

***Cannabis Medicinal: La incidencia de la inscripción en el Reprocann en imputaciones por infracción a la ley 23.737.***

**Lucas M. Oller<sup>1</sup>**

**VOCES: CANNABIS – USO MEDICINAL - REPROCANN – LEY 23737 – USO TERAPÉUTICO – PALIATIVO**

**1. Introducción.**

En las últimas décadas se ha observado un creciente interés médico en el potencial terapéutico de derivados o productos del cannabis como analgésico (en caso de dolor crónico neuropático), como antiemético (náuseas y vómitos postquimioterapia), como anticonvulsivante/antiepiléptico (en epilepsia refractaria) y como orexígeno (en pacientes con HIV/SIDA y cáncer).

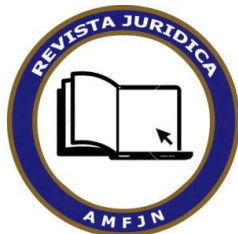
A ello, se ha sumado la investigación preclínica y clínica en enfermedades degenerativas neurológicas (esclerosis múltiple, enfermedad de Parkinson, corea de Huntington y enfermedad de Alzheimer), en epilepsia refractaria, en dolor crónico (especialmente neuropático) y en glaucoma. Este interés conllevó un amplio y extenso debate sobre su real utilidad terapéutica, frente a la importante promoción de su uso manifestada por distintas asociaciones no profesionales de pacientes para el uso de preparados de dicha planta, principalmente el aceite de cannabis.

Las diversas experimentaciones formales, pero sobre todo informales, asistemáticas, incluso poco rigurosas y hasta “caseras”<sup>2</sup>, no sólo fueron acrecentándose a

---

<sup>1</sup> Secretario Primera Instancia de la Defensoría Oficial Federal nro. 2 de Neuquén.

<sup>2</sup> Concretamente, se empezó a experimentar y estudiar pretendidos efectos terapéuticos del cannabis mediante diluciones de sus componentes en la extracción de aceite de uso medicinal. Mediante experiencias de obtención de aceites en frío, en agregados de aceite de oliva o aceite de coco, con procedimientos sencillos a cualquier iniciado en el tema, en forma casera, es posible lograr concentraciones de componentes en donde algunos principios (no precisamente con aptitud psicotrópica) resultan relevantes, tal como el CBD.



nivel mundial sino también en Argentina, lo que derivó en otras fases de investigación desarrollándose trabajos en las áreas gubernamentales de ciencia y en ámbitos universitarios.

Paralelamente, en el año 2018 expertos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomendaron “*eliminar el cannabis y el aceite de cannabis de la Lista IV*”, la categoría controlada más estrictamente en la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes. En tal sentido, señalaron que la lista mencionada está integrada particularmente por “*sustancias dañinas y con beneficios médicos limitados*” y consideraron que mantener el cannabis “*en ese nivel de control restringiría gravemente el acceso y la investigación sobre posibles terapias derivadas de la planta*”. Ello, motivó que la Comisión de Estupefacientes de las Organización de las Naciones Unidas votara por la eliminación del cannabis para uso médico de la categoría de drogas peligrosas<sup>3</sup>.

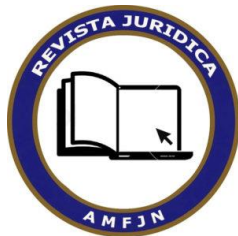
A nivel nacional, el punto de quiebre resultó, sin lugar a dudas, la sanción de la ley 27.350 que establece el marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados. Mientras que en sus reglamentaciones el Ministerio de Salud reguló la posibilidad de obtener autorización estatal para el cultivo de la planta de cannabis con fines terapéuticos y creó el Registro del Programa de Cannabis –en adelante Reprocann o Registro- de pacientes que cultivan dicha planta con designios medicinales para sí, a través de una tercera persona o de una organización civil.

Ahora bien, desde la implementación del mentado registro, en los Tribunales Federales de nuestro país se han observado abordajes disímiles respecto a la autorización de cultivadores en relación con las infracciones reprimidas en la ley 23.737.

En el presente nos enfocaremos, por un lado, en analizar los casos en los que se encuentra en poder de una persona registrada en el Reprocann una cantidad de plantas, flores secas o aceite mayor a las habilitadas o bien se detecta una extralimitación en la superficie destinada al cultivo. Por otro lado, ahondaremos en la incidencia que reviste la

---

<sup>3</sup> Al respecto, ver portal de *Noticias ONU*: [<https://news.un.org/es/story/2020/12/1485022>].



registración del usuario sometido a un proceso penal por haber sido hallado en poder de cannabis, ya sea con plantas o fitopreparados, con fines medicinales.

Para ello, presentaremos brevemente los fundamentos de la ley 27.350 y sus decretos reglamentarios, analizaremos legislación comparada y jurisprudencia vinculada a la temática.

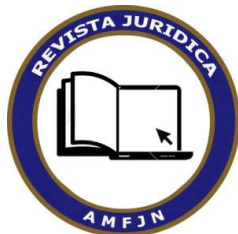
## **2. Ley 27.350 “Investigación Médica y Científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” y su reglamentación.**

Dicha normativa<sup>4</sup> tiene por objeto “*establecer 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*” (art. 1), mientras que los objetivos del programa (art. 3), en lo que aquí interesa, resultan: emprender acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a la salud (a); 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 (d) y proveer asesoramiento, cobertura adecuada y completo seguimiento del tratamiento a la población afectada que participe del programa (k). El artículo 8 crea “*en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación un registro nacional voluntario a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737 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*”.

Como hemos resaltado, la norma consagra una autorización legal para los inscriptos en el Reprocann, cuyo alcance resultan las conductas enunciadas en el artículo 5to. de ley de “*Tenencia y tráfico de estupefacientes*”. Sin embargo, observamos que dicha norma reprime actos que difícilmente puedan estar emparentados con el uso de cannabis medicinal en todas sus dimensiones, como son los incisos que reprimen el

---

<sup>4</sup> Promulgada mediante decreto 266/2017 del P.E.N., publicada en el B.O. el 19/04/17.



comercio de estupefacientes, materias primas para su producción, plantas y/o semillas (inc. c y d) y la entrega o suministro oneroso (inc. e).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Macame*”, sostuvo “...*que el régimen dictado en el marco de la ley 27.350 desplaza las conductas vinculadas al uso medicinal del cannabis del alcance del régimen penal de la ley 23.737, tornándolo inaplicable para tales supuestos. En sentido coincidente se expresó el señor Procurador General de la Nación interino en la audiencia pública celebrada en el marco de esta causa, al señalar que de acuerdo con el régimen legal en su conjunto “el beneficiario al pasar a estar autorizado ya no realiza el tipo penal del artículo 5° ni del artículo 14” (cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del día 27 de abril de 2022, incorporada el 4 de mayo de 2022)*”<sup>5</sup>.

El decreto 883/2020<sup>6</sup> que reglamenta la mentada normativa, determina que es un requisito excluyente para los solicitantes contar con indicación médica de uso de cannabis y sus derivados por parte de un profesional y brindar un “*Consentimiento Informado Bilateral*”, mientras que la protección de la confidencialidad de los datos personales se encuentra amparada por los alcances de la ley N° 25.326.

Finalmente, la resolución 782/2022 del Ministerio de Salud<sup>7</sup>, que sustituyó los anexos de la resolución 800/2021, estableció en su Anexo II los rangos permitidos de plantas florecidas y extensión de superficie cultivada<sup>8</sup>.

### **3. La inobservancia de los límites habilitados por el Registro y sus consecuencias.**

La casuística que se integra de aquellos casos en los que los pacientes sean encontrados en poder de una cantidad mayor de plantas de cannabis, frascos de aceite y

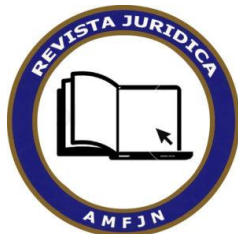
---

<sup>5</sup> C.S.J.N., “Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino –P.E.N.- s/ Amparo Ley 16.986, Expte. N° 68152/2018”, rta. 5/07/22.

<sup>6</sup> Publicado en el B.O. el 11/11/2020.

<sup>7</sup> Publicado en el B.O. el 11/4/2022.

<sup>8</sup> Cantidad de plantas florecidas: entre 1 y 9 por paciente. Cantidad de metros cuadrados cultivados: hasta 6 m2 para cultivo interior, y hasta 15 m2 para el cultivo exterior. Condición de cultivo: interior y exterior. Transporte: entre 1 y 6 frascos de 30ml o hasta 40 gramos de flores secas.



flores secas, y/o con un cultivo superior a los metros cuadrados habilitados, no se encuentra regulada en la ley 27.350 ni en su reglamentación. A partir de ello, se generan interrogantes respecto a cómo deberían abordarse; esto es, si importa una infracción administrativa que debe analizarse dentro de la órbita del Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación<sup>9</sup>, o bien, si la fracción excedida, debe ser investigada a la luz de la ley 23.737.

Para abordar tal disyuntiva, que podríamos llamar la “zona gris” entre las intersecciones de ambas leyes, analizaremos brevemente la legislación de la República Oriental de Uruguay, pionera a nivel mundial, la ley 27.669 que establece el “Marco regulatorio para el desarrollo de la industria del Cannabis medicinal y el cáñamo industrial” y jurisprudencia relacionada.

En el vecino país, la ley 19.172<sup>10</sup> sobre marihuana y sus derivados, constituyó el primer precedente en Sudamérica, su regulación es más amplia que la Argentina, en tanto abarca la legalización del cannabis con fines medicinales y también su uso con fines recreativos para consumidores responsables.

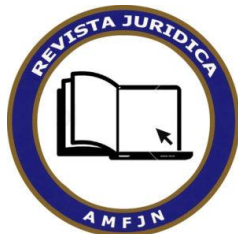
En dicho marco legal se inscribe la investigación médica y científica del uso del cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, promueve información, educación y prevención sobre las consecuencias del consumo de cannabis, así como el tratamiento, rehabilitación y reinserción social de los usuarios problemáticos de drogas. El Estado asume el control y regulación de la importación, exportación, plantación, producción, almacenamiento, comercialización y distribución del cannabis y sus derivados, o cáñamo, a través de instituciones a las que otorgue mandato legal.

En lo que atañe a nuestro trabajo, como regla general, la normativa prohíbe la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización. Entre las excepciones podemos

---

<sup>9</sup> El artículo 4to. de la ley 27.350, establece: “Autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación debe ser determinada por el Poder Ejecutivo en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación”.

<sup>10</sup> Ley No 19.172 “Marihuana y sus derivados. Control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución”, Montevideo, 20/12/ 2013. La legislación uruguaya puede consultarse en la web oficial: [www.impo.com.uy].



encontrar, la plantación o cultivo del cannabis con fines de investigación o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica, y la industrialización y expendio de cannabis psicoactivo con otros fines *“siempre que se realice en el marco de la legislación vigente y con autorización previa del IRCCA, quedando bajo su control directo”*.

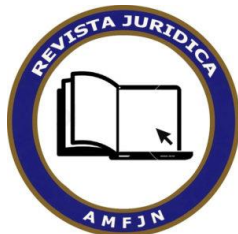
En cuanto a los casos autorizados, dispone que cuando la plantación, el cultivo y la cosecha doméstica de plantas de cannabis de efecto psicoactivo superen los límites habilitados -6 plantas y 480 gramos recolectados anualmente-, **el destino doméstico será valorado por el juez.**

Entre las atribuciones del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA), se destaca la determinación, aplicación y ejecución de las sanciones por infracciones a las normas establecidas en dicha ley y su reglamentación. Las infracciones a las normas sobre licencias, se encuentran tasadas dependiendo de la gravedad de la irregularidad y antecedentes del infractor. Las sanciones van desde apercibimientos, multas, decomiso de la mercadería o de los elementos utilizados para cometer la infracción, destrucción de la mercadería cuando corresponda, suspensión del infractor en el registro correspondiente, inhabilitación temporal o permanente, hasta clausura parcial o total, temporal o permanente, de los establecimientos y locales. Sin perjuicio de la aplicación de sanciones, el IRCCA, en conocimiento de actividades delictivas, efectuará la denuncia ante la autoridad judicial competente<sup>11</sup>.

Al reflexionar sobre tal regulación, Silva Forné sostiene: *“En primer lugar, se establece la licitud de la plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis psicoactivo con destino al consumo personal o compartido en el hogar. Esta licitud está dada por el cumplimiento del destino previsto por la ley, no por ajustarse a cantidad alguna de plantas o de producto cosechado. Paralelamente, la ley establece que se presume el destino lícito de la plantación, cultivo y cosecha domésticos de hasta seis plantas de marihuana y el producto de la recolección de la plantación (tenencia,*

---

<sup>11</sup> Fuente: Regulación y control del cannabis – IMPO, [www.impo.com.uy/regulacioncannabis].



*depósito, almacenamiento o posesión) de hasta un máximo de 480 gramos anuales por consumidor integrante de dicho domicilio...”.*

Y agrega, “Salvo que las autoridades tuviesen fehacientes elementos de juicio que probaren el destino ilícito de la marihuana (comercialización o tráfico), si obrasen en contra de la presunción a favor de los consumidores estarían incurriendo en responsabilidad penal conforme la conducta que en cada caso llevaran a cabo (violación de domicilio, violencia privada -coacciones-, abuso de funciones -prevaricación funcional-, etc.). Esto quiere decir que el sistema uruguayo no es un sistema de cantidades tasadas, como erróneamente se afirma en distintos ámbitos, sino que será el destino de las sustancias el que determinará su licitud”<sup>12</sup>.

En esa tesitura se erige la instrucción nro. 2<sup>13</sup>, en la que se determina el marco general de actuación conjunta de la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y otras dependencias administrativas con competencia en materia de procedimiento penal. Allí, se destaca “...las actividades de investigación realizadas por la autoridad administrativa, dirigida por los fiscales, deben tener como objetivo primordial demostrar el destino de las sustancias, con independencia de la cantidad que se incaute”<sup>14</sup>.

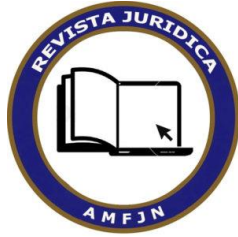
Como primera reflexión, observamos que el control directo e inmediato recae sobre un instituto regulador de la materia, que detenta amplias facultades para sancionar a los infractores, mientras que a su vez también está obligado a dar intervención a la “justicia competente”, cuando observe la posible “comisión de un delito”. Más allá de las potestades de la administración, es importante señalar que la técnica legislativa adoptada

---

<sup>12</sup> SILVA FORNÉ, Diego; “La regulación de las drogas como estrategia jushumanista y sus obstáculos. Elementos a tener en cuenta a partir de la experiencia uruguaya”, en *Cannabis medicinal : una cuestión de derecho*, SUPPA ALTMAN, Juan Manuel... [et al.], 1ª. ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2019, p. 223/4. Para profundizar sobre el tema, puede acudirse a: SILVA FORNÉ, Diego; “Sobre cultivo, tenencia y consumo de marihuana y sus garantías, en el nuevo régimen de la Ley No 19.172”, *Revista de Derecho Penal*, 22. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2014.

<sup>13</sup> Dictada el 29/05/17.

<sup>14</sup> Ídem, p. 229.



por Uruguay pone énfasis en el destino de la sustancia, dejando en segundo plano las cantidades fijadas.

En cuanto a nuestra ley 27.669, denominada “*Marco regulatorio para el desarrollo de la industria del Cannabis medicinal y el cáñamo industrial*”, ésta crea la Agencia Regulatoria de la Industria del Cáñamo y del Cannabis Medicinal (ARICCAME) que regula la importación, exportación, cultivo, producción industrial, fabricación, comercialización y adquisición, por cualquier título de semillas de la planta de cannabis, del cannabis y de sus productos derivados con fines medicinales o industriales. Entre otros deberes, debe determinar el régimen de licencias y autorizaciones administrativas para la cadena productiva y controlar los incumplimientos al régimen regulatorio.

Observamos que el legislador modificó el abordaje de las eventuales infracciones cometidas por los autorizados en relación a la ley 27.350, facultando a la autoridad de aplicación a intervenir cuando sean detectadas<sup>15</sup>, con sanciones que van desde apercibimientos, suspensiones, hasta la caducidad de la autorización, “*sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que pudieran corresponder como consecuencia de sentencias judiciales vinculadas a estos incumplimientos*” (art. 16).

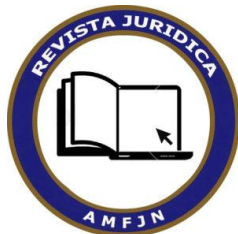
En cuanto a jurisprudencia relacionada, consideramos interesante señalar lo suscitado en el marco de la causa “Venegas”<sup>16</sup> del registro del Juzgado Federal de General Roca, en atención a que en el marco de la misma el Director del Reprocann, convocado a testimonial, brindó información de interés. En dicho proceso se encontraba imputado un usuario habilitado por el Registro, en cuyo domicilio se había detectado que la superficie

---

<sup>15</sup> El artículo 15 dispone que “Cualquier infracción al marco regulatorio establecido en la presente ley, en la reglamentación que se dicte o en las condiciones de vigencia de las autorizaciones administrativas otorgadas por la autoridad regulatoria darán lugar a las sanciones administrativas previstas en la presente norma; sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan en caso de verificarse delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 204, 204 bis, 204 ter, 204 quáter, 204 quinquies y concordantes del Código Penal de la Nación Argentina”.

<sup>16</sup> J.F. General Roca, Secretaría Penal, FGR 3037/21, “Venegas... s/ infracción a la ley 23.737”, rta. julio del 2021.





de metros cultivados era superior a la habilitada, como así también la cantidad de plantas en proceso de crecimiento y floración.

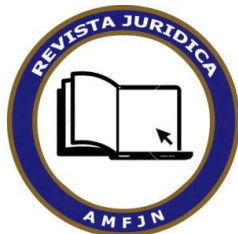
Más allá del dictado del sobreseimiento del acusado, al considerarse, entre otros factores, que la cantidad de sustancia incautada resultaba para consumo personal en los términos del precedente “Arriola” de la C.S.J.N., lo que cabe destacar es que el Fiscal interviniente al momento de rechazar la restitución de los elementos secuestrados<sup>17</sup>, cuestionó que el Estado Nacional no tiene instrumentado mecanismo alguno tendiente para supervisar a los usuarios *“dejando al libre arbitrio del cultivador, todo lo cual genera un riesgo para el bien jurídico protegido de la ley 23.737”*.

A su turno, el Magistrado también se sumó a tales cuestionamientos, indicando: *“Si bien la reglamentación indica las condiciones y procedimientos correspondientes para la obtención de la debida autorización, una vez que la misma es expedida no se prevé un control posterior para determinar si la actividad se desarrolla dentro de los lineamientos del orden legal. Si bien no pueden recaer consecuencias en cabeza de los usuarios por esta falta de control por parte del Estado Nacional, habilitante en lo que aquí concierne, lo cierto es que ello puede dar lugar a situaciones que excedan dicho marco legal, como el que aquí se presenta, debiendo analizar el caso en orden a la demás normativa aplicable en la materia”*.

Por otra parte, en la sentencia “Balducci” la Cámara Federal de General Roca -en adelante C.F.G.R.-, acordó con el juzgado de instancia en que *“...si el encartado contaba con autorización para llevar consigo hasta 40 grs. de flores secas y fue encontrado, en esas condiciones de tránsito, con alrededor de 290 gramos de ese material, está claro que –al igual que lo entendió el juzgado- la portación de la cantidad que excedió los términos de la venia estatal fue antijurídica; es decir, no estuvo alcanzada por la causa de justificación que únicamente atañó a la porción menor (...)”*, aunque revocó el

---

<sup>17</sup> La Defensa Oficial requirió la restitución de los elementos hallados en el invernadero de su defendido, esto es un temporizador blanco, tres artefactos luminosos, cinco productos para fertilización y un temporizador con inscripción HTC-1.



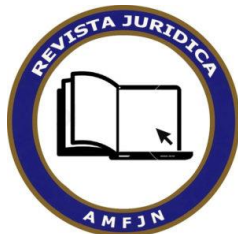
procesamiento al entender que dicha tenencia “*tenía una única finalidad: su uso para la elaboración de aceite medicinal*”, por cuanto “*...la cantidad incautada es absolutamente compatible con la que puede obtenerse de la cosecha de las nueve plantas a cuyo cultivo se estaba facultado*” y “*ningún indicio en contra de ese postulado se ha aportado*”.

Por último, la Cámara aludida efectuó una interesante reflexión: “*En efecto -y para que se entienda la opinión del cuerpo- cabe decir que: a) si el imputado puede cultivar plantas de cannabis sativa y transportar parte de las flores que extrae de ellas (con la sola limitación del volumen a movilizar por vez, pero sin restricción de las distancias a recorrer ni en el número de viajes), está claro que existe una decisión soberana que, en pos de un objetivo que considera más importante (esto es, dar respuesta a una concreta necesidad clínica de una persona, a quien por esa razón se le permite ese cultivo y posterior manufactura) ha modificado el estándar de riesgo tolerable de afectación al bien jurídico tutelado por la ley 23.737 (la salud pública). Luego, b) si ese peligro no se vio incrementado por la conducta del imputado al transportar más vegetal que el que podía trasladar fuera del lugar donde lo cultiva (240 grs. de lo cosechado en un único viaje) y lo hizo en un ámbito de intimidad y sin trascendencia a terceros, no se advierte que exista posibilidad de perseguirlo penalmente por ese hecho*”.

#### **4. La inscripción en el Reprocann de usuarios sujetos a procesos por infracción a la ley 23.737.**

En este acápite analizaremos una serie de fallos judiciales vinculados a personas que se encontraban siendo juzgadas por la tenencia de cannabis sativa, tanto plantas como flores disecadas, y durante el transcurso del proceso obtuvieron la habilitación. En estos, el análisis giró en torno al alcance del dictado de la ley 27.350, en cuanto autoriza algunas conductas contenidas en el artículo 5to. de la ley 23.737, considerándosela como una *ley penal más benigna*.

Antes de adentrarnos en tales pronunciamientos, cabe recordar que el principio en trato se encuentra consagrado en el artículo 2 del C.P. y jerarquizado constitucionalmente por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, al encontrarse regulado en el



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 15, ap. 1 in fine-, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos - arts. 9, in fine-. Ambas normas comparten que *“si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que el principio de retroactividad de la ley más benigna *“...surge como consecuencia de la idea de defensa social que sirve de base a la legislación punitiva; tal idea importa admitir que toda modificación de estas normas obedecerá a que el legislador ha encontrado un desajuste entre las leyes anteriores y los fines que perseguía al dictarlas, esto es, que la nueva disposición sirve mejor a los intereses que se busca tutelar y, por ello, debe ser esta última la que se aplique a los hechos que hayan de juzgarse después de su sanción”*<sup>18</sup>.

No podemos dejar de hacer referencia a la discusión que se suscitó tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en torno a si corresponde la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna en el caso de las leyes penales en blanco, cuando la norma que ha sido modificada y más favorece al imputado en el caso concreto, es la norma complementaria.

Tal debate<sup>19</sup> fue zanjado por la Corte Suprema en el antecedente “Cristalux”<sup>20</sup>, que revirtió el criterio establecido en “Argenflora”<sup>21</sup> y “Ayerza”<sup>22</sup>, al adoptar la posición sentada en este último en la disidencia del Dr. Petracchi. Allí, se precisó que este principio no debe aplicarse de manera indiscriminada, sino dentro de un estricto margen de razonabilidad, debiendo analizar si el fin de protección del reglamento que ha sido violado se mantiene invariado. En esa inteligencia, podemos decir que resulta adecuado aplicar el

---

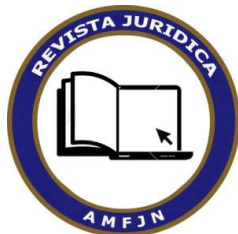
<sup>18</sup> C.S.J.N., “V.C. y otros s/ contrabando”, rta. 9/11/2000.

<sup>19</sup> Para profundizar en la evolución jurisprudencial ver: ALVAREZ ECHAGUE, Juan Manuel; LUDENA, Gabriel E. y CRICCO, Antonio J., “Ley penal más benigna ¿La CSJN le puso punto final a la discusión con el fallo “Vidal”?”, consultado en: [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0014-N07-ALVAREZ-ECHAGUE.pdf>].

<sup>20</sup> Fallos 329:1053 del 11/04/2006. La mayoría está integrada por lo Dres. Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

<sup>21</sup> Fallos 320:763 de fecha 06 de Mayo de 1997.

<sup>22</sup> Fallos 321:824 de fecha 16 de Abril de 1998



principio cuando la derogación o la nueva legislación proponen un espacio de mayor libertad de comportamiento.

Por su parte, Zaffaroni entiende en su obra que la ley penal más benigna no es solo la que desincrimina o la que establece una pena menor, pues puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad o del menor tiempo de prescripción<sup>23</sup>. En la misma línea, Bacigalupo sostiene que deben “...tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales, y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y las reglas de la parte general referentes, por ejemplo, a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, las de inculpabilidad, etc.)...”<sup>24</sup>.

Ahora bien, en línea con lo desarrollado, la Cámara Federal de Casación Penal en el antecedente “Gago”<sup>25</sup>, confirmó la absolución de dos personas por el delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes, por el que fueran acusados.

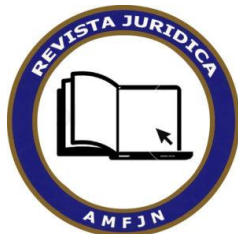
En lo que nos compete, el Dr. Petrone acudió al principio tratado indicando “...si bien en este caso la norma complementaria que completa la ley penal en blanco es el Decreto 560/19 (que incluye al aceite de cannabis en el listado de sustancias que se consideran estupefacientes), lo cierto es que no puede perderse de vista que el mismo órgano al que le corresponde emitir ese listado (es decir, el Poder Ejecutivo Nacional), ha emitido una autorización para que los particulares –bajo ciertas circunstancias– cultiven dicha sustancia”. Asimismo, consideró que no resulta exigible la obtención

---

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA Alejandro, SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 121.

<sup>24</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996, pág. 58.

<sup>25</sup> C.F.C.P., Sala I, FSA 3273/2017/TO1/CFC1, “Gago, Esteban Daniel y otro s/ recurso de casación”, rta. 9/12/21.



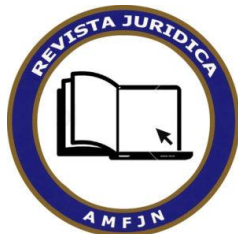
ulterior de la registraci3n en el Reprocann, toda vez que ley 27.350 como sus decretos reglamentarios, no se encontraban vigentes al momento de los hechos.

Por su parte, la Dra. Ana Figueroa especific3 que “...*la norma que modific3 la consideraci3n estatal acerca del aceite de cannabis como medicamento y ya no como estupefaciente, fue la ley 27.350. En tal sentido, la ley 23737, en lo que respecta al aceite de cannabis para uso medicinal, pasa a ser una ley penal en blanco “impropia”, con reenvi3 a otra norma emanada de la misma fuente: el Congreso nacional (conf. ZAFFARONI, E. Ra3l; Ob. Cit.; p3g. 116)*”. Al igual que sostuvo que el tipo penal previsto en el art. 5, inc. “a” de la ley 23737, requiere la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, en el caso, la ultrafinalidad “*para producir o fabricar estupefacientes*”, que no puede ser aplicable al caso cuando qued3 demostrado el designio de producir o fabricar aceite de cannabis para uso medicinal, tanto para uso propio como de terceras personas cercanas y familiares<sup>26</sup>.

Por su parte, la C.F.G.R. tambi3n recogi3 el principio de retroactividad de la ley penal m3s benigna para resolver el caso de un acusado que obtuvo la autorizaci3n del Registro escasos meses despu3s de haber sido encontrado en poder de plantas de cannabis. Sostuvo que a partir de la inscripci3n en el Reprocann los actos necesarios que lleven a cabo los usuarios para cultivar plantas de cannabis y con ellas elaborar aceite terap3utico, “*aun cuando pudiesen ser t3picos pues no se est3 ante la figura del art.5° de la ley 23.737, no son antijur3dicos; aunque s3 lo eran aquellos previos a esa licencia estatal*”. Agreg3 el Tribunal, que “...*se requiere confrontar la situaci3n de la persona frente a la ley penal considerando el ordenamiento jur3dico en su conjunto (y dentro de 3l no solo las normas de alcance general, penales y extrapenales, sino tambi3n las de alcance particular, como los meros actos administrativos, que tornen at3picas, justifiquen o quiten antijuridicidad a ciertas conductas) en momentos sucesivos, y aplicar el bloque de reglas que conduzca a la soluci3n menos gravosa para el imputado. Este modo de hacer jugar la garant3a de retroactividad de la ley penal m3s benigna no solo que comulga con el principio pro*

---

<sup>26</sup> En ese caso, las conductas desplegadas por los acusados era la siembra y cultivo de 58 plantas y 152 plantines de cannabis sativa, y la guarda de 442 semillas de la misma especie.



*homine, sino que se adecua a la doctrina del Tribunal Cimero que surge del precedente citado en el que se valoró –según el sufragio del juez Petracchi en “Ayerza”- una sentencia del Superior Tribunal Federal de Alemania según la cual “Notoriamente, pues, para la cuestión de la ley más benigna, interesa la situación jurídica total de la que depende la pena”<sup>27</sup> -el destacado es original-.*

Posteriormente, llegó a conocimiento de la misma Cámara el procesamiento de un usuario registrado en el que se interpretó que el criterio fijado en el párrafo que antecede requería la verificación de un *“corto lapso de tiempo transcurrido desde el hecho atribuido hasta que el nombrado tuvo la autorización”*, lo cual fue rechazado por el Tribunal al considerar que *“...alcanza para la vigencia de aquella regla con que la solución dada por el ordenamiento jurídico, frente a un cierto hecho en un determinado momento, sea más beneficiosa que la brindada para un tiempo anterior; lo que vale decir que si la tenencia de estupefacientes achacada al encartado estuvo exenta de reproche penal a partir de que contó con autorización estatal para el cultivo controlado y el transporte de cannabis, igual solución, por aplicación del señalado principio de vigencia de la ley penal más benigna, debe adoptarse aun cuando el hecho que motivó estas actuaciones fuese anterior al otorgamiento de esa venia por el Estado”<sup>28</sup>.*

#### **4. Conclusiones.**

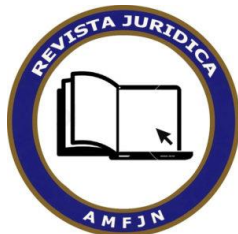
Las cualidades curativas del cannabis han sido reconocidas con la sanción de la ley 27.350, que habilita el uso médico del aceite y fitopreparados en diversos cuadros clínicos, siempre y cuando se observe el cumplimiento de un protocolo específico, que incluye su prescripción por un médico con conocimientos especiales sobre la materia.

Sin embargo, no puede soslayarse que la norma que obtuvo consenso en el Congreso de la Nación, no incluyó un marco regulatorio ante las eventuales infracciones

---

<sup>27</sup> C.F.G.R. “Legajo de Apelación de CRUZ, Jorge Pablo; RUBILAR, Teresa Griselda en autos: ‘CRUZ, Jorge Pablo; RUBILAR, Teresa Griselda por Infracción Ley 23.737’” (Expte. N° FGR 3290/2022/1/CA1)”, rta. 1/03/23.

<sup>28</sup> C.F.G.R., “AGUERRE, Adrián Alberto sobre Infracción Ley 23.737” (Expte. N° FGR 10118/2021/CA2)”, rta. 22/08/23.

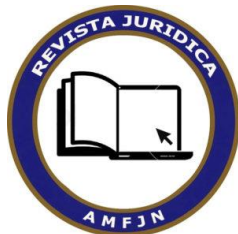


a los límites fijados, como sí lo hizo en la ley 27.669 (ARRICAME) y lo prevé la legislación de Uruguay, tornado conflictiva la convivencia con la ley 23.737. A ello, debe aunarse que tampoco se crearon en el seno del Ministerio de Salud organismos de control y seguimiento de los inscriptos.

En esa tensión, si bien entendemos la importancia de los bienes jurídicos protegidos por ésta última ley - salud pública y seguridad-, no menos cierto es que ante estos intereses abstractos se anteponen derechos humanos básicos, tales como los derechos a la salud individual, entendido como el derecho a gozar del más amplio bienestar psicofísico posible y la autodeterminación en materia de tratamientos a seguir, a la intimidad y a no padecer injerencias arbitrarias.

Lejos de intentar dar un cierre al dilema presentado, consideramos acertado que en aquellos casos en los cuales se encuentre en poder de un usuario de cannabis una cantidad mayor de plantas, flores o fitopreparados, ya sea en el lugar de cultivo o en tránsito, o una extensión cultivada relativamente superior a la habilitada; las conductas deben ser analizadas de modo conglobado con el contexto del hallazgo y el acondicionamiento de la sustancia, tomando como punto de partida el uso medicinal autorizado, en tanto no puede perderse de vista que nos encontramos ante un paciente y su medicina. En ese sentido, si puede presumirse que la cantidad de sustancia que supera el umbral autorizado para el paciente tenía también como fin su ingesta terapéutica, no se aprecia razonable una acusación por infracción a la ley 23.737.

La falta de sanciones administrativas a tales infracciones por parte de la ley 27.350, ni previsiones en sus normas reglamentarias por parte del propio Ministerio de Salud, no parece ser una justificación suficiente para la aplicación residual de la ley 23.737. No obstante ello, se alerta en la necesidad de que la autoridad ministerial de aplicación reglamente un procedimiento de contralor de las autorizaciones respetuoso de la intimidad de los usuarios y estrictamente vinculado a su tratamiento como lo circunscribe la ley, para evitar que, ante su inexistencia, medien intervenciones policiales y judiciales en contra del espíritu de la norma. No puede soslayarse que más allá del modo en que concluya el proceso judicial originado a partir del secuestro de cannabis en sus



diferentes estados, en prácticamente la totalidad de los casos, incluso en los que se ordena la restitución temprana, no resulta ya apta a los fines terapéuticos por la falta de conservación adecuada durante el tiempo de incautación.

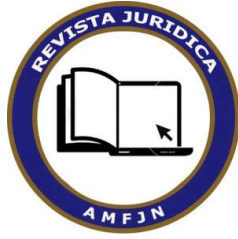
En cuanto a la incidencia que detenta la inscripción en el Reprocann de una persona sujeta a un proceso en orden a infracciones a la ley 23.737, entendemos que en los casos en los que pueda conjeturarse que el cannabis tenía como destino su conversión en fitopreparados o aceite medicinal, la obtención de la autorización de modo ulterior o, incluso, el inicio del trámite siempre que se haya presentado la prescripción médica, debe aplicarse el principio de retroactividad de la ley más benigna, sin que tenga trascendencia alguna el tiempo transcurrido desde el hecho que originó la imputación.

Ello, por cuanto acordamos en que a través de esta nueva disposición el propio Estado renunció a una cuota de su poder punitivo favoreciendo a los usuarios de cannabis medicinal y por ello debe aplicarse retroactivamente, pues tal autorización descarta la antijuridicidad de la conducta. Otro argumento relevante a tener en cuenta, se enlaza con que la registración da sustento a la preexistencia de la patología de base que derivó en la prescripción del cannabis, puesto que si bien se tratará de un análisis a efectuar en cada caso, en líneas generales, las enfermedades o padecimientos de los usuarios suelen ser de larga data y han atravesado distintos tratamientos convencionales con resultados poco fructuosos hasta acudir a esta medicina –de momento- alternativa.

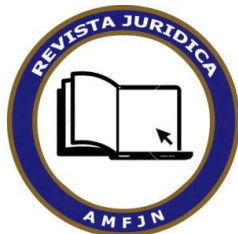
La introducción de las modificaciones legislativas desarrolladas implicaron un verdadero cambio de paradigma, pero corren serios riesgos de fracasar si paralelamente no se capacita a los funcionarios policiales en el nuevo modelo de control. Además, su inobservancia desalienta que muchos usuarios de cannabis medicinal dejen de cultivar y obtener aceites de modo irregular y, de una vez por todas, acudan al Registro sin temores de ser perseguidos penalmente.

En el plano jurisdiccional, es necesario que se adopte una lectura de los delitos de drogas conforme una perspectiva de derechos humanos, respetuosa del principio de autonomía personal y desterrando toda visión moralizante en la materia, que en muchos





casos deduce acriticamente imputaciones delictivas de la mera tenencia de drogas, sin analizar la totalidad de las particularidades del caso que pueden dar cuenta que las sustancias tenían un destino lícito y autorizado.

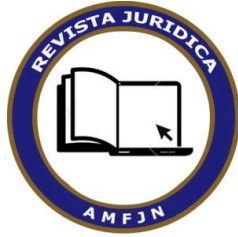


#### Bibliografía.

- BACA PAUNERO, María Victoria, *Cannabis para la salud y discurso jurídico penal. Aportes para pensar nuevos paradigma*, Buenos Aires, Ed. Di Plácido, 2019.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996.
- VENCE, Alicia, PETRONE, Camila y GAUNA ALSINA, Fernando (Dir.), *Delitos Federales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA Alejandro, SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

#### Artículos.

- ALVAREZ ECHAGUE, Juan Manuel; LUDENÑA, Gabriel E. y CRICCO, Antonio J., “Ley penal más benigna ¿La CSJN le puso punto final a la discusión con el fallo “Vidal”?”, consultado en: [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0014-N07-ALVAREZ-ECHAGUE.pdf>].
- OCAMPO, Marcos Fernández; “El principio de ley penal más benigna frente a los delitos tributarios”, consultado en: [[www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina88916.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina88916.pdf)].
- SILVA FORNÉ, Diego; “La regulación de las drogas como estrategia jushumanista y sus obstáculos. Elementos a tener en cuenta a partir de la experiencia uruguaya”, en *Cannabis medicinal: una cuestión de derecho*, SUPPA ALTMAN, Juan Manuel... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2019.



- SILVA FORNÉ, Diego; “Sobre cultivo, tenencia y consumo de marihuana y sus garantías, en el nuevo regimen de la Ley No 19.172”, *Revista de Derecho Penal*, 22. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2014.

-