas legislativas en materia de estupefacientes, las políticas de seguridad y migratorias en los últimos años. Si bien no podemos extendernos en las transformaciones en materia legislativas de la “Ley de Estupefacientes”, nos parece importante situar las modificaciones en la política criminal desde el año 2015. En ese entonces, se pudo observar una profundización del paradigma securitario anclado en la “lucha contra el narcotráfico”, en el cual se presentó al problema del narcotráfico como una de las mayores amenazas hacia la seguridad interna, ampliando con ello las facultades y la intervención de las fuerzas de seguridad y promoviendo una tendencia hacia las respuestas punitivistas (CELS, 2017). Por otro lado, si consideramos las transformaciones en materia migratoria en el período analizado, nos encontramos con una política caracterizada en una retórica de seguridad y soberanía, fuertemente atravesada por narrativas punitivistas. Un ejemplo de ello, fue la aprobación del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017, el cual implicó una modificación radical en el tratamiento hacia la cuestión migrante, operando desde una lógica securitaria y punitiva. En este sentido, especialistas señalan que, con esta política, se intensificaron los discursos xenófobos, con retóricas estigmatizantes y discriminatorias, que vinculan a las personas migrantes con el aumento del delito (Malacalza, Jaureguiberry y Caravelos, 2019).

En el caso de la persecución de las identidades travestis y trans por delitos de drogas, la articulación de estos discursos resuenan en los medios de comunicación, desde donde se han construido narrativas discriminatorias y perfiles delictivos asociando a las identidades travestis trans con la venta de drogas en la vía pública. Un ejemplo de ello, es la emergencia de la categoría narco travesti, figura mediática

pero también policial que legitima discursos morales en razón del punitivismo, provocando mayor vigilancia, control y criminalización. Organizaciones como Otrans señalan que el fenómeno de persecución por delitos de drogas puede entenderse como una nueva lógica de criminalización que, tras la sanción de la Ley de Identidad de Género y la derogación de los edictos policiales, opera como una forma indirecta de criminalización (Otrans, 2017).

IV. De la criminalidad a un fallo con perspectiva de género y diversidad. Aportes en la sentencia de la causa Pezo.

En este apartado realizaremos un breve análisis del fallo “Pezo Silvia”, en el cual el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 7 sobreseyó a cinco mujeres trans y travestis imputadas por el delito de comercialización al menudeo de estupefacientes. El fallo es considerado como un gran precedente judicial, en tanto es presentado como una resolución con perspectiva de género que reconoce el estado de vulnerabilidad estructural provocado por las instituciones y la sociedad a las personas travesti trans⁵.

El actor clave en este proceso fue el representante del Ministerio Público Fiscal, quien en su dictamen sostuvo que “las imputadas habían actuado en estado de necesidad disculpante y postuló su sobreseimiento. Además, solicitó la extracción de testimonios con el fin de que se investigara la existencia de una organización criminal que se valdría de mujeres trans para la comercialización de estupefacientes⁶”. La denuncia se inicia por personal de las Cámaras de Seguridad de la

Comisaría 16 que Informa a las autoridades policiales y judiciales:

CMC visualiza por cámara 32 a un travestido (sic) que intercambia con un masculino lo que parece ser estupefaciente por dinero”. Del dictamen del Fiscal se desprende que “Durante el proceso de identificación en sede policial no fueron tratadas de acuerdo a su género autopercibido. Luego, en oportunidad de prestar declaración indagatoria, relataron que poseían escasos recursos económicos, vivían en habitaciones de hoteles, ejercían la prostitución y eran consumidoras de estupefacientes (...)⁷.

La acusación a personas travesti trans que se expone de la investigación de la Fiscalía, y la presunta sospecha, no resultan prácticas novedosas. Allí se puede observar el proceder de las Fuerzas de Seguridad bajo miradas estigmatizantes y prejuiciosas frente a la sospecha de culpabilidad, que incumplen a la vez la Ley de Identidad de Género. Aparecen de esta forma nominaciones como “el travesti”, “travestido”, categorías internas despectivas que nombran a identidades de género diferente a la cis, señalándolas como criminales, sujetas al destrato y a todo tipo de violencia institucional. De forma positiva, la investigación a cargo de la Fiscalía interviniente implementó en todo el proceso el enfoque de género, el cual llevó a arribar una perspectiva diferencial en el análisis del caso, valorando las trayectorias de vida de las imputadas y la situación de violencia estructural que padece este colectivo. Asimismo, se destaca el extenso desarrollo y fundamentos para el análisis, basados en el derecho internacional, la normativa nacional y los aportes de investigaciones de organizaciones LGBTI+. Sin embargo, también debemos mencionar que, en algunos momentos

5 Ministerio Público de la Defensa. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Ver fallo en https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2604&RootFolder=*&PageName=List

6 Ídem

7 Ídem.

del texto, tal fundamentación se licúa cuando se menciona a las imputadas como “mujeres” desconociendo e invisibilizando las tramas de vidas travestis y trans.

La resolución del sobreseimiento resulta fundamental. Sin embargo, estos hallazgos también dan cuenta de formas pre-existentes de prejuicios, discriminación y violencia sistemática de las instituciones públicas. Los procedimientos de la policía aquí mencionados reflejan que, aún en democracia, persiste una cultura de represión y criminalización hacia las identidades travestis trans. Es el poder policial que recrea estrategias de criminalización y violencias, actualizando sus formas de actuación y hostigamiento. Antes eran los códigos de falta aplicados mediante los incisos segundo F y H de la Ley 17189: el “escalado” a la moral y atentado contra las buenas costumbres, los medios por los cuales se perseguía al colectivo travesti trans. En la actualidad, si bien algunos códigos fueron derogados, la prostitución y la “ley de estupradores” son los instrumentos a través de los cuales se presentan los mecanismos punitivos de persecución, criminalización y disciplinamiento de aquellas identidades traídas al sistema patriarcal.

El fallo demuestra además que, nueve años después de la sanción de la Ley de Identidad de Género, aún persisten las barreras para su cumplimiento efectivo. La falta de institucionalización y legitimación de la ley no solo representa un problema en las fuerzas de seguridad sino también sigue siendo una deuda de todas las instituciones sociales, incluyendo al Poder Judicial. La importancia de Ley de Identidad de Género no reside solamente en efectivizar el acceso al reconocimiento la identidad de género como un derecho humano, sino también abre un nuevo paradigma y marco interpretativo jurídico, legal y cultural de las relaciones sexo-génericas fuera de esquemas despatolizantes y criminalizantes.

Aún nos encontramos con grandes desafíos en quienes imparten justicia, y en cómo se garantizan derechos humanos y trato digno a las disidencias que atraviesan procesos judiciales y quienes se encuentran en las cárceles de Argentina. Frente a este contexto nos preguntamos ¿Cómo generar nuevos horizontes de buenas prácticas y respeto a las identidades de géneros disidentes en las tramas de los procesos judiciales y en contexto de encierro? Resulta insuficiente la utilización de la perspectiva de género y diversidad sexual si no es desde mirada travesti trans, con participación real en la justicia de compañeras travesti trans que permita problematizar y transformar todas las instancias de manera transversal, interseccional, descolonial y antipunitivista. Y es en este sentido, que aplicar la perspectiva en géneros y diversidad sexual es un camino, pero no una solución a los problemas estructurales. El gran desafío es el devenir de una reforma judicial transfeminista, necesaria y urgente para las vidas travesti trans y para ampliar nuevos horizontes de derechos humanos en la sociedad.

V. Reflexiones finales

¿Qué pasa con las compañeras travestis trans en contextos de encierro? ¿Cuáles son allí las tramas de violencias y violación a los derechos humanos que conjuran destinos de segregación y muerte? Estas preguntas fueron disparadoras para el desarrollo de nuestro artículo, pero en el transcurso de la investigación nos dimos cuenta de que la pregunta debiera haber sido ¿qué pasa con el poder policial y con el Poder Judicial que se ensaña con nuestros cuerpos? Con el análisis pudimos llegar a cierta conclusión: no es el delito en sí (uso de ropas del “género contrario” primero, prostitución después, escándalo en la vía pública luego, narco menudeo ahora) lo que criminaliza, sino que éstos son los ardi-

des de las estrategias del poder policial para criminalizar, sea por lo que fuere el motivo, a las travestis trans. La acusación de “narco menudeo” configura hoy un nuevo mecanismo de una violencia institucional ejercida de manera directa por las fuerzas de seguridad y en ocasiones respaldada por el Poder Judicial, que va cerrando la trama de lo que hemos denominado la ruta crítica de la violencia hacia identidades travestis y trans. El control penal a través de la “ley de estupefactores” implica la criminalización, pero también operan allí, una vez más, los mecanismos de disciplinamiento de la cisheteronorma. El encarcelamiento masivo de feminidades trans y travestis se revela de forma desproporcionada y discriminatoria, y esto evidencia que los procesos de “normalización” siguen operando a través de los dispositivos más antiguos, crueños y vejatorios de los DDHH. Nos atraviesa hoy un debate sobre la reforma judicial, y desde los movimientos travesti trans, pedimos que el Poder Judicial no sólo incorpore nuestros pedidos, sino que reformule y transforme toda la arquitectura que se sostiene con la heteronorma patriarcal. Porque, aún las travesti trans, nos morimos a temprana edad y no figuran nuestras causas en la justicia, siendo parte de una de las comunidades más vulneradas en todos sus derechos, muriendo asesinadas en manos de transfemicidas o directa/indirectamente por la sociedad con sus procesos de exclusiones y violencias sistemáticas, cuando no en cárceles y comisarías.

Para cambiar esta trama de violencias y muerte temprana necesitamos políticas afirmativas transfeministas. Y esto implica nuestra directa participación en cada espacio, necesitamos compañeras trabajando en cada rincón de la sociedad, incluso en cada eslabón de la justicia, porque no habrá cambios sino teniendo en cuenta la perspectiva de las experiencias y saberes travesti trans. Consideramos que la Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal

para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero “Diana Sacayán - Lohana Berkins” es una gran herramienta en este sentido. Las travesti trans no vinimos a hacer ruido, vinimos a transformarlo todo, y eso es con otro mundo posible, con justicia real y social.

Bibliografía

Asociación de lucha por la identidad travesti-transexual (ALLIT) y Defensoría del Pueblo de CABA (1999). *Informe preliminar sobre la situación de las travestis en la Ciudad de Buenos Aires*.

Berkins Lohana (2014). La experiencia travesti: entre las transformaciones legales y la persistencia de las prácticas en Género, Esclavitud y Tortura: A 200 años de la Asamblea del año XVIII. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Consejo de la Magistratura.: Editorial Jusbaires.

Berkins Lohana y Josefina Fernández (2005). *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*. (Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual) Buenos Aires: Ed. Madres de Plaza de Mayo.

Berkins, Lohana (2007). (Coomp.). *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*. Buenos Aires: ALITT.

Ceballos, P. y Gil, N. (2020) “Furia travesti entre fronteras, la comunidad de las diferencias. Problematizaciones en torno a la Encuesta a la Población Trans del Departamento San Martín (Salta, 2018)”, *Revista de estudios y políticas de género El lugar sin límites*. Vol. 2. N°3 (Dossier Teoría Travesti Trans Argentina). Buenos Aires: Universidad Nacional Tres

de Febrero. <https://revistas.untref.edu.ar/index.php/ellugar/article/view/435>.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2017). Derechos Humanos en la Argentina, *Informe 2017*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

CIDH (2015) *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*.

Corda, Alejandro (2011). *Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina*. Buenos Aires: Intercambios Asociación Civil, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Fundación Huésped - Asociación de travestis, transexuales y transgéneros argentinas (ATTIA) (2014). *Informe Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina* (Resumen ejecutivo impreso), Buenos Aires.

Malacalza, Jaureiberry y Caravelos (2019). “Narcotravestis: procesos de criminalización de mujeres trans y travestis por delitos de venta de estupefacientes” *Revista Cuestiones Criminales*. Disponible en: <https://www.lesyc.com/copia-de-sumario-cc2>

Otrans Argentina (2017). *Situación sobre el colectivo trans y travesti privadas de la libertad. Informe presentado al Relator Especial de las Naciones Unidas, sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW NGO ARG_25486_S.pdf.

Otrans Argentina (2019). *Personas travestis y trans en situación de encierro. Informe diagnóstico acotado. Periodo 2018 – 2019*.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2019). *Informe anual 2018: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2020). *Informe anual 2019: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Radi, Blas (2015). “Economía del privilegio”. Artículo periodístico disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/subnotas/10062-951-2015-09-25.html>

Wola, Corpora en Libertad, PPN y otros (2020). “Mujeres trans: la invisibilidad de los muros”. Disponible en <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2572-lanzamiento-del-informe-de-mujeres-trans-privadas-de-su-libertad-la-invisibilidad-tras-los-muros>.

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

Doctora en Antropología, por la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Investigadora Asistente de CONICET, por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Investigadora del Programa de Antropología Política y Jurídica, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Docente (grado y posgrado) de la Universidad Nacional de Rosario.

I. Introducción

La vigencia del paradigma prohibicionista en materia de drogas ha generado en nuestro país la criminalización de una serie de intercambios, transacciones o tareas ligadas a la producción, tráfico, comercialización y consumo de algunas sustancias; considerándolas delito y previendo penas para quienes participen en esas actividades; tornándose así en una cuestión de seguridad pública, pensada casi exclusivamente en términos punitivos, esto es, ligado unívocamente a la cuestión del crimen y su represión, (Tiscornia, 1995 y Pita, 1996).

Sin embargo, para los¹ jóvenes de sectores populares que participan de algunas de estas actividades, en un contexto de ampliación y diversificación del *rubro narco*² en la ciudad

1 Con la finalidad de evitar el uso del masculino genérico, e incorporar formas de lenguaje no sexistas y ni binarias, utilice en este artículo la letra “e” para referirme de manera genérica a ciertos grupos o colectivos de personas. No obstante, en los casos en que la grupalidad se auto identifica o sea identificada claramente como masculina utilice la letra “o”.

2 Es preciso realizar una distinción en relación al término narco. La palabra “narco” o “narcotráfico” en su uso cotidiano por diversos actores sociales –periodistas, personas expertas, policías, autoridades políticas o judiciales- son categorías que incluyen acciones, transacciones,

de Rosario, se trata más bien de un trabajo y así narran sus experiencias ligadas a este mercado ilegal. Trabajo que, en ciertas aristas se asemeja a sus fluctuantes experiencias laborales formales e informales -en tanto formas de explotación y humillación-, pero que, a su vez, involucra ciertas ventajas y, al mismo tiempo, particulares peligros y dificultades, en parte como consecuencia de tratarse de una actividad actualmente criminalizada.

Les jóvenes suelen participar en los eslabones más débiles y vulnerables de la cadena de producción y comercialización de ciertas sustancias, (Cozzi, 2018/2019) y, por tanto, constituyen uno de los grupos que más sufren la persecución penal. Sin embargo, y si bien tanto la Policía y las Fuerzas de Seguridad, como las fiscalías y los tribunales, suelen clasificar estas actividades como delito de tenencia simple o tenencia para comercialización -y considerar a los jóvenes como infractores de la "Ley de drogas" (Ley 23737)-, en algunos pocos casos, interpretan dicha participación más bien como una forma de explotación y les colocan como víctimas del delito trata de personas.

Este trabajo propone describir experiencias de jóvenes de sectores populares de la ciudad de Rosario, tanto en el mercado laboral formal e informal, como en el mercado de drogas ilegalizadas³, durante los años 2008 a 2015, en

prácticas y actores muy diversos y dispares; y, suelen estar asociadas y/o utilizarse como auto-explicativas de diversos fenómenos, como, por ejemplo, el aumento de la(s) violencia(s). Al mismo tiempo, es una categoría local utilizada por los jóvenes para mencionar a quienes participan en una determinada posición en este mercado ilegal. Ese último sentido es el que le doy en este texto y, al igual que con el resto de los términos nativos, utilizo la cursiva.

3 Se prefiere "ilegalizadas" porque se pretende dar cuenta de los procesos sociales complejos que las vuelven ilegales; es decir, que producen la prohibición penal de la producción, tráfico, comercialización, tenencia y/o consumo de determinadas sustancias, (Corbelle, 2018; Touzé, 2008; Suppa Altman, 2018 y Cattani, 2010); y cómo, a su vez, dichos procesos surgen de la iniciativa

un contexto de ampliación del *rubro narco* en el ámbito local. Resulta interesante detenerse en estas experiencias para comprender e iluminar las similitudes entre ambas actividades, como así también las particularidades y diferencias, teniendo especialmente en cuenta el carácter criminalizado del mercado de drogas. A su vez, interesa indagar cómo suele ser caracterizada y clasificada la participación de este grupo social en este mercado ilegal, tanto por los propios jóvenes, como por las burocracias penales – fiscalías y tribunales- en los "procesos de judicialización"⁴, ya que ubicar esta actividad en una u otra clasificación tiene efectos en sus biografías.

Para la realización de este artículo examiné y procesé un corpus de datos (entrevistas y notas de campo) producidos durante el trabajo de campo, de carácter especialmente etnográfico, con jóvenes que participan en actividades delictivas en barrios populares de la ciudad de Rosario, que realicé entre los años 2008 al 2015. En un primer momento, en el marco de proyectos y experiencias de gestión de políticas públicas⁵ y, a partir del año 2011,

de determinados actores y/o grupos, "emprendedores morales", (Becker, 2009).

4 Varela entiende como proceso de judicialización al "conjunto de disputas desarrolladas por los actores implicados en el campo jurídico a fin de imponer una determinada interpretación del tipo penal", (Varela, 2013, p.275). La autora parte del supuesto de que tanto la letra de la ley, como las prácticas de los operadores jurídicos resultan dos niveles distinguibles, y que dichos operadores disputan, a través de la labor interpretativa, la construcción del tipo penal. Retoma a Bourdieu al señalar que los profesionales del derecho luchan, a través de sus interpretaciones del texto escrito, por decir qué es lo que dice el derecho, (Bourdieu, 1986, cfr. Varela, 2013).

5 "Proyecto Intervención multiagencial para el abordaje del delito en el ámbito local", desarrollado por la entonces Secretaría de Seguridad Interior de la Nación, en el marco del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD-SSI), 2008/2010, en el que participé como consultora local. "Programa de Inclusión So-

como parte de mis investigaciones de maestría y doctorado⁶. A su vez, revisé y sistematizé crónicas periodísticas, leyes y normativas, resoluciones y expedientes judiciales en los cuales se investiga la participación de los jóvenes en el mercado de drogas ilegalizadas⁷.

II. El rubro narco en plena expansión

Desde mediados de los años 90, el *rubro narco* creció y se extendió significativamente en la ciudad de Rosario⁸. Las formas de organización y distribución de las tareas ligadas a este mercado ilegal sufrieron transformaciones en los últimos años. Esto es, se pasó a un sistema de comercialización a mayor escala, que implicó una división del trabajo más compleja y sofisticada en su interior, lo que

ciocultural con jóvenes para la prevención del delito y reducción de la violencia”, implementado por el estado provincial, 2009/2011, en el que participé como funcionaria de la Secretaría de Seguridad Comunitaria, del Ministerio de Seguridad.

6 Desarrolladas en el marco de las Becas Tipo I y II CONICET, cuyos resultados se cristalizaron en la Tesis de Maestría en Criminología (UNL): “De clanes, juntas y broncas. Primeras aproximaciones a una explicación plenamente social de la violencia altamente lesiva y su control, entre grupos de jóvenes de sectores populares, en dos barrios de la ciudad de Santa Fe” (2013); y en la Tesis de Doctorado en Antropología (UBA): “De ladrones a narcos: violencias, delitos y búsquedas de reconocimiento en tres generaciones de jóvenes en un barrio popular de Rosario” (2018).

7 Agradezco especialmente a Miguel Carsetti por nuestras conversaciones y el acceso a escritos y resoluciones judiciales.

8 En este trabajo se aborda sólo a algunos eslabones y dimensiones de este mercado; es decir, la producción - más precisamente, al procesamiento, estiramiento o fraccionamiento- de la pasta base de cocaína -, el tráfico, la venta -mayorista (o al por mayor) y minorista (o al menudeo)- y el consumo de marihuana y cocaína, en el mercado local; sin ocuparse de los actores dedicados a la exportación. A su vez, refiere a las transformaciones ocurridas entre fines de los años 90 y el año 2015.

colaboró en la configuración de nuevos variados puestos y roles en relación con los distintos segmentos de este mercado, cuestión que se tradujo y/o impactó en el surgimiento de nuevas jerarquías en el mundo del delito que portan, a su vez, distintos niveles de poder y prestigio social (Cozzi, 2020).

Las formas de intercambio o formas de venta al menudeo también se modificaron. En un primer momento, se vendía directamente a los consumidores, sin intermediaries y en las propias viviendas de las personas encargadas de la venta, que se denominaban *kiosquitos*. Tiempo después, los intercambios, en su mayoría, pasaron a realizarse a través de empleados en puntos de venta fijos llamados *búnkeres*, que se instalaron en algunos barrios de la ciudad (Cozzi, 2020). En relación con lo que aquí interesa, comenzaron a emplearse jóvenes -mencionados como *soldaditos*- para la venta al por menor o al menudeo, la protección del punto de venta y otras actividades vinculadas a este mercado, a cambio de dinero, cocaína, marihuana, armas de fuego y municiones y/o protección.

Si bien esta fue la metodología que se consolidó en distintas partes de la ciudad, al menos por algún tiempo, esto no significó que los intercambios directos en las casas de las personas que vendían dejaran de suceder. De hecho, algunas personas o grupos continuaron vinculándose de este modo con este mercado ilegal, es decir, cara a cara. Tampoco significó que las personas que participaron en un primer momento siempre hicieran los intercambios de manera directa. No obstante, en el primer caso, esos son los tipos de intercambio que prevalecen o dominan el mercado en ese período. En cambio, con posterioridad, los jóvenes que comenzaron a participar por esos años, mayormente, lo realizaron bajo el nuevo esquema (Cozzi, 2020).

En ese contexto, la participación de los jóvenes de sectores populares en este mercado

illegal fue presentada por periodistas, especialistas, policías, autoridades políticas o judiciales y referentes sociales como más redituable en términos económicos, es decir, como si permitiera un mayor margen de ganancia en relación con otras actividades ilegales como el robo y con trabajos legales disponibles o posibles, cuestión que les facilitaría acceder al consumo de bienes suntuosos y deseados. Al mismo tiempo, fue señalada como una actividad más redituable en otros sentidos, esto es, más bien ligado al reconocimiento social y a las posibilidades de construir poder y autoridad, ya sea por la disponibilidad de más y mejores armas de fuego y municiones, o contar con prestigiosos abogados y con protección policial. (Cozzi, 2019).

Tattú⁹, referente barrial, con un pasado de ladrón y un presente ligado al evangelismo, reconoció algunas de las ventajas que les significaba a los jóvenes estar ligados a los narcos, sin dejar de mencionar cómo para él constituía un problema y una fuente de preocupación:

Hoy en día se hace más poderoso el pibe que agarra un arma cuando el traficante lo avala, cuando están respaldados por el traficante" detalló preocupado (2014). Al preguntarle qué quería decir con tener el aval o el respaldo del narco, contestó: "es así: si el pibito cae preso [es detenido por la policía] el traficante le paga un abogado y lo saca, o va y arregla con la policía. Al traficante le sirve que el pibe tenga esas facilidades, si el traficante le da un arma, le da una bolsa [de cocaína], lo va a usar, le compra zapatillas, le da de comer, ¿a quién va a seguir el pibe?, ¿soldado de quién va a ser?.

En otra de nuestras conversaciones detalló, de manera similar, por qué para los jó-

venes el rubro narco resultaba una actividad más redituable (2014):

Los jóvenes corren mucho riesgo hoy en día porque el narcotráfico se fue haciendo mucho camino, se le fueron abriendo más los caminos al narcotráfico y el narcotráfico es un canal donde acceden a muchas cosas. Si un traficante tiene facilidad para traficar droga, entonces, tiene facilidad para traficar armas, entonces llegan más armas a los barrios, más armas a los pibes, corrompe más el traficante porque llega no sólo a enriquecerse sino a corromper todo un barrio, corrompe juventudes, porque agarra los pibes cómo yo, que luchan por un cartel, que luchan por ser alguien, ¿qué pasa si el traficante le ofrece armas, le ofrece chalecos [antibalas], le ofrece droga fácil? para el pibe ese es el camino más rápido. Los narcos se aprovechan de los pibitos, les dan merca [cocaína] y plata y así los enganchan para que laburen [trabajen] para ellos. Enseguida los pibes tenían fierros [armas de fuego], droga, plata, moto, auto, todo de un día para el otro. Hoy creo que tenemos más soldados que choros acá en la calle, porque el traficante ha tomado mucho terreno. También por el tema de la necesidad, porque si hoy vos salís a robar, corres peligro, tenés que ir a poner el pecho y vos sabes que está jodido hoy en día por la cantidad de policías que hay, y sí es más fácil cuidar un kiosquito y te pagan. Hoy en día puede estar ganando hasta cinco mil pesos por semana. Yo tenía un pibe en el taller que estaba atendiendo un kiosco, le daban cinco mil pesos por quincena, yo lo estaba animando para que él se fabrique un carro, para que cambie, para que salgue a cirujear, para que se gane su moneda, su changa cortando el pasto. El traficante vino y le ofreció cinco mil pesos; cuando yo fui a hablar me dijo «¿y viste que es plata? y yo necesito», se me fue de las manos. Muchos optan por eso, hay algunos que

⁹ Los apellidos, nombres y apodos de las personas que se mencionan en el presente artículo han sido modificados para garantizar confidencialidad y anonimato.

cuidan búnker, hay otros que venden [droga], también hay lugares que le pagan para que le armen la bolsita [de cocaína] y ganan buena plata.

Participar como soldaditos, les permite a los jóvenes obtener dinero, acceder a abogados, conseguir arreglos favorables con la policía para evitar permanecer detenidos o, en su caso, mejores condiciones de detención (Cozzi, 2019), proveerse de armas fuego y drogas. Sin embargo, y si bien pareciera que presenta algunas ventajas en relación con las opciones laborales legales, al mismo tiempo, acarrea serios peligros y dificultades. Algunos ligados precisamente a la criminalización y consecuente persecución penal de las tareas que realizan, otros más bien vinculados a las características propias de este mercado ilegal, que en parte se asemeja a las experiencias laborales de los jóvenes en mercado laboral formal e informal.

III. “Te tratan como un esclavo”: experiencias en el mercado laboral - formal e informal

Las alternativas de ingresos vinculadas a este mercado ilegal resultan atractivas o redituables en relación con las características de las opciones laborales legales disponibles o posibles para los jóvenes de sectores populares. En el mercado laboral, el tipo de empleo al que acceden, en general, es el más precario, de menos ingresos y en donde abundan las relaciones informales (Benassi, 2017), cuestión que suele repetirse con el tipo de empleo ilegal que estamos analizando. Si bien los jóvenes que entrevisté empezaron a participar en estas actividades en un contexto de activación económica y de recuperación del empleo, en general (Kessler, 2013) –y con muchas dificultades–, accedían a empleos en las tareas menos calificadas, en el área de ser-

vicios, especialmente vinculado al rubro gastronómico –en sus escasas y fluctuantes experiencias laborales se desempeñaron como bacheres –lava copas–, reposidores, mozes, cocineras, ayudantes de cocina, repartidores– o en la industria de la construcción –como ayudantes de albañil, o en tareas de pintura o herrería–. Algunas aspiraban a entrar a trabajar en el puerto o en industrias de la zona porque significaba un trabajo más estable y mejor remunerado.

Los jóvenes caracterizaron sus experiencias laborales legales como humillantes y de explotación, más que como fuente de prestigio social y placer: “*te tienen de esclavo*”, se quejaron una y otra vez.

Una de los jóvenes mencionó:

...también por ahí no te quieren pagar lo que es la realidad del laburo, eso pasa mucho, que te quieren pagar monedas y laburas mucho, no te quieren pagar como corresponde, a mí también me pasó yo iba a laburar por ciento cincuenta pesos, te agarraban como un esclavo y hasta te cansas, por un lado, no te cansa porque si tenés familia tenés que agachar la cabeza, pero, por ahí te llega el momento que explotas (2014).

Estos relatos fueron frecuentes entre los jóvenes durante el trabajo de campo. Las opciones laborales legales disponibles o posibles resultan poco atractivas, mal remuneradas, –muchas veces– aburridas y fuertemente opresivas. “*No te dan trabajo o, si te dan, te tratan como si fuieras un esclavo*”, mencionaron una y otra vez los jóvenes. Sin embargo, la mayoría de ellos alternaba entre distintos trabajos legales y el ser trabajador seguía siendo productivo en términos de prestigio social, en determinados contextos y situaciones (Cozzi, 2018).

La trayectoria laboral de Huguito da cuenta de estas cuestiones. Huguito empezó a trabajar a los catorce años de edad en una

distribuidora de Brahma¹⁰, conocía al dueño porque lo llevaba a jugar a la pelota: “*un día le dije, «mirá Gerardo yo quiero trabajar con vos». «¿Sí? pero ¿vos te la aguantas?», me dijo, «¡Sí!», le contesté y ahí empecé a trabajar*” (2014). Su tarea consistía en repartir a pie cajas de gaseosas y cervezas en los negocios de la zona. Allí trabajó durante cuatro años y siempre estuvo *en negro*¹¹, “*vos te cortas, te pasa algo, no hay nada, seguro de nada*” se lamentaba Huguito. Al principio le gustaba el empleo, “*porque es una cosa que yo sé hacer. Como un albañil, bueno yo sé eso, si yo voy a laburar de eso en otro lado ya sé*”, pero luego le empezaron a pesar las condiciones de trabajo (2014). Continuó su relato:

Me pagaba mal, mirá yo me acuerdo que te pagaba diez pesos nomás y vos ibas a la mañana hasta las doce y a la tarde te podías quedar hasta las nueve, me daba diez pesos y después subió diez pesos a la tarde y diez pesos a la mañana, tampoco nada. Y bueno con eso siguió una banda [mucho], siguió, siguió, hasta que le subió cinco pesos nomás. Mirá que rata que es, con la plata que tiene... iba a la casa, ¿viste? el hombre me invitaba a comer, todo, un toco así de plata tenía [señala con las manos la cantidad], y hacía gracias a nosotros más de cinco mil pesos por día decía... y bueno y después subió treinta pesos, quince a la tarde, quince a la mañana así, y después yo no fui nunca más. Me cansé, me tenían como un esclavo.

No sólo las malas condiciones laborales, caracterizadas por él como “*te tienen como un esclavo*”, hicieron que Huguito decidie-

ra dejar ese trabajo. Contó, además, que dejó de realizarlo cuando empezó a tener problemas con otros jóvenes y ya no podía circular sin riesgos por distintas zonas del barrio. Tiempo después de esa charla, encontré a Huguito caminando en el barrio con una bolsa de plástico grande, repleta de ropa y perfumes. Estaba vendiendo esas cosas en el barrio. “*Me las traen las mecheras*”¹² explicó, “*y yo se las vendo, ¿viste que te dije que a mí me gusta vender, que yo eso sé hacer?*” (2014). Sin embargo, hay una mercancía que nunca quiso vender. Durante ese período, Huguito no quiso ni participó del mercado de drogas ilegalizadas: “*Los narcos pudren el barrio*”, sentenció cuando le pregunté por qué no vendía drogas.

José, otro joven del barrio, contó: “*me ofrecieron ser transero, pero a mí no me gusta, tenés que estar vendiendo, prefiero robar antes que ser transero, le sacás plata a los pobres, nada que ver, te quieren dar cuatrocientos pesos por día, una pistola, merca [cocaína] y faso [cigarrillo de marihuana], ni ahí*”, (2014). A pesar de que la vinculación en el mercado de drogas ilegalizadas era valorada como una actividad redituable o productiva y deseada por algunos jóvenes, continuaba siendo fuertemente censurada y desaprobada por otros (Cozzi, 2019). Convivían -de manera contradictoria y conflictiva- diversas valoraciones y evaluaciones morales sobre estas prácticas, al mismo tiempo que aparecían valoradas positivamente, persistían fuertemente las censuras y desaprobaciones, aún entre los propios jóvenes.

10 Una distribuidora de gaseosas y cervezas ubicada cerca del barrio.

11 *Trabajo en negro* es la forma popularmente conocida para referirse a empleos informales, no registrados, por lo tanto, sin cobertura de salud ni aportes jubilatorios.

12 Con *mecheras* se refiere a mujeres –a veces también lo hacen algunos varones- que roban ropa, calzado y demás objetos en los negocios del centro de la ciudad y después la re-venden en el barrio.

IV. “Quieren ser *narcos* y terminan siendo piernas de otros”: experiencias (laborales) en el mercado de drogas ilegalizadas

La censura o rechazo a las actividades ligadas al mercado de drogas ilegalizadas surgieron, además, entre bromas o peleas en las cuales les jóvenes utilizaban los términos: *tradicante, transero, bunquero o soldadito* como insultos. Una tarde del año 2014, estaba con algunos jóvenes en una esquina del barrio. Les pregunté si estaban trabajando. Nancy, una de los jóvenes, dijo que no. Fernando, otro de los jóvenes, había entrado a trabajar de cocinero en un bar en el centro. Rodri, por su parte, no estaba trabajando en ese momento y había dejado su empleo de repositor en un supermercado grande de la zona meses atrás. “*¿Y vos Robert?*”, le pregunté al único joven que aún no había hablado. Nancy me interrumpió y contestó por él: “Robert atiende un *búnker* ahora, trabaja de *bunquero*”. Todes empezaron a reírse, menos Robert que no se mostró muy contento con la broma. “*Mirá vos, y yo que pensaba que el que robaba no vendía*”, mencioné para intentar distender, y todes se siguieron riendo, ahora sí Robert incluido. “*Es mentira Euge, que pavadas dicen ustedes*”, agregó Robert y amagó con pegarle a Rodri que se seguía riendo. Rodri esquivó el manotazo, le pidió que no se enojara y prosiguió la siguiente charla (2014):

- Rodri: “*el transero es transero, el choro es choro*”
- Robert: “*pero a veces al choro se la da vuelta el caño [arma de fuego], porque de choro muchos se pasan a transero, bah a soldado, a atender búnker, quieren ser narcos y terminan siendo piernas de otros. Es más fácil, pero la ficha de transero yo no la pienso tener, prefiero ser un gil laburante.*”
- Rodri: “*Sí, es verdad, a veces te quedas*

sorprendido con que, el que andaba robando, anda vendiendo. Para nosotros está mal eso.”

- E: “*¿Y por qué está mal?*”
- Robert: “*Porque nosotros estamos en ese vicio y a nosotros nos está arruinando, y nosotros vendiendo esa porquería arruinamos gente también.*”

Los puestos que están en la cima de la escala social de prestigio al interior del *rubro narco* –que permite tener poder, respaldo, mayores ganancias- no es accesible para todes. Robert mencionó al pasar: “*quieren ser narcos, pero terminan siendo soldados o piernas de otros*”. En varias oportunidades, algunos jóvenes caracterizaron a la participación en este mercado más bien como una experiencia de humillación y explotación, muy cercanas a las experiencias en el mercado de trabajo legal.

Las nuevas jerarquías ligadas a este mercado ubican a las personas en distintos niveles de poder, prestigio social y participación en la ganancia del negocio. En sus extremos se colocan, por un lado, el *narco, traficante o narcotraficante* – el dueño de negocio- quien se encuentra en la cima de la estructura, participa del mayor margen de ganancia y da órdenes al resto, mientras que, por otro lado, en el extremo inferior, se encuentra el *soldadito* –integrado también por los llamados *bunqueros* –meros empleados -.

Asimismo, se incluyen toda una serie de escalas intermedias entre ambos polos. Esto es, en el medio están los *transas o transeros*, que están por debajo de los *narcos* y son los que se encargan de la venta al por menor. Entre los *soldaditos* también existen posiciones diferenciadas en relación con las actividades que realizan. Es decir, entre quienes venden al interior del *búnker*, denominadas *bunqueros*, que son quienes se encuentran en el nivel más bajo de la jerarquía, les que cuidan el punto de venta (*soldaditos*), les que se encargan de amedrentar

y/o herir a otros, mencionados a veces como *sicarios*, están por encima del resto de los *soldaditos* en la escala de prestigio y poder, por encontrarse en un lugar de menor subordinación y en mejores condiciones para demostrar coraje y valentía, (Cozzi, 2019/2020).



Estas posiciones o jerarquías, que indican diversas cuotas de poder, y eso hace al prestigio social, no deben ser pensadas de manera rígida e inflexible. Es decir, una misma persona, en distintos momentos o circunstancias, puede realizar cual o tal actividad y ubicarse así en distintas posiciones jerárquicas. Son más bien posiciones o roles, que resultan cambiantes todo el tiempo, más que una construcción identitaria dentro de una estructura. Algunas de esas posiciones están totalmente desprestigiadas – la de *bunquero*, por ejemplo – y esto está relacionado a que les ubica en un lugar de mayor subordinación, menor poder y menor margen de ganancia.

En los eslabones más bajos, en los cuales subordinación es mayor, el vínculo puede pensarse más bien como una relación entre jefes y empleados, en un contexto de trabajo -aunque más personalizado-, experiencia cercana al mundo del trabajo legal, que tal como desarrollé en el apartado anterior en nada colabora

para ennoblecer la propia imagen (Fonseca, 2000). Y es de esta forma como es mencionado por los propios jóvenes, al referirse que “*algunas trabajan para los narcos*”, es decir, inscriben esas prácticas en el mundo del trabajo.

Una serie de estudios se han ocupado de la participación subordinada de jóvenes de sectores populares en mercados ilegales y, en especial, en el mercado de drogas ilegalizadas: Galdeano y Almeida, 2018; Day, 2014; de Oliveira, 2008; Zamudio Angles, 2013; Misce, 2007; Bourgois, 2003, Zaitch, 2008; Ruggiero, 2005, entre otros. En estos trabajos se señala que las alternativas vinculadas a la comercialización de drogas ilegales, atractivas, redituables, no sólo en términos económicos sino también de prestigio social, no resultan disponibles de manera igualitaria para todos (Ruggiero, 2005; Zaitch, 2008). Así, por ejemplo, Zaitch (2013) distingue entre empresarios (jefes, personas que invierten capital, obtienen ganancias y corren riesgos financieros) y empleados (en distintas modalidades de subcontratación que cumplen órdenes, sin invertir capital, ni participar en las ganancias). Por su parte, Galdeano y Almeida (2018) señalan las dificultades que se presentan a algunas personas para hacer una carrera ligada a este mercado ilegal, que permita cierto ascenso social. Por último, Ruggiero (2005) señala sobre los paralelismos entre los mercados legales e ilegales, al mencionar que ambos tienen características similares, en términos de opresión y explotación. El autor sostiene “... uno de los problemas de las economías ilegales es que en demasiados aspectos son, tristemente, similares a las legales” (Ruggiero, 2005:63).

Sin embargo, la relación entre narcos y *soldaditos* no pareciera ser una simple relación laboral entre jefes y empleados, en la cual unes venden su fuerza de trabajo, en tanto vínculo, de algún modo, impersonal. Más bien se asemeja a la figura del patrón bondadoso y protector que analiza Sigaud (1996) en el mundo de los ingenios en Pernambuco.

El patrón conoce a sus empleados, les ayuda frente a determinadas necesidades, realiza presentes, atenciones y brinda servicios que no siempre podían ser retribuidos, colocando a los trabajadores en un lugar de deuda, quedan obligados y, por lo tanto, como contrapartida, los empleados se empeñan en demostrar su gratitud y en ser leales. Es decir, el patrón se torna así en acreedor en relación a obligaciones morales y esa deuda moral resulta garantía de lealtad de los trabajadores.

Resulta, entonces, una compleja relación de intercambio que crea determinadas obligaciones sociales y, en consecuencia, construye a los *soldaditos* a prestar lealtad a los narcos. Los narcos les proveen vestimenta, comida, drogas, armas, protección, dinero, el contacto de un buen abogado. A cambio, les exigen algunos favores o tareas a las cuales están obligados, tales como vender al por menor, cuidar puntos de venta, intimidar o amedrentar a algunas personas. Se trata de un modo de dominación sumamente personalizado.

No obstante, no sólo el vínculo más personalizado supone una distancia entre estas experiencias y las que los jóvenes viven en el mercado de trabajo legal. Al tratarse de una actividad criminalizada – y deslegitimada-, los jóvenes no gozan de la protección de la legislación laboral, cuestión que se diferencia en parte de las experiencias laborales en el mercado legal, ya que la informalidad y precariedad de las relaciones suele primar en el tipo de empleos al que exceden los jóvenes de sectores populares, lo que dificulta el efectivo ejercicio de sus derechos laborales.

A su vez, la participación de los jóvenes en el mercado de drogas ilegalizadas acarrea riesgos y peligros específicos, ligadas también al carácter criminalizado de la actividad, por un lado; y, a las propias características de este mercado ilegal, por otro lado. Me refiero, a las altas posibilidades de ser detenidos y criminalizadas, ya que constituyen uno de los

grupos que más sufren la persecución penal, proclamaba por el paradigma prohibicionista en materia de drogas. Pero, a su vez, se trata, tal como lo relataron los propios jóvenes, al desempeñarse en los roles más expuestos y que cuentan con la menor protección, de una situación en la cual la propia vida se pone en peligro. De los grupos de jóvenes que conocí durante el trabajo de campo, el que se vinculó con los narcos fue el que resultó más diezmado. Algunas murieron y varias terminaron detenidas y encarceladas.

Si bien el vínculo cercano con los narcos, torna a algunos jóvenes o grupos más poderosos que el resto, ya que les permite tener mejores armas y municiones, abogados y contar con cierta protección policial; se trata, sin embargo, de un poder sumamente frágil que se puede perder muy fácilmente porque precisamente depende de que se mantenga el vínculo con quien les coloca en ese lugar de poder. De este modo, romper con los narcos les generó la pérdida de poder y protección. *“Si estás con los narcos sos intocable, pero también te la pueden dar [te pueden disparar] cuando quieran”* (2014), solían remarcar los jóvenes.

Estas formas de construir lealtades y obligaciones sociales entre *narcos* y *soldaditos* traen consigo riesgos y peligros específicos. Los *soldaditos* participan en este mercado ilegal de manera subordinada, son sólo “empleados” descartables. Las lealtades y obligaciones se compran y venden y, ser sólo un individuo en esta densa trama de relaciones sociales, acarrea severas dificultades. Los jóvenes reconocieron los efectos productivos del *rubro narco*, pero también admitieron sus riesgos y peligros. Reconocieron cómo configuran formas específicas de explotación, cercanas al mundo del trabajo legal –formal e informal-. Algunos actores judiciales –fiscales y tribunales-, en algunos casos, han interpretado a este vínculo como constitutivo del

tipo penal de explotación laboral previsto en las “leyes antitrata”, ubicando a estos jóvenes como víctimas.

V. Soldaditos, víctimas de trata de personas

En el marco del paradigma prohibicionista vigente, tanto la Policía y las Fuerzas de Seguridad, como las Fiscalías y los Tribunales, mayormente suelen clasificar a la participación de los jóvenes de sectores populares en el mercado de drogas ilegalizadas, como delitos de tenencia simple o tenencia con fines de comercialización, y considerar a los jóvenes como infractores de la “ley de drogas” (Ley 23737). No obstante, en algunos pocos casos, algunos operadores judiciales interpretaron a la participación de estos jóvenes más bien como una forma de explotación laboral prevista en las “leyes antitrata” y les colocan, como consecuencia, como víctimas del delito de trata de personas, evitando así la persecución de la persecución penal.

En los últimos años, se produjo en nuestro país un proceso de inflación penal en relación con actividades que son caracterizadas como trata de personas o como formas de explotación, constituyendo a la herramienta punitiva como la principal forma de abordaje de esta temática, (Tarantino, 2020). En el año 2008, se sancionó la Ley 26364, titulada Ley de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a víctimas, popularmente conocida como “Ley Antitrata”, recogiendo los estándares fijados en instrumentos internacionales¹³.

13 En el año 2000 se celebró la Conferencia de Palermo y se firmó la nueva Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y el Protocolo adicional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Argentina ratificó el Protocolo, en el año 2020, asumiendo el compromiso de adecuar su legislación interna a los estándares internacionales, (Varela, 2012 y Tarantino, 2020).

Esta norma incorporó nuevos delitos en el Código Penal, con el propósito de perseguir la trata de personas y estableció una serie de herramientas administrativas para asistir y acompañar a las víctimas.¹⁴

La normativa mencionada fue, a su vez, modificada en el año 2012, a través de la Ley 28842. En esa oportunidad, se elevaron las escalas penales, tanto para la trata de personas, como para las distintas formas de explotación -entre las que se encuentran la reducción a servidumbre y el trabajo forzado-; se excluyeron los medios comisivos, trasladándolos a una figura agravada y se estableció que el consentimiento de las personas consideradas víctimas resulta irrelevante para la configuración del delito.¹⁵

En lo que aquí interesa, y tal como ilustra Tarantino (2020) al analizar “procesos de judicialización” (Varela, 2013) en relación con esta normativa, la explotación laboral prevista en la “Ley Antitrata” ha sido interpretada

14 Se tipifica como delito penal a la captación, el transporte y/o traslado – ya sea dentro del país, desde, o hacia el exterior, la acogida o la recepción de personas con fines de explotación. Y considera que existe explotación en los siguientes casos: 1) condiciones de esclavitud o servidumbre; 2) trabajos o servicios forzados; 3) comercio sexual; 4) extracción ilícita de órganos o tejidos. A su vez, cuando la víctima fuere mayor de 18 años la ley añade como condición para la comprobación del delito que mediare engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de esta. Ley 26364.

15 La legislación penal antitrata en nuestro país estuvo impulsada, en parte, por un particular activismo feminista, posicionado en una perspectiva abolicionista de la prostitución y la política criminal impulsada a partir de la vigencia de estas normas tuvo un especial acento en la trata sexual. Para un análisis sobre el proceso de sanción y despliegue efectivo de la legislación penal antitrata en Argentina ver Daich y Varela (2013); Varela (2012) y Tarantino, (2020).

por algunos actores jurídicos tomando como guía los desarrollos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para diferenciar los conceptos de “reducción a servidumbre” y “trabajos forzados”. La reducción a servidumbre prevé la existencia de un grado de sujeción equiparable a la esclavitud. Resulta curioso que los jóvenes describen de la misma forma sus experiencias laborales legales e ilegales, con la expresión “te tratan como esclavo”. A su vez, el trabajo forzado se inscribe en el campo de los intercambios laborales, pero con algún grado de sujeción, producida por otro tipo de contextos de coerción, tales como endeudamiento, engaño, coacción directa y ciertas formas de irregularidad que se consideran inaceptables, (Tarantino, 2020).

De manera similar, algunas situaciones en las cuales algunos jóvenes se encontraban trabajando en *búnkeres*, en la ciudad Rosario, fueron interpretadas por actores judiciales como formas de explotación laboral y les jóvenes fueron considerados víctimas¹⁶. Para el presente artículo, analizo dos pedidos de sobreseimiento por parte de la Fiscalía, así como dos resoluciones judiciales: un auto de sobreseimiento y un auto de procesamiento del fuero federal penal¹⁷. En ambos casos, los jóvenes –algunos de ellos menores de edad– se encontraban dentro de puntos de venta minorista de drogas, y se le iniciaron causas penales por tenencia para consumo, tenencia simple o tenencia para comercialización de estupefacientes.

Los jóvenes y sus familiares, que declararon en ambas causas, describieron su participación

16 Uno de estos casos fue reconstruido por el periodista Cagliero en el libro “*Que el narco no te tape el bosque: la maquinaria prohibicionista en Rosario y la región*”, en su texto “*Presos en el búnker: jóvenes en situación de narcotráfico*”.

17 Ayala Pablo Ángel y otra s/infracción ley 23.737, expte. N° FRO 6816/2013/TO1, Rosario, 2020. Vallejos Emanuel de la Cruz y otros s/infracción ley 23.737, expte. N° 42000333/2011, Rosario 2015.

en el mercado de drogas ilegalizadas como trabajo y coincidieron, en líneas generales, en la descripción de las condiciones en las cuales los *soldaditos* realizaban sus tareas. Esto es, los jóvenes permanecían dentro del *búnker* encerrados con candados por fuera y sin estar autorizadas a abrir la puerta, durante largas jornadas (detallaron turnos de trabajo de doce, veinticuatro y hasta cuarenta y ocho horas). En el interior no había ni agua, ni comida, ni tampoco algo para sentarse o acostarse. La remuneración por aquellas tareas era ínfima y, al mismo tiempo, muchas veces no solían recibir dinero, en compensación de deudas por consumo de las sustancias que estaban a la venta o por faltante de la misma o de dinero. Tal como la describieron, refiere a una relación de explotación laboral en la cual los *soldaditos* son meres empleados, sin gozar de ningún tipo de protección, por tratarse de una actividad criminalizada.

Les fiscales solicitaron en ambos casos el sobreseimiento de los jóvenes por la presunta comisión del delito de tenencia de estupefacientes, al considerarlos víctimas del delito de trata de personas, con fines de reducción a servidumbre, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad, prevista en la “Ley Antitraída”. Entendieron que los jóvenes sufrieron una forma de explotación equiparable a la reducción a servidumbre, ya que, mediante el uso de coacción –violencia física y amenazas– y el aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, se les obligó a llevar a cabo la actividad ilícita de tenencia para la comercialización de estupefacientes. Para ello, entre otros argumentos, recurrieron a la regla de no punibilidad aplicable a las víctimas de trata (art. 5, Ley 26364, reformada por Ley 26842).¹⁸

Para dar cuenta de la explotación equiparable a la reducción a servidumbre destacaron

18 Dicha disposición contempla que “*las víctimas de trata no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata*”.

la sumisión a la que habrían sido sometidas les jóvenes al permanecer en un sitio muy reducido y antihigiénico, sin agua, sin comida, sin baño, sin un lugar para sentarse o acostarse¹⁹, por jornadas de cuarenta y ocho horas, sin posibilidad fáctica de poder salir del lugar²⁰ y/o amenazadas de muerte en caso de lo que intentaran. También refirieron a las amenazas sufridas por les jóvenes y su familia, las lesiones que presentaban y las deudas que podrían generarse por el consumo de las sustancias ilícitas que eran obligadas a vender. A su vez, mencionaron al Convenio 182 de la OIT que incluye dentro de una de las peores formas de trabajo infantil “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes”.

Por otra parte, para interpretar la situación de vulnerabilidad utilizaron las “Reglas de Brasilia”, entendiendo que “se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad (...) o por circunstancias sociales, económicas (...) encuentran especiales dificultades para ejercitarse con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. En uno de los casos analizados, les operadores judiciales entendieron acreditada

dicha vulnerabilidad en razón de la edad de les jóvenes al momento de los hechos, (“tan solo diecisiete y diecinueve años”). También se destacó la vulnerabilidad laboral de les jóvenes de barrios desfavorecidos y se equiparó su situación con el colectivo de mujeres trans, quienes eran instrumentadas por una estructura organizada para la venta de droga al menudeo en la calle²¹. En ambas causas, les jueces dieron lugar a los pedidos de les fiscales y sobreseyeron a les jóvenes.

Jóvenes y operadores judiciales coincidieron en estos casos en la caracterización de la participación subordinada en este mercado ilegal, en tanto constituyan formas de explotación laboral. Sin embargo, si para les jóvenes era un trabajo -y así narraban estas experiencias- para les operadores judiciales, aunque reconocían que su práctica y el sometimiento a realizar esta actividad ilícita era equivalente a una forma de explotación laboral, no la concebían propiamente como un trabajo sino más bien como un delito, aunque justificado o exculpado.

VI. Conclusiones

La participación de les jóvenes de sectores populares en el mercado de drogas ilegalizadas suele ser subordinada y resultar más bien una experiencia de humillación y explotación, muy cercanas al mercado laboral formal e informal. Les jóvenes experimentan fuertes dificultades para lograr

19 Describieron a los *búnkeres* como construcciones precarias, preparadas y acondicionadas únicamente para la venta de estupefacientes, sin mobiliario alguno, sin baño, comunicadas con el exterior únicamente por intermedio de un agujero hecho en la pared, al solo efecto de permitir la transacción y una sola puerta de ingreso de metal, sin apertura desde el interior.

20 En uno de los casos, surge del acta de procedimiento que, en el momento de la detención, la edificación en la que se encontraba el joven estaba cerrada con un candado y fue necesario la utilización de un ariete tras varios golpes para recién poder abrir la rudimentaria puerta de chapa. Tras lo cual fue necesario vencer con la misma herramienta otra puerta de chapa que también se encontraba herméticamente cerrada y recién allí se pudo ingresar al habitáculo.

21 “... en tanto las mismas forman parte de un colectivo sometido a una condición estructural de vulnerabilidad, con altos niveles de marginación social, exclusión y violencia, y por el hecho de resultar sometidas sus integrantes, desde muy temprana edad a recurrir a esquemas informales, precarios e ilegales -en muchos casos- para poder satisfacer mínimamente aquellas necesidades primordiales y básicas que las colocaba en situación de no poder a ningún otro medio de subsistencia que no fuera el comercio de drogas (...”).

una autoimagen deseable, atractiva y con reconocimiento social a partir de las instituciones convencionales, especialmente el trabajo. Pero, también a partir de algunas actividades delictivas, como la venta de drogas. Esos materiales para construir un nombre, una buena reputación -que les permita contar con honor y prestigio social- se encuentran difícilmente accesibles y/o resultan poco atractivos, siendo las más de las veces experiencias de humillación, sometimiento y explotación, que en nada colabora para ennobecer la propia imagen (Fonseca, 2000).

A su vez, la Policía y Fuerzas de Seguridad, como las Fiscalías y los Tribunales suelen clasificar estas actividades como delito y considerar a los jóvenes como infractores de la ley de drogas (Ley 23737), aunque en algunos pocos casos, interpretan dicha participación más bien como una forma de explotación laboral y les colocan como víctimas del delito trata de personas, evitando así la prosecución de la persecución penal en su contra.

Ahora bien, quienes resultan perpetradores de la explotación, es decir, los *narcos*, *transeros* o *transas* que resultan capturados por las burocracias penales, aunque en esta red de relaciones ocupan un lugar de poder –siempre cambiante-, también tienen un rol secundario o menor en el mercado de drogas ilegalizadas y sólo operan en el ámbito local y, a su vez, se encuentran próximos a los *soldaditos*. (Cozzi, 2020).²²

De algún modo, la lógica víctima – victimario, que prevalece en el lenguaje penal, simplifica y oscurece la densa y compleja trama de relaciones sociales que constituye este mercado ilegal. Aquí resultan productivas algunas críticas producidas por la cri-

minología feminista señaladas por Varela al analizar el tratamiento dado al trabajo sexual (Varela, 2013). La autora recupera la hipótesis de Pitch (1995) respecto de que en la contemporaneidad asistimos a un pasaje del “paradigma de la opresión” como clave interpretativa de los problemas sociales, hacia el “paradigma de la victimización” como forma de reivindicar derechos y formular demandas (Varela, 2013). Refiere que el “paradigma de la victimización” presenta el riesgo de “tradicar una situación social que anuda diversas condiciones de subordinación a una relación individual y rígida entre víctima y victimario (...).” (Varela, 2013:280).

Mientras que la clave de lectura e intervención privilegiada frente a la producción, tráfico, comercialización y consumo de algunas sustancias sea el sistema penal, casi exclusivamente en términos punitivos, tal como propone el paradigma prohibicionista dominante, se seguirán reproduciendo esos riesgos. Urge entonces, discutir el modelo prohibicionista –fracasado en sus propios términos- y contemplar otras formas de regulación legal de esas actividades.

Bibliografía

Becker, H. (1971) “*Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*”. Siglo XXI Editores. Buenos Aires 2009.

Benassi, E. (2017). *Plantate y boxeá: jóvenes de sectores populares, circuitos y trabajo*. Tesis de Doctorado. Rosario: Universidad Nacional de Rosario.

Bourdieu, P. (1986). “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao, Desclée de Brouwer, pp.165-223.

22 De manera similar ha analizado Corazza Padovani la situación de mujeres acusadas de tráfico internacional de drogas y tratadas como víctimas de trata en el contexto brasileño, (Corazza Padovani, 2020).

Bourgois, P. (2003). *En busca del respeto. Vendiendo crack en Harlem*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires, 2010.

Cagliero, I. (2019). "Jóvenes en situación de narcotráfico: presos en un búnker", en Ruchansky, Emilio, *Que el narco no te tape el bosque. La maquinaria prohibicionista en Rosario y la región*.

Cattani, H. (2010). "El origen del control penal de las drogas", pp. 209 a 229., en Cuñarro M (coord.), *La política criminal de la droga*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Corazza Padovani, N. (2020) "¿Todas las mujeres acusadas de tráfico internacional de drogas son víctimas de trata de personas? Género, clase, raza y nacionalidad en los discursos sobre crimen organizado en Brasil". En DAICH D y VARELA C: *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Editorial Biblos, Ciudad de Buenos Aires.

Corbelle, F. (2019)."La construcción social del 'problema de la droga' en Argentina, 1919-2018". *Revista Ingesta*, n1v1. 2019.

Cozzi, E. (2020). "Nosotros éramos una cooperativa de distribución": algunas transformaciones en el mercado de drogas ilegalizadas en un barrio popular de Rosario, del cuenta-propismo a una comercialización a mayor escala", *Dilemas. Rev. Estud. Conflito Controle Soc.* – Rio de Janeiro – Vol. 13 – N° 2 – pp. 463-484.

Cozzi, E. (2019). "Arreglar" y "trabajar": vínculos entre jóvenes y policías en Rosario, Argentina. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Universidad de Manizales y Cinde, Colombia*. 17(2), 1-19.

Cozzi, E. (2018). "Se les dobló el caño, per-

dieron el honor": prácticas, representaciones y valoraciones en relación con la participación de jóvenes en robos y en el mercado de drogas ilegalizadas en un barrio popular de la ciudad de Rosario", *Revista Cuestiones Criminales*, Vol. 1, Nº 1, pp. 4-22.

Daich, D. y Varela, C. (2014). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución *Revista Delito y Sociedad* N° 38, pp. 63-86.

Day, M. (2014). "Haciendo una montaña de un grano de arena: mitos sobre jóvenes y delincuencia en Santa Lucía", TNI, Serie *Mercados de drogas y violencia* N° 3.

De Oliveira, P. (2008). "Sobre a adesão juvenil às redes de criminalidade em favelas", em Machado Da Silva (org.) *Vida sob cerco: violência e rotinas nas favelas do Rio de Janeiro, Nova Fronteira Editora*, Rio de Janeiro, 2008.

Del Olmo, R. (1989); Drogas: distorsiones y realidades. *Revista Nueva Sociedad* N°: 102, pp. 81-93.

Fonseca C. (2000). "Família, fofoca y honra: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares", Editora de La Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Galdeano, A. y Almeida, R. (Coord.), (2008), "Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social". CEBRAP. São Paulo.

Kessler, G. (2013). "Ilegalismos en tres tiempos" en Castel, Kessler, Merklen y Murrard "Individuación, precariedad, inseguridad: ¿desinstitucionalización del presente?", Paidós, Buenos Aires.

- Labate, B. y Rodrigues, T. (2015). "Política de drogas y prohibición en las Américas". En: Labate, Beatriz y Rodrigues, Thiaago (Eds.). *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*. México, CIDE.
- Misse, M. (2007). "Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro", *Estudos Avancados*, (21), 61, 139-157.
- Pita, M. (1996). "Seguridad versus Desorden Social: el control social en los tiempos del ajuste". En *Cuadernos de antropología social*, N° 9, p. 11. Buenos Aires, Instituto de Ciencias Antropológicas, Sección Antropología Social, Facultad de Filosofía y Letras (UBA).
- Pitch, T. (1995). Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal. Bs As, Ad-Hoc.
- Ruggiero, V. (1999), "Delitos de los débiles y de los poderosos: ejercicios de antricriminología", Editorial Ad. Hoc, Buenos Aires.
- Sigaud L. (1996). "Direito e coerção moral no mundo dos engenhos". *Estudos históricos*, Vol. 9 N° 18:361-388, 1996.
- Suppa Altman, J. (2018). "La prohibición: un siglo de guerra a las drogas, de las restricciones al cultivo del opio, la coca y el cannabis a la intervención de Estados Unidos en América Latina", THC, Buenos Aires, Ed. Aguilar.
- Tarantino M. (2020). "¿Qué hubo de nuevo en la legislación penal argentina contra la trata de personas? Un primer análisis de lo que nos dejaron las leyes 26364 y 26842.", en Daich Deborah y Varela Cecilia (coordinadoras) *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Biblos.
- Tiscornia, S. (1995) "¿Peligrosidad política o peligrosidad social? Seguridad ciudadana y procesos de construcción de hegemonía en torno al (des)orden democrático". En: *Serie Fichas de Cátedra*, 1, Departamento de Ciencias Antropológicas, Cátedra de Sistemática 1 (organización social y política), Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras (UBA).
- Tokatlian, J. (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.
- Touzé, G. (2008) "Saberes y prácticas sobre drogas. El caso de la pasta base de cocaína", Buenos Aires: Intercambios ONG.
- Varela, C. (2013). "De la "letra de la ley" a la labor interpretante: la "vulnerabilidad" femenina en los procesos de judicialización de la ley de trata de personas (2008-2011)", *Cadernos Pagua* N° 41.
- Zaitch, D. (2008) "Reducción de daños, seguridad y tráfico de drogas ilícitas". En *Cuadernos de Seguridad*. N° 2. Ministerio de Seguridad-Presidencia de la Nación. Buenos Aires.
- Zamudio Angles, C. (2013) "Jóvenes en el narcomenudeo: el caso Ciudad de México". *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* (13), 111-123.

□ SECCIÓN III □

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

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

Licenciado en Psicología. Docente. Embajador. Ex Secretario General de la Junta Nacional de Drogas de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay. Ex Representante Permanente de Uruguay ante OEA. Ex Embajador Itinerante para Derechos Humanos y Drogas.

I. Pandemia y política de drogas

Reflexionar sobre políticas de drogas en momentos en los que nuestras naciones están bajo una pandemia de proporciones graves, duras y tristes, impone consideraciones previas. La situación de la pandemia se vuelve un tema ineludible al analizar cualquier campo de la vida y de la realidad nacional e internacional. Es un fenómeno que algunos han calificado como sindemia, aludiendo a las causalidades complejas de lo biológico y sanitario, junto a las determinantes sociales, económicas y ambientales (que siempre fueron subrayadas, aunque a veces ignorada, desde la óptica de la salud pública).

Desgraciadamente, la visibilidad de estas dimensiones son elocuentes cuando debemos gestionar lo sanitario junto con otros factores, para ser eficaces y eficientes a la hora de resolver la calidad de vida de nuestros pueblos y recuperar integralmente a toda la sociedad.

Esta situación impone mirar y abordar el tema drogas con una renovada óptica no reduccionista. No drogocéntrica. En políticas de drogas, el descentramiento es una necesidad para ampliar la mirada y el horizonte, siempre

que vaya acompañada por una actitud proactiva. Sin lugar a dudas esta epidemia globalizada profundizará la necesidad de prevención y tratamiento de consumos problemáticos de sustancias, pero reafirma, una vez más, que el centro no son las sustancias sino las personas. Que esto no es solo un problema sanitario o de seguridad pública, como siempre se insiste en clave de alarma pública. Es un fenómeno social complejo, global, que exige una mirada política y un debate a fondo sin tabúes ni hipocresías.

Una síntesis muy apretada sobre algunas enseñanzas de esta pandemia:

- La evidencia científica y la ciencia han mostrado los límites inevitables del conocimiento humano, al mismo nivel que la omnipotencia por la que la civilización y este modo de producción y consumo pensaron que podíamos dominar la naturaleza. Nos creímos dioses y explotamos al máximo la naturaleza, y un bicho chiquitito, indomable, en perpetua modificación y variantes, nos tiene jaqueados. No sabemos. O sabemos poco. O vamos sabiendo a medida que investigamos.
- Hay fenómenos biológicos, sociales, económicos, que, además de no conocerlos lo suficiente, solo se pueden abordar sin la pretensión de abatirlo totalmente. Por ejemplo, un virus y su propagación. Hemos hecho reducción de daños y gestión de riesgos con la pandemia. Pragmáticamente, todas las medidas políticas, sociales y sanitarias son de ese corte. Enfoque tan resistido absurdamente en políticas de drogas.
- La salud pública ha demostrado, una vez más, las determinantes sociales, económicas y ambientales, y los hilos profundos de la dimensión del desarrollo humano. En sus causas y en los efectos de la postpandemia, la CEPAL ha sido contundente en el análisis de situación, y resultaría absurdo encarar políticas de drogas despegadas de esta situación en-

démica. No solo por las repercusiones sanitarias que ya se evidencian en salud mental y en el incremento de los consumos problemáticos de sustancias sino por los sectores vulnerables que están creciendo en la pobreza y desigualdad.

- La presencia de un Estado fuerte y presente garantiza derechos. El derecho a la salud a partir de un sistema sanitario fuerte, y de una atención adecuada que hagan verdad el Estado de bienestar comienza a ser reclamado por organismos como el FMI. El rol de una comunidad organizada, de sociedad civil activa y participativa, muestra una vez más las virtudes del trabajo en territorio. El miedo y la alarma han dominado el terreno público y, sin embargo, los mecanismos de solidaridad popular han funcionado. El mercado no ha sido la mano invisible que resuelve estos temas sino más bien ha intervenido en contra.

II. El “problema mundial de las drogas”

En abril de 2016 se celebró en Nueva York una Sesión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas para abordar el problema mundial de las drogas.

En toda la historia de la ONU, se han realizado treinta sesiones especiales por temas de altísimo interés. Tres de ellas – en 1990, 1998 y 2016 – abordaron el problema mundial de las drogas en pos de buscar soluciones y generaron sucesivos planes de acción – que fracasaron, uno tras otro, con todo éxito – para enfrentar el así denominado *problema mundial de las drogas*. En 2016, hubo algunos avances como la participación de varias agencias de ONU (ONU SIDA, PNUD, Alto Comisionado DDHH, Mujeres) y su documento final donde se refleja una apertura bien interesante:

Reconocemos que existen retos persistentes, nuevos y cambiantes que deberían

afrontarse de conformidad con lo dispuesto en los tres tratados de fiscalización internacional de drogas, los cuales ofrecen a los Estados partes suficiente flexibilidad para formular y aplicar políticas nacionales en materia de drogas con arreglo a sus prioridades y necesidades, de conformidad con el principio de la responsabilidad común y compartida y con el derecho internacional aplicable...

Pero el tema sigue exigiendo un debate abierto, inclusivo, sin tabúes, para avanzar en una revisión a fondo del sistema de control internacional de drogas y de las políticas públicas a nivel nacional.

II.1. Prohibicionismo y abstencionismo

El sistema internacional del control de sustancias psicoactivas está hegemonizado por un paradigma "prohibicionista", modelo que ha llevado inexorablemente a una forma predominantemente represiva, de formulación de "guerra contra las drogas" y de promoción del "abstencionismo" absoluto y dogmático en el terreno social y sanitario.

Estas ideas hegemónicas en el mundo actual (aún cuando comienzan a resquebrajarse aceleradamente), parten del supuesto de que, prohibiendo la producción, tráfico, distribución, suministro y consumo de drogas ("un mundo libre de drogas"), el problema está resuelto. Han especulado incluso con que la prohibición aumenta los costos y precios de estas mercancías y ello influye en la oferta de droga. Paradojas de los liberalismos: la escuela de Chicago con Milton Friedman y Gary Becker al frente han demostrado contundentemente esta falacia y hace mucho promueven la liberación total de este mercado. Actualmente, el mercado de drogas está regulado por la interdicción y represión, que termina, además, siendo una intervención perversa en un mercado tan competitivo.

Si bien hay consenso en promover políticas en las que el control de la oferta y de la demanda estén equilibradas, lo que ha sucedido realmente es que los presupuestos, la voluntad política y los hechos han visto desarrollar solo un enfoque de guerra, aplicación no proporcional de la justicia penal -con la criminalización de toda la cadena-, imposición de penas incluso al consumo, al punto de que, en muchos países, rige la pena de muerte para delitos vinculados a drogas.

La responsabilidad común y compartida, como principio de cooperación internacional, nunca ha sido respetada. Los países ricos del Norte siguen siendo el gran mercado consumidor que genera la demanda, y los países pobres del Sur los que, en la división internacional del trabajo, se han dedicado a la producción y elaboración primaria. Las terminales de lavado de dinero, en las que las ganancias se vuelven legales, están radicadas también en el sistema financiero -aunque no solo- de los países del Norte. Las consecuencias de ello: hemos visto un aumento de la violencia de las organizaciones criminales que se disputan mercados y rutas, pero también del Estado y las fuerzas represivas. Asistimos a la congestión de cárceles y sistemas judiciales abarrotados por delitos vinculados a las drogas y una larga violación de garantías y derechos humanos en nombre de la lucha contra "el flagelo"¹.

1 Llamativo latiguillo de corte moralista, que evita analizar la larga historia del uso de sustancias vegetales, cultural y religioso, que forman parte de la civilización y que su carácter problemático ha venido, en parte, con su mercantilización. Es cultural no solo de los pueblos originarios. Toda la civilización judeocristiana ha consagrado la vid y el vino como sagrados (y vaya si tenemos problema con el alcohol), pero además ha sostenido una concepción piadosa del "pecador/a". Se trata de una comprensión de la condición humana que como tal, tiene debilidades, placeres y goces, que, si bien algunos no están aceptados por la religión, otros forman parte de esa, nuestra condición humana. Solo el Santo Oficio de la Inquisición pretendió abatir con la flagelación de esos

Unido a ello, la única propuesta sanitaria y de prevención de consumos problemáticos consiste en la abstinencia total y absoluta. Han sido un tabú (imposible de debatir e incluir como alternativas posibles) los enfoques y prácticas de reducción de daños y gestión de riesgos que conciben el problema con una óptica vincular y pragmática. A pesar de los programas exitosos que se instrumentaron en varias ciudades europeas cuando la epidemia de heroína en la década del 80, o de la positiva evaluación de ONU SIDA del freno que significaron los programas de intercambio de jeringas en población usuaria de drogas para reducir las muertes por sobredosis o la infección de sida generalizada. En el debate en los organismos internacionales y multilaterales de drogas, ha habido una resistencia insólita a admitir el léxico, el texto, de “reducción de daños”.

II.2. Los tiempos comienzan a cambiar

Comienzan a abrirse camino enfoques y políticas alternativas. Estados Unidos, que por mucho tiempo fue el adalid del prohibicionismo, con virulencia exportadora desde que Nixon lanzó “la guerra contra las drogas” -con objetivos geopolíticos bien definidos en nuestra América Latina y el Caribe-, comenzó la apertura a otras modalidades. En 2012, los estados de Washington y Colorado -y ahora diecisiete jurisdicciones- legalizaron el uso adulto del cannabis, treinta y cuatro estados lo admiten para uso medicinal, y el Congreso discute su legalización a nivel federal.²

Además de Uruguay, Canadá se ha incorporado al club de jurisdicciones nacionales con mercado regulado; México tiene media sanción

“demonios” y quedó inscripta como un capítulo nefasto de la historia de la Iglesia Católica.

2 Los republicanos presionan por la legalización federal de la marihuana para garantizar la ‘libertad individual’ <https://acca.org.uy/noticias/eeuu-los-republicanos-presionan-por-la-legalizacion-federal-de-la-marihuana-para-garantizar-la-libertad-individual/>

en espera de la decisión del Senado. Varios países latinoamericanos admiten la producción y uso medicinal, habida cuenta de la regulación del cultivo de coca que ya hizo Bolivia.

A pesar de que la Estrategia del Comando Sur de Estados Unidos siga con la retórica y los planes de corte belicista, que privilegia las tareas sobre narcotráfico en relación con toda la América Latina y el Caribe, y que más de cuarenta agencias dedicadas y con presupuestos abultados para la represión sigan con la misma lógica, parecería que los hechos son más contundentes, y los tabúes comienzan a caerse. Entre otras razones, porque ni la prohibición, ni la represión, ni el altísimo nivel de reclusos en las prisiones, han resuelto nada. Solo en el año 2017, Estados Unidos contabilizó setenta y un mil muertes por sobredosis por opiáceos.³

Vaya paradoja: la epidemia de consumo de opiáceos se dio a partir de la promoción engañosa de varios laboratorios que fabricaban la oxicodona y similares. Esto generó un nivel de adicción muy grande, y los usuarios no solo abusaban de eso sino que recurrían alternativamente a la heroína.

Este es el gran problema de drogas de los Estados Unidos, que muestra la importancia capital de regular los mercados - todos los mercados, y en los de sustancias psicoactivas con más razón, tanto los de circulación lícita, como opiáceos o alcohol, como los de circulación ilícita -. Significativo y novedoso fue el discurso de la representante de Estados Unidos en la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas el pasado abril:

Todos los miembros de la CND saben que

3 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-59328151>
<https://www.drugabuse.gov/es/drug-topics/trends-statistics/overdose-death-rates>
<http://www.area-documental.com/player.php?titulo=El%20crimen%20del%20siglo%20parte%20de2 HBO>

debemos abordar los problemas que nos afectan a todos para que todos podamos beneficiarnos. Pero no podemos enfrentar los desafíos de hoy con los métodos de ayer; tenemos que modernizarnos y asegurarnos de que nuestros enfoques respondan a las tendencias actuales. En los Estados Unidos, nos enfrentamos a niveles sin precedentes de sobredosis. El 1 de abril, publicamos el plan del presidente Biden para abordar la epidemia de adicción y sobredosis, que exige soluciones modernas, como ampliar el acceso a servicios de tratamiento basados en evidencia y servicios de reducción de daños, y priorizar la equidad racial⁴.

II.3. Complejidades

El sistema internacional de fiscalización de drogas tiene ya ciento doce años. La primera reunión fue en Shanghai y se denominó Comisión del Opio. Fue convocada por China y el embajador norteamericano en Filipinas, obispo episcopal Charles Brent. China venía de padecer una verdadera epidemia de consumo de opio y de la humillación derivada de las Guerras del Opio, en las que las potencias europeas fueron las abanderadas de la libertad de comercio y de puertos. La triangulación que hacían desde los centros de producción de opio en el triángulo de Tailandia y la seda en los puertos chinos llevaron a una mezquina beligerancia de estos países contra la defensa de las autoridades chinas para frenar el ingreso y consumo masivo de opio.

Durante ciento doce años, la instrumentación del sistema internacional de fiscaliza-

ción de drogas adolece de un sesgo de tipo moralista y de una concepción dogmática. El obispo Charles Brent es el mismo que luego promovió y alentó en los años 30 la famosa “Ley Seca del Alcohol” en Estados Unidos. No parece necesario abundar en el fracaso de la prohibicionista “Ley Seca del Alcohol”, que inundó las pantallas del cine y graficó el fracaso absoluto y la generación de crimen organizado y violencia.

II.4. Honestidad intelectual y cambios

En febrero de 2016, previo a UNGASS 2016, el ex Secretario General de la ONU Dr. Kofi Annan publicó un artículo realmente provocador en el que afirmó: “Las drogas han destruido muchas vidas, pero las malas políticas han destruido muchas más. Todos queremos proteger a nuestras familias del peligro potencial de las drogas. Pero si nuestros hijos desarrollaran un problema de drogadicción, seguro que querríamos que cuidaran de ellos como pacientes que necesitan tratamiento, y no que fueran catalogados como delincuentes”

El título del artículo, publicado en el influyente Huffington Post, *Es hora de legalizar todas las drogas*, contiene, no solo el mérito de pretender influir en la asamblea que se llevó a cabo en abril sino un testimonio de la honestidad intelectual de Annan.

Al finalizar la anterior UNGASS 1998, en la que la comunidad internacional no solo pretendía liquidar, erradicar todos los cultivos de marihuana, coca y adormidera en el término de diez años, quien era el Secretario General de ONU, precisamente Kofi Annan, levantando su copa, brindó por un “mundo libre de drogas”.

Creyó realmente en esa distopía. En los diez años posteriores del Plan de Acción votado, no solo no se pudieron erradicar los cultivos, sino que crecieron y siguen creciendo a un ritmo inusitado. Solo un ejemplo contun-

⁴ 64º período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes | Punto 3 del orden del día: Declaración nacional de Estados Unidos, por Regina LaBelle, directora interina de Política Nacional de Control de Drogas, 12 de abril de 2021. Disponible aquí: <https://vienna.usmission.gov/national-statement-to-cnd2021/>

dente, que se puede leer en el Informe Mundial publicado todos los años por la Oficina de la Drogas y el Delito de Naciones Unidas y por la JIFE: Afganistán, ocupado militarmente en lo que podríamos llamar el *non plus ultra* de la guerra contra las drogas, sigue siendo el país con récord de exportación ilegal de amapola y opio: produce el setenta y ocho por ciento, ahora con procesos de elaboración avanzados en propio territorio, no solo exportan la materia prima.

No ha sido una guerra contra las drogas, y cito nuevamente a Kofi Annan:

A nivel internacional, la *guerra contra las drogas* no ha tenido éxito. Se estima que la prohibición global cuesta al menos 100.000 millones de dólares (90.700 millones de euros) al año, mientras que hay 300 millones de personas que consumen drogas en el mundo, contribuyendo a un mercado ilícito internacional con un volumen de 330.000 millones de dólares al año, uno de los mayores mercados de materias primas del mundo.

La prohibición ha tenido poco impacto en la oferta y demanda de drogas. (...) La prohibición no ha reducido considerablemente el consumo. Los estudios han fracasado una y otra vez a la hora de establecer un vínculo entre la dureza de las leyes sobre drogas de un país y sus niveles de consumo. La criminalización y el castigo generalizados de las personas que consumen drogas -las cárceles masificadas- significan que la guerra contra las drogas es, hasta cierto punto, una guerra contra los consumidores: una guerra contra las personas.

II.5. La necesidad de un debate político abierto, sin tabúes y multilateral

“Problema mundial de las drogas”. Así formulado, lo primero que exigen las ciencias

matemáticas, es: ¿realmente está bien planteado? Problema mal planteado es imposible de resolver. Lo segundo es saber si todo el universo invocado es realmente problemático. Lo tercero sería conocer que las soluciones planteadas hasta ahora, no sólo no lo han resuelto, sino que lo han agravado. Han agregado más problemas, valga la redundancia, donde no los debería haber.

La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes señala todos los años en sus informes que los calmantes opiáceos y las sustancias para calmar el dolor y usar en cuidados paliativos no están disponibles ni accesibles al ochenta y cinco por ciento de la población mundial. Un daño colateral, dijeron los partes de guerra. Y no es porque estén prohibidos, ya que la Convención Única de 1961 lo estipula claramente en su Preámbulo: el cometido del sistema es garantizar el uso médico y científico de las sustancias controladas.

Una digresión interesante. Tal como lo ha señalado el amigo Ec. Francisco Thoumi⁵, un gran experto y analizador del Sistema Internacional de Fiscalización de Drogas, la versión del Preámbulo de la Convención Única de Estupefacientes de 1961 en idioma inglés y la versión en español no dicen exactamente lo mis-

5 Francisco E. Thoumi es Economista de la Universidad de Los Andes (Bogotá, 1963), con un doctorado (Ph.D) en Economía de la Universidad de Minnesota (1973). Fue Miembro de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas (desde abril 2012 hasta abril 2020) y del Comité de Asesores Científicos del Informe Mundial sobre las Drogas de las Naciones Unidas (desde 2015).

<https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2020/6/la-evolucion-hacia-una-perspectiva-humanista-en-las-politicas-de-drogas-de-las-naciones-unidas/>

“Medicina, ciencia e interpretación de las convenciones internacionales de drogas: ¿Será que el emperador está desnudo?

https://www.researchgate.net/publication/313267989_Medicina_ciencia_e_interpretacion_de_las_convenciones_internacionales_de_drogas_Sera_que_el_emperador_esta_desnudo

mo. Por un lado, la versión inglesa señala: "The Parties, Concerned with the health and welfare of mankind", mientras que, por el otro lado, la versión en español indica: "Las partes, preocupadas por la salud física y moral de la humanidad". Más que un error, en mi opinión se trata de un *lapsus*, un acto fallido muy significativo sobre el real fondo de la cuestión: es más un problema moralista que de salud pública

II.6. La Guerra no ha terminado. Pero hay una luz en el camino

Uruguay y Canadá ya son jurisdicciones nacionales donde rige el mercado regulado del cannabis. Ya mencionamos la situación en Estados Unidos, con dieciséis estados y el Distrito de Columbia, que legislaron y regularon el uso adulto o recreativo de la marihuana y tiene ya treinta y cuatro estados con uso medicinal. En el Congreso de Estados Unidos se discute una ley federal que legalice definitivamente el cannabis a nivel nacional. En México hay media sanción para legalizarlo. En India y Sudáfrica hay una apertura y un uso del cannabis tolerado. Hay ahora un debate mundial sobre la regulación del cannabis y también de otras sustancias. Se promueven leyes sobre la descriminalización de la posesión personal de drogas, entre otras cosas, para resolver los problemas penitenciarios. Hay un renovado interés de la necesidad de reforzar los sistemas de salud que, de una buena vez por todas, ofrezcan tratamiento accesible a todos los niveles para el uso problemático de drogas. Es un derecho humano vulnerado, como lo es también el hacinamiento de todas las cárceles de las Américas, y el debate para una reforma del sistema penitenciario que va inexorablemente de la mano junto a políticas de drogas mas humanizadas.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) presentó para UNGASS

2016 un documento que debe ser analizado e incorporado al debate y la reflexión del tema⁶:

El PNUD ha reconocido que en América Latina, por ejemplo, las políticas que se enfocan predominantemente en la represión, en mayores sanciones y el uso de la fuerza han aumentado la violencia letal y el abuso de la policía, han impulsado respuestas agresivas de organizaciones criminales y han provocado su fractura y dispersión geográfica. Los esfuerzos exitosos de interdicción, el arresto o extradición de líderes de carteles de drogas y la destrucción de carteles han conducido a mayores niveles de violencia, puesto que los actores que permanecen activos compiten por el control de su cuota del mercado.

Como también lo ha señalado la ONUDD, los esfuerzos para controlar el suministro de drogas no lo han eliminado. En lugar de ello, la presión para aplicar medidas restrictivas en un área de producción o en una ruta de tránsito las desplaza hacia nuevas áreas geográficas y comunidades, así como el delito, la violencia y la desestabilización asociados. Los países de tránsito frecuentemente experimentan un aumento en el consumo de drogas, lo que a su vez puede conducir a una mayor. El uso excesivo de mecanismos de justicia penal, la desproporción de las penas de reclusión por delitos relacionados con las drogas y la aplicación de leyes de sentencia mínimas obligatorias, han contribuido a sobrecargar los sistemas judiciales y penitenciarios minando su capacidad de impartir justicia y apoyar la rehabilitación. La falta de penas alternativas al encarcelamiento y de mecanismos de reinserción, y el uso excesivo de la prisión preventiva han contribuido, en muchas instancias, a la

⁶ UNGASS 2016, Políticas de control de drogas y desarrollo humano. Junio de 2015. PNUD. <https://www1.undp.org>

superpoblación de las prisiones, facilitando los abusos contra los derechos humanos, así como las conexiones con las redes del crimen organizado dentro de la prisión.

II.8. UNGASS 2016: apertura de gran importancia

Un bloque latinoamericano que coordinó sus acciones (Méjico, Guatemala, Ecuador, Colombia y Uruguay) promovió en UNGASS 2016 la necesidad de un debate amplio, abierto e inclusivo y sin tabúes para avanzar. Los resultados se vieron en parte reflejados en el documento final de ese evento, con algunos consensos que admiten la posibilidad de que los Estados puedan resolver los problemas de acuerdo a su situación singular, específica y soberana. En dicha oportunidad, fue posible contar con excelentes aportes, por primera vez, de agencias de la ONU a las que no les concierne específicamente el denominado “problema drogas”, pero son miradas inclusivas de enorme importancia. Los aportes del PNUD, del Consejo de DDHH, de ONU SIDA y ONU Mujeres se sumaron como insumos imprescindibles para descentrar el enfoque dogmático.

El bloque latinoamericano tuvo su proceso. Principalmente con los debates que se dieron a partir de 2010 en la OEA con la elaboración de una Nueva Estrategia Hemisférica sobre Drogas y del sustancial Informe sobre Drogas en las Américas, que fue encomendado por la Cumbre de Jefes y Jefas de Estado celebrada en 2012 en Cartagena de Indias.

III. Uruguay y el mercado regulado del cannabis. Ley 19.172.

III.1. Creación del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA)

Esta iniciativa, que fue sancionada por el

Poder Legislativo en diciembre del 2013 luego de un interesante debate parlamentario, terminó sancionando la Ley 19172, sin duda la más revolucionaria de todas.

Resulta imposible comprender esto sin los antecedentes en varios planos de las políticas de drogas. Desde 1974, en virtud del Decreto Ley 14194, Uruguay no tiene penalizada la tenencia de drogas para uso personal, de ningún tipo de drogas. Por otra parte, Uruguay tiene una tradición estatista en varios planos y una solución progresista en muchos temas. Ya en el siglo pasado, la prostitución dejó de ser actividad clandestina a ser legal y supervisada por Ministerio de Salud Pública. El juego de la quiniela se estatizó y durante varias décadas (hasta el empuje neoliberal de los años 90) había monopolio estatal de las bebidas alcohólicas destiladas. La Ley 19172 de Regulación y Control del Cannabis se sancionó en diciembre del 2013, luego de una intensa movilización social, políticas de juventudes y movimiento cannábico, coincidentes con movilizaciones sociales y sanción de leyes de la nueva agenda de derechos: interrupción voluntaria del embarazo, matrimonio igualitario con todos los derechos, leyes de igualdad de género, raza y para personas discapacitadas.

En el período anterior a los gobiernos del Frente Amplio, se habían realizado avances importantes en materia de programas de reducción de daños y de la legislación sobre el lavado de dinero. En la división internacional del mercado global de drogas, Uruguay ocupó un rol muy específico: dada la desregulación del mercado financiero y del imperio del secreto bancario de los años 90, el país se convirtió en un productor de Sociedades Anónimas Financieras de Inversión, cuyas peculiaridades para el lavado de dinero fueron ampliamente demostradas.⁷

⁷ <http://celiv.untref.edu.ar/descargas/GabrielTennenbaumDocumentoDeTrabajoCompleto.pdf>

Fue de sabiduría política y pretensión de continuidad institucional conservar esos avances sin renunciar al programa propio, en vez de tener espíritu refundacional.

II.2. Instituto de Regulación y Control del Cannabis

La Ley 19172 creó el Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) que es dirigido por una Junta Nacional integrada por el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Salud Pública y la Secretaría Nacional de Drogas. Este instituto gestiona y contempla tres capítulos del control y acceso al cannabis legal: cannabis de uso adulto, cannabis de uso medicinal y explotación industrial del cáñamo.

El acceso legal al cannabis de uso adulto se hace por tres vías: los autocultivadores -están permitidas hasta seis plantas por hogar-; los clubes cannábicos -que pueden tener de quince a cuarenta y cinco socios, y cultivar en forma cooperativa-; y los adquirentes de uso habitual. Para esta última modalidad, los usuarios deber registrarse previamente, y sus datos son incorporados como dato sensible según la Ley de Habeas Datas, encriptados, y solo se tiene acceso a esa información con orden de juez competente. La red de suministro prevista por la ley son las farmacias comunitarias, y el adquirente puede retirar hasta cuarenta gramos mensuales, a razón de diez semanales.

El cannabis legal tiene genética identificable, control de calidad, precio fijado por el IRCCA, con licencias de producción otorgadas también por este instituto, y hasta el momento se han producido y distribuido cuatro modalidades: dos de tipo "indica" y dos de tipo "sativa", con porcentajes de THC y CBD equilibrados - 5% y 9% de THC y 6 y 7% de CBD -. La ley prohíbe la exhibición de los productos, y está obviamente prohibido para

menores; tampoco está permitida la publicidad ni la competencia de precios o porcentajes de THC.

La recaudación por las licencias de producción del cannabis de uso adulto, medicinal y cáñamo integran un fondo que está destinado a financiar el IRCCA y, asimismo, a los planes educativos, de prevención y tratamiento de drogas. Actualmente, se han registrado en las tres modalidades de acceso legal más de sesenta mil uruguayos y uruguayas⁸; personas que no recurren, ahora, al mercado ilícito, es decir, que no van a las bocas de venta de drogas. Esto generó un agravio al mercado del narcotráfico.

La ley prevé, además, la evaluación permanente del mercado regulado respecto a varias variables y dimensiones del tema, que es ejecutada por la Unidad de Evaluación del MSP y del Observatorio Uruguayo de Drogas. Colaboró en este proceso de evaluación Monitor Cannabis, organización civil vinculada a la Facultad de Ciencias Sociales que elaboró varios informes sobre el mercado regulado.

El desarrollo de la investigación científica y las licencias otorgadas para el cannabis medicinal, han mostrado otra faceta del mercado legal: el beneficio para la salud que el prohibicionismo siempre ocultó. Pero, además, han contribuido a la creación de varios puestos de trabajo para el cultivo y elaboración de productos, así como un ingreso creciente de divisas por la exportación de plantas, cogoyos, CBD y productos.⁹

III.3. La regulación del mercado de cannabis en Uruguay: una larga construcción política y técnica

No fue un arrebato ni una improvisación. Actualmente, es una institucionalidad po-

8 www.ircca.gub.uy

9 Para conocer toda la legislación e información recomiendo recurrir a la página web: www.ircca.gub.uy

tente, que no depende ahora del gobierno de turno, que se ha transformado en política de estado, porque es la expresión de una política nacional desarrollada con una concepción y modelo de avanzada; de un posicionamiento crítico a nivel internacional que desafió el *status quo* dogmático y hegemónico del enfoque prohibicionista y de guerra contra las drogas. Es una política de Estado.

Fue un largo trayecto de construcción política y social a partir de los logros conquistados en el plano de la Red de Atención en Drogas, de los programas de reducción de daños desplegados por la sociedad civil, de investigaciones del Observatorio Uruguayo de Drogas, de la creación de Juzgados y Fiscalías especializadas en Crimen Organizado, de la Secretaría Antilavado y del Fondo de Bienes Decomisados.

Uruguay tuvo un rol decisivo en la construcción de la Estrategia Hemisférica de la CICAD OEA y en el funcionamiento del Mecanismo de Evaluación Multilateral de OEA. Promovió instancias regionales sobre política de drogas en el MERCOSUR, la UNASUR y la CELAC, y se desplegó la cooperación internacional y regional.

En la Sexta Cumbre de las Américas, celebrada en Cartagena de Indias en el año 2012, le encargaron a la Organización de los Estados Americanos la elaboración del Informe sobre Drogas en las Américas, y Uruguay colaboró activamente en su construcción junto a otros Estados y expertos de la sociedad civil. Un avance en el debate y el consenso interamericano que ha sido ocultado como tal pero que tiene una vigencia total.¹⁰

En la 43º Asamblea General de OEA celebrada en Antigua, Guatemala, fue aproba-

do dicho Informe y se emitió la importante “Declaración de Antigua”, que dice:

RECONOCIENDO que las experiencias y nuevos enfoques que distintos gobiernos y sociedades han desarrollado en relación al problema mundial de las drogas pueden ser fuente de aprendizaje global para la evolución de las actuales políticas de drogas, particularmente cuando consideran a la persona humana, su entorno, la inclusión social y la dignidad humana, bajo criterios para mitigar los impactos negativos del uso indebido de las drogas, tomando en cuenta los principios contenidos en los instrumentos internacionales vigentes, incluidas las tres convenciones sobre drogas de las Naciones Unidas y los instrumentos internacionales de derechos humanos¹¹

Fueron algunos de los antecedentes, camino a la formación del bloque latinoamericano, que, junto a otros Estados, lograron avances importantes en UNGASS 2016.

IV. Drogas y Derechos Humanos

Uruguay ha sido elegido, por sexta vez consecutiva desde el año 2008, como Estado miembro de la Comisión de Estupefacientes para el periodo 2020-2023 en el Consejo Económico y Social (ECOSOC). Es un reconocimiento a un dilatado esfuerzo que tuvo otros protagonistas, con los que se impulsaron algunos principios fundamentales y promovieron la necesidad de dar pasos soberanos en medio del pantano prohibicionista.

Uruguay debutó en la Comisión de Estupefacientes en 2008. En esa sesión, promovió un Proyecto de Declaración sobre debida integración de los instrumentos de DDHH

10 Informes sobre Drogas de la OEA.<https://www.oas.org/docs/publications/layoutpubgagdrogas-esp-29-9.pdf>
http://fileserver.idpc.net/library/Informe-OEA_El-problema-de-las-drogas-en-las-Américas.pdf

11 https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-010

con la política de fiscalización de drogas. Fue una batalla política y diplomática muy dura que llevó al extremo de solicitar votación en el pleno de la Comisión, lo que rompe la tradición del consenso de Viena. Fue copatrocinada por Argentina, Bolivia, Suiza, y luego la Unión Europea. Generó, para nuestra sorpresa, una resistencia insólita, que llegó a un obstruccionismo persistente de varios Estados, partidarios del enfoque prohibicionista, quienes no estaban dispuestos a admitir la incorporación de la perspectiva de derechos humanos en el tema drogas.

La Resolución 51/12 de CND 2008 fue finalmente aprobada¹². A partir de ese hito, se instalaron el relato y los textos que hoy se construyen en este plano, los que incorporaron definitivamente esta óptica de DDHH.

V. Epílogo y prólogo de una nueva época

El Documento Final de UNGASS, Asamblea General Extraordinaria de NNUU, celebrada en Nueva York de abril del 2016, además de incorporar definitivamente conceptos fundamentales en materia de Derechos Humanos, Salud Pública y Desarrollo Humano Sustentable, afirma:

Acogemos con beneplácito la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y observamos que los esfuerzos encaminados a lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible y abordar eficazmente el problema mundial de las drogas son complementarios y se refuerzan mutuamente;

Reconocemos que, como parte de un enfoque amplio, integrado y equilibrado para abordar y contrarrestar el problema mun-

¹² http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2008/03/Comunicado-51_sesionONU.pdf
http://fileserver.idpc.net/library/IDPC_CND_BP08_ES.pdf

dial de las drogas, debería prestarse la atención adecuada a las personas, las familias, las comunidades y la sociedad en general, con miras a promover y proteger la salud, seguridad y bienestar de toda la humanidad; Reconocemos la importancia de incorporar adecuadamente las perspectivas de género y de edad en los programas y políticas relacionados con las drogas; Reconocemos que existen retos persistentes, nuevos y cambiantes que deberían afrontarse de conformidad con lo dispuesto en los tres tratados de fiscalización internacional de drogas, los cuales ofrecen a los Estados partes suficiente flexibilidad para formular y aplicar políticas nacionales en materia de drogas con arreglo a sus prioridades y necesidades, de conformidad con el principio de la responsabilidad común y compartida y con el derecho internacional aplicable¹³

En el Segmento de Alto Nivel del 58 Período de Sesiones de la Comisión de Estupefacientes (Viena 2015), previo a UNGASS 2016, formulamos una serie de preguntas, algunas de las cuales, y a pesar de los avances, siguen vigentes como parte de un debate en la sociedad, el sistema político y los organismos multilaterales:

Tenemos el desafío de ser más efectivos, eficientes y humanos. No siempre tenemos el coraje de mirar la realidad de frente y sin autocoplacencia. El pensamiento único, dogmático, a veces moralista, otras veces pseudocientífico y poco abierto a las buenas prácticas, dominan el panorama. Corremos el riesgo de una nueva frustración si UNGASS 2016 no tiene el coraje de admitir

¹³ Documento final del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas, celebrado en 2016, “Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas”, <https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603304-S.pdf>

que hay diversidad de enfoques, de miradas diferentes, de nuevas experiencias y de un rumor que recorre el mundo entero: ¿Estamos verdaderamente cumpliendo con la integridad de las políticas? ¿Son efectivamente equilibradas? ¿No es una evidencia que los fondos dedicados al control de la oferta y el peso de la estrategia están en lo punitivo? ¿Se respetan los DDHH cuando ofensas menores, incluso el consumo, se penalizan hasta con pena de muerte? ¿O cuando se practican las internaciones compulsivas y los campos de trabajo forzado para adictos? ¿Podremos al menos pensar acercarnos al diálogo sobre otro tipo de regulación? ¿Seguiremos aceptando que la responsabilidad es común, pero compartida en forma no equitativa, que algunos costos humanos, económicos y sociales están diferenciados y pesan en los más pobres? ¿Que en los países de producción y de tránsito se despliega con más intensidad la violencia, a pesar de que el consumo de drogas es muy bajo, y la demanda de consumo y las terminales del lavado de dinero siguen la ruta hacia el Norte? ¿Seguiremos aceptando una interpretación flexible de las Convenciones en un sentido represivo: porque hay Estados que las interpretan aplicando pena de muerte? ¿Verdaderamente se custodian y garantizan el derecho a la salud y la seguridad humana con políticas que incrementan la violencia y castigan por igual a toda la cadena de las drogas? ¿Continuaremos hablando de tratamientos cuando es notorio que el derecho a la salud no está contemplado en la mayoría de los sistemas de salud, que el enfoque religioso no es aceptable como base científica? ¿Seguiremos negándonos siquiera a mencionar el término y el enfoque de reducción de riesgos y daños, como en si estuviéramos en la Inquisición, negándonos a aceptar que los programas de intercambio de jeringas y los espacios de venopunción asistida fueron una respuesta humanitaria y

eficaz para el embate de heroína de los años 80? (Intervención del Emb. Milton Romani, Jefe de la Delegación de Uruguay ante CND NNUU 2015)".

La justicia social en la regulación de cannabis: propuestas para México

Zara Snapp

Zara Snapp es licenciada en Ciencias Políticas por la Universidad de Colorado en Denver, y Maestra en Políticas Públicas por la Universidad Harvard. Es cofundadora del Instituto RIA, una organización mexicana que hace investigación e incidencia sobre las políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos, desarrollo y justicia social. Zara es autora del libro Diccionario de Drogas.

Jorge Herrera Valderrábano

Jorge Herrera Valderrábano es internacionalista por el Tecnológico de Monterrey y Trabajador Social por la UNAM. Es promotor de derechos humanos, activista por la justicia social, y cofundador del Instituto RIA.

Romina Vázquez

Romina Vazquez Barba, derechohumanista y gestora de paz por el Claustro de Sor Juana. Coordinadora en el Área de Comunicación para la Incidencia del Instituto RIA. Integrante de #RegulaciónPorLaPaz y docente.

I. Introducción

La política prohibicionista de drogas es un proyecto que ha fallado en toda América Latina, y México es un claro ejemplo de ello. Violaciones sistemáticas de derechos humanos, detenciones arbitrarias, desplazamiento interno, desapariciones forzadas y la persecución penal de personas usuarias, demuestran que esta aproximación frente a las drogas no solo ha sido ineficaz, sino totalmente contraproducente. El despliegue militar en las calles, así como el paradigma punitivo de la aplicación de la ley, han posibilitado una guerra innecesaria que nos ha generado altos costos en todas las esferas del Estado, pero, sobre todo, en términos de vidas humanas. Asimismo, el incremento de la violencia se ha desbordado con absoluta impunidad debido a un sistema de procuración de justicia opaco e ineficiente. Esta política afecta de manera desproporcionada a poblaciones que ya se encuentran en estado de marginalidad y vulnerabilidad, alejándolas de sus redes de apoyo, exponiéndolas a la brutalidad policial y quitándoles su sustento económico.

La implementación de esta política, además, ha demostrado ser incongruente con la evidencia internacional que tenemos disponible, al no contemplar una pedagogía de

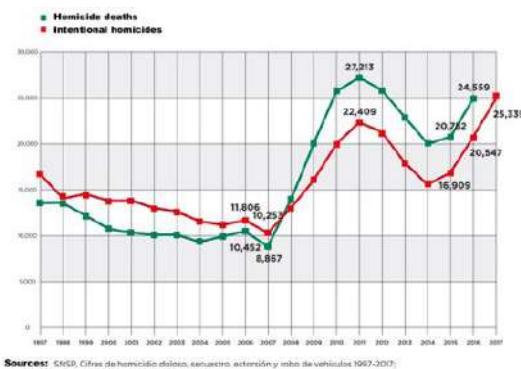
reducción de riesgos y daños, ni tomar en cuenta que existen diversos tratamientos para atender la dependencia a sustancias que no se enfocan exclusivamente en la abstinencia ni, mucho menos, en la privación de la libertad. Por otro lado, las autoridades continúan segregando a las comunidades cultivadoras, ignorando sus necesidades específicas, sometiéndolas a múltiples violencias, criminalizando su forma de subsistir y erradicando sus cultivos.

Los daños que ha causado la actual política de drogas superan con creces a los causados por cualquier sustancia psicoactiva ilegal. La reforma de esa política, a pesar de no ser la solución a todos nuestros problemas estructurales, es un primer paso para comenzar a reparar el daño y reconstruir el tejido social.

II. Derechos humanos y política de drogas

En 2006, México militarizó su seguridad pública y, desde entonces, las Fuerzas Armadas Mexicanas han sido responsables de erradicar el cultivo de amapola y cannabis, utilizando la fuerza excesiva y estrategias punitivas que, a menudo, resultan en numerosas violaciones de derechos humanos, incluyendo detenciones arbitrarias y tiroteos, además de altos niveles de mortalidad (Forné, Pérez Correa & Gutiérrez Rivas, 2017). Existe una correlación entre la militarización y el aumento de las tasas de homicidios a partir de 2007. En el cuadro 1, se destaca el aumento de éstos entre 2007 y 2017 en comparación con los veinte años anteriores. Según datos del Gobierno, al menos 250.000 personas fueron asesinadas entre 2006 y 2018 (Instituto Belisario Domínguez, 2018: 1). Entre 2009 y enero de 2017, 310.527 personas han sido desplazadas por la fuerza como consecuencia de la violencia (Ordorika, Guevara & Guzmán, 2019: 250).

Cuadro 1: Homicidios en México desde 1997



Sources: ENIGH. Cifras de homicidio doloso, encuestado, extorsión y robo de vehículos 1997-2017.

INEGI. Mortalidad - Defunciones por homicidios. II

Debido a que las autoridades llevan a cabo medidas punitivas, se producen detenciones arbitrarias que, con frecuencia, dan lugar a tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. De 2014 a 2018, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) recibió más de tres mil denuncias de detenciones arbitrarias y ha emitido trescientas recomendaciones sobre tortura, derivadas de más de once mil denuncias en los últimos diecisiete años, acusando a instituciones como el Secretaría de Defensa Nacional, la Secretaría de Marina y la Fiscalía General de la Nación como autores clave (Díaz, 2018). La criminalización del cultivo de amapola y otras plantas psicoactivas, juega un papel fundamental en esta violenta crisis, así como la violencia ejercida por el Estado hacia poblaciones vulnerables, incluyendo mujeres y juventudes (Ordorika, Guevara & Guzmán, 2019: 201). Estas dinámicas se agravan en los entornos rurales.

Las violaciones de derechos humanos y la violencia ejercida por el Estado tienen un impacto directo en el desarrollo de las comunidades cultivadoras, y distorsionan los esfuerzos de consolidación de paz. Las comunidades que cultivan amapola de forma ilegal no están cubiertas por ninguna red de seguridad o apoyo financiero proporcionado por el Gobierno Federal o Local para reducir

la pobreza, para reactivar la economía dentro de territorios e industrias específicas, o para ofrecer una alternativa de subsistencia para dichas comunidades una vez que sus cultivos son destruidos. Es menos probable que accedan a servicios públicos, como la salud o la justicia. El ejemplo más claro de esta situación, son las amenazas de seguridad que reciben de organizaciones criminales al negarse a cultivar, situación que no se denuncia ante las autoridades judiciales, dado que participan en actividades ilegales. (Caicedo Delgado y Gil Pinzón, 2019: 11).

Las políticas prohibicionistas se han reproducido de manera violenta a nivel nacional en México, y cuando se observa más de cerca a nivel estatal, solo se vuelve más devastador, particularmente en los estados con altos niveles de cultivo de amapola. Además de cultivar el 60% de la amapola ilegal en México, Guerrero es también uno de los estados con mayor rezago económico: más del 69% de la población estatal vive por debajo del umbral de pobreza y el 38,6% vive en la pobreza extrema. Solo el 7,3% de la población no es pobre ni se encuentra en un estado de alta vulnerabilidad. En el contexto del COVID-19 y la falta de acceso a medicamentos ya explorados anteriormente, solo el 13,8% de la población de Guerrero tiene acceso a los servicios de salud (CONEVAL, 2020: 38).

Informes de 2019 y 2020 sobre Guerrero, identifican que, gran parte de la violencia actual en el estado, surge de la fragmentación de grupos criminales organizados con mayor alcance a través de la estrategia de militarización a partir de 2006 bajo el enfoque “King pin”, que prioriza la captura de capos y tenientes de organizaciones criminales con la idea de que la verticalidad de su estructura los deja debilitados cuando pierden a su mandamás y los inhabilita para seguir delinquiendo, pero cuyo efecto colateral precisamente ha sido el surgimiento de células criminales más

pequeñas. Actualmente, existen más de 40 de estos grupos que buscan consolidar el poder (International Crisis Group, 2019). La tasa de impunidad en Guerrero es superior al promedio nacional, alcanzando el 96%, frente al 89% a nivel nacional (Impunidad Cero, 2019: 1) y los homicidios en el estado han saltado de 766 en 2007 a 2.367 en 2018 (International Crisis Group, 2019). La continua lucha por el control territorial está desgarrando a las comunidades, causando desplazamientos forzados y otras consecuencias devastadoras.

III. Realidad en México: cultivo y consumo de sustancias y plantas psicoactivas

Geopolíticamente y geográficamente, México es uno de los países más importantes en el cultivo de las plantas y sustancias psicoactivas ilegales en el mundo. Dentro del mercado global ilegal, es el tercer país con mayor producción de amapola para goma de opio y heroína (Osipina, Hernández & Jelsma, 2018: 23), y uno de los países principales en el cultivo de cannabis. Con una amplia historia en el uso tradicional de algunas plantas psicoactivas, las razones de su alto nivel de producción son principalmente por ser el vecino del mercado más grande del mundo de estas plantas y sustancias; los Estados Unidos. Sin duda, esto ha tenido un impacto sustancial en el desarrollo de un mercado de exportación de plantas y sustancias actualmente ilegales.

En realidad, no existe certidumbre sobre la cantidad exacta de cannabis que se produce en México, ya que no se erradica una gran cantidad, con solo 2.263,71 hectáreas erradicadas en 2018, disminuyendo de 2016, cuando se erradicó 5.478,41 hectáreas, con un nivel de producción de 6.754,1 toneladas (UNODC, 2021: 112). Esto es en contraste con los cultivos de amapola erradicados de 29.692 en 2017 y 23.635 en 2018 con un nivel de producción

de 16.1 kilos de opio por hectárea (UNODC, 2018: 83). Según los datos oficiales del Reporte Mundial de Drogas, en 2018 fueron erradicados 28.873 sitios, y en 2016, 38.432 sitios, demostrando una disminución en los sitios intervenidos (UNODC, 2021: 112).

Las estimaciones que existen señalan que México fue el segundo país con mayor cantidad de cannabis incautada en todo el mundo durante 2016. Según las últimas cifras disponibles, fueron 841 toneladas (el 18% de toda la hierba de cannabis incautada en el mundo), aunque esto no nos dice exactamente cuánto es el total del mercado ilegal. Según un estudio de 2016, la superficie total de cultivo de marihuana en México es de 114.360 hectáreas, con Sinaloa como mayor productor, con el 36% del total, seguido por Chihuahua, con el 19.5%, y Durango, con el 16.4 % (Molina, 2016: 5).

México también tiene un lugar importante en el cultivo de amapola. Históricamente, Sinaloa se había posicionado como el principal productor de goma de opio ilegal; sin embargo, cambios en el mercado empujaron la producción hacia el sur, llegando al estado de Guerrero. Ese estado suroccidental, junto con Oaxaca, produce la mayor parte de la amapola ilegal en México con estimaciones de hasta el 60% (UNODC, 2018: 9). En marzo de 2020, la UNODC y el gobierno de México publicaron su tercer informe de monitoreo del cultivo ilegal de amapola, notando una estimación de 28.000 hectáreas y un rango estadístico de entre 21.200 y 34.800 hectáreas en el territorio nacional (JIFE, 2020: 68). Esto se traduce en una leve disminución en comparación con 2016-2017, cuando estimaron que fueron 30.600 hectáreas cultivadas. De cada hectárea, se estima que se puede conseguir 16.1 kilos de goma de opio con una producción nacional de 450 toneladas. En 2017, el gobierno confiscó 1.170 kilos de semillas de amapola, 779 kilos de goma de opio y 358 kilos de heroína (UNODC, 2018: 3). Sin embargo, estas incau-

taciones han tenido poco impacto en la reducción del cultivo a nivel nacional (JIFE, 2020).

Los efectos de criminalizar toda la cadena de producción de sustancias psicoactivas ilegales se hacen cada vez más evidentes cuando se analizan los actores a pequeña escala, particularmente las comunidades cultivadoras, y se agravan bajo una estrategia de seguridad pública militarizada. Según datos oficiales, el ejército participó en el 99% de la erradicación de cultivos de amapola nacionales de 2012 a 2017 y estuvo involucrado en el 98% de las operaciones de erradicación de cultivos de cannabis (Alzaga, 2018). La llegada y adopción de la amapola en las comunidades cultivadoras tiene una relación directa con las redes de tráfico de drogas ya preestablecidas y, en algunos casos, con el control territorial de los grupos armados que han apoyado el cultivo ilegal de la planta (Ospina, Hernández & Jelsma, 2018: 13). La participación de las fuerzas armadas en el tráfico ilegal de sustancias psicoactivas, incluida la heroína, ha quedado ampliamente documentada desde hace varios años (Fazio, 1997; Jorgicy Oré, 2020).

Sin embargo, los cambios en la dinámica del mercado, la facilidad u obstáculos del tráfico y el aumento de la demanda en los Estados Unidos, comenzaron a afectar a las comunidades cultivadoras en México, con el precio de un kilo de goma de opio cayendo de aproximadamente \$1.100 USD en 2017, a \$480 USD en 2018 (Aguilar, 2019). Otros estudios estiman que los precios han disminuido entre \$315 y \$415 USD durante el mismo período de tiempo (Le Cour, R., Morris, N. y Smith, B. 2019). La sustitución del fentanilo por la heroína en el mercado ilegal, y su crecimiento exponencial en un periodo de tiempo relativamente corto, ha afectado directamente a las poblaciones rurales mexicanas, detonando circunstancias precarias para las comunidades.

El consumo de sustancias en México no es tan alto como en Estados Unidos o Canadá.

Sin embargo, la normativa legal no permite tener un conocimiento amplio de la situación actual. Por ser mercados ilegales y criminalizados, la mayoría de las personas no responden las encuestas sobre consumo de forma verificable. La última Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol, y Tabaco (ENCODAT) que se llevó a cabo en 2016, demuestra que entre la población en general entre doce y sesenta y cinco años de edad, el consumo de cualquier droga fue de 2.9% (ENCODAT, 2016:444). Esto representa un leve aumento de la última encuesta de 2011, cuando la prevalencia de consumo fue de 2.7%. De las aproximadamente 2.5 millones de personas que han consumido drogas, solo se identificó dependencia a sustancias psicoactivas en el 0.6%. En materia de consumo de cannabis, la prevalencia en 2016 fue de 2.1%, mientras en adolescentes de entre doce y diecisiete años, fue un poco más de 2.6%.

Para complementar la ENCODAT, desde la Comisión Nacional contra las Adicciones (CONADIC), en 2020 se implementó un estudio con 17.267 personas para conocer las tendencias de consumo, y la salud mental durante la pandemia de COVID-19 (CONADIC, 2021:14) Las personas encuestadas respondieron sobre si habían consumido alguna sustancia en los últimos doce meses como alcohol, tabaco, drogas ilegales o medicamentos sin prescripción. El 35.8% respondió que habían consumido alguna de estas en el año anterior, mientras el 60.5% mencionó no haber consumido ninguna sustancia, y el 3.7% decidió no contestar la pregunta. Según el estudio, las sustancias más consumidas fueron alcohol (32.5%), tabaco (24.6%) y cannabis (14.6%) (CONADIC, 2021: 17).

México sigue siendo un país donde el cultivo de las plantas psicoactivas tiene más impacto en el desarrollo y en el bienestar de las comunidades que el propio consumo, aunque, en los últimos años, también se ha visto el flo-

recimiento de campañas de prevención basadas en el miedo y el estigma hacia las personas usuarias. Cuando pensamos en la reforma a las políticas públicas sobre drogas, sin duda, es necesario retomar la reparación del daño hacia estas dos poblaciones: las personas que usan sustancias y las comunidades cultivadoras.

IV. ¿Cómo y por qué la justicia social?: propuestas de regulación para México

Cuando buscamos políticas de drogas centradas en la justicia social, lo que estamos haciendo es crear escenarios donde las poblaciones que han sido las más afectadas por las estructuras y las condicionantes sociales bajo las cuales se rigen las normas estatales vivan en mejores situaciones de vida. De este modo, la reforma a la política de drogas necesariamente debe atravesar por un proceso de esclarecimiento de la verdad, construcción de la memoria y reparación del daño, donde la justicia y la paz se mantengan como valores centrales.

La regulación del mercado de drogas como la cannabis y la amapola, no será una solución fiable que resuelva todos los problemas que ha causado la prohibición, pero tiene el potencial de volverse una herramienta para abordar los problemas de exclusión económica, encarcelamiento y falta de acceso al derecho a la salud en muchos países. Es más, la reforma a la política de drogas tiene la responsabilidad de solucionar esas y otras problemáticas porque, la política actual, se ha encargado de vulnerar las condiciones de distintas poblaciones en todas las regiones del mundo. Es esa, de hecho, la razón por la que, desde la sociedad civil, buscamos cambiar el escenario político para que así se modifiquen las condiciones estructurales que siguen marginando a las personas más vulneradas.

La justicia social dentro de la regulación de la cannabis es un principio que se menciona cada vez más en la literatura reciente a nivel nacional

e internacional, y el uso de esta aproximación, en su implementación, ha sido documentado tanto por la academia como por autoridades públicas. Con esta perspectiva, la promoción de los derechos humanos y la inclusión de las comunidades más impactadas por la guerra contra las drogas se quedan en el centro.

En México, como ya se ha expuesto, hemos tenido una historia de endurecimiento de las leyes que criminalizan varias partes de la cadena de producción de la cannabis y otras sustancias psicoactivas, lo cual ha resultado en numerosas violaciones a los derechos humanos. Somos un país cultivador, pero también de tránsito y consumo. Eso implica que la política punitiva se ha extendido desde las comunidades campesinas que cultivan cannabis o amapola, pasando por los grupos que se dedican a comercializar y exportar estas plantas, y otras sustancias como metanfetaminas o cocaína, hasta llegar a las detenciones arbitrarias que viven las personas usuarias en el día a día por parte de autoridades. La mayoría de estas personas, se encuentran en condiciones de exclusión social o marginalidad. El Estado tiene una gran deuda que saldar, y la justicia social es el camino para reparar este escenario.

En 2020, el Consorcio Internacional de Políticas de Drogas (IDPC por sus siglas en inglés), una red de más de ciento noventa y dos organizaciones que promueven el debate objetivo y abierto sobre la política de drogas a nivel nacional, regional e internacional, publicó los principios para una regulación legal responsable de la cannabis. Es en ese documento, se hace una revisión de los veinte elementos y mecanismos de justicia social que deben considerarse en una política de regulación de la cannabis, después del análisis de los ejemplos y buenas prácticas alrededor del mundo. La promoción de los derechos humanos, la justicia social, el comercio inclusivo y equitativo, así como las respuestas legales a

actividades fuera del mercado legal, se mencionan como pilares fundamentales para el éxito de esta aproximación (IDPC, 2020:6).

En el documento, se menciona que la legislación debe proteger los derechos de las personas usuarias, pero también al personal que labora en la industria de la explotación y la extorsión. Otras cuestiones como los estigmas y la discriminación que se vive en el sector público y en empresas frente al consumo de cannabis, deberían también ser prioritarias (IDPC, 2020:12-15). En general, se debe aprovechar la oportunidad de estar formando una industria emergente para llenar los huecos del régimen prohibicionista, y reparar los daños de las políticas punitivas frente a las drogas, y las estructuras económicas en las que se desarrollan.

V. Transitar de la ilegalidad a la legalidad involucrando a las comunidades afectadas

La regulación de las drogas históricamente ilegalizadas generalmente resulta en la creación de nuevos mercados legales que pueden coexistir, lado a lado, con los mercados ilegales que ya existen. El problema es que estos nuevos mercados no siempre cuentan con suficiente representación de las comunidades afectadas por la prohibición. Tal es el caso de la mayoría de los estados en Estados Unidos que han regulado cannabis para fines medicinales, ya que las personas blancas son dueñas de un 80-90% de esta industria multimillonaria, mientras que las personas racializadas siguen en espacios informales y criminalizados (Yzola, 2020). En Colombia, hay estimaciones que indican que el 70% de las compañías con una licencia de cultivo, son extranjeras (Martínez Rivera, 2019: 16). El gobierno debería jugar un papel proactivo en el proceso de formalización mediante mecanismos que van desde las acciones afirmativas hasta la

creación de incentivos para participar en el mercado ilegal.

En México, el incorporar a poblaciones impactadas, significa crear menos monopolios e incluir a más personas en la industria. Implica hacer que las comunidades campesinas tengan el suficiente poder de agencia para poner un precio justo por sus cosechas, o exigir mejores condiciones laborales en el sector privado, después de haber estado en la ilegalidad. Lo mismo debería estar disponible para las personas que han sido encarceladas injustamente por comercializar o distribuir cannabis y que, ahora, deberían ver una oportunidad laboral en el mercado legal. En materia de derechos, se debe garantizar que ninguna persona usuaria de cannabis vuelva a vivir discriminación en servicios públicos, ni detenciones o extorsiones por parte de autoridades.

En las propuestas legislativas que se han presentado en México respecto a la regulación de la cannabis, se ha discutido mucho sobre la necesidad de incorporar mecanismos que faciliten la transición de actores que están en la ilegalidad, hacia un esquema de participación legal en la misma industria de la cannabis. Esto podría lograrse con cláusulas explícitas en la legislación que permitan asegurar que un porcentaje de las licencias para la producción, cultivo o distribución se destine exclusivamente a poblaciones vulneradas, como se contempló en Massachusetts, incluyendo a comunidades campesinas o a personas que hayan sido encarceladas por delitos de drogas.

Massachusetts tiene un programa de equidad social único en el país¹. Desde la implementación, la justicia social estuvo contemplada al contemplar que una de los cinco

personas comisionadas que integran la Comisión de Control de Cannabis, esté específicamente enfocada en el tema de equidad. Esto significa que siempre había una voz abogando por eso en todas las discusiones de la creación del modelo regulatorio. Además, el programa designa ciertas zonas y poblaciones como personas beneficiarias del programa, y decidieron otorgar las licencias de “a domicilio” (o *delivery*) exclusivamente a participantes del programa de equidad social durante los primeros tres años (CCC, 2021). Este tipo de licencia es de baja inversión, y es un aprendizaje sobre cómo crear oportunidades económicas específicas para ciertos grupos y reparar el daño. El enfoque en este Estado ha sido crear accesibilidad al mercado legal para las personas afectadas por la prohibición.

Otra medida que podría resultar útil -y cuya efectividad es más evidente en el contexto mexicano- es la integración vertical exclusivamente a personas impactadas por la prohibición, particularmente comunidades campesinas. Son éstas las que deberían gozar de todos los beneficios económicos resultantes de participar en cada una de las partes de la cadena de producción, comenzando desde el cultivo, pasando por la elaboración de productos y terminando con la distribución al usuario final. Para ello, es necesario que se impongan los suficientes límites para evitar que sean empresas con grandes capitales las que acaparen el mercado. Los requisitos para las licencias de producción y distribución pueden ser un mecanismo útil para controlar quiénes producen y en qué condiciones.

Para evitar discrecionalidades en la aplicación de estas medidas, la ley debería detallar cuáles son las poblaciones que pueden acceder al porcentaje de exclusividad en las licencias. Asimismo, debe ser específica en los requisitos para la obtención de más de una licencia, en caso de querer participar en más de una de las partes de la cadena de producción, lo cual de-

¹ El programa de equidad social es una medida de justicia social en la regulación en Massachusetts que contempla áreas y programas enfocados en reparar los daños de la política criminalizante frente a las drogas al priorizar la incorporación de poblaciones en situación de marginación a la industria naciente de cannabis en el estado.

bería ser una oportunidad exclusiva para poblaciones en situación de marginación social.

La regulación del mercado de drogas como la cannabis o la amapola, debería traer consigo un proceso de excarcelación y eliminación de antecedentes penales por delitos relacionados con drogas, como ha sucedido en algunas jurisdicciones como Illinois, que después de regular la cannabis, borró 500,000 registros de antecedentes por ofensas con cannabis, y otorgó el perdón a más de 9.000 casos en prisión (Kilmer, Caulkins, Kilborn, Priest&Warren, 2021: 1012). Este proceso puede tomar la forma de una decisión institucional, un decreto presidencial, o un artículo en la legislación vigente. Lo ideal es que la medida se incluya en la ley para la regulación de la cannabis, o sus reformas de armonización, para asegurar la continuidad en este beneficio, independientemente de la administración en turno. Para ello, se debe explicitar el procedimiento y los criterios bajo los cuales una persona puede aplicar a este beneficio, y delimitar la responsabilidad de las instituciones de jugar un papel proactivo, notificando a las personas sobre la medida y acercando herramientas para el acompañamiento jurídico.

En paralelo a las modificaciones legislativas en la regulación de la cannabis -que permitan la inclusión de comunidades impactadas en la industria- se debe considerar la elaboración de un plan gubernamental que delimita las acciones que deben tomar las instituciones públicas para asegurar la correcta transición de distintas poblaciones hacia la legalidad, incluyendo directrices sobre esta materia dirigidas al sector privado que está participando en la industria, no solo para asegurar pagos dignos y derechos laborales sino incluso para aumentar la incorporación de la perspectiva de género y multiculturalidad en el actuar empresarial.

VI. Abordar las problemáticas en el comercio internacional

El Sistema Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, que se rige por las convenciones internacionales de las Naciones Unidas sobre drogas, impone barreras que evitan que se generen condiciones que permitan el intercambio equitativo y sostenible regional y global de la cannabis. Algunas de estas barreras incluyen las regulaciones nacionales e internacionales para prevenir el lavado de dinero, combatir la corrupción y el terrorismo. Otro problema puede ser la falta de regulación o normatividad misma para la comercialización de la planta o los productos de cannabis en la arena internacional (IDPC, 2020: 16).

Por ejemplo, la prohibición federal de la cannabis en Estados Unidos ha hecho virtualmente imposible para pequeños negocios en los estados el acceder a servicios bancarios, orillándolas a operar únicamente en efectivo, lo cual aumenta los riesgos de seguridad y los costos operativos, además de promover la informalidad. Tampoco existe la posibilidad de comercializar entre dos Estados, incluso aquellos que ya cuentan con una regulación (IDPC, 2020: 17).

Esto es un problema que también se vive en las regulaciones a nivel federal. En Uruguay, durante muchos años desde que se implementó su política de regulación de cannabis, no se podía tener una cuenta en algún banco multinacional (como HSBC o Bank of América) debido a que las legislaciones en Estados Unidos, y a nivel internacional, impiden la apertura de cuentas que provengan de empresas del narcotráfico, aunque estos negocios estén en un esquema legal. Es una contradicción en términos, como lo han descrito autoridades uruguayas (Gracia García, 2019). Una política de justicia social debería contemplar lineamientos para bancos que permita la creación de cuentas a empresas en la industria de cannabis.

Antes de considerar las importaciones y exportaciones, se debería fortalecer una industria nacional. Para ello, una política regulatoria puede optar por un proceso escalonado de apertura del mercado, en el que se establezca una fecha en la ley para comenzar a expedir licencias para la exportación e importación de productos de cannabis, de preferencia, en ese orden. Así se puede evitar la intromisión del sector privado transnacional en la industria, creando mayores oportunidades para empresas nacionales de todos los tamaños de capital.

Las políticas de regulación de mercados de drogas deben traer consigo una política hacendaria o reformas fiscales en el Poder Legislativo que faciliten las transacciones económicas y permitan la apertura de cuentas bancarias a nivel nacional y, deseablemente, a nivel internacional. Como medida de justicia social, se pueden incorporar acciones que privilegien la incorporación de Pequeñas y Medianas Empresas, por ejemplo, con incentivos fiscales o tasas de interés preferenciales mediante convenios con bancos y otras instituciones de financiamiento, tanto públicas como privadas.

VII. Promover prácticas sostenibles de producción

Está bien documentado que los esfuerzos de erradicación de cultivos, sobre todo aquellos que se realizan mediante aspersión aérea, tiene severas consecuencias a la salud y al medio ambiente. Sin embargo, la producción clandestina puede resultar en daños ambientales, que, por supuesto, tienen impactos sociales.

El documento de principios de IDPC ha identificado que el cultivo de la cannabis desordenado y sin verificación alguna, puede provocar daños como la desviación y el uso intensivo del agua, la eliminación de desechos y la contaminación por agroquímicos como pesticidas, lo cual puede provocar envenena-

miento de la vida silvestre y contaminación de las cuencas hidrográficas. Por eso, el desarrollo sostenible debe de estar al centro de cualquier regulación de los mercados de cannabis (IDPC, 2020: 17).

El proceso de la reforma a la política de drogas en México ya ha comenzado a transitar por un camino en el que se pueden tomar decisiones en las intervenciones respecto a la oferta, para evitar problemas en esta área. En enero de 2020, se decidió por decreto presidencial que se eliminaría gradualmente el uso de glifosato – un dañino cancerígeno que la OMS ha reconocido que generador de graves afectaciones a la salud (OMS, 2018: 78; 79) – por los efectos sociales y ambientales que provoca (SEGOB, 2020).

Una política de regulación del mercado de cannabis debe necesariamente considerar los impactos de esta decisión en el medio ambiente. Incluso se debería aprovechar la industria emergente para abordar los problemas medioambientales por los que se está atravesando. Sin embargo, se debe de hacer una minuciosa evaluación para identificar si los requisitos que se establecen pudieran llegar a ser limitantes para la participación de actores en vulnerabilidad. Por ejemplo, podría parecer un acierto el expedir una legislación que regule el mercado de la cannabis desde su cultivo, exigiendo incorporar procesos de producción que sean sostenibles con el medio ambiente y tecnología como la trazabilidad para certificar dicha situación. También existen los requisitos de empaquetado y etiquetado que idealmente deben de ser congruentes con este principio. Sin embargo, hay que tener cautela al proponer este tipo de medidas, que pueden ser muy útiles para reducir nuestra huella de carbono, pero muy perjudiciales para la población que no cuenta con los recursos para cumplir con todos esos requisitos.

La regulación debe mantener ese balance entre promover formas de producción más

sostenibles y generar oportunidades sociales para poblaciones marginadas. Se debería evitar que existan requisitos en la ley de sustentabilidad que solo unos pocos puedan cumplir. Se pueden promover los cultivos rotatorios, el uso de pesticidas agroecológicos, y empaquetado sustentable mediante programas sociales, sin necesidad de hacerlo un requisito inalcanzable.

VIII. Desriminalizar el uso y la portación de drogas

La criminalización del mercado de drogas ha traído sanciones a las actividades en cada una de las partes de la cadena de producción y distribución. Este fenómeno global afecta de manera desproporcionada a personas usuarias. En Argentina, la posesión es punible con penas que llegan a los seis años de prisión. En México, esto puede llegar a ser hasta diez años. En Nigeria, puede ir de los quince a los veinticinco años de cárcel. Incluso en los casos en los que no se criminaliza la posesión en las leyes, en la práctica, la policía continúa con estos arrestos, como es el caso en Costa Rica, México y Rusia.

Esto es un problema ya que, como explica el informe de IDPC, las personas que están en pobreza, sin hogar, que experimentan la opresión por cuestiones raciales, étnicas o por su orientación sexual e identidad de género -entre otros factores- viven mayor discriminación en cada parte de los procesos de justicia y, por lo tanto, son más propensas a ser detenidas, arrestadas y enjuiciadas por ofensas relacionadas a drogas (DPA, 2020).

Es por esto que sería inaceptable formular una ley que regule un mercado para la comercialización de drogas, y que mantenga el régimen penal sobre las mismas. Por ello, es necesario eliminar cualquier límite a la posesión o la portación de las drogas, en un contexto regulado. En todos los países y jurisdicciones

en donde se ha regulado la cannabis para uso personal, se mantiene un límite a la portación o a la compra. Esto no solo es incongruente sino que sigue afectando la seguridad de las personas usuarias, sobre todo considerando nuestro contexto latinoamericano, plagado de abusos policiales y extorsiones por parte de autoridades públicas.

Con la regulación, se debe contemplar un proceso de reforma a los códigos penales para eliminar de los mismos las actividades relacionadas con las drogas, como la portación y la posesión que, sabemos, afecta principalmente a personas usuarias. Acompañado a esto, debe suceder un proceso de sensibilización a todos los niveles de gobierno para eliminar la discriminación que viven las personas que usan drogas en centros de salud o impartición de justicia.

IX. Evaluación, monitoreo y comunicación con las comunidades cultivadoras

Bajo el reconocimiento de que la regulación legal es un proceso que va evolucionando, la necesidad de generar datos estadísticos confiables de forma consistente es evidente. Esa responsabilidad la tienen los formuladores de políticas públicas, las instituciones reguladoras, la sociedad civil, y los actores que participan en la industria. Las autoridades públicas tienen un rol privilegiado de recolectar información respecto a las distintas dimensiones sobre las que tiene impacto la regulación legal, y así evaluar la disminución de las detenciones de personas usuarias, la inclusión a comunidades campesinas en la formalidad, los impactos en el acceso a tratamientos médicos con cannabis y el aumento o la disminución del consumo de cannabis en la población (IDPC, 2020: 20).

El ejemplo uruguayo nos muestra que las autoridades pueden asegurarse de que haya

agencias de investigación haciendo informes neutrales, independientes, y que están bien financiados, con una evaluación a largo término de los mercados legales de cannabis, utilizando aproximaciones científicas, pero también integrando las experiencias y el conocimiento de la sociedad civil y de comunidades impactadas por la prohibición (IDPC, 2020: 21). Algunas agencias existentes de monitoreo a nivel regional, como el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (EMCDDA por sus siglas en inglés), o la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) podrían expandir su mandato para abarcar la evaluación de las innovaciones regulatorias y los impactos de mercados legales de drogas en distintos temas.

Históricamente, los indicadores a nivel internacional respecto al régimen de control de las drogas se han centrado en los niveles de represión, criminalización y encarcelamiento, y no en la garantía y acceso a los derechos humanos. La regulación legal de los mercados de drogas ofrece una oportunidad para ampliar esta estrecha aproximación, con la finalidad de brindar un panorama más claro sobre los beneficios de las alternativas a la prohibición, desde el acceso a servicios de salud hasta la promoción de los derechos económicos y sociales (IDPC, 2020: 22).

En la regulación de los mercados de drogas como la cannabis o la amapola, la legislación debería fijar un plazo para evaluar los logros alcanzados, de acuerdo con los indicadores establecidos para medir los impactos esperados con la decisión. Para ello, se debe facultar a las instituciones correspondientes para garantizar que exista financiamiento que privilegie la evidencia científica y la neutralidad para la conducción de ejercicios de monitoreo del mercado y sus alcances económicos y sociales. Asimismo, se deben fortalecer los canales de comunicación con sociedad civil y

comunidades impactadas, para lo cual es deseable la creación de un Consejo Consultivo Ciudadano que tenga interlocución constante con las agencias encargadas de implementar y evaluar la política regulatoria.

X. Consideraciones finales

Como hemos logrado identificar, existen numerosos impactos derivados de la política represiva frente a las drogas que afectan de manera diferenciada a distintas poblaciones. La política de drogas no debe enfocarse únicamente en su uso, también debe tomar en cuenta el bienestar y la salud de la población, poniendo los derechos humanos como pilar esencial en el nuevo paradigma que rompa con la lógica de prohibición.

La política de regulación de los mercados de drogas se ha posado como una necesidad creciente cuando se toma en cuenta el contexto de desigualdad, violencia y marginación en la que nos encontramos por la política de prohibición que criminaliza los actos relacionados al uso y la producción de drogas. Sin embargo, es necesario que este proceso se realice tomando en consideración los mejores ejemplos y buenas prácticas para incorporar una perspectiva de justicia social en el modelo.

Existen algunos principios derivados de la literatura y de experiencias internacionales que sirven como pautas para tomar en consideración al momento de formular una legislación al respecto y diseñar una política regulatoria. Algunos de estos incluyen el asegurar el tránsito de la ilegalidad hacia la legalidad, el proteger el medio ambiente sin que esta vaya en detrimento de las oportunidades sociales, o el implementar una descriminalización efectiva que garantice derechos y mejores condiciones a personas usuarias. Para lograr una perspectiva de justicia social, es necesario poner en el centro a las poblaciones más impactadas por la política prohibicionista y considerar mecanis-

mos que puedan ser aplicables en la ley o en el actuar de las instituciones.

Bibliografía

- Aguilar, R. 2019. "Cae el precio de la amapola." *Animal Político, El Plumaje*. <https://www.animalpolitico.com/lo-que-quiso-decir/cae-el-precio-de-la-amapola/>
- Alzaga, I. 2018. "Sedena: México, primero en destrucción de amapola." *Milenio*. <http://www.milenio.com/policia/sedena-mexico-primer-en-destruccion-de-amapola>
- Austen, I. 2021. "Two Years After Legalizing Cannabis, has Canada kept its promises?" *NYTimes*. <https://www.nytimes.com/2021/01/23/world/canada/marijuana-legalization-promises-made.html>
- Berg, A. 2020. "What you need to know about marijuana legalization in Illinois." *Illinois Policy*. <https://www.illinoispolicy.org/what-you-need-to-know-about-marijuana-legalization-in-illinois/>
- Caicedo Delgado, L. y Gil Pinzón, C. 2019. Políticas y programas de drogas con base en la realidad y la agencia de las mujeres que cultivan coca o amapola. Humanas Colombia.
- CCC. 2021. "Marijuana delivery Operator Licence Types and Pre-certification process now available to qualifying applicants." *Cannabis Control Commission*. <https://masscannabiscontrol.com/2021/05/marijuana-delivery-operator-license-types-and-pre-certification-process-now-available-to-qualifying-applicants-in-massachusetts/>
- CDE. 2021. "Marijuana Tax Revenue and Education." *Colorado Department of Education*. <https://www.cde.state.co.us/communications/2019marijuanarevenue>
- CDOR. 2021. "Marijuana Sales Report." *Colorado Department of Revenue*. <https://cdor.colorado.gov/data-and-reports/marijuana-data/marijuana-sales-reports>
- Clark, M. 2021. "Colorado's new cannabis business office will focus on job creation, social equity." *Colorado Newsline*. July 29, 2021. <https://coloradonewsline.com/briefs/colorados-new-cannabis-office-social-equity/>
- CONADIC 2021. "Informe sobre la Situación de la Salud Mental y el Consumo de Sustancias Psicoactivas." *Comisión Nacional Contra las Adicciones*. México. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/648021/INFORME_PAIS_2021.pdf
- CONEVAL. 2020. "Informe de pobreza y evaluación en Guerrero 2020". Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidades/Documents/Informes_de_pobreza_y_evaluacion_2020_Documentos/Informe_Guerrero_2020.pdf
- Díaz, G. 2018. "La CNDH emitió 300 recomendaciones por tortura y tratos crueles en los últimos 17 años". *Revista Proceso*. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2018/4/16/la-cndh-emitió-300-recomendaciones-por-tortura-tratos-cruellos-en-los-ultimos-17-anos-203327.html>
- Drug Policy Alliance. 2020. "Race and the Drug War." *Drug Policy Alliance* <https://www.drugpolicy.org/issues/race-and-drug-war>
- ENCODAT. 2016. "Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco 2016-2017." *Comisión Nacional Contra las Adicciones*.

nes.https://www.gob.mx/salud%7Cconadic/acciones-y-programas/encuesta-nacional-de-consumo-de-drogas-alcohol-y-tabaco-encodat-2016-2017-136758

Fazio, C. 1997. "México: el caso del narco-general." *Transnational Institute*. <https://www.tni.org/my/node/12094>

Galindo, C. 2018. "Mapas y tendencias de los homicidios en México". Instituto Belisario Domínguez. http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3833/Reporte54_Homicidios.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gracia García, P. 2019. "Marihuana legal: aprendiendo del modelo uruguayo." EFE: El Sol de México. <https://www.elsoldemexico.com.mx/mundo/marihuana-legal-aprendiendo-del-modelo-uru-guayo-3855248.html>

Guevara, J., Guzmán, O., y Ordorika, A. 2018. "El costo social de la guerra contra las drogas en México". Editorial Ubijus.

<https://www.reuters.com/article/us-mexico-politics-idUSKBN27128X>

ICG. 2020. "La guerra cotidiana: Guerrero y los retos a la paz en México. International Crisis Group". <https://www.crisisgroup.org/es/latin-america-caribbean/mexico/80-mexicos-everyday-war-guerrero-and-trials-peace>

IDPC. 2020. "20 Principles for the responsible legal regulation of cannabis." *International Drug Policy Consortium*. http://fileserver.idpc.net/library/IDPC_Responsibile_Leg_Reg_1.0.pdf

Impunidad Cero. 2020. Indicadores de impunidad en homicidio doloso y feminicidio en México: Reporte 2020. <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/142/contenido/1605024046V17.pdf>

Janzer, C. 2021. "Using Tech, California counties have cleared 140,000 marijuana-related convictions." Next City. <https://nextcity.org/daily/entry/using-tech-california-counties-cleared-140000-marijuana-related-convictionsjife>

JIFE.2020. "Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes Informe anual." *Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes*

Jorgic, Drazen y Diego Oré. 2020. "'The Godfather': Mexico's ex-defense chief helped ship tons of cocaine and heroin." *Reuters*.

Kilmer, Caulkins, Kilborn, Priest & Warren 2021. "Cannabis legalization and social equity: Some opportunities, puzzles and trade-offs." *Boston University Law Review*. <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2021/07/KILMER.pdf>

Le Cour, R., Morris, N. & Smith, B. 2019. "No More Opium for the Masses". NORIA. <https://www.noria-research.com/no-more-opium-for-the-masses/>

Martinez Rivera, N. 2019. "The challenges of medicinal cannabis in Colombia." *Transnational Institute*. https://www.tni.org/files/publication-downloads/policybrief_52_eng_web.pdf, p. 16.

Molina, M. 2016. "Cuatro temas sobre el mercado de marihuana en México y el mundo." *Gobierno de México* .https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/85735/MIGUEL_MOLINA_M3.pdf

OMS. 2018. "Glyphosate. Exposure

Data. IARC Monographs on the Identification of Carcinogenic Hazards to Humans". <https://monographs.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/06/mono112-10.pdf>

Ospina, G., Hernández, J. & Jelsma, M. 2018. "Poppies, Opium and Heroin: Production in Colombia and Mexico." Transnational Institute. Amsterdam, The Netherlands. https://www.tni.org/files/publication-downloads/poppies-opiumheroin_13042018_web.pdf

Pérez Correa, C., Silva Forné, C., Gutiérrez Rivas, R. 2015. "Índice de letalidad: menos enfrentamientos, más opacidad". *Nexos*. <https://www.nexos.com.mx/?p=25468>

SEGOB. 2020. "DECRETO por el que se establecen las acciones que deberán realizar las dependencias y entidades que integran la Administración Pública Federal, en el ámbito de sus competencias, para sustituir gradualmente el uso, adquisición, distribución, promoción e importación de la sustancia química denominada glifosato y de los agroquímicos utilizados en nuestro país que lo contienen como ingrediente activo, por alternativas sostenibles y culturalmente adecuadas, que permitan mantener la producción y resulten seguras para la salud humana, la diversidad biocultural del país y el ambiente." *Diario Oficial de la Federación*. México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609365&fecha=31/12/2020

Snapp, Z., Valderrábano, J., y Sevilla, M. 2020. "El reto del cannabis: Contexto International y modelos nacionales de regulación. Ed. Manjón-Cabeza Olmeda, A.

SNSP. "Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos: 1997 - 2017." INEGI. Mortalidad - Defunciones por homicidios. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

U.S. Department of Justice 2009. "Memorandum for Selected United State Attorneys on Investigations and Prosecutions in States Authorizing the Medical Use of Marijuana," The United States Department of Justice. <<https://www.justice.gov>>.

UNODC. 2018. "Méjico Monitoreo de Cultivos de Amapola 2015-2017." *UNODC Research*. <https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Mexico/Mexico-Monitoreo-Cultivos-Amapola-2015-2017.pdf>

UNODC. 2021. "World Drug Report 2021." Drug Market Trends: Cannabis and Opium. *UNODC Research* https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf

Wortley, S. & Jung. 2020. "Racial disparity in arrests and charges: An analysis of arrest and charge data from the Toronto Police Service." *Ontario Human Rights Commission*. <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Racial%20Disparity%20in%20Arrests%20and%20Charges%20TPS.pdf>

Yzola, A. 2020. "The legal cannabis industry is exploding, but overwhelmingly run by white owners." *Insider*. <https://www.insider.com/how-big-weed-became-rich-white-business-2019-12>

Contextos de privación de libertad frente a la criminalización del consumo de drogas

El caso de Bolivia

Gloria Rose Marie Achá

Abogada y coordinadora de Acción Andina - Bolivia.

I. Introducción

El enfoque punitivo de la política de drogas en Bolivia, enmarcado en el esquema prohibicionista del sistema internacional de fiscalización de estupefacientes, tiene un impacto final en el sistema penal y penitenciario.

En ese contexto, resulta imprescindible que el análisis sobre la problemática del consumo de drogas en contextos de privación de libertad, incluya variables que refieren a la aplicación de la política prohibicionista, que prioriza la persecución penal de la población de usuarios y usuarias de sustancias psicoactivas.

A partir de la tipificación del consumo de drogas de uso ilícito como un delito, la política pública en materia de drogas en Bolivia ha colocado en el campo del Derecho Penal un asunto que es de índole social y de salud, por lo que su resolución debería corresponder a esos ámbitos, como lo han expresado en diversos informes la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)¹

¹ Organización Mundial de la Salud y Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Delito (2010); “Programa conjunto sobre el tratamiento y la atención de la drogo-

y la Organización de Estados Americanos (OEA)².

Este artículo examina, justamente, el proceso de criminalización de la población usuaria de drogas, que la pone en la mira de la intervención policial y penal, dejando de lado las respuestas sociales y en salud para evidenciar su efecto final en una problemática penitenciaria que reproduce la desigualdad y la estigmatización de una población en situación de gran vulnerabilidad.

II. El contexto normativo

Bolivia es parte de los tres tratados internacionales que sustentan el modelo prohibicionista de la política de drogas: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

En reivindicación del uso tradicional y cultural de la hoja de coca, en 2011 Bolivia denunció a la Convención Única de 1961 por las disposiciones que incluyen a la hoja de coca entre las sustancias controladas y establecen un plazo de veinticinco años, a partir de la entrada en vigor de la Convención, para que se suprima el masticado de coca. En febrero de 2013, Bolivia volvió a adherirse a la Convención, con una reserva sobre esas disposiciones, la que fue aceptada por los Estados parte.

Fuera del ámbito del cultivo de la hoja de coca, sin embargo, Bolivia cumple con todos los compromisos del sistema de fiscalización internacional de estupefacientes evidenciándose, en

los diferentes estudios realizados por el Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD), Acción Andina – Bolivia y otras entidades sociales y académicas, las consecuencias negativas del enfoque prohibicionista, a través de la criminalización de la población usuaria de sustancias, la desproporcionalidad de las penas para delitos de drogas y la persecución penal prioritaria de las personas en situación de vulnerabilidad que forman parte de los niveles más subalternos de las estructuras del narcotráfico.

La política de drogas en Bolivia, a fines de persecución penal, se efectiviza con las siguientes normas: la Ley 1008 (Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas), la Ley 913 de 2017 (Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Controladas), la Ley 1970 de 1999 (Código de Procedimiento Penal) con sus modificaciones, y la Ley 004 de 2010 (Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz).

La Ley 1008, norma promulgada en julio del año 1988, se mantiene vigente en el título que tipifica los delitos de sustancias controladas, entre ellos el consumo y la tenencia para consumo. Esta ley tuvo origen en un contexto nacional e internacional que, en la década de 1980, priorizaba la “guerra contra las drogas” convocada previamente por el presidente estadounidense Richard Nixon, que convocaba al combate contra quienes producían drogas, contra quienes las distribuían y contra quienes las consumían. Varios autores señalan que la promulgación de la ley 1008 fue producto de fuertes presiones del gobierno de los Estados Unidos.³

III. La criminalización de la población usuaria de drogas

Tres son las circunstancias, identificadas en los estudios de Acción Andina – Bolivia y

dependencia”; OMS/UNODC; agosto de 2010.

2 Organización de Estados Americanos (2014); “El Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos”; Documento preparado por la Secretaría General para la 46 Asamblea General Extraordinaria de la OEA: “Por una Política Hemisférica de Drogas de Cara al Siglo XXI”; Ciudad de Guatemala.

3 Ver <https://www.tni.org/my/node/11981>

el CEDD, en que se manifiesta la criminalización de las personas usuarias de drogas, bajo la Ley 1008:

- La tipificación del consumo de drogas como delito, que coloca a toda persona que usa sustancias psicoactivas el rótulo de delincuente.
- La posesión de la droga (un consumidor debe obligatoriamente poseer la droga que va a consumir), que mantiene al consumidor en riesgo de ser aprehendido por la Policía, previa requisa personal.
- La presunción de venta, que pone al consumidor en riesgo de ser encarcelado como autor de los delitos de tráfico o suministro de drogas.

III. 1. El delito de consumo

Entre los delitos de sustancias controladas, que son los delitos de peligro tipificados en la Ley 1008, se encuentra el consumo de drogas y la posesión con ese fin:

Ley 1008, art. 49 (Consumo y tenencia para el consumo). El dependiente y el consumidor no habitual que fuere sorprendido en posesión de sustancias controladas en cantidades mínimas que se supone son para su consumo personal inmediato, será internado en un instituto de farmacodependencia público o privado para su tratamiento hasta que se tenga convicción de su rehabilitación. La cantidad mínima para consumo personal inmediato será determinada previo dictamen de dos especialistas de un instituto de farmacodependencia público. Si la tenencia fuese mayor a la cantidad mínima caerá en la tipificación del artículo 48 de esta ley.

El artículo 48, al cual el artículo 49 remite automáticamente para aquellos casos en que se sobrepasa la cantidad mínima para consu-

mo personal, según criterio de dos especialistas -con los que no siempre es posible contar-, tipifica el delito de tráfico, que recibe una pena de diez a veinticinco años de cárcel.

De esta manera, la ley obliga a la presunción -sin más indicio que el exceso en unos pocos gramos- de la finalidad de traficar que tendría quien porta la sustancia. Se invierte, entonces, la carga de la prueba, exigiéndose a la persona consumidora de drogas que pruebe esa condición.

En los últimos años, en la práctica judicial en Bolivia se ha adoptado una alternativa más benigna, que consiste en procesar a quien sobrepase en pocos gramos la cantidad considerada para consumo personal por el delito de suministro y ya no por tráfico. El suministro recibe una pena entre ocho a doce años de privación de libertad, menor que la del tráfico, pero muy alta para un consumidor que no pudo probar su condición de tal.

Las conductas generadoras del tipo penal descrito en el artículo 49 de la Ley 1008, son dos comportamientos interdependientes: 1) consumir una sustancia de uso ilícito, y 2) poseer la sustancia con fines de consumo personal. Consumir y poseer son los verbos rectores.

Sobre el sujeto activo, la persona que comete el hecho punible y a quien se le atribuirá responsabilidad penal es, de acuerdo con el indicado artículo 49, el dependiente y el consumidor no habitual, de lo que se desprende que los titulares de la conducta penalmente sancionable conforman una amplia y heterogénea población.

Como referencia cuantitativa, se mencionan las cifras de la población consumidora de drogas de uso ilícito reportadas en el país, en las variables marihuana y cocaína. En 2010, en cuanto a la marihuana, el estudio realizado por el Centro Latinoamericano de Investigación Científica (CELIN), que tuvo lugar en los nueve departamentos del país, sobre población entre doce a sesenta y cinco años, mostró que un total de 151.167 personas habían consumido marihuana en el último año antes de la encue-

ta. En 2020, respecto a la cocaína, el Informe Mundial de Drogas preparado por la UNODC, estimó que, en Bolivia, alrededor de un 0,6% de la población entre quince a sesenta y cuatro años de edad, consumía cocaína, en forma de pasta base o clorhidrato. Este porcentaje de 0,6, teniendo como referencia el último censo realizado (Censo de Población y Vivienda de 2012), correspondería a la cifra de 37.806 personas.

Esta población de usuarios y usuarias de drogas, para quienes se dispone la sanción de internación forzosa, se incluye en todas las categorías o patrones de consumo de drogas: 1) en el uso (uso experimental, uso ocasional y uso habitual), 2) en el abuso de drogas (una forma de uso que muestra conflictos y perjuicios en el entorno), y 3) en la drogodependencia (considerada una enfermedad del cerebro y una compleja problemática biopsicosocial).

Asimismo, la población consumidora de drogas puede ingresar en las dos categorías, que se diferencian según los efectos que tiene el consumo sobre el entorno: 1) consumo problemático, y 2) consumo no problemático.

El informe mundial de 2012 de la UNODC ha establecido, sobre la base de la evidencia científica y social que, del total de población que consume drogas en el mundo, solamente un 12% corresponde a usuarios problemáticos de drogas, entre ellos quienes son drogodependientes⁴. Este porcentaje no tiene gran variación año tras año en los informes que emite la UNODC.

De estos datos, se desprende que la mayor parte de la población que consume drogas hace un uso que no es problemático, el cual puede ser un consumo funcional -que no deteriora los lazos sociales del consumidor ni afecta negativamente sus actividades y responsabilidades- y un consumo responsable -cuando el consumidor se asegura de que su consumo propio no afecte ni a la salud ni a la integridad de terceras per-

sonas-. Estos casos, que no suelen estar expuestos ante la opinión pública, son la mayoría. Las personas que se adscriben a las formas de uso de drogas no problemático actúan amparadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la privacidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, no requieren medida de seguridad de internación, mientras que resulta inidónea e innecesaria su rotulación como delincuentes ya que su conducta no genera daños a terceros.

Los casos de consumo de drogas que sí son visibilizados por la opinión pública, y generan alarma social y amarillismo mediático, corresponden a las personas drogodependientes, quienes ingresan frecuentemente al sistema penal por tres causas: 1) por ser encontradas portando o consumiendo estupefacientes, 2) por vender cantidades pequeñas de drogas para solventar su propio consumo, y 3) por delitos menores, como robos y hurtos, cometidos para conseguir recursos a fin de comprar las sustancias de las que son dependientes.

Esta población específica se encuentra en situación de extrema vulnerabilidad, puesto que se trata de personas que no consumen drogas porque así lo quieren sino por una patología mental, producida por un proceso de neuro adaptación que genera cambios en la estructura y el funcionamiento del cerebro (la dependencia física), y por las condicionantes de la dependencia psicológica, que anulan su capacidad volitiva. El Estado aborda esta problemática de salud mental a partir de la remisión de esta población al sistema penal, violando su derecho fundamental a la salud y los derechos conexos, lo cual, en términos sencillos, consiste en castigarlas por sufrir una patología mental.

III. 2. La privación de libertad en celdas policiales

A partir de la tipificación penal del consumo, hay procesos selectivos que priorizan la represión estatal de la población consumido-

⁴ Oficina de Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito (2012); Informe mundial sobre drogas; UNODC.

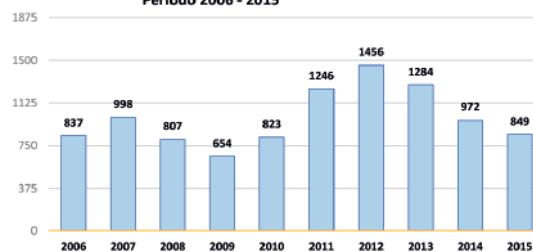
ra de drogas, y estos se observan, entre otros ámbitos, en la acción de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN), unidad policial que se encarga de la interdicción y represión al narcotráfico en Bolivia.

No se puede tener dato alguno respecto a las intervenciones policiales de funcionarios de diferentes unidades, sobre personas consumidoras de drogas que son sorprendidas, requisadas o arrestadas, por faltas y contravenciones, en aquellos casos que, aunque suelen ser cotidianos, no llegan a la FELCN.

La información provista por la FELCN, pese la discontinuidad de los datos y sus variables, permite una comprensión de la realidad de la persecución al consumo de drogas, en los períodos reportados, que oscilan entre 2006 y 2015.

Fuente: Elaboración propia con datos de la FELCN difundidos por el INE

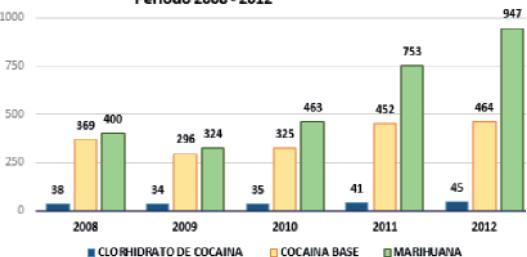
Gráfico 1: Número de personas aprehendidas por la FELCN por consumo y tenencia para consumo Periodo 2006 - 2015



fundidos por el INE

Se observa una tendencia ascendente, desde 2006, en la remisión de personas consumidoras de drogas a celdas policiales de la FELCN. El periodo donde hubo el mayor número de aprehensiones de personas consumidoras de sustancias, fue de 2011 a 2013. Después de 2015, la FELCN dejó de difundir las estadísticas de las aprehensiones según tipo de delito, por lo que el análisis presente se realiza con los datos disponibles hasta ese año.

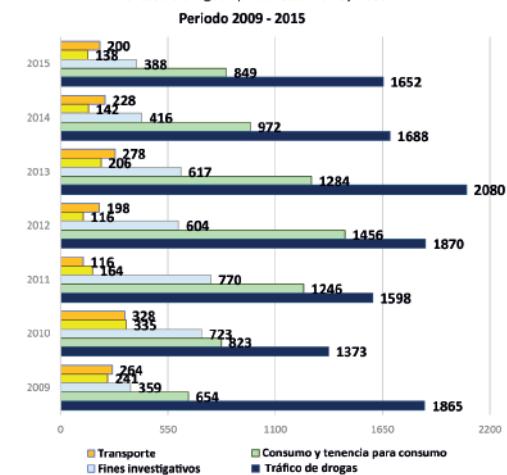
Gráfico 2: Número de personas aprehendidas por la Policía por consumo y tenencia para consumo, según tipo de droga Periodo 2008 - 2012



Fuente: Elaboración propia con datos de la FELCN difundidos por el INE

Año tras año, se han ido incrementando las cifras de personas aprehendidas por la FELCN por consumo de marihuana (cannabis). Este dato guarda correspondencia con las encuestas nacionales, que indican a la marihuana como la sustancia de uso ilícito más consumida en Bolivia. La segunda sustancia de uso ilícito que motivó las aprehensiones, entre 2008 y 2012, fue la pasta base de cocaína, y muy por abajo se encuentra la tercera sustancia, que es el clorhidrato de cocaína. Los datos reportados no incluyen información sobre otras drogas.

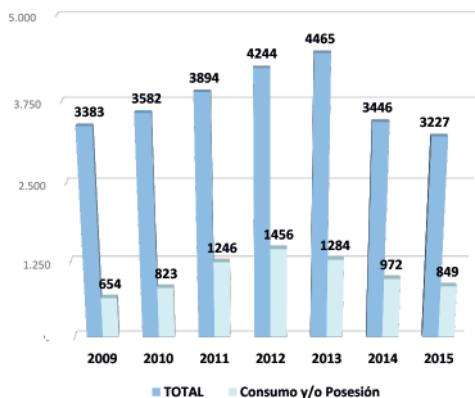
Gráfico 3: Número de personas aprehendidas por la FELCN por los diferentes delitos de drogas tipificados en la Ley 1008 Periodo 2009 - 2015



Fuente: Elaboración propia con datos de la FELCN difundidos por el INE

El gráfico 3 muestra que el consumo de drogas y la tenencia para consumo son la segunda causa de aprehensiones por delitos de la Ley 1008, después del tráfico de drogas; mientras que delitos como la fabricación y el transporte (que forman parte de la cadena de producción, distribución y comercialización del narcotráfico) ocupan un nivel muy inferior en las aprehensiones policiales. Llama la atención que no aparezca en la información estadística las cifras de aprehensiones por el delito de suministro (usualmente adjudicado a quienes venden cantidades pequeñas).

Gráfico 4: Proporción de personas aprehendidas por la FELCN por consumo y tendencia para consumo, frente al total de aprehensiones por delitos de narcotráfico. Período 2009 - 2015



Fuente: Elaboración propia con datos de la FELCN difundidos por el INE

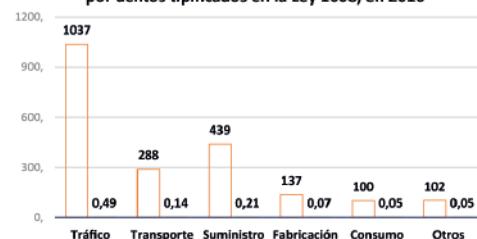
El grupo poblacional de personas usuarias de drogas ocupa, en una medida significativa, las celdas policiales (un promedio de 30% de las aprehensiones en los diferentes años reportados). Específicamente, en 2012, el gráfico muestra que un 34% de las aprehensiones policiales ese año fue de personas consumidoras de drogas; frente a este porcentaje, el total de las aprehensiones por los varios delitos tipificados por la Ley 1008, como el tráfico de drogas, el transporte, la fabricación y otros, alcanzaron a un 66%.

En general, se puede advertir que, del número de personas que es remitida inicialmente a celdas policiales, casi una tercera parte corresponde a consumidores de drogas, además que una proporción importante del trabajo de la FELCN y el gasto del presupuesto destinado a esa unidad policial se destina, en la práctica, a perseguir a quienes consumen.

III. 4. Causas por consumo de drogas que ingresan a la Fiscalía

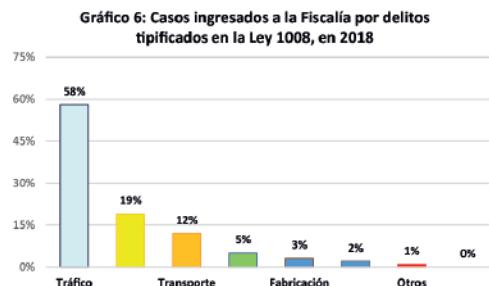
Se consideran, en el presente análisis, solo los años en que la Fiscalía General del Estado especificó el delito, en su rendición pública de cuentas.

Gráfico 5: Casos ingresados a la Fiscalía por delitos tipificados en la Ley 1008, en 2016



Fuente: Elaboración propia con datos de la Rendición Pública de Cuentas final 2016 de la Fiscalía

Un total de dos mil ciento tres casos ingresaron a la Fiscalía, el año 2016, por delitos tipificados en la Ley 1008, para la imputación y el procesamiento correspondiente; de ese total un número de cien casos (un 5%) fueron por consumo y tenencia para consumo. Considerando que la aprehensión de consumidores de drogas, por parte de la FELCN, suele alcanzar un promedio alto, alrededor de 30% del total de aprehensiones, cada año, llama la atención que los casos por consumo y tenencia para consumo que llegan a la Fiscalía, tengan un porcentaje muy reducido.



Fuente: Rendición Pública de Cuentas final 2018 inicial 2019 Fiscalía General

En 2018, un total de dos mil ciento cuarenta y cuatro de casos por delitos tipificados en la Ley 1008 ingresaron a la Fiscalía, ochenta y cinco de ellos (un 4%) correspondían al delito de consumo y tenencia para consumo. La amplia diferencia entre las cifras de los casos de consumidores aprehendidos por la FELCN, y los que llegan a la Fiscalía, puede mostrar que la mayoría de las aprehensiones por consumo y tenencia para consumo se resuelven en el nivel policial, o también que, como se observa en los casos judiciales, los delitos de suministro (ausentes de las estadísticas policiales) se procesan con casos de personas aprehendidas por consumo en el nivel policial.

III. 5. La presunción de la intención de venta

El Decreto Supremo 22099 de 28 de diciembre de 1988, que reglamenta la Ley 1008, señala en su artículo 26 que la tenencia para consumo personal inmediato es “la cantidad de droga equivalente a 48 horas de consumo, dictaminado por dos peritos médicos a los que se refiere el artículo 49 de la Ley 1008, si la cantidad fuese mayor se presume como tráfico.” De esa manera, se termina de habilitar la aprehensión policial generalizada, no por consumo sino por sospecha de venta, dado que en Bolivia no hay tablas con cantidades máximas para consumo de cada sustancia, ni se conoce sobre dosis de aprovisionamiento.

Ilustra esta realidad la declaración que dio al diario *Opinión* una fiscal de sustancias controladas, señalando que es suficiente la posesión de un gramo de cocaína, marihuana, clorhidrato de cocaína o cualquier otro tipo de droga prohibida en el país, para que una persona sea detenida, procesada y condenada con una pena de diez a veinticinco años de cárcel⁵.

De esta manera, como se observa en los casos judiciales, un consumidor de drogas puede ser remitido a la cárcel, en detención preventiva, por delito de suministro o por tráfico de drogas, para después, cuando logra probar su condición de consumidor, ser liberado y remitido a la medida de seguridad de internación forzosa, que es la sanción que dispone el artículo 49 de la Ley 1008⁶.

Actualmente, en los casos de tenencia de pocos gramos, que se considera exceden la cantidad para consumo personal, las imputaciones suelen ser por suministro, y no por tráfico. Si bien la pena por suministro es una pena menor en comparación con la del tráfico, resulta completamente desproporcionada para un consumidor de drogas que no pudo probar su condición de consumidor. En otros casos que se conocen en la práctica diaria, sin embargo, por la misma cantidad de droga, en un juzgado el caso es calificado como suministro, mientras que en otro lo es por tráfico.

IV. La problemática del consumo de drogas en las cárceles

El análisis sobre la problemática del consumo de sustancias psicoactivas en el contexto carcelario también debe tomar en cuenta

5 Ver: <https://www.opinion.com.bo/articulo/informe-especial/gramo-es-suficiente-ser-detenido-procesado-encarcelado/20131201003500664787.html>

6 Achá, Gloria Rose (2021) “La inconstitucionalidad del Art. 49 de la ley 1008: Delito de consumo y tenencia para consumo” Acción Andina – Bolivia. Agosto de 2021.

los efectos que tiene, sobre el sistema penal, el enfoque punitivo de la política de drogas.

Los últimos datos estadísticos que fueron difundidos por la Dirección General de Régimen Penitenciario corresponden a febrero de 2020, y muestran que, en ese momento, había un total de dieciocho mil ciento un personas encarceladas. De esa cifra, mil ciento setenta y tres personas estaban encarceladas por tráfico de drogas (un 6,48% del total de población penitenciaria), quinientos treinta y uno (un 2,93%) por suministro, doscientos cincuenta y seis (1,41%) por transporte y cinco (0,03%) por fabricación de sustancias controladas.

El informe “Los chivos expiatorios: control de drogas y cárceles en Bolivia” enmarcado en un estudio de Acción Andina – Bolivia publicado en 2018, permitió advertir que la población que consume drogas dentro de los penales del país, entre la que se encuentran las personas que sufren drogodependencia, suele estar bajo proceso penal o cumpliendo condenas, por tipos penales que se enmarcan en dos grupos de delitos:

- Con cargos de venta al menudeo, como delito de suministro o delito de tráfico (de un total de 1.965 personas encarceladas bajo la Ley 1008, un 28% está por suministro, y un 60% está por tráfico; una proporción de esta población, como se ha señalado a partir de los casos que se tramitan judicialmente, corresponde a personas que son usuarias de drogas que no pudieron probar, o están probando para el momento de la sentencia, su condición de usuarias).
- Por robos menores cometidos para solventar el consumo de sustancias (este grupo de usuarios problemáticos de drogas no se halla en las cárceles bajo la Ley 1008 sino que forma parte de aquel 21% de reclusos que están privados de libertad por robo).

Pocos estudios se han realizado sobre la

prevalencia del consumo de drogas en las cárceles. El primer estudio corresponde al año 2007, fue realizado por el Centro Latinoamericano de Investigación Científica (CELIN) entrevistando a cuatro mil ciento noventa y cinco personas (quinientas noventa y dos mujeres y tres mil seiscientos tres varones) privadas de libertad, que en ese año alcanzaban a 63,1% del total de la población de las cárceles⁷. Sus resultados en cuanto a prevalencia de mes, año y vida, se muestran a continuación:

Prevalencias del consumo de drogas en las cárceles (2007)			
Tipo de droga	Prevalencia		
	Mes	Año	Vida
Alcohol	54,6%	75,3%	89,5%
Tabaco	56,9%	68,1%	79,2%
Marihuana (Cannabis)	22,5%	24,7%	28,1%
Pasta base de cocaína	12,3%	13,2%	15,5%
Clorhidrato de cocaína	10,8%	12,3%	15,3%
Inhalables	1,5%	2,4%	4,2%
Tranquilizantes/Estimulantes	2%	2,8%	4,6%
Otras drogas	2%	3%	4,8%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio realizado por el CELIN (2007).

Las drogas que se consumen en las cárceles son, en mayor proporción, aquellas de uso lícito fuera de ellas, vale decir el alcohol y el tabaco. En cuanto a las drogas de uso ilícito, la escala la encabezan la marihuana, la pasta base de cocaína y el clorhidrato de cocaína:

⁷ Centro Latinoamericano de Investigación Científica CELIN (2007) “Cárcel y Drogas” Investigación. La Paz, Bolivia.

Comparación del consumo de drogas entre la población de las cárceles y la población urbana (2007)						
Tipo de droga	Prevalencia de mes		Prevalencia de año		Prevalencia de vida	
	Personas encarceladas	Población nacional	Personas encarceladas	Población nacional	Personas encarceladas	Población nacional
Alcohol	54,60%	41,50%	75,30%	59,80%	89,50%	86,90%
Tabaco	56,90%	23,80%	68,10%	34,40%	79,20%	42,70%
Marihuana (Cannabis)	22,50%	1,60%	24,70%	2,60%	28,10%	5,30%
Pasta base de cocaína	12,30%	1,10%	13,20%	1,60%	15,50%	2,30%
Clorhidrato de cocaína	10,80%	1,20%	12,30%	1,50%	15,30%	2,40%
Inhalables/ Solventes	1,50%	6,00%	2,40%	7,00%	4,20%	1,70%
Tranquilizantes/Estimulantes	2,00%	7,80%	2,80%	13,00%	4,60%	20,20%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio realizado por el CELIN (2007).

En cuanto a los usuarios actuales (prevalencia de mes), el porcentaje de consumo de marihuana sube, de un 1,60% en la población general a 20,50% en la población encarcelada; el porcentaje de consumo de pasta base de 1,10% a 12,30%; y el de clorhidrato de cocaína de 1,20% a 10,80%.

Antecedentes de consumo de drogas en la población de las cárceles (2007)		
Tipo de droga	Droga que consumía antes de ingresar a la cárcel	Droga que empezó a consumir en la cárcel
Alcohol	87,80%	1,70%
Tabaco	76,10%	3,10%
Marihuana (Cannabis)	21,75%	6,40%
Pasta base de cocaína	10,60%	4,90%
Clorhidrato de cocaína	11,70%	3,50%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio realizado por el CELIN (2007).

La información de las dos tablas últimas permite presumir que, además de la predisposición al consumo dentro del sistema carcelario por el entorno conflictivo generador de tensiones, y las amplias posibilidades de acceso a las drogas en los recintos penitenciarios, también se produce una remisión de consumidores de drogas al sistema penal.

En 2014, se realizó un nuevo estudio sobre el consumo de drogas en los penales, a cargo de la Asociación Colmena Juvenil, que se enfocó en la población de jóvenes en privación de libertad en los recintos de las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz⁸.

Prevalencia de consumo de drogas en las cárceles (2014)	
Tipo de droga	Prevalencia de año
Alcohol	56%
Tabaco	47%
Marihuana (Cannabis)	34%
Clorhidrato de cocaína	12%
Pasta base de cocaína	11%
Medicamentos controlados	4%
Inhalables	2%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del “Programa en Prevención Selectiva para Atención de Jóvenes Drogodependientes Privados de Libertad” 2015.

Entre las sustancias de uso ilícito, la marihuana se mantiene como la primera en la tasa de prevalencia anual, entre la población juvenil encarcelada, mientras que se observa escasa diferencia en la cocaína, entre sus formas de pasta base y clorhidrato.

⁸ Asociación Colmena Juvenil (2015) “Programa en Prevención Selectiva para Atención de Jóvenes Drogodependientes Privados de Libertad”. Disponible en: <http://www.colmenajuvenil.org/images/pdf/PREV%20SELECTIVA%20ALAS%20LIBERTAD.PW.pdf>

Antecedentes de consumo de drogas en la población de las cárceles (2014)	
¿Cuándo comenzó a consumir drogas?	Porcentaje de respuestas
Si fue en el centro penitenciario	23%
No fue en el centro penitenciario	77%
No responde	0%

Fuente: Asociación Colmena Juvenil “Caminos de la Resiliencia en la Prevención Selectiva Indicada y la Reincisión Social de Drogodependientes” 2014

Los datos evidencian que la mayor parte de la población usuaria de drogas de uso ilícito en las cárceles se inició en el consumo antes de ser encarcelada, lo que se vincula, como ya se ha señalado, a los efectos de la criminalización de las personas usuarias de sustancias.

En Bolivia, el programa de motivación al cambio para jóvenes con uso problemático de drogas, que implementó el Programa Libertas en 2016 en una cárcel de Cochabamba, así como los estudios realizados por Acción Andina – Bolivia y su programa piloto de apoyo post penitenciario para personas con uso problemático de drogas, permitieron visibilizar las consecuencias negativas de la respuesta punitiva al consumo de drogas (ingresos reiterados al sistema penitenciario) con el agravamiento de la situación de vida y la salud mental de jóvenes con dependencia a sustancias, para quienes el Estado no brinda opciones de tratamiento en salud.

El informe “Los chivos expiatorios: control de drogas y cárceles en Bolivia”, en cuanto a la criminalización de las personas consumidoras, también evidenció que las instituciones de control penal enfocan su accionar en el estamento más subalterno y reemplazable, y a su vez más visible, del negocio de las drogas, vale decir a los actores que aparecen en el momento de la transacción: el consumidor comprador y el vendedor al menudeo (que usualmente es otro consumidor).

Las consecuencias de la política de drogas sobre el sistema penal y penitenciario han sido

advertidas también en numerosos estudios en el mundo, entre ellos se puede citar a *Human Rights Watch*, en su informe: “Cada 25 segundos: el costo humano de la criminalización del consumo de drogas en Estados Unidos”, el cual presenta historias de vida de drogodependientes encarcelados, mostrando cómo su encarcelamiento incrementa los problemas vinculados al consumo, concluyendo que estas detenciones a gran escala han destruido innumerables vidas, y no han contribuido, en absoluto, a ayudar a las personas que intentan superar la dependencia. (Borden, 2016)

Otro informe difundido en 2009, “Cannabis y delito: Hallazgos de un estudio longitudinal”, de Skardhamar y Pedersen, profesores de la Universidad de Oslo, concluyó que el ingreso de muchos jóvenes consumidores de marihuana al sistema penal por delitos, se debe, no a la droga sino al hecho de que su uso, posesión y distribución son ilegales.

Corresponde dar relevancia a este análisis a fin de tener una visión de contexto con mayor alcance de la simple identificación del consumo de drogas como problemática. Mientras el consumo de drogas por sí mismo sea visto como el problema principal de las cárceles, las respuestas continuarán centradas en reprimir a los usuarios de drogas y a quienes sufren dependencia a sustancias, que son quienes conforman los grupos de excluidos dentro de los penales, sin tomar en cuenta los múltiples factores y disparadores que se articulan detrás de la problemática del consumo en las cárceles, y los requerimientos terapéuticos que son olvidados cuando se prioriza la respuesta penal.

La pandemia del coronavirus que, desde marzo de 2020, produjo contagios y decesos en el país, ha impactado también en las cárceles bolivianas, y agravado la situación de derechos de la población con uso problemático de drogas.

Gran parte de 2020, debido a la emergencia

por el COVID-19, las cárceles fueron prácticamente selladas, prohibiéndose el ingreso de visitas y de instituciones de apoyo, aunque continuaron ingresando nuevos detenidos. Una de las primeras decisiones que se tomaron fue la restricción de visitas, posteriormente se definió el encapsulamiento de cada penal, en gran parte por solicitudes de las mismas personas recluidas, debido a su vulnerabilidad frente al coronavirus al convivir en condiciones de hacinamiento y escasa salubridad.

En mayo de 2020, se confirmó el primer deceso por Covid-19 de un privado de libertad en el interior de la cárcel de Palmasola, en el departamento de Santa Cruz de la Sierra. A partir de allí, se produjeron más contagios y muertes en la misma cárcel (la más poblada del país) y poco después en otros penales del país, por lo que aumentaron aún más las prohibiciones de contacto con el exterior, agravándose los controles del encapsulamiento. Ni siquiera los pocos médicos usualmente asignados a los penales podían ingresar a los mismos, quedando toda la atención en salud dentro cada recinto en manos de los reclusos que son delegados de sanidad.

En agosto de 2020, el entonces Director General del Régimen Penitenciario, Clemente Silva Ruiz, informó en un seminario en línea de Naciones Unidas que cincuenta y seis presos habían muerto a causa del COVID-19 en las cárceles del país, hasta ese mes.

Una de las poblaciones que ha sufrido con mayor impacto las restricciones impuestas en el sistema carcelario por la pandemia, han sido, precisamente, las personas que sufren dependencia a una o varias sustancias. Esta población, por su afectación de salud mental y las condiciones en que vive dentro de los penales, no suele estar en posibilidad de generar ingresos suficientes para su manutención y su única fuente de dinero es la venta de artículos elaborados por otros reclusos en los días de visita. Al prohibirse todo ingreso de visitas

a las cárceles, esta población también perdió sus redes familiares de apoyo, lo cual dificultó su alimentación diaria.

Las personas drogodependientes en los penales, que suelen habitar celdas comunes, también enfrentaron dificultades para el aislamiento y el cumplimiento estricto de las medidas de higiene y protección, frente al riesgo de contagio. Otra fuerte problemática de salud que sufrió esta población, al iniciarse las medidas de encapsulamiento en 2020 que redujeron o eliminaron por temporadas el ingreso de drogas, fue una situación de abstinencia masiva, vale decir el conjunto de síntomas orgánicos y psíquicos que se producen, en la persona drogodependiente, cuando detiene o reduce el consumo de drogas. Tal situación contribuyó a acrecentar el clima de conflictividad en los penales, e incrementó los niveles de la violencia que sufren las personas drogodependientes por parte de los otros reclusos.

No se conoce que haya existido algún presupuesto adicional destinado por el Estado al Régimen Penitenciario en esta etapa, para enfrentar la pandemia, lo que muestra la debilidad en que se encuentra el sistema carcelario, que solo cuenta con un presupuesto ínfimo y totalmente insuficiente para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, situación que tiene mayores consecuencias sobre la población que se encuentra en mayor vulnerabilidad.

V. Conclusiones

La privación de libertad de la población usuaria de drogas, en la inicial etapa policial por delito de consumo, o en la posterior remisión al sistema penitenciario con cargos de tráfico o suministro, pone de manifiesto la priorización del enfoque punitivo de la política de drogas.

No se conoce evidencia alguna de que el consumo de drogas de uso ilícito se pueda reducir o eliminar con la intervención penal. Al

contrario, las respuestas al consumo de drogas, como se ha establecido desde la OMS, la UNODC y la OEA deben guiarse por un enfoque social y de salud, no penal.

Más allá de la sola identificación del consumo de drogas como una problemática en los contextos de encierro, resulta necesario examinar el contexto de criminalización, estigmatización y discriminación de la población consumidora de sustancia, que habilita su persecución penal y su remisión al sistema penitenciario.

Tal situación podrá comenzar a resolverse solo mediante una modificación en el enfoque punitivo actual, la derogación de la disposición legal que tipifica el consumo de sustancias como un delito, y la priorización de las respuestas sociales y en salud para los problemas derivados de las drogas.

Bibliografía

Acción Andina – Bolivia, Resoluciones Integrales y Programa Libertas (2020) “Folleto informativo sobre drogodependencias” Cochabamba, Bolivia.

Achá, Gloria Rose (2021) “La inconstitucionalidad del Art. 49 de la Ley 1008: delito de consumo y tenencia para consumo” Acción Andina – Bolivia.

Achá, Gloria (2018) “Los chivos expiatorios: control de drogas y cárceles en Bolivia” Acción Andina - Bolivia.

Asociación Colmena Juvenil “Programa en Prevención Selectiva para Atención de Jóvenes Drogodependientes Privados de Libertad”, 2015. Disponible en: <http://www.colmenajuvenil.org/images/pdf/PREV%20SELECTIVA%20ALAS%20LIBERTAD.PW.pdf>

Barra, Aram y Diazconti, Rubén (2013)

“Guías para el debate” (GDP) Primera edición. México.

Borden, Tess (2016) “Every 25 Seconds The Human Toll of Criminalizing Drug Use in the United States”. Human Rights Watch. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2016/10/12/every-25-seconds/human-toll-criminalizing-drug-use-united-states>

Centro Latinoamericano de Investigación Científica CELIN (2007) “Cárcel y Drogas” Investigación. La Paz, Bolivia.

Ley 1008 de 1988. Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas. Bolivia. 22 de julio de 1988.

Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Delito (2012) “Informe Mundial sobre Drogas” UNODC.

Organización Mundial de la Salud y Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Delito (2010) “Programa conjunto sobre el tratamiento y la atención de la drogodependencia” OMS/UNODC. Agosto de 2010.

Organización de Estados Americanos (2013) “El problema de las drogas en las Américas”.

Organización de Estados Americanos (2014) “El Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos” Documento preparado por la Secretaría General, para la 46 Asamblea General Extraordinaria de la OEA “Por una Política Hemisférica de Drogas de Cara al Siglo XXI” Ciudad de Guatemala.

Pedersen, Willy y Skardhamar, Torbjorn (2010) “Cannabis and crime: findings from a longitudinal study” Oslo University.

Balance de los desafíos y resultados de los modelos de regulación del cannabis en el Estado español

Xabier Arana

Doctor en Derecho, mención Doctor Europeus. Master en Criminología y Master en Sociología Jurídica. Profesor en el Grado de Criminología (UPV/EHU). Miembro del Grupo Consolidado de Investigación (2003-2021) de la UPV/EHU “Grupo de Investigación en Ciencias Criminológicas GICCAS”. Miembro del Instituto Vasco de Criminología (IVAC/KREI).

I. Introducción

Aunque a veces pueda parecer que el cannabis es una sustancia prohibida desde tiempos inmemoriales, la realidad es muy diferente. No parece casual que, en lo que vamos del presente siglo, cada vez existan más países (Uruguay, Canadá, algunos Estados de Estados Unidos, que han implementado políticas públicas en materia de cannabis basadas en modelos diferentes al modelo prohibicionista, ya sea en el ámbito terapéutico y/o en el lúdico.

El presente texto pretende analizar los retos y las consecuencias de los modelos -en plural- de regulación del cannabis en España, desde la segunda mitad del siglo pasado hasta la actualidad. Todo ello en un contexto donde, en las últimas décadas, aspectos externos a las políticas de drogas en el Estado español -la llamada crisis económica de principios del presente siglo, la coyuntura política de Cataluña, y la pandemia en torno al COVID-, han repercutido en que las políticas alternativas en materia de cannabis no tuvieran el protagonismo previsto en la agenda política.

II. Desafíos y resultados de los modelos de regulación del cannabis en el Estado español

Se tiene constancia del uso del cannabis en la península ibérica desde el Neolítico, aunque su empleo no tuvo gran relevancia hasta después de la invasión musulmana. Entre finales del siglo XIX y principios del siglo pasado, el cannabis supuso una más que interesante fuente de riqueza en ámbitos tan diversos como el agrícola, el industrial, e incluso en el terapéutico, donde la farmacopea recogía la utilización de esta sustancia con tal finalidad (Arana y Usó, 2017). A los pocos años de la inclusión del cannabis en los convenios internacionales, en plena Segunda República entró el vigor la Ley de Vagos y Maleantes (1933) donde era posible declarar en estado peligroso a las personas ebrias y toxicomanas habituales y, en consecuencia, podían ser sometidas a medidas de seguridad. No obstante, esta medida prácticamente no se llegó a implementar.

En los años siguientes a la finalización de la denominada Guerra Civil española (1939), una parte de los consumos de cannabis, al ser utilizados por un importante sector de los miembros del ejército sublevado en África, estuvieron tolerados por el franquismo. Sin embargo, no era una sustancia que estaba bien vista socialmente. Para la década de los años cincuenta el cannabis se había extendido en algunas grandes capitales y en ciudades meridionales, sobre todo en ambientes marginales.

II.1. Década de los años sesenta

El franquismo aprovechó el rebufo de la aprobación, en el año 1961, de la Convención Única sobre estupefacientes¹ para, por un lado,

potenciar una tímida colaboración con Naciones Unidas -cuando la Organización Mundial de la Salud solicitó al Gobierno español su colaboración para reducir la entrada de cannabis desde Marruecos con destino a otros países europeos-. Por otro lado, se llevó a cabo la ratificación española de dicho convenio y, finalmente, en el ámbito legislativo se promulgó la Ley 17/1967 sobre estupefacientes que, en su artículo 22 hace referencia a que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a dicha ley.

II.2 Década de los años setenta

La presente década fue bastante convulsa en lo político y en lo social. La muerte del dictador Franco en noviembre de 1975 generó fuertes tensiones entre los partidarios de la dictadura y quienes luchaban por los derechos y libertades propias de una democracia. Como la prohibición y la represión se identificaba con la dictadura, cuando murió Franco la desobediencia civil vinculada a los consumos de cannabis empezó a ser bastante más visible: en este periodo aumentaron los consumos de cannabis, influenciados por el movimiento hippie y por personas que habían realizado el servicio militar en el norte de África.

Desde el punto de vista legislativo, antes de la muerte del dictador, se aprobó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (1970), y se llevó a cabo una reforma del Código Penal (CP) que afectó a los delitos contra la salud pública (1971). Entre los estados peligrosos previstos en la ley se mencionaban a los ebrios habituales, a los toxicomanos (artículo 2, 7), así como a quienes promovieran o realizaran tráfico ilícito de estupefacientes; fomentaran los consumos de estas sustancias; fueran dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos en

¹ Esta Convención es uno de los pilares básicos del prohíbicionismo moderno en materia de estupefacientes.

los que, con su conocimiento, se permitiera o favoreciera dicho tráfico o consumo; o poseyeran ilegalmente estupefacientes (artículo 2, 8).

La reforma del artículo 344² del CP, en el año 1971, estuvo influenciada por la ratificación del Estado español de la Convención Única de 1961, por tanto, claramente enmarcada en una política criminal prohibicionista. En un solo artículo se criminalizó todo el ciclo relacionado con este tipo de sustancias y se permitió un fuerte arbitrio judicial debido a que se podía aumentar o disminuir un grado la pena básica, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable. Se disponía de un ámbito penológico muy amplio, que podía oscilar desde los seis meses hasta los veinte años de prisión.

II.3 Década de los años ochenta

Desde finales de los años setenta hasta mediados de los ochenta, se produjo en el Estado español una fuerte recesión económica con

2 Según este art., “Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas (de 30,05 a 1.502,53 euros).

El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.

Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código.”

su correspondiente destrucción de empleo, derivada de una brutal reconversión industrial. Supuso la pérdida de casi dos millones de puestos de trabajo fijos, condicionó seriamente la incorporación de jóvenes al mercado laboral, y generó un aumento de los problemas y tensiones sociales (Pallarés, 2003).

Es en ese contexto donde el discurso prohibicionista sobre *la droga* -en singular e incluyendo solamente a las drogas denominadas ilegales: cannabis, heroína y cocaína-, empezó a tener un protagonismo muy significativo. A partir de la segunda mitad de los años setenta, los consumos de cannabis fueron aumentando y la heroína comenzó a consumirse en círculos muy pequeños. En la primera mitad de los años ochenta entraron en contacto de manera significativa con esta última sustancia personas provenientes de los sectores más marginales de la sociedad que, al no tener recursos económicos propios para poder pagar el alto precio de la heroína, recurrieron a diferentes estrategias para conseguir esos recursos: robos en domicilios, robos de coches, atracos a sucursales bancarias o a farmacias, tráfico de estupefacientes (generalmente cannabis, pero también heroína). En torno a este tipo de delitos se produjo una fuerte reacción social y política centrada en la droga, además de una identificación de la heroína con la marginación (Romaní, 1999), y una equiparación entre *droga e inseguridad ciudadana*. *La droga* ocupaba el primer lugar en el campo de los problemas de la sociedad española, seguida del paro y del terrorismo.

En el ámbito legislativo se llevaron a cabo dos reformas del CP en los años ochenta. La primera se produjo en el año 1983, cuando todavía escasamente habían transcurrido seis meses desde que el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) ganara las elecciones generales de octubre de 1982. Esta reforma se insertó dentro de la “Reforma urgente y parcial del CP”, donde se hizo un esfuerzo para suprimir

los más graves defectos del artículo 344 del CP de la época. Fue una reforma en un marco claramente prohibicionista, con evidentes mejoras a la situación anterior. Se consiguió, por un lado, una restricción más correcta de las conductas prohibidas; por otro lado, se diferenció entre sustancias que causan grave daño a la salud (heroína, cocaína, etc.) y las que no (cannabis y otras); y finalmente, se concretaron los agravantes aplicables a cada caso. Estas mejoras contribuyeron a la limitación del arbitrio judicial que existía hasta esta reforma.

Cuando prácticamente no habían transcurrido cinco años de la reforma de 1983, sin tiempo para evaluar estas políticas públicas, se produjo la reforma de 1988 del CP en materia de estupefacientes, denominada también *contrarreforma*, por las diferencias considerables que tenía respecto a la reforma anterior. Curiosamente, era el Grupo Socialista quien mantenía la mayoría en el Congreso y el presidente del Gobierno continuaba siendo la misma persona. Este cambio tan brusco de la política criminal española fue posible porque, entre otros motivos, los medios de comunicación presentaron la reforma como una “despenalización de las drogas”, hubo una mayor presión de los organismos internacionales para que se modificara la reforma por el “mal ejemplo” que suponía para Europa, un cambio en las posturas defendidas por los partidarios de izquierda ante las drogas -en un intento de no dejarse ganar el terreno por la derecha-, y la aprobación del Plan Nacional sobre Drogas (PNSD) (1985) que se presentó con voluntad de endurecimiento de la represión penal (González Zorrilla et ál. 1989: 52).

En la segunda parte de esta década, el temor al contagio del VIH supuso el comienzo del descenso del consumo de heroína por vía intravenosa. Los casos de VIH y de Sida que se dieron durante esta década en personas que consumían heroína, no lo fueron por la sustancia en sí sino por el consumo realizado en el

contexto de una política prohibicionista que no permitía a estas personas utilizar jeringuillas y otros materiales esterilizados. La marginación a la que fueron sometidas estas personas, junto con la falta de implantación de políticas y de programas de reducción de daños, sobre todo dentro de las prisiones, tuvo consecuencias nefastas sobre la salud pública.

II.4 Década de los años noventa

Las aportaciones del Grup Igia a la hora de *Repensar las drogas* (González Zorrilla et al., 1989), la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal,³ *la salida del armario* de personas usuarias de cannabis que reivindicaban la potestad de plantar cannabis para sus propios consumos, la actitud crítica de un sector de los profesionales del ámbito socio-sanitario -que impulsaron políticas y programas de reducción de daños-, y del ámbito universitario, así como la publicación de libros y de alguna que otra revista cannábica, supusieron un impulso significativo para que, a lo largo de esta década, un sector cada vez mayor de la población tuviera una mentalidad y unas prácticas más abiertas hacia el cannabis y hacia las personas consumidoras de esta sustancia. Todo ello, en un entorno institucional prohibicionista liderado por el PNSD, donde la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD) se encargaba de propagar en los medios de comunicación la consigna “Di NO a la droga”.

Durante este período se aprobaron en el ámbito penal una reforma del CP (1992) y un nuevo CP (1995) y, en el ámbito administrati-

³ Se constituyó como un grupo de trabajo permanente en el año 1989. Desde entonces, se dedica a desarrollar e impulsar investigaciones y propuestas político-criminales a partir de presupuestos progresistas. Tres años después de su constitución, presentaron una política criminal alternativa en materia de drogas, que abarca todas las sustancias.

vo, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. La reforma del CP de 1992, recogió algunos preceptos de la Convención de Viena de 1988, así como directivas comunitarias para afrontar el denominado blanqueo de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas. El nuevo CP (1995) siguió la línea continuista de la reforma de 1988. Entre sus novedades más significativas, por un lado, se creó la eximente por intoxicación tanto de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o bebidas alcohólicas, en el momento de cometer la infracción; por otro lado, introdujo las medidas de seguridad para personas que estuvieran en una situación de intoxicación plena por consumos de las sustancias citadas; y, finalmente, se amplió, aunque no suficientemente, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión para personas drogodependientes.

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (1992) – que estuvo vigente desde ese año hasta el año 2015- regulaba administrativamente diversos aspectos relacionados con la seguridad ciudadana. Consideró *infracciones graves contra la seguridad ciudadana* el consumo, la tolerancia y la tenencia de este tipo de sustancias, aunque no estuviera destinada al tráfico. También contempló la posibilidad de suspender las sanciones impuestas por estos hechos si la persona infractora se sometiera a tratamiento de deshabituación.

La Asociación Ramón Santos de Estudios del Cannabis (ARSEC), fundada a principios de los años noventa, llevó a cabo una plantación de cannabis para un centenar de personas socias. La Guardia Civil incautó las plantas sin la correspondiente orden judicial y varios miembros fueron acusados de tráfico de drogas. La Audiencia provincial de Tarragona los absolió, pero la Fiscalía recurrió al Tribunal Supremo (TS) que los condenó a penas de cuatro meses y un día de prisión, y al pago de una multa de tres mil euros (Parés y Bouso 2015).

Este hecho animó a la Asociación Kalamu-

dia a repetir la experiencia en Euskadi, donde plantó unas seiscientas plantas para unas doscientas personas socias, en el año 1997. Entre las personas participantes había miembros del Parlamento Vasco, sindicalistas, artistas, etcétera. Todo ello, en un contexto donde existía ya una campaña en contra de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (1992) que sancionaba la tenencia y el consumo en público. El lema de la campaña era “contra la prohibición, me planto”.

Basándose en este tipo de experiencias, y en el informe realizado por Juan Muñoz y Susana Soto para la Junta de Andalucía, donde se hacía referencia a la posibilidad de obtener cannabis para el uso terapéutico respetando el marco legal, se puso en marcha el recurso de los *Clubes Sociales de Cannabis* (CSC), no como la propuesta ideal sino como la que tenía más posibilidades de ajustarse al marco legal (Barriuso, 2012:181).

II.5 Primera década del siglo XXI

En este período hubo un gran auge de la cultura cannábica y un mayor protagonismo de los CSC que se fueron extendiendo por todo el Estado español. La *Federación de Asociaciones Cannábicas* (FAC), partidaria de un modelo cooperativista entre las personas socias para que éstas pudieran acceder al cannabis sin pasar por el mercado ilegal, desempeñó una labor de sensibilización, coordinación y puesta en práctica del modelo de CSC muy destacado.

En el ámbito español, algún miembro del Gobierno central, diversos parlamentos autonómicos y plenos municipales, así como diversas asociaciones de pacientes diagnosticados de cáncer y de otras sintomatologías, manifestaron la conveniencia o la necesidad de poder acceder al cannabis terapéutico. Sin embargo, durante años, no ha existido un apoyo claro de las instituciones con compe-

tencias para ello (Arana, 2019). En este contexto, los CSC prestaron servicio de colaboración y ayuda a las personas que se asociaron por motivos terapéuticos.

II.6 Segunda década del siglo XXI

Esta década ha sido especialmente intensa en relación a las políticas en materia de cannabis. En los inicios de la década, gran parte de los CSC tenían el presentimiento o la convicción de que existía una cierta permisión tácita para poder plantar cannabis para el autoconsumo de las personas socias, muchas veces avaladas por sentencias absueltas, por dictámenes jurídicos de catedráticos de universidad, por la incipiente regulación de algunas comunidades autónomas, y por su regulación parcial en ordenanzas municipales. Posteriormente, la aplicación de la Instrucción 2/2013 de la Fiscalía General del Estado “sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis”, la aprobación de la nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (2015), así como las sentencias condenatorias del TS y los criterios aportados por el Tribunal Constitucional (TC), han mermado fuertemente las expectativas anteriormente generadas.

No ha sido ajeno a este fenómeno la compleja realidad que se cobijaba bajo el paraguas de CSC: lo que empezó siendo, en la década anterior, asociaciones de personas consumidoras de cannabis que, entre sus objetivos, también estaba el plantar cannabis para sus consumos, luego abarcó realidades muy diferentes. Por un lado, abarcó pequeños grupos de personas que tenían una relación de cuadrilla, con el interés de plantar cannabis de buena calidad a buen precio. Por otro lado, abarcó clubes donde, además del interés del grupo anterior, también tenían una actitud militante para cambiar la legislación prohibi-

cionista⁴. Finalmente, había clubes donde las personas socias se parapetaban en la denominación de CSC para hacer negocio con la venta de cannabis.⁵

Desde mediados de los años noventa hasta la mitad de la segunda década del siglo XXI, la mayoría de autos y sentencias judiciales donde estaban implicadas personas pertenecientes a CSC no consideraban ilícitas las labores realizadas por este tipo de asociaciones. No obstante, en tres sentencias de audiencias provinciales donde fueron absueltas personas pertenecientes a CSC, tras el correspondiente recurso realizado por la Fiscalía, los tres casos llegaron al TS. Éste condenó en los tres casos por entender que existía un riesgo real y patente de difusión del consumo⁶ (Muñoz Sánchez 2015). En las tres sentencias el TS apreció error de prohibición vencible y las personas fueron condenadas a penas de prisión no muy elevadas, y a penas de multa bastante considerables. La Fiscalía solicitó castigo por pertenencia a organización criminal, pero el TS no constató ningún indicio en ese sentido. La primera de las sentencias (*Caso Ebers*, STS 484/2015, de 7 de septiembre) tuvo tres votos particulares y las personas condenadas acudieron al TC en demanda de amparo de sus derechos fundamentales. En Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 14 de diciembre de 2017 el TC, tras admitir que se había producido la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa -porque el TS no había escuchado a las personas recurrentes-, remitió las actuaciones al TS para que subsanara dicha

4 La inmensa mayoría de estos CSC formaban parte de la FAC.

5 En torno al año 2011 se originó en Barcelona un *boom* cannábico. Gran parte de los denominados CSC se desvincularon del modelo de la FAC y empezaron a funcionar sin atenerse a la jurisprudencia (Martínez Oró 2015: 108).

6 Caso Ebers, Caso Three Monkeys, y Caso Pannagh.

objeción constitucional. Ello supuso que, en este caso, como en los otros dos, las condenas fueron anuladas (Arana 2018).

Esta década ha sido muy prolífica, no tanto en legislación penal -, sino en normativa administrativa, sobre todo en el ámbito autonómico y local. En el año 2015 se aprobó la nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, conocida popularmente como “Ley Mordaza”, que, en materia de sustancias estupefacientes, supone una línea continuista con la ley del mismo nombre de 1992, aunque se amplían las sanciones de determinados comportamientos, por ejemplo, el traslado de personas consumidoras a algún lugar para facilitar que éstas tengan acceso a este tipo de sustancias, o por plantar cultivos ilícitos de estas sustancias en lugares visibles al público. Este tipo de sanciones se centran en las personas consumidoras de cannabis, como aparece recogido en próximas hojas de este texto.

En el ámbito autonómico se ha aprobado diferente normativa para la regulación del cannabis. En el presente texto nos centraremos en tres legislaciones por el recorrido que han tenido: la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, la Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y Drogodependencias de la Comunidad Autónoma de Euskadi; y la Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tanto la Legislación del Parlamento Foral Navarro como la Legislación del Parlamento Catalán, fueron declaradas inconstitucionales por el TC, al considerar que invadían competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal. La normativa vasca no estaba centrada en regular los CSC sino que era una norma que abordaba globalmente la legislación en materia de adicciones y, en su artículo 83.1, posibilita la regulación de las asociaciones cannábicas mediante reglamen-

to. También fue recurrida ante el TC por entender el Presidente del Gobierno Central que ese artículo invadía competencias del Estado en legislación de productos farmacéuticos, en legislación penal y en seguridad jurídica. El TC, tras admitir el trámite de dicho recurso, declaró en STC 08/03/2018 que, la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene competencia para regular las asociaciones cannábicas por vía reglamentaria, como se recoge en el citado artículo de esa ley, siempre que se circunscriba este reglamento a la colaboración con la administración en labores de prevención y de reducción de daños, y no exceda de los criterios expuestos en la STS del 14/12/2017. Actualmente se está elaborando un reglamento para regular las asociaciones cannábicas en esta comunidad, aunque el margen que se dispone está bastante limitado por las sentencias del TS y del TC en esta materia.

Algunos municipios disponen de ordenanzas municipales (Girona, Donostia – San Sebastián, etc.) donde se regulan competencias municipales en torno a las asociaciones cannábicas, por ejemplo, las características que deben tener los locales destinados a este tipo de asociaciones. Han supuesto un reconocimiento institucional a las mismas y, por parte de las asociaciones, un compromiso de cumplir la legalidad vigente (en materia de seguridad, salubridad e higiene) y, también, colaborar con el municipio en labores de prevención y de reducción de daños. La ordenanza municipal de Donostia – San Sebastián fue aprobada en el año 2014 y, tres años después, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que era legal. Posteriormente, la Abogacía del Estado recurrió ante el TS esta decisión y, en 2019, el TS anuló esta ordenanza municipal por considerar que un Ayuntamiento no es competente en esta materia.⁷

⁷ <https://www.diariovasco.com/san-sebastian/supremo-clubes-cannabis-ordenanza-ayuntamiento-donos>

El alcalde de Rasquera, pequeño pueblo agrícola de Cataluña, presentó en el año 2012 un plan anticrisis donde se incluía la creación de una empresa pública para la investigación del cannabis que, entre otras actividades, tenía previsto el cultivo de esta sustancia para un CSC de Barcelona con cinco mil personas socias. Aunque en el municipio se convocó un *referéndum*, aprobado por el 56% del vecindario, la medida no se llevó a la práctica porque un juez, a petición de la fiscalía “invalidó el contrato entre el municipio y el CSC” (Parés y Bouso, 2015: 34).

Hoy en día, la demanda social para la regulación del cannabis terapéutico está respaldada por la inmensa mayoría de la sociedad española. Ha sido impulsada por pacientes que han visto mejorada su calidad de vida tras consumir cannabis pautada por profesionales de la salud. Más de una cuarentena de países tiene regulado el uso terapéutico de esta sustancia. Incluso la recomendación realizada por la Organización Mundial de la Salud, en diciembre de 2020, para que el cannabis salga de la Lista IV de la Convención Única sobre estupefacientes, ha sido un nuevo estímulo en un proceso que es imparable. En la primera quincena de junio, el Congreso de los Diputados se pronunció a favor de la creación de una subcomisión para experiencias de regulación del cannabis para uso terapéutico. Más recientemente, el PSOE ha anunciado que, en su 40º Congreso el PSOE, previsto para otoño de 2021, debatirá un marco legal para el uso del cannabis medicinal en España, a través del Sistema Nacional de Salud y con prescripción médica.⁸

Todas estas cuestiones permiten ser mo-

deradamente optimistas para un cambio legislativo que posibilite, más pronto que tarde, una regulación terapéutica del cannabis, en un país donde ya existen más de veinte plantaciones de cannabis con la correspondiente licencia de la Agencia Española del Medicamento, para cultivar cannabis destinado al uso terapéutico que, hoy en día, también se está exportando a otros Estados.

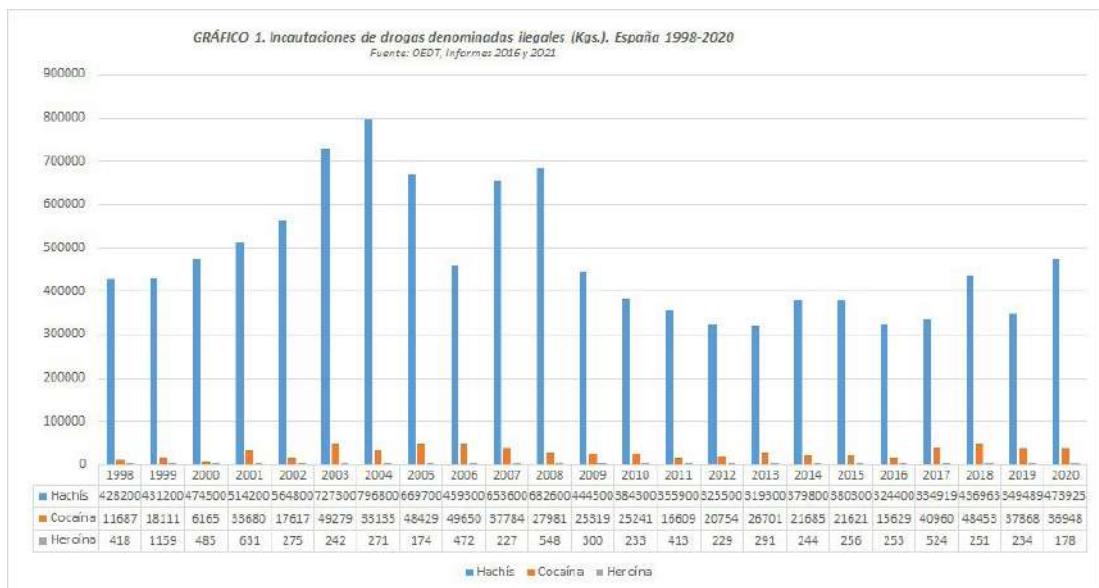
III. Consecuencias

Los datos sobre incautaciones de sustancias denominadas estupefacientes, detenciones, y sanciones administrativas por consumos y/o tenencia de las mismas, evidencian un enorme protagonismo del cannabis y de las personas que lo consumen. Un breve análisis de los decomisos llevados a cabo por los cuerpos policiales entre 1998 y 2020 (Gráfico 1), demuestran que el cannabis es la sustancia que más toneladas se incautan en el Estado Español. La cercanía con el norte de África ha servido para que una gran parte del hachís producido en Marruecos que llega a países de la Unión Europa, pase por la península ibérica. En estos veintitrés años se incautaron un total de 11.591.110 kg. de hachís, cocaína y heroína. Si analizamos por sustancias, el 94,13% correspondió al hachís, un 5,79% a la cocaína, y apenas un 0,07% de los decomisos fueron de heroína.

tia-20190307175219-nt.html

8 https://www.lasexta.com/noticias/nacional/psoe-planteara-marco-legal-uso-cannabis-medicinal-espana-proximo-congreso_2021072360fade55481ef900018a6724.html

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES



Si indagamos en el número de personas detenidas por traficar con las citadas sustancias, desde el año 2006 hasta el año 2020 (Gráfico 2), se observa una oscilación entre

20.000 y un poco más de 24.000 personas. De las cuales, si exceptuamos el año 2006, en los siguientes años, los derivados cannábicos suponen un porcentaje entre el 50% y el 60% (Gráfico 3).

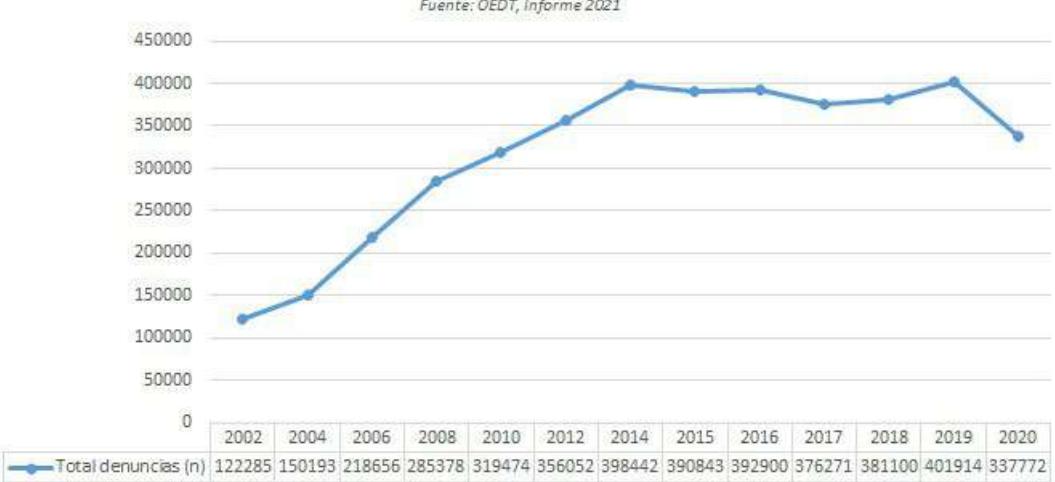




Otro aspecto a tener en cuenta para analizar la política prohibicionista en lo que vamos de siglo, es el análisis de las sanciones administrativas impuestas por consumo o tenencia de estas sustancias, según la legislación en materia de protección de la seguridad ciudadana, de 1992 y 2015. Desde el año 2002 (con 122.285 sanciones) hasta el año 2014 (con 398.442 san-

ciones), las sanciones impuestas se incrementaron en más del triple. Con la reforma de la Ley del 2015, continuaron en cifras bastante similares, siempre superiores a las 350.000 denuncias, si exceptuamos el año 2020 -previamente achacable a los meses de confinamiento que se vivieron en el Estado español por la pandemia de COVID- (Gráfico 4).

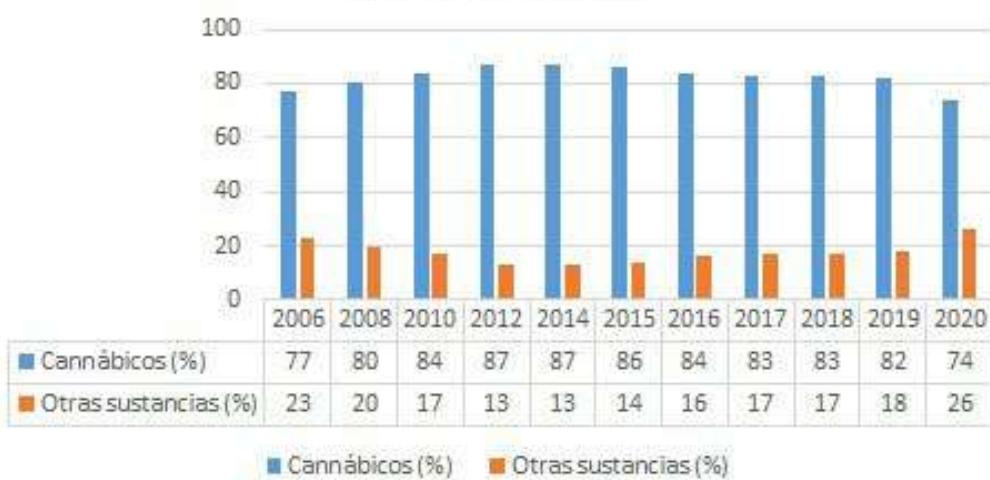
GRÁFICO 4. Denuncias por tenencia y/o consumo de drogas en lugares públicos basadas en las Leyes Orgánicas 1/1992 y 4/2015. España 2006-2020
Fuente: OEDT, Informe 2021



Si comparamos de todas estas sanciones administrativas el porcentaje que están relacionadas con sustancias cannábicas o con otras sustancias, desde el 2006 hasta el 2020 (Gráfico 5), excepto en los años 2006 (77%) y 2020 (74%), ocho de cada diez denuncias o más fueron por cannabis.

sustancia no tenía efectos terapéuticos (por ese motivo estaba incluida en la Lista IV de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961), cuestión ésta que recientemente ha sido desmentida por la Organización Mundial de la Salud al reconocer oficialmente las propiedades medicinales del cannabis.⁹ Los datos recogidos en los gráficos anteriores demuestran que, en el Estado español, una parte significativa del control social formal se centra en actividades en torno al cannabis.

GRÁFICO 5. Evolución de las denuncias de cannabis y otras sustancias (%). España 2006-2020
(Fuente: OEDT, Informe 2021)



En el Estado español el cannabis ha sido –y en gran medida todavía hoy lo es– el hilo conductor de la política prohibicionista. Durante los años ochenta compartió protagonismo con la heroína y, posteriormente, con la cocaína. El cannabis ha sido utilizado durante décadas en el Estado español, y en otras partes del mundo, para amplificar desmesuradamente los procesos disciplinarios generados por la política prohibicionista, en amplios sectores de la población, con la finalidad de que no salgan –o que vuelvan– al redil. No solo ha servido para intentar disciplinar a jóvenes y no tan jóvenes en su no consumo, sino también para pregonar de manera falsaria que esta

tran que, en el Estado español, una parte significativa del control social formal se centra en actividades en torno al cannabis.

Si alguien tenía la expectativa de que un cambio de modelo de regulación del cannabis iba a ser posible por vía jurisprudencial, este camino no da mucho más de sí, a pesar de encontrarnos en un proceso avanzado de normalización social de la sustancia y de las personas que la consumen.

⁹ “La ONU reconoce oficialmente las propiedades medicinales del cannabis”. <https://elpais.com/sociedad/2020-12-02/la-onu-reconoce-oficialmente-las-propiedades-medicinales-del-cannabis.html>

Actualmente el *imaginario social* sobre estupefacientes en el Estado español ha cambiado sustancialmente respecto a los años ochenta. En aquella época estaba relacionado con “el temor y la inseguridad” relacionados con la *epidemia de heroína*. Hoy en día, está conformado por diferentes componentes que le otorgan “un cierto grado de complejidad” donde “se matizan” los problemas producidos en torno a este tipo de sustancias. Nos encontramos, por tanto, frente a un imaginario social de doble vínculo, rigor y tolerancia, porque las drogas siguen siendo “malas” (Comas, 2019: 306-307).

Aunque el imaginario social “es lo que es y no puede ser desmentido (...) sí puede ser transformado” (Comas, 2019: 308-309), siempre que se disponga de recursos o poder suficientes, y con relatos alternativos. En caso del fenómeno del cannabis, durante el presente siglo se ha dispuesto de recursos provenientes de diversos sectores -cannábico, universidad, e incluso institucional- que han contribuido a un conocimiento mucho más amplio y real que el aportado desde la política prohibicionista y, además, han generado propuestas alternativas concretas para regular el cannabis terapéutico y también el lúdico. Además de la propuesta alternativa presentada por el Grupo de Estudios de Política Criminal (1992), en los últimos diez años han sido presentadas en España varias propuestas alternativas de regulación del cannabis.

Entre estas propuestas está la presentada por el Grupo de Estudio de Políticas sobre el Cannabis (GEPKA 2017), que tiene como objetivo elaborar y presentar un modelo de política pública sobre el cannabis que deje atrás las estrategias prohibicionistas. Además de la regulación del uso terapéutico, propone tres vías complementarias para que las personas mayores de edad puedan acceder a la sustancia: a) mercado regulado, b) asociaciones de personas usuarias de diferentes tipos, y c) autocultivo.

Otra propuesta es la defendida por Regulación Responsable (RR), basada en cinco pilares (Regulación Responsable 2016): 1) autocultivo; 2) cultivo colectivo y clubes sociales de cannabis; 3) comercio con licencia; 4) educación para un consumo responsable; y 5) acceso al cannabis terapéutico.

Estas dos propuestas no agotan todas las alternativas presentadas en el ámbito estatal, no obstante, son una muestra significativa de las diferentes alternativas presentadas últimamente en España, cuyo eco también ha tenido su repercusión en el Parlamento Español. Después del verano de 2021, el esfuerzo realizado fundamentalmente por los grupos de izquierda del Congreso de los Diputados -a excepción del Partido Socialista Obrero Español (PSOE)-, ha servido para que la cuestión de la regulación del cannabis esté ya en la agenda política (Hermida 2021). Esperemos que la inercias generadas por las propuestas existentes en el Estado Español, junto con la implementación de políticas públicas en otros países (Uruguay, Canadá, algunos Estados de Estados Unidos, etc.), sean un estímulo decisivo para adaptar la legislación en materia de cannabis a la realidad social de un Estado social y democrático de Derecho.

Bibliografía

Arana, Xabier. 2012. *Drogas, legislaciones y alternativas. De los discursos de las sentencias sobre el tráfico ilícito de drogas a la necesidad de políticas diferentes*. Donostia: Gakoa.

Arana, Xabier. 2017. “Las políticas de drogas en el Estado social y democrático de Derecho”. En: *Cannabis, de los márgenes a la normalidad. Hacia un nuevo modelo de regulación*, GEPKA, 8: 264-282. Barcelona: Bellaterra.

Arana, X. 2018. “Progresiones y regresio-

nes –en materia legislativa y jurisprudencial–, y la necesidad de una propuesta sobre un nuevo modelo de regulación del cannabis: el caso español en la presente década”. En: *Drogas, desafíos contemporáneos*, 18: 431-461. Brasil: Editora D'Plácido, 431-461.

Arana, Xabier. 2019. *La regulación del cannabis en Europa: Informe sobre España*. Ámsterdam: TNI, (febrero 2019) 1-20. https://www.tni.org/files/publication-downloads/spain_spanish.pdf

Arana, Xabier y Juan Carlos Usó. 2017. “Las políticas sobre regulación del cannabis en España, y su relación con el contexto internacional”. En: *Cannabis, de los márgenes a la normalidad. Hacia un nuevo modelo de regulación*, GEPCA, 1: 33-62. Barcelona: Bellaterra.

Ararteko. 2012. *Cannabis. Usos, seguridad jurídica y políticas*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

Barriuso, Martín. 2012. “Ni prohibición ni mercantilización: buscando el equilibrio en la regulación legal del cannabis”. En: *Cannabis: usos, seguridad jurídica y políticas*. 166-181. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

Comas, Domingo. 2017. “Las nuevas políticas de control del cannabis”. En: *Cannabis, de los márgenes a la normalidad. Hacia un nuevo modelo de regulación*, GEPCA, 5: 197-216. Barcelona: Bellaterra.

Comas, Domingo. 2019. *Drogas y delitos: aproximación criminológica a las sustancias psicoactivas*. Madrid: Síntesis.

Díez Ripollés, José Luis y Juan Muñoz Sánchez. 2012. “Licitud de la autoorganización del consumo de drogas”. *Jueces para la Democracia*, 75: 49-77.

GEPCA. 2017. *Cannabis: propuesta de un nuevo modelo de regulación*. Barcelona: Bellaterra.

González Zorrilla, Carlos, Jaume Funes, Sergi González, Inma Mayoly Oriol Romaní. 1989. *Repensar las drogas. Hipótesis de la influencia de una política liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación*. Barcelona: Grup Igia.

Grupo de Estudios de Política Criminal. 1992. *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas. Málaga*: Grupo de Estudios de Política Criminal.

Hermida, X. 2021: “El no a legalizar el cannabis une al PSOE con la Derecha”. <https://elpais.com/sociedad/2021-10-19/video-en-directo-el-congreso-debate-la-regulacion-del-cannabis-propuesta-por-mas-pais.html>

Lamo de Espinosa, Emilio. 1989. *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*. Madrid: Alianza Universidad.

Martínez Oró, David Pere. 2015. “Clubes sociales de cannabis: normalización, neoliberalismo, oportunidades políticas y prohibicionismo”. *Clivatge*, 3: 92-112.

Muñoz Sánchez, Juan. 2015. “La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-22: 1-50.

OED. 2001. *Informe 4*. Madrid: Ministerio del Interior.

OEDT. 2015. *Informe 2016*. Madrid: Ministerio de Sanidad.

XABIER ARANA

OEDT. 2021. *Informe 2021*. Madrid: Ministerio de Sanidad.

Pallarés, Joan. 2003. “Las drogas en la sociedad contemporánea”. En: *Drogas, Sociedad y Ley*, 135-157. Bilbao: Universidad de Deusto.

Parés, Òscar y José Carlos Bouso. 2015. “Hacer de la necesidad, virtud. Políticas de drogas en Cataluña, de la acción local hacia el ámbito global”. En: *Lecciones en Políticas sobre Drogas*. Budapest: Open Society Foundation.

Ramos, José Antonio, y José Carlos Bouso. 2017. “Uso terapéutico”. En: *Cannabis, de los márgenes a la normalidad. Hacia un nuevo modelo de regulación*, GEPICA, 6: 217-221. Barcelona: Bellaterra.

Regulación Responsable. 2017. *Los 5 pilares de una regulación integral del cannabis*. http://www.regulacioncannabis.org/descargas/70/pdf_5_PILARES_REGULACION.pdf

Romaní, Oriol. 1999. *Las drogas: sueños y razones*. Barcelona: Ariel

USO, Juan Carlos. 2017. “Cannabis en España. Continuidades y puntos de inflexión históricos”. En: *Las sendas de la regulación en España*, 1: 33-44. Barcelona: Bellaterra.

Presos en la nada. La detención de ecuatorianos en alta mar

Jorge Vicente Paladines

Profesor de la Universidad Central del Ecuador. Ex Asesor y Defensor Público Regional del Ecuador. Miembro del Colectivo de Estudios Drogas y Derechos (CEDD). Autor de investigaciones sobre Derecho penal y Criminología; entre las recientes, “Derecho Penal de Auschwitz” (Hammurabi, 2020).

Tenía visiones de [mí] mismo muerto y de que [mi] cuerpo era arrojado al oscuro mar. El grillete que [me] sujetaba por el tobillo [me] mantenía encadenado a un cable a lo largo de la cubierta del barco en todo momento, excepto cuando hacía la travesía ocasional, vigilado por un marino, para defecar en una cubeta. La mayor parte del tiempo no podía mover[me] más allá de un brazo de distancia sin chocar con el siguiente hombre encadenado.

Johnny Arcentales, ecuatoriano detenido por la U.S. Coast Guard.

I. «Quantánamos flotantes»

En noviembre de 2017, el periodista estadounidense Seth Freed Wessler publicó en el *New York Times* una estremecedora investigación que muestra la otra cara de las detenciones realizadas en nombre de la *war on drugs*. Con apoyo en relatos de vida, entrevistas a funcionarios de gobierno y revisión de expedientes judiciales se muestra una práctica sistemática y consolidada por parte de la U.S.

Coast Guard. Se trata de la interceptación, encierro y traslado de cientos de ciudadanos latinoamericanos que habrían cometido tráfico ilícito de drogas a miles de millas de distancia de las costas de los Estados Unidos. Los medios para esta “cacería de traficantes” serían dotadas embarcaciones de la Guardia Costera de este país, en cuyo interior aguardan sus detenidos durante semanas y meses hasta finalizar las faenas de patrullaje donde, luego de una larga travesía, serán transportados para su enjuiciamiento. Desde luego, relatos como el de Johnny Arcentales apenas muestran una parte dentro de las centenares de experiencias que han marcado el destino de los pasajeros que viajan en las denominadas “*Floating Guantánamos*” (New York Times, 20.11.17).

Pero aquel título no resultó ser ninguna casualidad ni mucho menos una coincidencia. Las entrevistas con los entonces detenidos y ahora repatriados –aún privados de la libertad– confirmaron que, efectivamente, la prisión de Guantánamo había sido una de las “paradas” antes de su traslado hacia las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, pues de forma paradójica son los jueces de la costa Este (Océano Atlántico) quienes reclaman la competencia, a pesar de que sus justiciables hayan sido interceptados y capturados en aguas del Océano Pacífico. Uno de sus detenidos del Ecuador lo dice de forma patente al señalar que: «Fuimos a Panamá, llenaron unos papeles y me cogieron las huellas. Pero nos llevaron a Cuba, a Guantánamo. Ahí estábamos toditos y nos dividieron. Luego yo fui a Nueva York. [...] Cuando uno está en Cuba ya tienen listo los aviones. Solo nos cambian las esposas de la cintura, de los pies y de las manos. Te ponen unas nuevas y te llevan.»¹

En cuanto a la competencia judicial norteamericana, el régimen jurídico de la deten-

ción dentro de las denominadas “prisiones flotantes” (Paladines, 2019) es fruto de una serie de contradicciones internas. Inicialmente, fueron las Cortes del Pacífico las que consagraron su competencia. Bajo un interesante argumento que se vincula con los elementos de la teoría de la acción final y de la imputación objetiva, las Altas Cortes de California desestimaron los cargos sobre los detenidos por la Guardia Costera dado que, material y objetivamente, no habrían podido llegar a las costas de los Estados Unidos. La precariedad de las embarcaciones, la escasa cantidad de combustible y la capacidad logística apenas determinan una presunción de tráfico hacia los países centroamericanos o México. En consecuencia, los detenidos no serían objeto de imputación alguna en “suelo americano”.

Aquella congruente interpretación pronto fue socavada por las propias Agencias de Seguridad. Sin ningún reparo, Aaron Casavant –uno de los abogados de la US Army– develó la “nueva estrategia” al señalar en 2014 que «una razón por la que se han llevado pocos casos a la costa oeste podría ser que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, que abarca California, ha puesto un límite al alcance de la Guardia Costera de EE.UU. A diferencia de los tribunales de la costa este, el Noveno Circuito requiere que los fiscales federales comprueben que las drogas descubiertas en las embarcaciones extranjeras registradas realmente estaban destinadas a Estados Unidos. [Por ello] tratamos de no llevar esos casos al Noveno Circuito» (New York Times, 20.11.17). Así, esta sería una de las “razones” por la que la U.S. Coast Guard y sus detenidos cruzan el Canal de Panamá.

La interceptación, abordaje, captura y prisión de ecuatorianos en *alta mar* se convierte en una forma de punitividad que no debe quedar en el plano del surrealismo o realismo mágico. Previo al inicio de un proceso judicial en los Estados Unidos, los detenidos son trans-

1 Entrevista (f_r_03) realizada en las prisiones de la provincia de Manabí-Ecuador por el Equipo de Parametría (2019: 29).

portados durante semanas y meses dentro de embarcaciones militares de la *U.S. Coast Guard*. Sus versiones coinciden y subrayan sobre las condiciones vejatorias de esta peculiar forma de cautiverio, que va desde el uso de cadenas y grilletes hasta restricciones de orden alimenticio y fisiológico². Una escena que sin duda se asemeja al *dominus* del Imperio Romano materializado a través de sus afamadas galeras.

La descripción de claros signos de tortura física tiene lugar con la aflicción psíquica producida por la angustia y la incertidumbre. La duración del encarcelamiento flotante no se sujeta a ningún plazo razonable ni estándar de Derechos Humanos contemplados tanto en el debido proceso de los Estados Unidos como en el ecuatoriano. Al igual que la jurisdicción y nacionalidad de los detenidos, la exigencia de ser presentados ante un juez de forma inmediata – según los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – son “papel mojado”. Ningún detenido sabe a ciencia cierta qué destino le depara luego de ser abordados y detenidos por parte de la *U.S. Coast Guard*, pues «tanto los oficiales de la Guardia Costera como los fiscales federales justifican su prolongada detención, arguyendo que sospechosos como Arcentales no están formalmente bajo arresto cuando los retiene la Guardia Costera. Mientras están a bordo, no se les lee una llamada de advertencia (los derechos a los que usualmente acceden las personas detenidas) ni se les asigna un abogado defensor ni se les permite establecer contacto con su consulado o con su familia» (Ibidem)³.

2 La misma *Guardia Costera* de los Estados Unidos habría también señalado que: “[...] encadena a los detenidos y los esconde cuando están en los puertos por su propia seguridad y la de la tripulación.” (New York Times, 20.11.17)

3 Luego de setenta y siete días, la familia de Johnny Arcentales pudo saber que se encontraba con vida. Esta noticia fue propiciada por el propio Johnny una vez transferido a las cárceles del Estado de Florida. Sin embargo,

Más allá de esta nota periodística y de las posteriores entrevistas realizadas que confirman una serie de casos semejantes, la discusión sobre la forma y modo en que se producen estas detenciones merece un enfoque desde el Sur Global. La detención de ciudadanos, especialmente de nacionalidad ecuatoriana, debe ser parte de una mirada histórica y jurídica que contribuya a describir los más inverosímiles signos de destrucción de los Derechos Humanos. Si bien se desprenden claros patrones de dominación geopolítica frente a la alianza establecida también entre Nicaragua y Rusia en nombre de la misma *war on drugs* (*Sputnik-news*, 16.11.17), la complejidad local en que se producen estos acontecimientos imprime un amorfo funcionamiento del sistema penal. De ahí que, sin renunciar al uso de herramientas holísticas e interdisciplinarias, a través de este artículo se intentará describir un trasfondo del régimen jurídico de la detención de personas capturadas en ultramar a manos del ejército más poderoso del planeta.

II. La cooperación del más fuerte

II.1. A propósito de la Convemar

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Mar o *Convemar*⁴, puesta a ratificación desde 1982 y vigente desde 1994, es un gigantesco tratado multilateral que integra las principales directrices y regulaciones sobre el uso comercial y científico del medio y fondo marino, así como de la navegación transnacional con el objeto de fortalecer “un orden económico mundial” a través de la paz y

según oficiales estadounidenses, el encarcelamiento flotante puede durar incluso noventa días. En consecuencia, sin ninguna posibilidad de comunicación (Ibidem).

4 Fruto de tres Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Mar realizadas entre 1956-1958 (I), 1960 (II) y 1970-1982 (III), respectivamente.

la seguridad (Preámbulo Convemar). A pesar de que ahí se dibujan los principios fundamentales para la libre navegación a nivel mundial, su enclave gira alrededor del comercio de recursos pesqueros y mineros, es decir, del perfeccionamiento de la globalización a través de los mares. De este modo, sus trescientos veinte artículos y nueve anexos crean un régimen de definiciones⁵ que, básicamente, delimitan (reducen) la soberanía de los Estados-Parte mediante la supresión de criterios como las doscientas millas marinas de “mar territorial” mantenidas históricamente por Ecuador⁶.

Aquella noción vanguardista de soberanía plena –con componentes además de soberanía alimentaria para nuestras poblaciones– sobre un espacio marítimo de doscientas millas, contadas desde los puntos más salientes de cada costa y desde la marea más baja, fue resultante en nuestra región del afamado Tratado *Tripartito de Santiago de 1952*, suscrito inicialmente entre Chile, Perú y Ecuador⁷. Así, con excepción del derecho al paso inocente o inofensivo de buques y de las regulaciones del Derecho Internacional, el artículo 2º de este tratado señalaba que: «[...] los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y

5 Entre estas definiciones se encuentra la que hace referencia a la *plataforma continental*, como una extensión del lecho y subsuelo natural del continente en el mar. Esta es una de las características geográficas de países como Argentina, mas no de Colombia, Ecuador, Perú y Chile debido a su corte con la zona de subducción generada por la Placa de Nazca. En el primer caso se entiende que la plataforma continental abarca máximo a 200 millas marinas (Art. 76.1).

6 Cabe destacar que la denominación reconfigurada sobre *mar territorial* significó para otros Estados una palpable ampliación, en especial por su ubicación en complejos enclaves geográficos.

7 La adhesión del Estado del Ecuador a la *Declaración de Santiago sobre Zona Marítima* del 18 de agosto de 1952 se realizó a través del Decreto Ejecutivo No. 275 del 7 de febrero de 1955. Colombia se adhirió posteriormente en 1980.

jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de doscientas millas marinas desde las referidas costas.». Sin embargo, aquel tratado fue vigente en Ecuador hasta el 2012⁸. Subsecuentemente, tras la renuncia a la tesis de soberanía plena sobre las doscientas millas marinas, se adoptó la definición jurídica establecida en la *Convemar*, y de este modo que: a) el *mar territorial* sólo abarca un área de doce millas (artículo 3), lo que implica el establecimiento de actividades económicas bajo la autodeterminación de los Estados; b) el *mar adyacente* adiciona doce millas más para ejercer tareas de prevención o sanción frente a la violación de las leyes estatales, siempre y cuando sus acontecimientos se hayan suscitado en el territorio continental o en el mar territorial (artículo 33); y, finalmente, c) la *zona económica exclusiva*, que le permite a cada Estado ribereño tener –de acuerdo a su desarrollo y capacidad tecnológica, científica o comercial por supuesto– una participación en la exploración o explotación de recursos, y cuya extensión se mide desde el fin del mar adyacente hasta un máximo de doscientas millas contadas desde el territorio continental (artículo 57).



Elaboración Instituto Oceanográfico de la Armada (INOCAR, 2017)⁹

8 Tras su adhesión a la *Convemar*, automáticamente Ecuador renunció a la *Declaración de Santiago*. Véase el Registro Oficial No. 857 del 26 de diciembre de 2012.

9 Imagen de libre acceso y descarga en: <https://www>.

Las reglas de la *Convemar* que prevén conflictos relacionados con el Derecho penal emergen de la estructura jurídica de la *alta mar*. Desde el derecho natural, la *alta mar* es el *mare liberum*, el espacio de navegación libre que no le pertenece a ningún Estado y que le pertenece a la humanidad sin sujeción a soberanía ni jurisdicción en particular (artículo 89). Sus reglas devienen sólo del Derecho Internacional creado por este tratado. En este sentido, el carácter universal surge de forma subsidiaria (artículo 86), llenándose así el vacío hermenéutico del espacio que va más allá de las demarcaciones inscritas dentro de las entonces doscientas millas marinas.

Una relativa prolongación de la jurisdicción local se infiere del deber que tienen los Estados para registrar las embarcaciones que portan su pabellón o bandera. La *Convemar* autoriza a los Estados la aplicación del Derecho administrativo local (artículo 94.1), especialmente en cuestiones relacionadas con la seguridad de la embarcación. Asimismo, la *Convemar* reconoce un régimen penal local en función de la pertenencia o nacionalidad del buque y, esencialmente, de la nacionalidad de los tripulantes, con excepción de los casos de piratería, cuya jurisdicción –en nombre de la antigua cooperación mundial– le corresponde a cualquier Estado del planeta (artículos 100 y 105). En ultramar, basta con que los tripulantes declaren su nacionalidad para recibir la jurisdicción penal del país de su origen o naturalización. De forma textual, se señala que (artículo 97.1)

«En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en la alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedi-

cancilleria.gob.ec/carta-didactica-del-territorio-maritimo-del-ecuador-mapa-didactico/ (Acceso 05.07.19)

mientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales.» (Énfasis agregado).

La *Convemar* contempla la necesidad de la cooperación militar entre Estados para la denominada “lucha contra el narcotráfico” (artículo 108). Sin embargo, en ningún lugar se permite la declinación de determinada jurisdicción penal. La “cooperación” no significa adosamiento, delegación, concesión o renuncia de la soberanía de un Estado para que otro sancione o castigue a sus ciudadanos por haber cometido el delito de tráfico ilícito de drogas. El Estado requirente de asistencia no pierde su jurisdicción penal por el hecho de la “cooperación”; por ende, tal denominación sólo alude al proceso de tácticas y estrategias militares –o policiales– conjuntas para la detención, abordaje y captura de embarcaciones, personas y evidencias que conlleven a una imputación. Se trata, en definitiva, de la cooperación que un Estado demanda al invocar de forma especial la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas* de 1988, es decir, para permitir a la contraparte estatal la adopción de medidas –jurídicamente necesarias, idóneas y proporcionales– que interrumpan el tráfico ilícito de drogas en *alta mar* (artículo 17). En consecuencia, cualquier persona capturada debe ser entregada inmediatamente a los jueces de su nacionalidad (artículo 17.11).

Al ser concebido el tráfico ilícito de drogas como una modalidad del crimen organizado –que entraña además complejas formulaciones dogmáticas de autoría y participación criminal–, la jurisdicción penal de un Estado se encuentra doblemente confirmada. La propia *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* reafirma la jurisdicción local de un Estado en vir-

tud de la procedencia de una embarcación o de la nacionalidad de los implicados. De este modo (artículo 15):

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5 (crimen organizado), 6 (blanqueo de dinero), 8 (corrupción) y 23 (obstrucción de la justicia) de la presente Convención cuando [...]: 1(b) El delito se cometía a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito 2(b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio.

Aunque la *Convemar* no haya entrado en detalles en relación con la *war on drugs*, la jurisdicción para investigar, acusar y sancionar sus respectivos delitos debe ser acorde a una lectura integral del artículo 97, más aún al tratarse de una persecución ininterrumpida (artículo 111). La cooperación militar tendiente a interceptar cualquier nave sospechosa de traficar drogas no inactiva la jurisdicción y competencia del Estado ribereño asistido, en especial cuando están en tela de duda las atribuciones de las embarcaciones militares para abordar a otras en *alta mar*, puesto que la *Convemar* no contempla tal prerrogativa para los buques de guerra extranjeros a menos que se trate de casos de piratería, trata de esclavos o de la negativa de declarar su nacionalidad de quienes tripulen una embarcación interceptada (artículo 110). Ante los principios de la libre navegación y mínima intervención enarbolados por la *Convemar*, cualquier otra forma de detención, abordaje y captura de una embarcación y sus tripulantes –desconociendo la jurisdicción local de sus respectivos Estados– es ilegítima.

II.2. El Comando Sur y la extraterritorialidad de la ley penal estadounidense

La guerra contra las drogas en América del Sur se libra en dos frentes de cooperación militar. De un lado, la histórica cooperación para la erradicación de cultivos de coca en la mayoría de los países andinos como Bolivia, Perú y Colombia¹⁰. De otro lado, la cooperación para la vigilancia y monitoreo –navegación y sobrevuelos– sobre el Pacífico Sur¹¹, principalmente frente a las costas de Colombia, Perú y Ecuador. De esta manera, Ecuador ingresa en un complejo enclave militar bajo la visión multinacional de la seguridad regional. Históricamente, su involucramiento en la concepción hemisférica de la guerra contra las drogas deviene de la definición de “país de tránsito y conexiones”¹².

10 La adopción de estrategias militares para la erradicación forzada de la coca ha traído múltiples “efectos colaterales” que van desde desplazamientos humanitarios, aumento de la pobreza y los índices de desempleo y violencia, hasta irreversibles impactos sobre el medio ambiente, en especial a través de las fumigaciones con glifosato empleadas por el Estado de Colombia. En este sentido, Ecuador impuso una demanda ante La Haya por los daños irreversibles sobre su población y cultivos frente al denominado *efecto cono*. Años más tarde, las negociaciones con las FARC trataron, precisamente, sobre un capítulo referido a las fumigaciones sobre la coca (Santos, 2019: 451-453). Para un interesante análisis sobre los efectos jurídicos de las políticas de erradicación de la coca, véase el trabajo de la Comisión Andina de Juristas realizado a fines de los ochenta (García-Sayán, 1989).

11 A través de la operación *Coronet Nighthawk* de 1990, Estados Unidos aumentó su capacidad aérea para la interceptación de aviones sospechosos de servir al narcotráfico, lo que trajo consigo también la implementación de radares en Colombia y Ecuador (Tokatlian, 2010: 47).

12 Desde otra perspectiva, se creía que el grueso de la cooperación militar con los Estados Unidos para la guerra contra las drogas tenía sus raíces en los efectos de la extracción petrolera y los conflictos armados con el Perú en la Región Amazónica (Rivera, 2005: 290-291).

Este tipo de cooperación conjuga prácticas militares con policiales¹³; con ello, se reproduce el mismo esquema político-criminal traído del modelo legal de los ochentas¹⁴, que trasladó a su vez las estrategias contra el “enemigo interno” de la *doctrina de seguridad* de los setentas sobre la *concepción de seguridad ciudadana* como el principal fenómeno de la guerra urbana. En algunos casos, la conjunción de las estrategias militares con las policiales fue registrada a través de acuerdos bilaterales. Ecuador mantiene una herencia de pactos que imprimen este tipo de alianzas con agencias de seguridad de otros Estados. La mayoría de los acuerdos bilaterales que aluden al fenómeno de las drogas tienen relación con la seguridad, enfocando al tráfico como un problema central en lugar de la salud pública.

Además de ser el mayor socio comercial, Estados Unidos es la principal fuente de cooperación policial y militar contra las drogas. Formalmente, Ecuador registra múltiples acuerdos bilaterales a saber: Memorando de entendimiento para prevenir el desvío de sustancias químicas (1991); Convenio para la prevención y control de lavado de dinero

Es decir, una lectura que intentó reproducir en Ecuador los mismos efectos de la guerra contra las drogas en regiones como el VRAEM en Perú o el Chapare en Bolivia. La definición de “país de tránsito y conexiones”, sin embargo, apuntó la cooperación militar hacia otro sentido geográfico: el mar.

13 En este sentido, no sólo que se confunden ambas misiones, sino que se yuxtaponen sus roles en la aplicación de estrategias que violan el debido proceso penal e incluso el derecho a la vida. Una de ellas es el desarrollo de estrategias y normas que habilitan el derribamiento de aviones en nombre de la guerra contra las drogas, una tendencia cada vez mayor en la Región.

14 En cuanto a la aplicación de las penas, las leyes antidrogas más severas de América Latina fueron promulgadas en la década de los ochenta. Por ejemplo, Perú (1982), Venezuela (1984), Chile (1985), Colombia (1986), Bolivia (1988), Argentina (1988), Ecuador (1990), entre otros.

proveniente del tráfico ilícito de estupefacientes (1992); Memorando de entendimiento sobre medidas de cooperación para aumentar la concientización de la opinión pública y su apoyo a las gestiones para combatir la producción, la distribución y el consumo de estupefacientes ilícitos (1992); o la afamada la Declaración de San Antonio – sede del *Comando Sur* – a la que asistió el entonces presidente Rodrigo Borja Cevallos (1992); entre otros. Los convenios más controversiales tienen relación con la implementación del Puesto de Operaciones de Avanzada en la base aérea de la ciudad de Manta, en el centro del litoral costero ecuatoriano. Desde 1999, Ecuador suscribió para este efecto el Acuerdo de cooperación concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos (1999); el Acuerdo operativo para el numeral 5 del artículo IX del acuerdo prenombrado (1999); y, finalmente, el Convenio operativo para el puesto avanzado de operaciones en la base ecuatoriana de Manta (2000).

Pero el *Forward Operating Location* (FOL) o Puesto de Operaciones de Avanzada no fue renovado por decisión del gobierno ecuatoriano en 2009¹⁵. El rechazo a la implementación de bases militares extranjeras se tomó como una bandera de lucha por la paz y seguridad regional, así como contra cualquier forma de injerencia sobre la soberanía. Por ello, tras la promulgación de la nueva Constitución de la República en 2008, se incluyó esta forma de no intervención sobre los pueblos en los primeros artículos de la parte dogmática de la principal ley de los ecuatorianos. La presencia militar extranjera en territorio ecuatoriano es concebida desde entonces

15 La salida militar de los Estados Unidos fue incluso oficializada a través de ceremonias cívico-militares en Ecuador (BBC, 18.09.09).

como un principio prohibitivo de jerarquía constitucional (artículo 5), toda vez que: «El Ecuador es un territorio de paz. No se permitirá el establecimiento de bases militares extranjeras ni de instalaciones extranjeras con propósitos militares. Se prohíbe ceder bases militares nacionales a fuerzas armadas o de seguridad extranjeras.»

La histórica cooperación entre la *Drug Enforcement Administration* (DEA) –o Agencia Federal Antidrogas– con las agencias policiales de América Latina, como la Dirección Nacional Antinarcóticos (DNA) del Ecuador¹⁶, adquiere sin embargo un matiz adicional: la presencia del *Comando Sur* de los Estados Unidos de Norteamérica, una de las alas más poderosas de sus fuerzas armadas involucradas en el combate a la guerra contra las drogas desde fines de los ochentas junto al *Comando del Atlántico*. Sus antecedentes están en los deseos de Estados Unidos para conformar una fuerza multilateral mediante la promulgación de la *National Defense Authorization Act* de 1990, hasta la consagración de estrategias que conciben a la lucha antidrogas como conflictos de baja intensidad a partir del *US Army Field Manual 100-5 Operations* de 1993 (Tokatlian, 2010: 48). No obstante, el fundamento legal que despliega el poder del *Comando Sur* sobre los mares proviene de la *Maritime Drug Law Enforcement Act* de 1986 (Ley marítima judicial contra las drogas) y de la *Drug Trafficking Vessel Interdiction Act* de 2008 (Ley de interdicción contra buques narcotraficantes) aplicada a sumergibles y semi-sumergibles, y que subsumen como crimen cometido en los Estados Unidos al narcotráfico que se desarrolla en los mares más allá de sus fronteras, en especial si las embarcaciones son definidas como apátridas.

El re-aparecimiento del *Comando Sur* tiene un particular antecedente. Se trata de la posición geográfica del Ecuador en medio de los ataques atribuidos al denominado “Frente Oliver Sinisterra” en la frontera norte a inicios del 2018¹⁷. Estos atentados precipitaron la búsqueda de una cooperación militar de parte del gobierno de Lenín Moreno hacia los Estados Unidos, la cual no “debería entenderse” como una violación a la Constitución, pues según Moreno «[la] cesión de soberanía sería volver a tener una base militar acá, pero no el apoyo de un país hermano» (Ecuador *inmediato*, 03.04.18). El 26 de marzo de 2018 Ecuador recibió una visita de alto nivel con representantes del *Comando Sur*, poniendo fin al “congelamiento de las relaciones” atribuidas al gobierno anterior (*El Universo*, 15.04.18), y dando lugar al reposicionamiento de los Estados Unidos como protector de América Latina y del Pacífico Sur (Rossi, 2017).

II.3. Operational procedures for...

La reciente relación militar con los Estados Unidos conjuga lo bilateral con la cooperación, pues no cabe duda que ambos términos sean coadyuvantes –aunque el primero conlleva una mayor exigencia de formalidades jurídico-diplomáticas-. De forma categórica, la Constitución del Ecuador exige el requisito del control político y constitucional previo cuando la suscripción de acuerdos o tratados internacionales involucren alianzas militares (i), se refieran a derechos y garantías (ii) o impliquen una cesión de las competencias del ordenamiento jurídico interno hacia un orden internacional o supranacional (iii), entre otros. En cuanto al control político, los numerales 2, 4 y 7 del artículo 419

16 En 2016 fue condecorado por la DEA el entonces Ministro del Interior por su elevado compromiso y resultados en la guerra contra las drogas (El Comercio, 07.06.16).

17 En 2016 fue condecorado por la DEA el entonces Ministro del Interior por su elevado compromiso y resultados en la guerra contra las drogas (El Comercio, 07.06.16).

exigen la aprobación previa de la Asamblea Nacional para «la ratificación o denuncia de los tratados internacionales [...] que establezcan alianzas políticas o militares, [se] refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución, atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.»

Además de la prohibición expresa para suscribir tratados que impliquen una cesión de la jurisdicción ecuatoriana (artículo 422), la Corte Constitucional debe asumir la competencia para ejercer el denominado *control abstracto* no sólo sobre los tratados internacionales en las materias descritas a través de un control automático y previo al político¹⁸, sino también para declarar la validez de cualquier acto administrativo de carácter general que haya sido emitido por una autoridad pública (artículos. 436.1 y 4) mediante un control posterior¹⁹.

Pero el surgimiento de la nueva relación con los Estados Unidos subraya más en el entorno de la cooperación. Así, instaurado el gobierno de Lenín Moreno en mayo de 2017, Ecuador profundizó su visión estratégica de seguridad sobre el mar con la asistencia de la Guardia Costera estadounidense. Gran parte de las actividades, operaciones y compromisos en esta materia son reportados al *Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs del Departamento de Estado de los Estados Unidos a través de los International Narcotics Control Strategy Report* (INCR). Estos reportes son enfáticos en describir al Ecuador como un “país de tránsito” de cocaína y precursores químicos debido a su proximidad geográfica con Colombia y Perú, catalogados como los mayores productores de cocaína del planeta.

En el Reporte de 2018 se señala que en

¹⁸ Véase el artículo 110(1) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

¹⁹ Véase el artículo 135 y siguientes de la LOGJCC.

Ecuador se desarrolla el tráfico por vía marítima; subsecuentemente, de la necesaria cooperación que tienen ambos países para ejercer actividades que permitan su control. Aquí se denuncian formas y modalidades que las organizaciones criminales emplean para transportar drogas. Además del uso de aviones estas organizaciones contaría con barcos de carga pesada o buques portacontenedores²⁰, semisumergibles autopropulsados y submarinos totalmente sumergibles²¹, lanchas rápidas o “go-fast” y, finalmente, pequeños barcos de pesca (INCSR, 2018: 159).

Tras los acontecimientos imputados al “Frente Oliver Sinisterra”, el gobierno de Lenín Moreno amplió –*at Ecuador's request*– la asistencia en seguridad²². Inmediatamente, el Ministerio del Interior del Ecuador suscribió un Memorando de Entendimiento para esta-

²⁰ Sobre la presencia de drogas en los puertos y barcos de alto calado, el Reporte 2018 menciona la débil efectividad del control aduanero en puertos como el de Guayaquil, donde sólo el 7% de los contenedores para exportación son revisados (INCSR, Vol. 1, 2018: 160).

²¹ Siete años antes, la Asamblea Nacional había acogido la propuesta del Asambleísta Mauro Andino Reinoso para criminalizar la fabricación de sumergibles bajo el siguiente texto: “La persona que sin autorización legal financia, construye, posea, trafique o utilice uno de estos vehículos, tendrá pena de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si el vehículo se utiliza para el tráfico de personas, estupefactivos, armas, explosivos, sustancias radioactivas, la pena se incrementa a reclusión mayor extraordinaria de doce a diecisésis años”. Véase el Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal, entre otros, contenido en el Oficio No. CJEE-P-2010-664 del 8 de diciembre de 2010 (Comisión de Justicia y Estructura del Estado, 2010: 7). La referida propuesta no prosperó.

²² Los Estados Unidos remarcan que la cooperación viene “a petición del gobierno del Ecuador”. Con ello, se deslindaría cualquier interpretación con connotaciones hegemónicas. De esta forma, se menciona por ejemplo lo siguiente: “At Ecuador's request, the U.S. government provided assistance and training in post-blast investigations” (INCSR, Vol. 1, 2018: 161).

blecer una Unidad de Inteligencia contra el Crimen Trasnacional en abril de 2018, seguido de otro Memorando de Entendimiento para fortalecer la cooperación fronteriza con el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos y la DEA (INCSR, Vol. 1, 2019: 158)²³. En junio de 2018, el Ministerio de Defensa del Ecuador también suscribió un Memorando de Entendimiento para enlistar a un oficial ecuatoriano en el denominado Grupo de Trabajo Conjunto Interagencial del Sur (JIATF-S en sus siglas en inglés), con sede en Florida – Estados Unidos. Enseguida se iniciaron, desde septiembre de 2018, vuelos de patrullaje en sofisticadas aeronaves de los Estados Unidos para vigilar y combatir el tráfico de drogas en *alta mar*²⁴, los cuales cuentan con la coordinación de funcionarios de los Ministerios del Interior y de Defensa del Ecuador (INCSR, 2019: 158)²⁵. En este sentido, se destaca el desarrollo de procedimientos y operativos para la interceptación

23 En julio de 2018 se suscribe una “Declaración de Principios” para que los contenedores ecuatorianos sean auscultados en los puertos nacionales con ayuda de funcionarios aduaneros de la *Customs and Border Protection* (CBP) de los Estados Unidos (INCSR, Vol. 1, 2018:159). A esta iniciativa se la denomina como Programa P3 en el marco de la “Iniciativa Container Seguro” (Ibidem: 161).

24 A las 17:05 pm del 5 de septiembre de 2018 aterrizó en la base aérea Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil el avión militar estadounidense P-3 Orion para emprender vuelos de reconocimiento sobre el mar, con el objeto de identificar las naves narcotraficantes, así como el control de la así denominada migración ilegal (*El Universo* 06.09.18).

25 Asimismo, el citado reporte menciona que en octubre de 2018 se suscribió otro Memorando de Entendimiento entre la DEA y el Ministro del Interior y la Procuraduría General del Estado de Ecuador, con el objeto de fortalecer el intercambio de información. En consecuencia, el gobierno de los Estados Unidos continúa enfatizando el apoyo que realiza la DEA con la Dirección Nacional Antinarcóticos (DNA) de la Policía Nacional del Ecuador (INCSR, Vol. 1, 2019: 158).

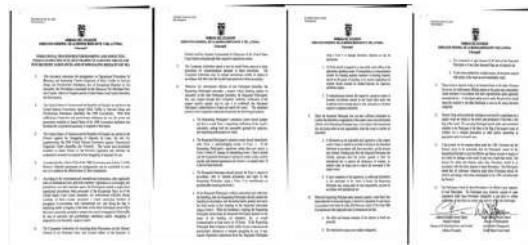
de embarcaciones y su tripulación en *aguas internacionales*. Y aunque los detalles y resultados no forman parte del reporte, se señaló que: «The U.S. Coast Guard and Ecuadorian maritime authorities also exercise Maritime Operational Procedures that coordinate the boarding of vessels claiming Ecuadorian nationality and stateless vessels in international waters.» (INCSR, 2019: 158).

La cooperación militar se vio fortalecida con la visita del vicepresidente de los Estados Unidos –Mike Pence– al Ecuador, suscitada en junio de 2018. El alto funcionario ofreció 3.45 millones de dólares para la creación de un *fondo bilateral* con el objeto de brindar capacitación y asistencia técnica para la aplicación de la ley y la justicia penal. En el marco de esta visita, y a pedido del gobierno del Ecuador –*per the request of the Ecuadorian government*–, Estados Unidos reaperturó en agosto del mismo año la Oficina de Cooperación en Seguridad en su Embajada, cerrada por solicitud del anterior gobierno en 2014 (INCSR, 2019: 161).

Sorprendentemente, aunque la cooperación militar –esencialmente para la interdicción en *alta mar*– fue reforzada en estos últimos dos años, el Reporte 2019 concluye diciendo que, desde el año 2006, Ecuador había autorizado a la *Guardia Costera* de los Estados Unidos para la detención, abordaje y registro de sus embarcaciones en *alta mar* (INCSR, 2019: 158-161). Esta declaración no sólo pone en conocimiento la histórica relación con los Estados Unidos alrededor de la cooperación militar, sino también la formalización de operativos que vendrían realizándose con anterioridad de la vigente Constitución de la República.

La prenombrada autorización alude al denominado *Operational procedures for boarding and inspecting vessels suspected of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances and of smuggling migrants by sea* (Procedi-

miento operativo para el abordaje e inspección de embarcaciones sospechosas de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y tráfico de migrantes por mar), suscrito entre la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral del Ecuador y *the United States Coast Guard* el 30 de agosto de 2006²⁶. En lo principal, este protocolo crea un código de señales y comunicaciones para intervenir embarcaciones sospechosas de traficar drogas o migrantes –anteponiendo el sustantivo “drogas” al de “migrantes”–, donde el participante solicitante (*Requesting Participant*) pone en aviso y requiere inmediatamente del participante solicitado (*Requested Participant*) el registro de la embarcación, así como la identificación de los tripulantes previo a su interceptación, abordaje, registro y detención.



Sin fijar una descripción exacta sobre el procedimiento y destino de las personas detenidas, el protocolo sí es explícito en señalar que las drogas de uso ilícito halladas y decomisadas quedan constituidas como evidencia. En consecuencia, que se remiten a la jurisdicción penal del Estado de la embarcación cuya

26 Este protocolo ha sido objeto de críticas dentro de otras investigaciones que destacan la vulneración de los derechos de los migrantes a partir de políticas de seguridad (Mallia, 2010: 92; Papastavridis, 2014: 41).

27 En: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/98879.pdf> (Acceso 04.03.19). Cuatro años más tarde (24.03.10), Perú suscribiría en dos páginas un protocolo parecido (*Operational procedures for boarding and inspecting vessels suspected of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances*).

bandera se identifique real o presuntamente. Se trata, sin duda, de una directriz que habría esperado al menos similares expectativas sobre las personas detenidas. Sin embargo, se estableció que: «Narcotic drugs and psychotropic substances recovered by a participant on a suspect vessel are subject to the control and jurisdiction of the State of the flag of the vessel. The recovering Participant should make such contraband available to the Participant of the State of the flag of the suspect vessel as evidence for a criminal prosecution or other judicial proceeding as appropriate under its domestic laws.» (Nº 12 *Operational procedures*). Por ende, el destino de los detenidos no quedó escrito ni establecido.

III. ¿Extradición de ecuatorianos?

Desde una perspectiva histórica, la detención de ecuatorianos en *alta mar* practicada por el ejército de los Estados Unidos podría parecerse a los pasajes de las galeras romanas, cuya representación puede ser descrita a través de algún clásico del cine. Pero esta imagen de la brutalidad de la detención en el mar parte de un concepto equivocado. El Imperio Romano no tuvo como fin la práctica de formas de castigo sobre el mar Mediterráneo. Aquello sólo corresponde a las novelas del Siglo XX. Sin embargo, las detenciones masivas practicadas a través de embarcaciones militares sí existieron en un pasado no tan lejano. Durante el nacionalsocialismo se usaron embarcaciones de alto calado para un siniestro objetivo: la deportación. Así, en los últimos días de abril de 1945 fueron deportados cerca de diez mil personas dentro del afamado *Capitán Arcona* (Köberer, 1993: 206). En este punto es importante al menos recapitular lo siguiente:

- a. Al ser la *Convemar* la nave nodriza que establece los principios básicos sobre el derecho al mar, las demás Convenciones –como la de 1988 y la de 2000– organi-

- zan la penalidad en torno a su principal axioma jurídico: la libertad del mar y su libre navegación. Esto significa la proscripción de cualquier forma de dominación o injerencia sobre los mares, especialmente en la franja universal conocida como *alta mar*, un fiel homenaje a la histórica tesis de Grocio sobre el *mare liberum* ([1609]1979).
- b. La *Convemar* permite la cooperación entre Estados para perseguir, no sólo las clásicas formas de criminalidad como la piratería y la esclavitud, sino también el tráfico ilícito de drogas a partir de una nueva delimitación cartográfica, donde la soberanía y jurisdicción ribereña tampoco resulta afectada si las embarcaciones o sus tripulantes zarpan de sus costas o comparten su nacionalidad.
- c. La presencia militar de los Estados Unidos ha sido objeto de respuestas políticas y jurídicas, precisamente por poner en riesgo la paz de la región y del planeta. Uno de estos principios se encuentra en el ordenamiento jurídico-constitucional del Ecuador que proscribe la implantación de bases militares extranjeras en su territorio. No obstante, el Departamento de Estado de los Estados Unidos ha destacado la relación con las agencias de seguridad local a partir del ascenso de León Moreno al gobierno, pues, si bien no existe formalmente una base militar extranjera, los aviones militares estadounidenses volvieron a aterrizar en las bases militares ecuatorianas en nombre de la lucha contra el narcotráfico desde 2018.
- d. El Procedimiento operativo para el abordaje e inspección de embarcaciones sospechosas de agosto de 2006 no sólo solemniza la cooperación militar entre Estados Unidos y Ecuador, sino que reconoce el intercambio de información y comunicaciones que comparten ambos

Estados, en especial sobre embarcaciones que trafican drogas y que zarparían de costas ecuatorianas. En consecuencia, si las detenciones se practicaron en aguas que no le pertenecen a ningún Estado del planeta, sumado al vínculo de nacionalidad y procedencia del zarpe desde las costas ecuatorianas, ¿por qué permitió el Estado del Ecuador que otro Estado como Estados Unidos detenga, transporte y castigue a sus nacionales?

Al margen de las polémicas decisiones de las Altas Cortes de países como Colombia o México y de los Estados que posibilitan la entrega de sus nacionales, el Estado ecuatoriano prohíbe extraditar a los suyos. Su tradición constitucional lo ha impedido desde antaño; por ello, no cabe en el ordenamiento jurídico del Ecuador ningún tratado o convenio de extradición que permita la entrega de sus propios ciudadanos, pues la figura de la extradición se reserva para personas de otra nacionalidad. La Constitución enfáticamente señala que (artículo 79): «En ningún caso se concederá la extradición de una ecuatoriana o ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador.»

Pero las detenciones en *alta mar* –practicadas en los buques de guerra de los Estados Unidos– no sólo describen el carácter inhumano de las condiciones de encierro y de la arbitrariedad imposición extraterritorial de la ley penal estadounidense. Destacan de sobremanera la incapacitación y despolitización del así llamado Estado Constitucional de Derechos y Justicia del Ecuador (artículo 1) y, con ello, la invalidación de nuestro propio sistema penal.

Ecuador había formado parte de la lista de países que reformaron sus políticas y leyes de drogas a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad y de un gradual derecho penal mínimo (OEA, 2015: 37-38). De ahí que la entrega de sus ciudadanos para ser castigados por parte de otro Estado vuelve invia-

ble cualquier programa soberano de derecho penal, traslapándose en su lugar la imagen tecnológica y efectiva de una *justicia supranacional* en nombre de la cooperación militar y de la lucha contra las drogas²⁸.

Las personas detenidas por la *Guardia Costera* de los Estados Unidos con la colaboración del propio Estado ecuatoriano tienen un denominador común. Se trata de pescadores artesanales procedentes de la zona costera más deprimida del país (Manabí y Santa Elena), caracterizada por los bajos niveles de escolaridad y una deficiente prestación de servicios mínimos registrados como necesidades básicas insatisfechas. Parte de los detenidos –algunos de ellos repatriados– frisan entre treinta y treinta y nueve años de edad, pero tienen en su mayoría una numerosa carga familiar de mínimo tres hijos cada uno (Parametría, 2019: 99-100). En consecuencia, son ecuatorianos que no recibieron una sólida estructura de oportunidades ni fueron objeto de efectivas políticas y servicios sociales. En su lugar, tomaron la decisión y riesgo de hacer “la vuelta” sin que sus esposas e hijos se den por enterados en muchos casos (Ocaña, 2019: 119).

Paradójicamente, los reportes del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre la lucha contra las drogas formula sus introducciones remarcando en la necesidad histórica de cooperar en materia de extradición²⁹.

28 En este sentido, caben además los múltiples programas y proyectos de parte de la cooperación internacional. Uno de ellos es el denominado proyecto SEACOP por parte del Programa de Cooperación entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea en Políticas sobre Drogas (COPOLAD), bajo el cual se organizó el II Taller Regional de Unidades de Inteligencia Marítima que tuvo lugar entre el 19 y 21 de marzo del 2019 en Buenos Aires. Véase: <http://copolad.eu/es/actividades/actividad/200>, (Acceso 20.04.19).

29 Véase por ejemplo la *prohibición absoluta* de países como Alemania: “Kein Deutscher darf an das Ausland

Para ello, citan arcaicos e inválidos tratados como los de 1873 y 1941 (INCSR, Vol. 1, 2018: 159; INCSR, Vol. 1, 2019: 158), un lapsus que, sin embargo, es uno de los emblemas de la lucha contra las drogas y del combate al crimen organizado trasnacional desde la visión de las convenciones internacionales en la materia³⁰.

La extradición como institución diplomática o jurídico-administrativa es, sin embargo, una de las figuras más dúctiles para el estudio del derecho, pues depende en muchos casos de la tradición venida desde el Derecho Internacional Privado. Su reconocimiento local puede depender entonces de una mención legal, de un acuerdo o tratado, así como de la aplicación del principio de reciprocidad, algo que en el plano del derecho en Ecuador simplemente no sería posible.

Por ello, el elemento consustancial que conecta a las prisiones flotantes con su función no está en su particular forma de disciplinización a través de una especie de *surveillance hiérarchique* –como bien destacara Foucault (1975: 201)–, sino en el rol que prestaron al desarrollo del capitalismo industrial, especialmente el inglés. Es decir, como un medio para *deportar*, pues Elisabeth I de Inglaterra lo había así deseado en la ley para el castigo de vagabundos y mendigos de 1597 (Köberer, 1993: 202). Las prisiones flotantes se convir-

ausgeliefert werden” (Art. 16 (2) Ley Fundamental); así como la *prohibición relativa* de Estados como Brasil: “[...] nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” (Art. 5 LI Constitución de la República Federativa del Brasil).

30 La extradición como instrumento de la cooperación internacional goza de una especial didáctica por parte de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito a fin de asegurar su éxito. En base al artículo 16 (11) de la Convención del 2000, se amplía a interpretación de la extradición condicional hacia los nacionales a efectos de que la pena sea cumplida en el país requerido (UNODC, 2012: 54-55).

tieron de este modo en un instrumento político-criminal de deportación.

La deportación –o extradición de facto de nacionales– a través de prisiones flotantes desata un imperceptible *modus operandi*. Las “personas” se convierten en objeto de la propia guerra contra las drogas –es decir, son cosificadas–, con capacidad de proyectar mayor plusvalía y renta al funcionamiento de los sistemas penales hegemónicos que los propios decomisos o incautaciones que dicen practicar. Pero dentro de esta función emerge también una brutal forma de colonización que aún no ha sido concebida en nuestra era. Y aunque en otro momento me ocupé en detalle de la estricta cuestión penal y procesal de quienes aguardan en las “prisiones flotantes”, es el momento de anteponer la crítica. No sólo en protesta contra manifiestas formas de dominación geopolítica, sino porque dentro de ellas el estudio de las prisiones alcanza dimensiones que aún no han sido avizoradas desde tierra.

Bibliografía

Foucault, Michel (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.

García-Sayán, Diego (Ed. 1989). *Coca, cocaína y narcotráfico: laberinto de los Andes*, Comisión Andina de Juristas, Lima.

Grocio, Hugo (1979). *De la libertad de los mares* [1609], traducción de Vicente Blanco García y Luis García Arias, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Civitas, Madrid.

Köberer, Wolfgang (1993). *Schwimmende Gefängnisse, in Lorenz Böllinger und Rüdiger Lautmann (Hrsg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

Mallia, Patricia (2010). *Migrant smuggling by sea: combating a current threat to maritime security through the creation of a cooperative framework*, Publications on Ocean Development. Volume 66, A Series of Studies on the International, Legal, Institutional and Policy Aspects of Ocean Development, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

Ocaña, Daniela (2019). “La otra cara: los ‘efectos colaterales’ del tráfico de drogas en el mar”, en Rodrigo Vélez (Coord.), *A la deriva: repercusiones sociales del narcotráfico en el pacífico ecuatoriano (Resumen Ejecutivo)*, Open Society Foundations y Parametría, Quito, pp. 117-121

Paladines, Jorge Vicente (2019). *Prisiones Flotantes*, vía YouTube en: <https://www.youtube.com/watch?v=ogu8D5dHI0o>

Papastavridis, Efthymios D. (2014). “Crimes at Sea: A Law of the Sea Perspective”, in Efthymios D. Papastavridis et Kimberley N. Trapp (Directors), *La criminalité en mer*, Académie de droit international de La Haye, pp. 3-52.

Rivera, Freddy (2005). “Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas”, en Coletta Youngers y Elien Rosin (Eds.): *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de los Estados Unidos*, WOLA y Editorial Biblós, Buenos Aires, pp. 287-323.

Rossi, Adriana: “Comando Sur: A la reconquista de América Latina”, en *Defensa e Segurança Internacional* (ERIS), versión digital del 14.08.17 y accedida el 24.05.19, en: <http://www.eris-gedes.org/single-post/2017/08/14/COMANDO-SUR---A-la-reconquista-de-Am%C3%A9rica-Latina>

Santos, Juan Manuel: *La batalla por la paz. El largo camino para poner fin al conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*, Ediciones Península, Barcelona, 2019

Tokatlian, Juan Gabriel: “La ‘guerra antidrogas’ y el Comando Sur. Una combinación delicada”, en *Foreign Affairs Latinoamerica*, Vol. 10, No. 1, 2010, pp. 43-50

Literatura normativa y hemerográfica

BBC (17.06.19): “Islas Galápagos: la polémica en Ecuador por la autorización a aviones militares de EE.UU. a usar un aeropuerto del archipiélago en el Pacífico”, en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48668877>

BBC (18.09.09): “EE.UU. deja la base de Manta”, en: https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2009/09/090917_0238_ecuador_manta_rb

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): *El impacto de las políticas de drogas en los derechos humanos. La experiencia del continente americano*, Open Society Foundations, Buenos Aires, 2016

Colectivo de Estudios Drogas y Derechos (CEDD): *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, TNI & WOLA, Ámsterdam y Washington, 2010

COPOLAD: Programa de Cooperación entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea en Políticas sobre Drogas: “II Taller Regional de Unidades de Inteligencia Marítima del Proyecto SEACOP en América Latina”, en: <http://copolad.eu/es/actividades/actividad/200>

Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral & United States Coast Guard:

Operational procedures for boarding and inspecting vessels suspected of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances and of smuggling migrants by sea, Quito, 30 de agosto de 2006, en: <https://www.state.gov/documents/organization/98879.pdf>

Ecuadorinmediato (03.04.18): “Base militar no, cooperación estadounidense sí, responde Presidente Lenín Moreno”, en: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818835030

El Comercio (13.03.19): “Lenín Moreno anuncia que Ecuador inició el proceso para salir de la Unasur”, en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-anuncia-salida-unasur.html>

El Comercio (07.06.16): “La DEA condena al ministro José Serrano por los resultados antidrogas”, en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/dea-estadosunidos-condena-ministro-joseserrano.html>

El Universo (06:09:18): “Tras diez años avión militar de Estados Unidos operará en Ecuador contra narcotráfico”, en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/09/05/nota/6940244/tras-diez-anos-avion-militar-estados-unidos-operara-ecuador-contra>

El Universo (15.04.18): “Lenín Moreno da un ‘giro’ diplomático y empuja cooperación con Estados Unidos”, en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/04/15/nota/6714003/lenin-da-giro-diplomatico-empuja-cooperacion-eeuu>

International Drug Policy Consortium (IDPC), (2018). *Taking Stock: A decade of Drug Policy*, IDPC Publications, London.

Naciones Unidas: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000

Naciones Unidas: Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicótropicas, 1988

Naciones Unidas: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Mar, 1982

Naciones Unidas: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976

New York Times (20.11.17): “The Coast Guard’s ‘Floating Guantánamos’” en: <https://www.nytimes.com/2017/11/20/magazine/the-coast-guards-floating-guantanamos.html?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito: Manual de asistencia judicial recíproca y extradición, Viena, 2012

Organización de Estados Americanos: Informe Técnico sobre Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas, CICAD, Washington, 2015

Organización de Estados Americanos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978

Organización de Estados Americanos: Convención de Derecho Internacional Privado, 1928

Parametría: “Repatriados y detenidos. La voz de los pescadores detenidos por tráfico de drogas en el mar”, en Rodrigo Vélez (Coord.), A la deriva: repercusiones sociales del narcotráfico en el pacífico ecuatoriano, Open Society Foundations y Parametría, Quito, 2019, pp. 13-34

República del Ecuador: Carta Didáctica del territorio marítimo del Ecuador: Mapa didáctico, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2019

República del Ecuador: Constitución de la República, 2008

República del Ecuador: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009

República del Ecuador: Registro Oficial No. 857 del 26 de diciembre de 2012

República del Ecuador: Registro Oficial No. 1029 del 24 de enero de 1956

Sputniknews (16.11.17): “Guerra contra las drogas: Moscú se hace presente en América Central”, en: <https://mundo.sputniknews.com/defensa/201711161074003881-drogas-guerra-politica-rusia/>

United States - Department of State: International Narcotics Control Strategy Report, Volume I, Drug and Chemical Control, (INCR) Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs, March 2019

United States - Department of State: International Narcotics Control Strategy Report, Volume I, Drug and Chemical Control, (INCR) Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs, March 2018

United States - Department of State: Operational procedures for boarding and inspecting vessels suspected of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances and of smuggling migrants by sea, August 2006

□ SECCIÓN IV □

ENTREVISTA

“Tenemos que cambiar totalmente el paradigma”

Coletta Youngers

Coletta Youngers es experta en política internacional sobre políticas de drogas en América Latina. Es co-editora de “Drogas y democracia en América Latina” y de numerosas publicaciones sobre la temática. Es Asesora Principal de WOLA y coordina su programa sobre mujeres y encarcelamiento, miembro del equipo del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) y también Asesora Principal para el Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC)..

Gabriel Ignacio Anitua: Coletta, para nosotros es un honor, un orgullo, que participes con esta entrevista de la Revista que está dedicada a evaluar los treinta años de la legislación prohibicionista en Argentina. Conocemos tus investigaciones sobre los efectos de las políticas de prohibicionistas en materia de drogas en América Latina y, particularmente, los efectos muy negativos en las poblaciones menos empoderadas dentro de las cuales están las mujeres y las mujeres en situaciones de pobreza en particular. Quería pedirte que nos contaras, ¿cuál es tu visión sobre el impacto que tiene la legislación prohibicionista sobre algunos grupos y en particular respecto de las mujeres pobres, en materia de encarcelamiento? ¿Qué nos podes decir acerca del impacto de esas legislaciones prohibicionistas en toda América Latina?

Coletta Youngers: Yo comencé a involucrarme por la cuestión de las mujeres encarceladas por delitos de drogas a partir de la primera investigación que hicimos como CEDD, Colectivo de Estudio Drogas y Derecho, del cual Alejandro Corda es el investigador en Argentina. Hicimos el primer estudio sobre políticas de drogas y encarcelamiento en la región. Todos sabíamos, por lo que escuchábamos en las cárceles, de la cantidad de personas encarceladas por delitos de drogas.

Pero ese fue el primer esfuerzo para intentar documentarlo y mostrarlo. Como parte de esta investigación, queríamos buscar datos sobre algunas poblaciones en situación de vulnerabilidad, incluyendo las mujeres.

Cuando comenzamos a revisar las estadísticas de mujeres encarceladas por delitos de drogas, me impactaron mucho los resultados. Porque si bien es cierto que las mujeres constituyen un porcentaje menor dentro de la población encarcelada, en general sufren un impacto desproporcionado en el encarcelamiento por la política de drogas. En el caso de los hombres, en algunos países el porcentaje de varones encarcelados por delitos de drogas es de entre un 20% o 30%. De hecho, en Argentina, según el informe del 2017, el número es más bajo, del 11%. Mientras, el 40% de las mujeres están encarceladas por delitos de drogas. En algunos países, encontramos hasta el 60% u 80% de mujeres encarceladas por delitos de drogas. La otra cuestión que encontramos es que la cantidad de mujeres encarceladas en general está aumentando a un ritmo mayor al de los hombres.

Por estos motivos, empezamos a preocuparnos por la situación de estas mujeres. Comenzamos a investigar quiénes eran estas mujeres, por qué estaban encarceladas, por qué delitos, qué impacto tiene su encarcelamiento en sus comunidades y sus familias. En general, la gran mayoría de las mujeres que están encarceladas vienen de situaciones de pobreza, muchas veces de pobreza extrema. Para mí fue sorprendente ver la cantidad de mujeres que son madres solteras, responsables del cuidado de sus hijos e hijas o de sus padres. Muchas vienen de situaciones de violencia doméstica u otras formas de violencia sexual. Relacionado a esto, hay mujeres que usan drogas y desarrollan una dependencia. Esto implica toda una serie de circunstancias que las hacen más susceptibles de cometer este tipo de delitos para sobrevivir. Esto no quiere

dicir que estas mujeres no tienen agencia: son mujeres que están tomando decisiones sobre cómo sobrevivir en estas situaciones tan complejas que se encuentran. Estamos hablando de la criminalización de la pobreza.

Cuando miramos cuáles son los motivos por los que estas mujeres están encarceladas, vemos que son delitos menores, no violentos -como hurtos-, o delitos por la venta de pequeñas cantidades de droga en la calle o desde su casa. Muchas veces, esta es una manera de cuidar a sus hijos mientras están ganando algo de dinero para poner comida en la mesa. Transportan drogas dentro de una ciudad, dentro de un país o cruzando fronteras o están en el cultivo de coca o amapola para la producción de cocaína o heroína. Pero en términos generales, están en los rangos más bajos de la cadena del narcotráfico. Eso quiere decir que son muy fácilmente reemplazables.

Finalmente, el impacto que esto tiene en sus familias y comunidades es devastador. Podemos hablar también del impacto en las niñas o niños. Ahora hay un movimiento muy importante de niñas, niños y adolescentes, hijas o hijos de personas privadas de su libertad, luchando por sus derechos. El impacto también existe para las comunidades, para los barrios, en los que estas mujeres tienen un papel muy importante en el tejido social.

Natalia Saralegui: Sobre estas cuestiones y sobre otras que se encuentran vinculadas, desde WOLA han producido múltiples materiales que constituyen insumos muy útiles para la defensa pública. ¿Nos podrías contar más sobre el trabajo de WOLA en la región?

Coletta Youngers: WOLA es una ONG con base en los EEUU, que promueve los derechos humanos y la justicia socioeconómica en la región. WOLA tiene muchos años trabajando en la llamada “guerra contra las drogas”. De hecho, en el mes de junio de este año se cumple el cincuenta aniversario de cuando el presidente Nixon lanzó la llamada “guerra contra

las drogas". En los años ochenta, yo estaba viviendo en el Perú y regresé a los EEUU para trabajar en WOLA sobre la región andina. Yo decía que mi objetivo era asegurar que la región andina no esté en la mirada de Washington. Pero justo después, en 1989 durante la presidencia de George H. W. Bush, se lanzó la "iniciativa andina". Ese fue el comienzo del aumento significativo de la ayuda de los EEUU a los militares, la policía, las fuerzas de seguridad y las fuerzas de inteligencia, para llevar adelante la "guerra contra las drogas", diseñada desde Washington.

Los EEUU usaron su influencia política y económica para llevar adelante esta "guerra contra las drogas". Solo en los últimos años, los países de la región comenzaron a cuestionar eso. WOLA fue una de las primeras organizaciones que empezó a documentar la militarización de la "guerra contra las drogas", comenzando en 1989, cuando se lanzó la "iniciativa andina". Por mucho tiempo, las ONG no querían entrar en este tema, porque decían que era un tema de los EEUU y no de América Latina. Pero [en América Latina] la gente directamente afectada por la "guerra contra las drogas" sí había sufrido un impacto importante en sus vidas. Por eso nosotros dedicamos bastante esfuerzo a documentar y denunciar las violaciones a los derechos humanos, a los derechos civiles y el debilitamiento democrático en la región, causado por la política de drogas de los EEUU.

Es en este contexto de la política de drogas de los EEUU que empezamos el trabajo con enfoque de género. Yo confieso que nunca había trabajado en una coalición con grupos feministas hasta que comenzamos este trabajo. Creo que una de las riquezas de la labor que venimos haciendo hace casi diez años es que armamos un grupo de trabajo que incluye grupos como WOLA y IDPC, grupos de derechos humanos -como el CELS en Argentina-, expertas en políticas de drogas, re-

presentantes de grupos feministas y algunos especialistas del gobierno, que participan a título personal. Tenemos una combinación muy interesante de experiencias, que nos han ayudado, en primer lugar, a poner el tema en el mapa. Cuando nosotros comenzamos a trabajar sobre esto nadie hablaba del impacto de las políticas de drogas en las mujeres. En los EEUU pasó lo mismo, dado que al comienzo se hablaba mucho del problema del encarcelamiento masivo y de la importancia de reformas profundas en el sistema legal -no hablo del sistema de justicia criminal porque no es justicia ni en los EEUU ni en América Latina. Pero en los sistemas penales no se hablaba de las mujeres tampoco. Eso ha ido cambiando.

Como primera tarea, entonces, WOLA decidió armar este grupo de trabajo –mentionado anteriormente-, para multiplicar nuestros esfuerzos y comenzar a abrir este debate. Por primera vez no fue tabú hablar del impacto de las políticas actuales y pensar alternativas. Irónicamente, fueron los países de Colombia y México los que empezaron a dar esta discusión, a pesar de las políticas que existían en estos países en ese momento y que existen ahora. Fue un momento muy propicio. En cuanto a la importancia de reformar las políticas de drogas, resultó mucho más fácil entrar en la discusión hablando primero de las mujeres, porque cuando uno habla de mujeres solteras que están encarceladas como resultado de su situación de pobreza y el impacto que tiene en la familia, esto genera mucha empatía.

Entonces, como grupo de trabajo, hicimos dos cosas. Una fue intentar mostrar la cara humana y dejar a esas mujeres contar sus historias. Fue así que comenzamos con ensayos fotográficos, en los países donde pudimos entrar a la cárcel para documentar los casos. Después hicimos también una serie de videos, y seguimos con este esfuerzo de mostrar que el estereotipo de la "reina del pací-

fico" como gran narcotraficante es representativo sólo de un pequeño grupo de mujeres dado que la gran mayoría son casos totalmente diferentes. Esa fue una línea de trabajo. La otra línea de trabajo fue promover políticas alternativas. En ese sentido, produjimos conjuntamente una guía de reformas en políticas públicas orientadas a reducir dramáticamente la cantidad de mujeres encarceladas por delitos de drogas. Esta guía, básicamente, ofrece una hoja de ruta, una gama de opciones para reducir en la región la cantidad de mujeres tras de las rejas. Las recomendaciones incluyen reformas en las políticas de drogas para desriminalizar la tenencia para el consumo -que es ilegal en la gran mayoría de los países-, para tener proporcionalidad en las sentencias, para usar alternativas al encarcelamiento, entre otras.

Asimismo, celebrando los diez años de las Reglas de Bangkok, hemos publicado con otras organizaciones un informe que muestra que justamente las leyes de drogas prohíben en muchos casos el cumplimiento de estas Reglas, cuando hablamos de alternativas al encarcelamiento o del otorgamiento de beneficios. En cuanto a las alternativas del encarcelamiento, quiero ser muy clara: yo creo que la gran mayoría de estas mujeres no deberían estar en el sistema penal. No deberían entrar allí. Tenemos que reconocer que el punitivismo que tenemos hoy -en muchos casos, exportado por los EEUU- no funciona. No estamos más seguros, no hay menos crimen en la calle, al contrario. Aquí en los EEUU, la experiencia ha sido que en los Estados que han reducido significativamente su población carcelaria ha bajado el crimen, porque existen otros factores que influyen en el crimen en la calle.

Las personas - mujeres y hombres-, que terminan en la situación horrible de pasar años en la cárcel, salen y tienen antecedentes penales. No pueden, en muchos casos, conseguir una vivienda, ni un empleo. Están en el

drama de cómo apoyar a sus hijos e hijas. Están en una situación mucho peor, por la situación el estigma y la discriminación, por haber estado en la cárcel. Y eso es mucho peor para las mujeres. Tenemos que reconocer que necesitamos otro paradigma. Dentro de las alternativas al encarcelamiento podemos pensar en dar programas de capacitación para el empleo, programas de apoyo para conseguir mejor educación, conseguir una vivienda digna. O sea, construir una vida digna que implique que las personas, y especialmente las mujeres, no tengan que terminar cometiendo alguna transgresión para sobrevivir. Tenemos que cambiar totalmente el paradigma. Entonces, la guía propone estas otras alternativas. En otras publicaciones también intentamos documentar lo que llamamos enfoques innovadores, que son políticas que se han adoptado en otros países y que pueden ser un ejemplo de cómo pensar "afuera de la caja" cómo hacer las cosas diferentes.

Para terminar, yo creo que la gran ventaja que tiene WOLA es la visión regional. Muchas veces trabajamos con otras colegas, en coalición con otras ONGs de varios países de la región. También con grupos de mujeres que han estado en prisión, un movimiento que nosotros también hemos apoyado desde el inicio. En Argentina, estamos trabajando con el CELS, Intercambios Asociación Civil, la PPN, YoNoFui y ACiFaD sobre este tema, y en otros países también. Muchas veces yo puedo decir "oye, YoNoFui en Argentina está haciendo esto. Ustedes en El Salvador deberían pensar en eso", o hacer estas comparaciones más a nivel regional, tanto a nivel de experiencias como en términos de investigación. El último punto del trabajo que publicamos en noviembre del año pasado es un resumen de la situación de las mujeres encarceladas por delitos de drogas. Con un enfoque en los últimos datos que hemos encontrado, se muestra con estadísticas el impacto

desproporcionado en las mujeres. También hemos abierto un trabajo muy importante sobre las mujeres trans que han estado en la cárcel y publicamos otro informe sobre eso, trabajando con otras ONGs y Corpora en Libertad, una organización regional de mujeres trans quienes han estado en la cárcel.

Gabriel Ignacio Anitua: Esto que nos proporciona WOLA -y vos misma- nos ayuda mucho para hacer el diagnóstico de lo que realmente hacen esas políticas y esas leyes prohibicionistas. Pero además, nos brindan esa posibilidad de pensar en reformas, en cómo cambiar esos efectos tan negativos. Esto que me parece que es importante, que es tan político, que es qué hacer pero también cómo hacerlo, y darnos algunos modelos para producir esos cambios a la sociedad civil, con la que están en contacto pero también a nosotros -en particular los defensores públicos- que somos funcionarios pero que estamos en una relación muy directa con jueces o fiscales por el tema judicial. En definitiva, pensar en ese cambio más bien legal, que es necesario cambiar, esa política punitiva o represiva en materia de drogas. En cuanto a lo que propone la guía "Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento" y el planteo de hacer políticas de drogas eficaces, pienso ¿eficaces para qué? ¿En qué sentido? ¿Cómo hacer para que sean efectivamente más humanas, en el sentido de provocar menos dolor en la sociedad? ¿Cómo propulsar ese cambio? Además de la denuncia y de dar cuenta de lo que sucede.

Coletta Youngers: Yo creo que hay dos tipos de reformas. Hay reformas que podemos hacer ahora, más en el corto plazo, y hay reformas que son totalmente necesarias en el largo plazo. En el corto y mediano plazo, podemos pensar en las reformas que señalaba antes, reformar las leyes para que sean menos punitivas, para que menos personas -no solo mujeres- terminen dentro del sistema penal y también de la cárcel.

Yo creo -obviamente depende de las leyes de cada país- que la defensa pública y las fiscalías tienen un papel muy importante en eso, porque pueden decidir cómo se va a aplicar la ley. Entonces, por ejemplo, en los EEUU hay todo un movimiento de fiscales de los distritos que han dicho "tenemos recursos limitados, no vamos a enfocarnos en enjuiciar a personas metidas en los más bajos rangos del narcotráfico. No vamos a detener por tenencia para consumo personal ni, en algunos casos, por microtráfico. Este tipo de delitos es muy menor. Vamos a enfocar nuestros esfuerzos en quienes están atrás del negocio y en otros crímenes que causan daño a la sociedad". Tenemos que recordar que el tema de las drogas muchas veces es un delito sin víctima. Sabemos que la gran mayoría de la gente que compra y consume drogas no se hace un daño personal a sí mismo, ni a sus familiares, ni a sus comunidades. Es a un pequeño porcentaje al que sí se hace mucho daño y, obviamente, tenemos que reconocer y hablar de eso.

Otra cosa que siempre hemos dicho es que -en los países que así lo permiten- es muy importante tomar en cuenta las circunstancias atenuantes de cada caso. Entonces, si se trata de una mujer que tiene a su cargo tres niños y que ha cometido un delito menor, con el encarcelamiento solo van a agravar la situación y debería buscar una alternativa. Me recuerdo cuando hace muchos años estuve en Argentina hablando con la defensa pública en una reunión que tuvimos sobre el instituto del arresto domiciliario. El problema de ahora es que se usa, pero de una manera demasiado restringida. Pero para mí eso fue una herramienta muy importante para pensar ¿podemos aplicar arresto domiciliario pero asegurando que la mujer puede salir para cumplir con sus responsabilidades con sus hijos e hijas? ¿Puede salir a trabajar? El CELS ha documentado muy bien todos estos problemas en el último informe sobre este tema y su uso en Argentina.

Yo creo que los fiscales y la defensa pública sí pueden usar las herramientas que tienen a su disposición para reducir la cantidad de mujeres que terminan encarceladas y enfrentar esta actitud que existe en todos nuestros países. No existe un país de las Américas en el que no esté esta idea de que tenemos que resolver todos los problemas sociales por medio de la cárcel, y poner penas más y más severas. El CEDD ha documentado cómo hemos ido multiplicando los delitos de drogas que hace años eran una cantidad pequeña y ahora son centenares de delitos en cada país, que aseguran que mucha más gente va a estar entrampado en este sistema.

Con respecto al consumo de drogas, se puede ver que lo que necesitamos son programas de educación. Yo hablo mucho de los daños que causan las políticas de drogas, que a mi modo de ver son mucho más grandes que los daños que causan las drogas en sí. Los Estados tienen la obligación de informar al público, de alguna manera, con datos reales y basados en evidencia científica, sobre los daños que pueden causar las sustancias, y distinguir entre ellas. Muchas veces hablan de drogas y no de las diferencias entre sustancias. Además, por supuesto el Estado debe ofrecer servicios de tratamientos basados en la salud pública, los derechos humanos y la reducción de daños. El CEDD también publicó un informe sobre este tema. Yo creo que tenemos que ir en la dirección de la regulación responsable de las drogas. A veces parece que nunca vamos a poder lograr eso, pero yo he visto cómo el debate ha cambiado en estos treinta años y ha cambiado muchísimo, especialmente en los últimos diez años. Entonces, no va a ser fácil. Ahora el mundo está dividiendo ideológicamente, dentro de los debates de Naciones Unidas. Pero yo estoy convencida que estamos andando en esa dirección.

Natalia Saralegui: Uno de los materiales que publicaron de forma reciente desde el

CEDD, en 2019, es el de "Cultivo de cannabis en América Latina: su erradicación y efectos". Desde la perspectiva de la defensa pública y con la mirada regional, ¿qué nos podrías contar sobre este trabajo, en cuanto a los regímenes legales y el impacto de la legislación prohibicionista sobre el cannabis?

Coletta Youngers: América Latina abrió un debate sobre el impacto de las políticas actuales y la importancia de pensar en reformas, en el marco de la muy importante UNGASS -Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre drogas- en 2016. Fue América Latina la que llevó este debate adelante a nivel internacional, eso fue muy importante. Pero para nosotros, en la sociedad civil, ha sido muy frustrante que este debate, en términos generales, no haya terminado en reformas a nivel de los países de la región. Nosotros en la CEDD hicimos otro informe unos años después [de la UNGASS de 2016]. Lo que encontramos fue que, a pesar de toda esta discusión dada por los países de América Latina, y en particular de Argentina -que fue muy importante-, Uruguay, Costa Rica, Guatemala, Colombia y México -que eran países muy clave en llevar esta discusión adelante en Naciones Unidas y también dentro de la OEA-, la cantidad de personas encarceladas por delitos de drogas había aumentado en vez de haberse reducido. Siempre encontramos estas dificultades a la hora de pasar de la retórica a hacer reformas en la práctica. Pero la excepción a eso ha sido con respecto al cannabis.

Lo que hemos visto es que, obviamente, las Américas han liderado a nivel mundial la creación de mercados regulados de cannabis, comenzando con dos estados en los EEUU, Washington y Oregon. Ahora tenemos en 18 estados - y el Distrito de Columbia- que han aprobado mercados legales regulados de cannabis, no de cannabis medicinal, sino de cannabis, incluyendo a Virginia, un estado que históricamente ha sido muy conservador y es

el primero del sur de los EEUU en recientemente aprobar mercados regulados de cannabis. Después de Oregon y Washington, Uruguay, y después Canadá. Canadá fue un punto de inflexión. Porque Uruguay es un país muy pequeño y al principio hubo muchos ataques a Uruguay por ir en esta dirección, pero es un país pequeño y no tiene tanto peso a nivel internacional. Es un país que tiene instituciones mucho más sólidas, lo que le da la posibilidad de tener una buena regulación, de hecho han tenido problemas pero los han ido corrigiendo. Pero Canadá es un país muy grande y muy importante a nivel global, y sigue la polémica en el debate internacional por países como Rusia que siempre están atacando a Canadá por haber adoptado este camino.

También, lo que hemos visto en América Latina, es la cantidad de países que han adoptado reformas para permitir el cannabis medicinal. Como hemos visto en los últimos años, hay más y más evidencia del valor médico y terapéutico del cannabis en casos como los de las personas con epilepsia. Eso ha sido muy debatido también en Argentina. Yo creo que no hay duda que vamos en esta dirección. Me parece muy saludable que haya países que están adoptando modelos diferentes de regulación. En el mismo EEUU hay estados que lo están haciendo así. Los países están haciendo lo mismo. Esto nos da mucha más información y nos permite analizar qué funciona y qué no. Obviamente, cada país es diferente y tiene que desarrollar lo que es más apropiado para su país. Pero podemos aprender de todas esas experiencias, para que al final pensemos en eso como un camino hacia la regulación de todas las drogas declaradas ilícitas.

Lo interesante ahora van a ser los EEUU, porque con tantos estados con mercados regulados hay mucha más presión al gobierno federal para cambiar la ley federal. Ahora vivimos en una contradicción, porque la ley federal no permite el cannabis legal, lo que causa

muchas complicaciones en términos financieros y genera que las personas involucradas en el mercado legal en su estado estén sujetas a ser detenidas a nivel federal. Esto no pasa mucho, pero sí pasa. Actualmente, hay una ley pendiente en el Congreso de los EEUU que se llama "More Act" que probablemente ahora no tenga el apoyo para ser aprobada en el Senado, pero vamos en esta dirección. Depende mucho de qué pase en las próximas elecciones, en dos años, porque ahora tenemos un Senado con la mitad demócrata y la mitad republicana, que no da mucho margen. De todos modos, este no es un tema totalmente partidario, dado que hay republicanos que apoyan la regulación aunque, en general, existe esta división entre los dos partidos.

El otro punto importante es qué tipo de regulación. El peligro es el de terminar con mercados regulados controlados por las grandes compañías farmacéuticas. Entonces, grupos como WOLA, en colaboración con el Transnational Institute (TNI), el International Drug Policy Consortium (IDPC) y otros, estamos muy enfocados en promover mercados donde quienes hayan sido más impactados por la llamada "guerra contra las drogas" puedan ser parte del nuevo modelo. Esto es particularmente importante para quienes cultivan: los y las cultivadores. Debemos asegurar que ellos no pierdan su ingreso, el que necesitan para sobrevivir, pero también que puedan beneficiarse de estas leyes. Sabemos que si dejamos todo en manos de Philip Morris eso sí puede traer problemas de abuso en términos de consumo, como hemos visto con el tabaco y el alcohol. Tenemos que evitar estos problemas. Este es el gran debate en México ahora. Porque México tiene pendiente - de hecho, el Congreso debería aprobar ya la ley de regulación de cannabis - pero la ley actual es básicamente una ley escrita para beneficiar a Carlos Slim y las grandes compañías, y no para promover un mercado de intercambio justo.

Gabriel Ignacio Anitua: En ese sentido, te quería preguntar si en los análisis que hicieron vieron cierta relación entre quienes son impactados por las políticas represivas de los mercados hoy ilegales de drogas con las víctimas, por ejemplo, de la trata de personas, ya sea por la explotación sexual pero también por la explotación laboral de este trabajo esclavo o semi esclavo de estas grandes compañías, sobre todo en el ámbito rural. ¿Encontraron contacto? ¿Observaron esa relación?

Coletta Youngers: Sí, ese es un punto muy importante. Lo que nosotros hemos encontrado en nuestro trabajo con las mujeres que están encarceladas -o que han sido encarceladas- por delitos de drogas es que, básicamente, hay historias de mujeres que fueron forzadas a llevar drogas, más que nada, de un país a otro -no son todas las mujeres encarceladas por drogas, sino una parte-. Generalmente, lo que nos cuentan es que [las personas que las contactan] les dicen que les van a hacer daño a sus hijos, a sus familias, y que "solo es este viaje". Por ejemplo, [les dicen] "tienes que ir de Venezuela al Perú" y, llegando al otro país, les dicen "bueno, tienes que ir hasta otro país". Hacen cuatro o cinco recorridos así y, después, en algún aeropuerto, son detenidas. Lo que pasa muchas veces es que los narcotraficantes tienen sus "señuelos", es decir, alguien que va a ser capturado para que la persona que lleva más cantidad pueda pasar. Sabemos que eso se vincula con toda la corrupción que hay en los aeropuertos.

Entonces, nosotros comenzamos a darnos cuenta que eso sí es una forma de trata de mujeres. Hubo un informe muy interesante sobre este tema que salió en septiembre [de 2020], de la fundación Transform Drug Policy. Los grupos que trabajan sobre trata de personas no se enfocan en el tema del narcotráfico, en las denominadas "mulas" -no me gusta esta palabra-, es decir, las mujeres que transportan entre países por indicación de otra persona.

En algunos casos, puede ser igual que la trata. Sería muy bueno lograr que las personas que se preocupan por estos temas se enfoquen mucho más en reconocer que estas mujeres también son víctimas de trata.

Gabriel Ignacio Anitua: Como último punto, te quería preguntar acerca de tu evaluación de la pandemia, la cuarentena, las medidas que tomaron los Estados y también los actores de los mercados regulados como las farmacéuticas. Te quería consultar si consideras que esto puede ayudar, si puede ir en la misma senda de lo que vos señalabas del Estado y el mercado legal ocupándose de esta materia. O si por el contrario, todo seguirá igual, o empeorará. ¿Qué balance haces de este presente?

Coletta Youngers: El balance principal que tengo es que Covid-19 ha mostrado los problemas profundos que hay en las cárceles de todo el mundo. Ha mostrado la sobrepoblación, las cárceles donde las personas están viviendo en situaciones inhumanas, la infraestructura tan pobre y antigua donde viven las personas encarceladas. La falta de agua, de cosas básicas y el hecho de que las mujeres encarceladas en América Latina dependen de sus familiares y personas de afuera de la cárcel para tener suficiente para comer, para tener jabón, para tener -por el covid- las mascarillas. El cierre de las cárceles, para intentar prevenir el contagio, también provocó hambre. Y mostró la incapacidad de los Estados de cumplir con las necesidades más básicas de las personas encarceladas.

Nosotros, primero, esperamos que esto de un impulso para que cuando terminemos lo peor de la pandemia [haya] reformas, se mejoren las condiciones de adentro de la cárcel. Pero la primera cosa que tienen que hacer [los Estados] para mejorar las condiciones de adentro es sacar una buena parte de la población carcelaria, eso es claro. Eso implica repensar el uso de la cárcel, para cualquier delito o transgresión que comete una persona. Con respecto

a la respuesta de los estados, en América Latina ésta ha sido muy pobre. Hay algunos países que lo han hecho mejor que otros. Pero ningún país ha dejado salir una cantidad suficiente de personas para mejorar de una manera importante la situación de adentro de la cárcel. Muchas veces, por ejemplo en Colombia, [la normativa] sobre las personas que podían salir de la cárcel [preveía] específicamente que no se aplicaba a personas encarceladas por delitos de drogas. Y en el caso de Colombia, casi la mitad de la población femenina encarcelada lo está por delitos de drogas. Ellas, automáticamente, no pudieron acceder a este recurso. También está el tema de la detención preventiva, la cantidad de personas encarceladas con prisión preventiva es increíble. En Argentina, según los datos de 2017, casi el 60% de las mujeres y el 45% de los hombres estaban con prisión preventiva. Eso es lo que encontramos en todas las Américas, lo mismo en EEUU. La gente que termina con prisión preventiva es la gente que no puede pagar un abogado. Entonces, el Covid-19, yo creo que también ha mostrado la importancia de cambiar esta política.

Yo espero que esto ayude a impulsar reformas. Hay algunos países afuera de la región -estoy pensando en Irlanda- que sí han hecho un trabajo bueno de decarcelación frente al Covid-19, lo cual ha tenido un impacto muy positivo que podemos mirar como ejemplo. Lo que nosotros hemos estado haciendo como sociedad civil, con WOLA y nuestras contrapartes, es ir documentando las respuestas de los estados frente al Covid-19 en las cárceles. Son pocos los casos en los que se han hecho cosas que han funcionado. Argentina, por ejemplo, ha hecho algunas cosas interesantes. Una vez que los estados terminen con la crisis actual de altos índices de Covid-19, [buscamos] intentar usar esta información y este análisis para promover reformas.

Además, creo que tenemos que reconocer la situación de la salud mental de las muje-

res encarceladas. Antes del Covid-19, para las mujeres, el drama principal eran sus hijos. [A partir de la pandemia, la situación] para las mujeres que fueron separadas de sus hijos, que perdieron la oportunidad de verlos de vez en cuando, de abrazarlos, de tener esta comunicación directa, ha sido horrible. El costo de la salud mental de las mujeres ha sido muy alto, así me lo cuentan las mujeres con las que estoy en contacto, quienes han estado en la cárcel, quienes están en contacto con sus compañeras que siguen en la cárcel. También [ha tenido] impacto en los hijos e hijas de las personas privadas de su libertad. Tenemos que reconocer que, muchas veces, son las madres trabajando dentro de la cárcel las que les dan a sus hijos e hijas todo lo que necesitan para que tengan qué comer. Y mucho de este trabajo se ha parado por el tema de la pandemia. Entonces, no pueden trabajar y no pueden apoyar a sus hijos e hijas afuera. Los costos en el corto, mediano y largo plazo de esta situación son enormes.

En Argentina, la ONG ACiFaD ha tomado un papel de liderazgo en el lanzamiento de una red internacional de mujeres que son familiares de personas privadas de su libertad. WOLA ha estado acompañando y apoyando el proceso. Esta red a mí me parece que es super importante, porque da luz y se enfoca en el tema del impacto del encarcelamiento en los y las familiares de las personas privadas de su libertad. El otro movimiento, muy importante, que no hemos mencionado pero que me gustaría destacar, es uno muy novedoso, de los últimos tres años. Me refiero al surgimiento de grupos de mujeres que han estado en la cárcel, en varios países de la región, en la red latinoamericana "Mujeres libertarias fundiendo rejas". Yo creo que estas mujeres, que han sido directamente impactadas por el encarcelamiento, son las que saben cuáles son las alternativas y cómo podemos pensar en salidas que no sean simplemente mejorar

A COLETTA YOUNGERS

las condiciones carcelarias. Todos queremos que las condiciones sean mejores, pero lo que queremos más que eso es que no haya ni una mujer más en la cárcel. Nosotros estamos promoviendo que terminen con el encarcelamiento de mujeres. Yo creo que la voz de estas mujeres está más y más fuerte en los debates a nivel nacional. Desde WOLA, hemos ayudado a llevar su voz a nivel regional en la OEA y a nivel internacional, en Naciones Unidas. Son las mujeres directamente afectadas por las leyes punitivas quienes deberían estar elaborando las propuestas alternativas.