

ACCESO AL CANNABIS MEDICINAL COMO DERECHO HUMANO

Candelaria Aráoz Falcón¹

El derecho a la salud ha sido reconocido en numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos al igual que en las legislaciones internas de los Estados partes de esos tratados. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) es el instrumento que contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. El mismo establece en el párrafo 1 del artículo 12 que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del **más alto nivel posible de salud física y mental**”*².

Por su parte el preámbulo de la Constitución de la OMS, concibe la salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”*. Párrafo siguiente, se establece también como principio que *“la extensión a todos los pueblos de los beneficios de los **conocimientos médicos**, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud”*.

La firma y ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como el reconocimiento de competencia de los órganos encargados de interpretar y verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de tales instrumentos, origina a cargo de los Estados partes ciertas obligaciones que, de no ser cumplidas, generan la responsabilidad internacional de los mismos. En este sentido, los Estados están obligados a adoptar medidas para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, como ser el derecho *“al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)- órgano de aplicación del PIDESC- al realizar una interpretación sobre el contenido normativo del derecho a la salud, determinó que *“El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña **libertades y derechos**. Entre las libertades figura el derecho a **controlar su salud y su cuerpo**”* [...] *“En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas **oportunidades iguales** para disfrutar del más alto nivel posible de salud”*³.

El PIDESC reconoce la realización progresiva de los derechos en él reconocidos, teniendo en cuenta las limitaciones de los Estados según los recursos económicos de los cuales dispongan. Sin embargo, existen dos obligaciones de carácter inmediato que los Estados deben cumplir: la obligación de adoptar medidas y la obligación de no discriminación⁴.

Yendo al plano medicinal, diferentes estudios científicos han demostrado que el tratamiento médico con cannabis ha logrado grandes avances en la salud de pacientes que padecen patologías

¹ Miembro de Intercambios A.C.

² Todo lo resaltado en este artículo es propio de la autora.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, *“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”*, párr. 8

⁴ *Ibidem*, párr. 30

tales como dolores oncológicos, enfermedades neurológicas degenerativas, epilepsias refractarias, alzheimer, parkinson, entre otras. En virtud de esto, varios países comenzaron a realizar investigaciones sobre la materia y a formular políticas de regulación del acceso a tratamientos médicos con cannabis.

En el plano local, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT)- órgano encargado de llevar adelante los procesos de autorización, registro, normatización, vigilancia y fiscalización de medicamentos, alimentos y dispositivos médicos, recientemente publicó el *“Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Usos Terapéuticos de los Cannabinoides”*⁵. En el mismo se realiza una recopilación de estudios respecto a la eficacia y seguridad del uso medicinal de los cannabinoides para el tratamiento del dolor crónico, náuseas y vómitos debido a quimioterapia, estimulación del apetito en infección HIV/SIDA, espasticidad debido a esclerosis múltiple o paraplejía, síndrome de Tourette y epilepsia refractaria a los tratamientos convencionales; en pacientes de cualquier edad. Entre algunos puntos a destacar, cabe mencionar el reconocimiento que hace la ANMAT del uso del aceite de cannabis en enfermedades tales como la Epilepsia Refractoria, significando una *“clara tendencia en la mejoría de los enfermos y en su calidad de vida y la de sus cuidadores”*, al tiempo que sostiene que *“el uso medicinal del cannabis y sus compuestos no adictivos deberían ser considerados dentro del arsenal terapéutico de uso controlado”*.

No obstante los pequeños avances que se vislumbran, son varios los países que aún no han progresado en el tema o incluso se niegan a hacerlo. Una posible causa de la falta de aceptación de las propiedades de esta sustancia, se debe a las políticas prohibicionistas que adoptan los Estados en materia de drogas, influenciadas en gran medida por el sistema internacional vigente y, a mi modo de ver, por una restrictiva interpretación y aplicación del mismo.

A pesar de que la Convención Única de Estupefacientes de 1961, establece un régimen represivo y prohibicionista en materia de drogas, su objeto y fin está centrado en la salud del ser humano. Esto se infiere claramente del preámbulo de la misma, en donde expresamente los Estados *“Preocupados por la salud física y moral de la humanidad”* reconocen que *“[...] el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin”*. Es decir, que el Estado no debe -o al menos no debería- excluir del ‘paraíso de la ley’ al uso médico de los estupefacientes. No obstante, es evidente que en la práctica nacional e internacional los esfuerzos se centraron más bien en la criminalización y represión del uso de drogas, que en la *“preocupación por la salud física y mental de la humanidad”*.

Ahora bien, tomando en cuenta lo establecido por el Comité DESC, por el preámbulo de la Constitución de la OMS, por el preámbulo y articulado de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, y por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a la salud, me pregunto: ¿Es el derecho de acceder al cannabis con fines medicinales parte integrante del derecho humano a la salud?

A mi modo de ver la respuesta es afirmativa. Como dije anteriormente, y sin pretender agotar su contenido, el derecho a la salud entraña la posibilidad de tener control sobre nuestra propia salud y

⁵ Ver *“Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Usos Terapéuticos de los Cannabinoides”* en: www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/06/doctrina43588.pdf

nuestro propio cuerpo, implica el derecho de tener igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud y abarca el derecho de los pueblos a beneficiarse de los conocimientos médicos, psicológicos y afines esenciales para alcanzar el más alto grado de salud. En otras palabras, acceder al cannabis con fines medicinales es, ni más ni menos, que hacer uso y goce del derecho humano a la salud.

Antes de continuar, me detengo en aclarar una cuestión conceptual y terminológica. ¿Por qué hablo de un derecho humano? Porque los derechos humanos apuntan principalmente al sujeto obligado en garantizarlos, o visto desde la vereda de enfrente, al sujeto perpetrador de la violación, este es, el Estado. Es el Estado quien voluntariamente comprometió su responsabilidad internacional en pos del respeto y garantía de los derechos humanos y, por ende, es indefectiblemente el garante último de la plena efectividad de los mismos. Bajo esta premisa, al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir.

La obligación de respeto implica que el Estado debe abstenerse de realizar cualquier injerencia que impida, directa o indirectamente, el ejercicio y goce del derecho a la salud. La obligación de proteger, significa que los Estados deben adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en el ejercicio del mismo. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho a la salud⁶.

Como anteriormente mencioné, además de la fórmula de progresividad en materia de DESC, existen dos obligaciones de carácter inmediato que pesan sobre el Estado. En esta oportunidad me detendré únicamente en la de adoptar medidas e intentaré analizar si el Estado Argentino está cumpliendo con esta obligación, en lo que respecta a garantizar el acceso al cannabis medicinal como parte integrante del derecho humano a la salud. Para ello, realizaré un breve recorrido por las principales normas que regulan el estatus jurídico del cannabis medicinal y sus derivados para intentar responder algunas preguntas.

Para comenzar cabe recordar que en la cúspide de nuestra pirámide jurídica se encuentra la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos; por debajo de éstos, los demás tratados internacionales ratificados por el Estado argentino y luego las leyes nacionales por debajo de los mismos.

La citada Convención Única de Estupeficientes de Naciones Unidas (1961), fue incorporada al derecho interno argentino en 1963⁷ y luego de la reforma constitucional de 1994 se considera por encima de las leyes, pero debajo de los tratados de derechos humanos. Esta Convención, a pesar de impulsar a los Estados a sancionar como delitos determinadas conductas vinculadas a ciertas sustancias, establece la obligación de los mismos de desarrollar legislación y adoptar medidas administrativas en pos de la finalidad “médica y científica” que también persiguen. En este sentido, el artículo 4 establece: “*Las Partes adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias: c)...para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupeficientes a los fines*

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, párr. 33.

⁷ Decreto-Ley N° 7672

médicos y científicos". Esta disposición no deja lugar a dudas en cuanto a que la utilización, posesión, fabricación, producción, etc., de estupefacientes, se encuentra autorizada con dos finalidades claramente diferenciadas: una médica y otra científica.

La ley 17.818, sancionada en 1968 con la finalidad de adecuar la legislación interna a la Convención, establece una disposición más restrictiva que la misma al excluir únicamente a la "investigación" de la prohibición⁸. Esta limitación que hace la ley del uso de estupefacientes- incluido el cannabis y sus derivados- a los fines únicamente de investigación, es inconstitucional e inconveniente pues menoscaba el derecho a la salud contemplado y garantizado en normas de superior jerarquía.

Por otro lado, la ley 23.737 de 1989, principalmente de carácter penal, enumera como delito distintas conductas vinculadas a ciertas sustancias que denomina "estupefacientes", entre las cuales se encuentra la planta de cannabis, sus resinas, aceites y semillas, como el tetrahidrocannabinol y sus variantes⁹. La ley contempla con pena de prisión de 4 a 15 años conductas tales como el cultivo, producción y el comercio, a la vez que la de tenencia simple de estupefacientes y la tenencia para consumo personal, se encuentran sancionadas con penas de 1 a 6 años y de 1 mes a dos años de prisión, respectivamente. La ley no exceptúa expresamente de las conductas delictivas, la tenencia, cultivo, etc., de marihuana con fines medicinales.

La ambigüedad normativa que se presenta en el ordenamiento jurídico nacional entre normas que garantizan el derecho a la salud y el acceso a medicamentos, y otras que obstaculizan el ejercicio de tal derecho, ha generado un enorme vacío respecto de la legalidad o no del uso medicinal del cannabis, a la vez que colocó en un limbo jurídico-administrativo a miles de personas que necesitan acceder a esta sustancia para ejercer su derecho a la salud y no cuentan con las herramientas legales o administrativas para hacerlo.

La propia ANMAT ha emitido decisiones contradictorias en cuanto al uso medicinal de esta planta que impiden echar luz a la realidad vigente. Por un lado en el informe anteriormente mencionado llama a "*considerar el uso medicinal del cannabis dentro del arsenal terapéutico de uso controlado*". Por otro lado, la misma autoridad de aplicación rechazó recientemente una solicitud de incluir al cannabis en la lista de medicamentos fitoterápicos para uso médico terapéutico. Para ello, argumentó que la modificación del status jurídico del cannabis como fitoterápico, no sería suficiente a los fines invocados (uso médico terapéutico de la sustancia), puesto que de todas formas "*existe un impedimento legal de mayor jerarquía en la normativa previamente citada*"¹⁰. Entiéndase este impedimento, como los "*fines exclusivamente de investigación científica*" que autoriza la ley 17.818.

Tal como me referí anteriormente, tanto la Convención Única como los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la salud, tienen una jerarquía superior a las normas que en la práctica se invocan para limitar el acceso al cannabis con fines medicinales. Esta restrictiva interpretación y aplicación de las normas, constituye uno de los mayores obstáculos de acceso a tratamientos médicos con cannabis, existiendo incluso el riesgo y la práctica de que su utilización con fines medicinales se vea alcanzada por el derecho penal.

⁸ La "producción, fabricación, exportación, importación, comercio y uso [...] de las cantidades estrictamente necesarias para la **investigación** médica y científica". Cf. Artículo 3°.

⁹ Decreto 772/2015.

¹⁰ Respuesta de la ANMAT, DVSSCE- Nota N° 230, 25 de abril de 2016.

La ausencia de una legislación nacional clara que garantice el acceso al cannabis medicinal como parte integrante del derecho humano a la salud, la criminalización general de ciertas conductas vinculadas con esta sustancia, propia del sistema prohibitivo operante, y la falta de adopción de políticas públicas coherentes en la materia por parte del Estado, ha llevado en la práctica a que la posibilidad de acceder a al cannabis con fines medicinales se encuentre prácticamente anulada.

Si bien el Estado tiene la potestad de adoptar discrecionalmente un determinado régimen legal en materia de drogas, no puede nunca esa discrecionalidad ir en menoscabo de los derechos fundamentales de las personas. El derecho a la salud es un derecho humano, y por lo tanto, lo es también el derecho de acceder al cannabis medicinal como contenido del mismo.

Es hora que el Estado Argentino cumpla con su obligación internacional de adoptar medidas tanto para garantizar el efectivo goce de este derecho, como para remover los obstáculos existentes. Caso contrario, el autocultivo se presenta como una necesidad ineludible, y conclusiones tales como *“la relativa facilidad en la obtención del aceite, en ningún caso debe hacer suponer que su elaboración artesanal sea posible, ni siquiera imaginable”*¹¹ carecen de razonabilidad, cuando son los mismos afectados los que en definitiva se ven obligados a suplir las omisiones del Estado.

¹¹ Ver ANMAT, *“Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Usos Terapéuticos de los Cannabinoides”*. www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/06/doctrina43588.pdf