



SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Sr. Juez:

MARIANO CARLOS FUSERO, D.N.I. 28.079.862, en mi carácter de Vicepresidente Segundo y Director del Área de Política de Drogas de la **ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL**, abogado (Tº 92 Fº 635 CPACF), constituyendo domicilio en la calle Entre Ríos 3630 de la Ciudad de Rosario y **en formato electrónico en CUIT 20280798623**, en los autos **“ROJAS, ERIKA Y OTROS SOBRE AMPARO LEY 16.986”** Exp. Nº 54057/2018 en trámite ante el Juzgado Federal Nº 2 de Rosario, a usted nos presentamos y decimos:

I. OBJETO

La Asociación Pensamiento Penal viene a expresar su opinión sobre el asunto debatido en este proceso, en los términos de lo dispuesto por la Acordada 7/2013 CSJN, esperando contribuir a la mejor resolución del caso.

El presente proceso versa sobre una cuestión de interés general, ya que se trata del acceso a la salud integral de un niño por medio de acciones de sus familiares que pretenden garantizarle un mayor bienestar sin ser constantemente amenazados/as por el sistema punitivo por el mero hecho de realizar conductas que de ningún modo ofenden la moral, el orden público ni perjudican derechos de terceros, avalados/as por vitales garantías constitucionales que rigen el Estado Constitucional de Derecho.

II. PERSONERIA

La presentación es suscripta por Mariano Carlos Fusero en su carácter de Vicepresidente Segundo, conforme se desprende del acta de asamblea donde se produjeron las designaciones cuyos originales se encuentran a su disposición, y Director del Área Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal (APP), resultando que nos encontramos estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación (Resolución D.P.P.J. 9196).

III. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN



La Asociación Pensamiento Penal es una organización no gubernamental, sin fines de lucro, integrada por personas relacionadas al sistema penal —por su ocupación en la magistratura, defensorías, fiscalías, el ejercicio de la abogacía, la academia, estudiantes y personas privadas de libertad- interesadas, entre otras cosas, en la promoción de una administración de justicia moderna, ágil y eficaz, en sintonía con los postulados básicos del programa constitucional y con los requerimientos que formula la sociedad en tal sentido.

A la multiplicidad en la composición de las personas que integran APP se suma su naturaleza esencialmente regional, confluyendo en sus filas personas de toda la región (Uruguay, Chile, Costa Rica, Paraguay, Ecuador y Guatemala) y casi todas las provincias argentinas, diversidad que contribuye a la riqueza de su concepción sobre el fenómeno penal y sus características.

Sus postulados y cursos de acción se encuentran caracterizados por el pluralismo y la diversidad dentro de los comunes denominadores de la defensa del estado de derecho, del sistema democrático de vida y la más extendida vigencia de los Derechos Humanos.

La Asociación Pensamiento Penal es especialmente conocida por su revista digital de ciencias penales (www.pensamientopenal.com) pero sus actividades no se agotan con ese ofrecimiento, sino que se extienden a otros campos diversos del saber penal:

- Un Campus Virtual (www.campusapp.com.ar) que ofrece cursos a distancia, certificados por una universidad nacional.
- El Observatorio de Prácticas del Sistema Penal (www.opsp.com.ar) dedicado a monitorear las prácticas que dificultan o benefician el acceso a la justicia y a intervenir en causas judiciales como veedores.
- La Radio Utopía (www.radioutopia.com.ar) que ofrece programación alternativa dentro de la cual se destaca la que se produce desde los contextos de encierro.
- Víctimas por la paz (www.victimasporlapaz.com.ar) un espacio que agrupa a personas que han sido víctimas de episodios violentos y apuestan por la construcción de sociedades solidarias e inclusivas a partir de acciones positivas.



– Pensamiento Civil (www.pensamientocivil.com.ar) procurando aportar miradas constitucionales de la cuestión privada y, principalmente, el abandono de sistemas de administración de justicia claramente inquisitivos.

– La realización de congresos y jornadas orientados a la difusión y debate de las ideas relacionadas con aspectos del derecho penal sustantivo, del derecho procesal penal, del derecho de ejecución de la pena y la criminología.

– La promoción y participación en campañas dirigidas a la implementación de acciones positivas para asegurar la irrestricta vigencia del estado de derecho y los derechos humanos, tanto en nuestro país como en la región.

– La elaboración de material bibliográfico destinado a convertirse en eficaces herramientas de trabajo para los operadores relacionados con el sistema penal.

– La coordinación de cursos de acción con otras organizaciones no gubernamentales cuyos objetivos confluyan con los de nuestra Asociación, con el propósito a aunar esfuerzos destinados a hacer viables y eficaces los postulados propuestos.

Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que abarcamos, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular, sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones sobre asuntos semejantes a los que se debaten en autos –uso medicinal del cannabis-, nos hemos presentado y aceptadas nuestras intervenciones en la causa de **Alejandro Cibotti** ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde el actor reclamaba al gobierno local el suministro de cannabis para paliar sus dolencias y/o ser autorizado a ejercer el autocultivo, y en la causa **Alcides Hilbe** en la jurisdicción de los tribunales federales de Rosario, ante el allanamiento de un ciudadano que ejercía el autocultivo de cannabis a fin de proveerse de la sustancia con fines terapéuticos, ambos casos con resultados favorables a la pretensión de los actores. Recientemente, nos hemos presentado en la causa **Elba Guevara** en trámite ante la jurisdicción de la Provincia de La Pampa, en la cual la actora solicita al Estado local que cubra su tratamiento en base a cannabis y/o la habilite a ejercer el autocultivo sin riesgo



de persecución penal; y en la causa de **Joaquín Navarro**, causa en la cual recientemente se dictó una medida cautelar en los tribunales de Viedma, para que la familia del niño pueda cultivar cannabis con fines terapéuticos/medicinales.

Respecto de otras temáticas, vale tener en cuenta el “amicus curiae” acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en **Penitenciarías de Mendoza** en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (autos N° 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza).

APP ha acompañado con sendos amicus curiae ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del hábeas corpus de la causa “**Verbitsky**”.

También hemos efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional apoyando los planteos referidos a la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “**Tonore Arredondo**” y “**Jiménez Manrique**”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, brindando argumentos a favor de la declaración de inconstitucionalidad y anti-convencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Asimismo, entre otras actuaciones, nos hemos presentado en los casos “**Chena**” – acompañando el hábeas corpus colectivo presentado por el Defensor General de La Pampa ante el Tribunal de Impugnación pampeano, por los traslados de personas privadas de la libertad dispuestos por el Servicio Penitenciario Federal fuera de la provincia; “**Todarello**” –acompañando el habeas corpus colectivo promovido por la Defensoría General de la Nación a raíz de las paupérrimas condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en la Unidad 6 de Rawson–; entre otros.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los



principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas.

IV. ANTECEDENTES

Conforme se desprende del escrito de inicio de la acción presentada en autos, la misma versa sobre el reconocimiento de vitales derechos humanos de las personas que precisan del cannabis vegetal obtenido mediante la técnica del autocultivo, para afrontar dolencias, padecimientos, patologías y enfermedades conformes lo descripto en tal presentación. Tales personas, buscan amparo en los estrados judiciales al verse constantemente amenazadas por el sistema punitivo en el ejercicio de tales derechos.

Respecto de los hechos planteados en autos, nos remitimos a la presentación de la acción de amparo a fines de mayor celeridad.

V. MOTIVOS DE LA PRESENTACIÓN

El objetivo de esta presentación es aportar una serie de argumentos en torno a la relación que existe entre el derecho penal, el consumo de sustancias, el autocultivo con fines terapéuticos, la legislación vigente y la necesidad de las familias de ampararse ante la justicia.

Para tratar de entender la cuestión analizaremos el tema desde varias ópticas, en particular la política criminal, antecedentes normativos/jurisprudenciales y la cuestión de la autonomía personal. También esbozaremos algunos argumentos en torno al derecho del paciente a elegir el tratamiento que desee para tratar sus padecimientos o dolores.

VI. ENCUADRE JURÍDICO

A. Acto del Estado Nacional.

La actividad del Estado Nacional que debe cesar, es la persecución y hostigamiento que viven las personas usuarias de cannabis para consumo personal y, específicamente, las personas que cultivan cannabis para obtener la sustancia con fines terapéuticos.



Dicha actividad estatal se sustenta, para la hipótesis del caso, en el Art. 14° de la Ley 23.737, como así también en los incisos a) y e) del Art. 5° en función de los párrafos penúltimo y último de dicho artículo.

B. Contexto y sanción de la Ley 27.350 sobre Uso Medicinal del Cannabis¹.

Del plexo normativo argentino que sustenta la acción de amparo presentada, es dable mencionar que el 22 de septiembre de 2017 se ha publicado en el Boletín Oficial nacional la reglamentación de la ley 27.350 sobre “*Investigación médica y científica de uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados*”, mediante el decreto PEN 738/2017. Sus contenidos se complementan a su vez con la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de Nación, mediante la cual se termina de delinear el “*Programa Nacional de Investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales*”.

Como puede observarse desde los títulos brindados a tales normas, las mismas tienen su basamento en la investigación médica y científica de la sustancia, sin ahondar en otras cuestiones políticas y normativas que fueron arduamente debatidas durante el transcurso de su sanción y puesta en vigencia.

La ley y sus complementos normativos fueron una demanda de la sociedad civil que ha planteado a los poderes públicos la necesidad inminente de una regulación específica del acceso al cannabis para fines médicos y terapéuticos; principalmente asociaciones de personas usuarias de cannabis y madres de niños/as con padecimientos tratables con la sustancia. Sin embargo, dicho plexo normativo al cual se ha arribado, desatendió sus principales demandas y no subsanó una serie de lagunas normativas que perduran hasta hoy.

El primer antecedente público de petición formal de acceso legal al cannabis medicinal, podemos situarlo en el año 2013 mediante la acción de amparo presentada por un paciente con múltiples padecimientos ante el fuero Contencioso Administrativo y

¹ En los siguientes párrafos reproduciremos parte de una publicación realizada por FUSERO, Mariano, denominada “*Ley 27.350 sobre uso medicinal del cannabis. Un fracaso en lo jurídico y un logro en lo político*”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45957.pdf>



Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha acción ha dado lugar a la sentencia `Cibotti´ del año 2015². En tal expediente, se debatió el acceso del actor a la sustancia por medio de la provisión de los organismos públicos o por medio del autocultivo, siendo que sobre este último punto el juez ha afirmado que la conducta se encuentra dentro del *“ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros”*.

Durante la tramitación del mencionado planteo judicial, paralelamente tuvieron lugar por vía administrativa los primeros antecedentes de importación de sustancias a base de cannabis, mediante el por entonces vigente Régimen de *Usos Compasivos* establecidos por la ANMAT³. Aquellos casos fueron del producto conocido comercialmente como SATIVEX (ratio 1:1 THC/CBD) en el año 2014 y durante el año 2015 de aceites a base de CBD, principalmente para el tratamiento de niños/as con patologías tratables mediante tal compuesto.

La visibilización mediática de estos casos y la resultante empatía social causada por los mismos, han finalmente precipitado los tiempos políticos, la presentación de diversas iniciativas parlamentarias y el tratamiento en el Congreso Nacional. Asimismo, ha sido trascendental la organización social de madres, familiares y pacientes que llevaron adelante el reclamo por una normativa nacional que los/as proteja y reconozca en el ejercicio de sus derechos.

Cabe resaltar que a partir de dicha visibilización se han presentado más de una decena de proyectos de ley respecto de la temática y la gran mayoría de ellos incluía la demanda principal de tales organizaciones: el acceso democrático a la sustancia, contemplando tanto la vía de acceso a productos elaborados por laboratorios públicos o privados, como así también a la sustancia en su estado vegetal mediante el autocultivo personal, el cultivo colectivo y el cultivo solidario.

² “C., A. R. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 44.899/0. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/41749-cannabis-uso-medicinal-provision>

³ Cfr. Disposición Nº 840/1995 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Disponible en http://www.anmat.gov.ar/webanmat/Legislacion/Medicamentos/Disposicion_840-1995.pdf



Sin embargo, luego de largos debates en comisiones parlamentarias, en las cuales primó el reclamo por una regulación integral en donde se respetara tales vías de acceso⁴, diputados/as de la primer minoría lograron imponer una iniciativa propia que ha restringido el tema a la necesidad de desarrollar una investigación pública en manos del Ministerio de Salud de la Nación y el desarrollo consecuente de un Programa de Investigación⁵, por medio del cual las personas que precisaran de la sustancia podrían someterse al mismo y acceder a la sustancia en términos de gratuidad⁶.

A tal fin, el Estado accedería a la sustancia por medio de la importación o la elaboración pública de sustancias en base a cannabis, por medio de la ANLAP, CONICET y el INTA⁷. Mientras tanto, aquellas personas que no se sometieran al programa de investigación, se les negaría la gratuidad y/o cualquier subsidio económico sobre la importación de productos, a los cuales podrían continuar accediendo mediante el régimen excepcional de importación de la ANMAT -lo que involucra un proceso burocrático y altamente oneroso-⁸.

Vale resaltar que, como premisa fundamental de la iniciativa transformada finalmente en ley, el acceso a la sustancia vegetal por medio del autocultivo estaba absolutamente vedado, conservando la amenaza de criminalización para con las personas que accedieran a la sustancia por dicha vía.

Durante el transcurrir del debate sobre el uso medicinal del cannabis, se exigió enfáticamente la necesidad de contar con una mayor comprobación médica-científica sobre dicha utilización, que funde y avale la necesidad de regular.

Otros/as tantos/as, entre quienes se encuentra nuestra Asociación Pensamiento Penal (APP), han controvertido fundadamente ello afirmando que *“la exigencia estándares científicos superlativos para habilitar el acceso a sustancias que claramente benefician la*

⁴ Véase versión taquigráfica de la exposición de diversos especialistas, familiares, funcionarios y legisladores ante la Comisión de Acción Social y Salud Pública del Congreso Nacional el día 14 de Junio de 2016. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/43884-cannabis-medicinal-version-taquigrafica-del-debate-comisiones-del-congreso>

⁵ Cfr. Artículo 2º y ss. de la ley 27.350.

⁶ Cfr. Artículo 3º inciso d) de la ley 27.350.

⁷ Cfr. Artículo 6º de la ley 27.350.

⁸ Véase testimonios en la siguiente nota periodística a más de un año de la sanción de la ley 27.350, https://tn.com.ar/sociedad/cannabis-medicinal_884176



salud integral de las personas que las consumen bajo el pleno ejercicio del derecho a la salud, soberanía personal, libertad y autodeterminación, pareciera ser otro ejercicio retórico infundado dentro de una cultura prohibicionista que nos ha alejado de la empatía por los que sufren innecesariamente”⁹.

Más allá de lo que afirme la ciencia al día de hoy, la cuestión es que -a ciencia cierta- el uso medicinal-terapéutico del cannabis está brindando cuantiosos resultados favorables al bienestar de las personas que precisan de dicha sustancia y hacen uso diario de la misma.

El debate sobre el uso medicinal-terapéutico no debe reducirse así a una cuestión médica o científica, bajo una parálisis de análisis que nos estanque hasta el improbable e indeterminado supuesto de que la ciencia médica avale tales prácticas soberanas sobre las autonomías personales. El debate se trata de reconocer o no el ejercicio de derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad humana, más allá del aval de la ciencia sobre tales conductas; lo cual es recomendable y bienvenido, aunque nunca necesario para reconocer el ejercicio pleno de los mismos.

Imaginémonos que si para lograr una regulación plena y democrática del acceso al cannabis con fines medicinales-terapéuticos, necesitaríamos esperar el desarrollo y resultados de estudios científicos –demorados por el mismo prohibicionismo- de aproximadamente 150 cannabinoides¹⁰, 500 compuestos de la planta, la sinergia de los mismos entre sí y su aplicación sobre cada patología o dolencia posible de investigar y tratar eficazmente mediante los mismos podrían pasar décadas o tal vez un siglo -si es que hubiéramos empezado a emprender dicha tarea el día de ayer-.

Tal situación, enfatiza más su insensatez cuando el objetivo es regular una sustancia cuyos efectos son menos dañinos respecto de otras sustancias sostenidas en la

⁹ Véase FUSERO, M. *La salud prohibida y ciertos avances en el uso medicinal del cannabis en Argentina*. Asociación Pensamiento Penal, Febrero 2016. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42926-salud-prohibida-y-ciertos-avances-uso-medicinal-del-cannabis-argentina>

¹⁰ Hoy en día la mayoría de las investigaciones abordan la investigación de menos de una decena de cannabinoides.



legalidad¹¹ y hasta publicitadas en nuestro país sin ningún pudor, aún en horarios desprovistos de protección infantil –caso del alcohol, por ejemplo-.

C. Lesión actual e inminente: la amenaza de sanción penal.

Aún luego del debate a nivel nacional y la aprobación de la Ley 27.350, la mayoría de las personas que precisan acceder al cannabis se encuentran en la ilegalidad y pasibles de ser criminalizadas mediante la ley penal 23.737, con penas absolutamente desproporcionadas e inhumanas. Ello tan sólo por el hecho de necesitar o elegir acceder a la sustancia en su estado natural¹².

La actividad y accionar que despliega el Estado en función de la legislación impugnada, refiere a la persecución policial y penal de todas las personas que cultivan cannabis con fines terapéuticos, cuestión que ocasiona de manera actual la imposibilidad de cultivar apropiadamente y de forma segura aquellas plantas cuyas derivaciones traen alivio eficaz y real a las dolencias y afecciones de muchas personas.

En la actualidad, todos los beneficios, seguridades y ventajas de poder estar llevando adelante el autocultivo se ven amenazadas por el constante peligro y temor de encontrarme frente a un proceso penal. En este sentido, la situación resulta angustiante, ya que el autocultivo se encuentra en constante contradicción con una ley que puede derivar en sanciones penales de suma gravedad.

Esto puede observarse analizando los delitos a los cuales están expuestas las personas que llevan adelante un autocultivo. Supongamos el caso de una madre que cultiva cannabis para el tratamiento de su hijo. Sobre dicha conducta cabe la aplicación de

¹¹ Véase NUTT, David, "Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse," *The Lancet* 369:9566 (24–30 March 2007): 1047–53. Disponible en www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673607604644.

¹² Respecto de las razones por las cuales resulta necesario regular el acceso a la sustancia en su estado vegetal, véase FUSERO, Mariano "*Debate sobre cannabis medicinal. Los dolores que nos quedan son las libertades que nos faltan*", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43647-debate-sobre-cannabis-medicinal-dolores-nos-quedan-son-libertades-nos-faltan> ; y "*Cannabis medicinal. Hemos encontrado una solución: Usted sufre mientras yo investigo*", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44286-cannabis-medicinal-hemos-encontrado-solucion-usted-sufre-mientras-yo-investigamos>



una pena de *cuatro a quince años* de prisión¹³ -máximo legal establecido para el delito de violación, por ejemplo-, o de *un mes a dos años* de prisión si es que se comprende dicha conducta dentro del atenuante *para consumo personal*¹⁴.

En el caso de que deba trasladar dicha sustancia, circunstancia de muy factible necesidad como cualquier madre traslada la medicina de su hijo/a al lugar donde el mismo la precise, las penas por tenencia simple van de *uno a seis años* de prisión¹⁵, o *un mes a dos años* de prisión en el caso de que se pueda comprobar que la tenencia es para *uso personal*¹⁶.

Ante la decisión de juntarse con otras dos o más madres -o pacientes- para el desarrollo de un cultivo colectivo, a fin de abaratar costos, compartir conocimientos sobre el cultivo, repartir responsabilidades en el desarrollo del mismo, o cualquier otra razón válida como para desarrollar esta tarea de forma comunitaria, la ley penal establece un agravante de *seis a veinte años* de prisión¹⁷ -penas que podrían corresponder ante un caso de homicidio simple-. Y la persona titular del inmueble en donde se lleve adelante dicha conducta, le podría corresponder a su vez el delito de *facilitación de lugar, aunque sea a título gratuito*, con una pena de *tres a doce años* de prisión¹⁸.

Aquellos/as cultivadores/as solidarios/as, generalmente personas que cultivan y destinan altruistamente parte de su cosecha para elaborar aceites y donarlos a las personas que los precisan con fines médicos/terapéuticos, les puede corresponder la pena de *tres a doce años* de prisión ante el *suministro gratuito*¹⁹. En el caso de que haya un intercambio oneroso, aunque sea para cubrir costos del cultivo o elaboración de aceites, les puede corresponder la pena de *cuatro a quince años* de prisión por *suministro a título oneroso*²⁰.

En el caso de que se realicen talleres de extracción de aceites, actividad cotidiana dentro de los grupos cannábicos que enseñan a dolientes a cultivar y extraer sus propias

¹³ Cfr. Artículo 5º inciso A de la ley 23.737.

¹⁴ Cfr. Artículo 5 anteúltimo párrafo de la ley 23.737.

¹⁵ Cfr. Artículo 14 primer párrafo de la ley 23.737.

¹⁶ Cfr. Artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737.

¹⁷ Cfr. Artículo 11 inciso C de la ley 23.737.

¹⁸ Cfr. Artículo 10 de la ley 23.737.

¹⁹ Cfr. Artículo 5º inciso E de la ley 23.737, segunda parte.

²⁰ Cfr. Artículo 5º inciso E de la ley 23.737, primera parte.



sustancias, dicha conducta puede ser penalizada mediante la pena de *uno a seis años* de prisión bajo la figura de *preconización*²¹, y/o la pena de *dos a ocho años* de prisión correspondiente a quien *imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes*²².

Si se decide tener acompañamiento médico y el/la profesional *prescribiera* la utilización de cannabis, el/la mismo/a podría ser reprimido/a con una pena de *dos a seis años* de prisión si no pudiera demostrar que dicha prescripción se encuentra dentro *de los casos que indica la terapéutica*²³.

Todas conductas que son cotidianas en pacientes, familias, madres, padres, autocultivadores/ras y médicos/as que rondan la temática por necesidad o por profesionalismo. Todas conductas alcanzadas por la ley penal.

Sobre ello no hubo voluntad política de avanzar en un contexto en donde el énfasis puesto en la retórica bélica de la *guerra contra las drogas*, acapara toda la atención y nubla la razón de comprender la necesidad de reforma legislativa consecuente con una realidad y la necesidad de las personas dolientes.

En este sentido y contexto, cabe reafirmar que la lesión jurídica es inminente pues, para conseguir el aceite y otros derivados de la planta de cannabis, cualquier persona que realice el autocultivo se encuentra frente a un apremiante riesgo de una incriminación penal. Esto a su vez, traerá como consecuencia que vuelvan los dolores y sufrimientos debidos a la patología y ausencia de tratamiento por medio de la sustancia. En otras palabras, por el mero hecho de decidir ejercer el derecho a cultivar cannabis para el tratamiento elegido y con el único objetivo de conseguir los efectos terapéuticos de sus derivados, se incurre en el riesgo que conlleva ser susceptible de un allanamiento al domicilio, la detención, el procesamiento penal e incluso se dicte condena en el marco de la causa penal.

D. La importación.

²¹ Cfr. Artículo 12 de la ley 23.737.

²² Cfr. Artículo 28 de la ley 23.737.

²³ Cfr. Artículo 9 de la ley 23.737.



Como hemos mencionado, desde el año 2014 se registran en nuestro país la importación de sustancias a base de cannabis por medio del régimen de *Usos Compasivos* establecidos por la ANMAT²⁴.

El 8 de junio de 2016, una semana anterior a que comiencen los debates y reuniones informativas en comisiones parlamentarias de la Cámara de Diputados para el tratamiento de la futura ley sobre uso medicinal del cannabis, la ANMAT ha publicado el *“Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Usos Terapéuticos de los Cannabinoides”* en el cual presentó los resultados obtenidos 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. Para ello, se seleccionaron 16 revisiones sistemáticas/metaanálisis y 2 estudios observacionales²⁵.

Cabe destacar que de las conclusiones de dicho Informe -que tiene el valor de representar la opinión del Estado Argentino en la materia-, se reconoce la utilización de cannabinoides para varias patologías, como ser: el tratamiento del dolor²⁶, epilepsia refractaria²⁷, espasticidad y espasmos dolorosos en em²⁸, reducción de náuseas y vómitos²⁹, y otras.

²⁴ Disposición 840/1995, reemplazada posteriormente por la Disposición N° 10401/16 sobre *“Régimen de Acceso a Excepción a Medicamentos (RAEM)”*.

²⁵ Cabe destacar que dicho relevamiento es bastante limitado a razón del avance en la investigación científica a nivel internacional.

²⁶ *“DOLOR: los cannabinoides muestran beneficios leves a moderados para el tratamiento del dolor cuando se los compara con placebo. El THC fumado ha demostrado ser la intervención con mayor efectividad. El nivel de efectividad de los cannabinoides es dosis dependiente y resultan ser opciones muy útiles cuando se asocian a otras alternativas terapéuticas”*.

²⁷ *“EPILEPSIA REFRACTARIA: se observó una reducción mayor o igual al 50% en la frecuencia de las convulsiones en el 47% de los pacientes tratados con CBD o su asociación con THC. Puede ser considerada como una alternativa adyuvante en el tratamiento de estos pacientes”*.

²⁸ *“ESPASTICIDAD Y ESPASMOS DOLOROSOS EN EM: especialmente el nabiximols, podría tener un rol importante en el manejo de la espasticidad no controlada con las terapéuticas habituales”*.

²⁹ *“REDUCCIÓN DE NÁUSEAS Y VÓMITOS: fueron 4 veces más efectivos que el placebo para el control de náuseas y vómitos en pacientes bajo tratamiento quimioterápico”*.



La máxima autoridad en la materia ha afirmado en dicho informe que: *“En casi todas las patologías estudiadas se plantea el uso de los cannabinoides como un potenciador y/o coadyuvante del tratamiento de base, lo que permitiría suprimir alguna droga o reducir su dosis con el consecuente beneficio”*; *“en las enfermedades raras y graves como la Epilepsia Refractaria sobre todo antes de los 18 años, el uso del aceite de cannabis resulta en una clara tendencia en la mejoría de los enfermos y en su calidad de vida y la de sus cuidadores”*; *“el uso medicinal del cannabis y sus compuestos no adictivos deberían ser considerados dentro del arsenal terapéutico de uso controlado”*.

Sin embargo, contradiciendo su propio informe y los antecedentes de importación para cualquier patología, el 7 de octubre de 2016 –en pleno debate parlamentario- la misma ANMAT **restringió la importación** de productos en base a cannabis **solo ante casos de epilepsia refractaria de niños y jóvenes adultos**³⁰. Un retroceso y contradicción institucional de suma gravedad³¹.

Por su parte, la Ley 27.350 establece que la ANMAT *“...permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las **patologías contempladas en el programa** y cuenten con la **indicación médica pertinente**. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa”*³² (el resaltado me pertenece).

Ello se complementa con la Resolución del Ministerio de Salud N° 1537-E/2017, que establece 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 el Programa de investigación. Aclarando que *“El Programa podrá incorporar otras patologías, basado en la mejor evidencia científica”*.

O sea, en principio seguirá la restricción de importación de productos cannábicos **únicamente para casos de epilepsia refractaria**, siendo la única patología claramente

³⁰ Comunicado disponible en http://www.anmat.gov.ar/comunicados/Aceite_Cannabis_para_Uso_Compasivo.pdf

³¹ Véase testimonios recientes en la siguiente nota periodística al cumplirse un año de la aprobación de la ley: <https://www.infobae.com/sociedad/2018/03/28/la-ley-de-uso-medico-de-la-marihuana-cumple-un-ano-retrocedimos-estamos-peor-que-antes-aseguran-familiares-y-usuarios/>

³² Cfr. su artículo 7°.



contenida en el Programa. Ello redunda en un retroceso en el acceso a la sustancia que afecta la progresividad en materia de derechos humanos.

Recientemente un fallo³³ de la Cámara Federal de Córdoba, ha tratado el tema aquí expuesto ante el amparo interpuesto por una persona al no poder acceder a la sustancia por padecer una patología ajena a la epilepsia refractaria. El tribunal, luego de citar la versión taquigráfica del debate en el Congreso Nacional, ha entendido “...que no surge del espíritu del legislador limitar el derecho al acceso de medicamentos derivados del cannabis a una patología particular. Por cuanto queda entreabierto la posibilidad de que diversas patologías sean incluidas en el programa en cuestión. Contrariando dichos principios, la ANMAT dictó con fecha 7/6/2018 un comunicado mediante el cual circunscribe la autorización de importación de aceite de cannabis sólo para aquellas personas que padezcan “epilepsia refractaria”. Con dicho proceder queda demostrado que el citado organismo se ha excedido en el ejercicio del Poder de Policía que le compete como autoridad de aplicación del Ministerio de Salud de la Nación, toda vez que sin efectuar mayores precisiones deja desamparados a todos aquellos que pudieran sufrir una patología que requiera del uso del medicamento en cuestión, conforme las prescripciones médicas pertinentes”. Resolviendo así que “corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y en consecuencia ordenar al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal en la cantidad requerida por el profesional médico tratante, de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento indicado con motivo de su diagnóstico de “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen””.

E. Prescripción médica.

Como hemos visto, sobre los/as profesionales de la salud pesa la amenaza de sanción penal de *dos a seis años* de prisión para quien “prescribiera, suministrar o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias”³⁴. Circunstancias abstractas, arbitrariamente contenidas en un tipo penal, ya que tanto los *casos que indica la terapéutica* como las *dosis* recomendadas,

³³ Autos caratulados “I., M. P. c/ DASPU - Obra social universitaria y otros s/prestaciones farmacológicas” expte. n° fcb 54049/2018/ca1”

³⁴ Cfr. Artículo 9° de la Ley 23.737.



hacen al buen ejercicio de cada profesional conforme los cuadros clínicos que se les presenten y el conocimiento que tengan sobre el funcionamiento del sistema endocannabinoide en el cuerpo humano³⁵. Sin embargo, la amenaza de sanción penal existe en tales términos.

A su vez, el Decreto-Ley que rige el ejercicio de la medicina³⁶ prohíbe “*practicar tratamientos personales **utilizando productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta y/o no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública***” (el resaltado me pertenece). Actualmente, dicha autorización está en manos de la ANMAT.

El problema se presenta cuando este organismo no sólo que no reconoce sustancia alguna a base de cannabis, sino que mantiene vigentes dos disposiciones que enumeran al cannabis dentro del listado de sustancias vegetales que no pueden ser usados en fórmulas de medicamentos fitoterápicos (Disposición 1788/2000), o en la composición de suplementos dietarios (Disposición 1637/2001)³⁷. O sea, ¿cuál es la posibilidad de los profesionales de la salud de recetar, prescribir o indicar sustancias que no están reconocidas por la autoridad pública y la misma prohíbe su elaboración? Ello tampoco fue subsanado mediante la aprobación de la Ley 27.350.

F. La necesidad del autocultivo de cannabis para usos terapéuticos³⁸.

Como hemos dicho, el punto más débil de la ley aprobada es su terca desatención al legítimo reclamo de las personas que actualmente están haciendo uso medicinal de la sustancia en su estado vegetal, accediendo a ella mediante técnicas de autocultivo. Ello a pesar de dos reuniones informativas en las cuales las madres y usuarios/as han

³⁵ Conocimiento aún hoy no difundido en las currículas de las universidades públicas y privadas del país.

³⁶ Decreto ley 17.132/67, *Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas*.

³⁷ Recordemos la importancia de ello, siendo que uno de los aceites producidos internacionalmente es reconocido en EEUU como un suplemento dietario: el aceite de CBD conocido comercialmente como Charlotte’s Web.

³⁸ En los siguientes párrafos reproduciremos algunos contenidos de la siguiente publicación: FUSERO, Mariano (2016), “*Cannabis Medicinal. Hemos encontrado una solución: Usted sufra mientras yo investigo. observaciones sobre los dictámenes de comisiones parlamentarias*”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44286-cannabis-medicinal-hemos-encontrado-solucion-usted-sufra-mientras-yo-investigó>



claramente expuesto los motivos por los cuales precisan de hacerse de las sustancias en su estado natural, diversificando las cepas de sus plantas a fin de arribar a aquellas sustancias que mayores beneficios brinden a la salud propia y la de sus hijos.

El autocultivo como vía de acceso para los fines terapéuticos, se presenta como absolutamente necesaria en el reconocimiento de una realidad y un derecho. Son varias las personas usuarias terapéuticas de cannabis que brindan testimonio respecto de la necesidad de ir cambiando sucesivamente las cepas de las plantas a utilizar (variedad en sus compuestos psicoactivantes), motivo de desarrollar gradualmente una tolerancia a tales compuestos durante consumos medianamente prolongados. Muchos/as otros/as han atestiguado sobre la necesidad de utilización de la planta en su estado natural, ya que les brinda mayores beneficios terapéuticos que el consumo de componentes cannábicos sintetizados o aceites estandarizados. La industria farmacéutica o producción estatal, por su falta de dinamismo y estandarización, no podrá abastecer tal demanda y necesidad, motivo de la imposibilidad de ir rotando los compuestos cannábicos conforme a la necesidad terapéutica individual de cada solicitante y/o la necesidad de consumir la sustancia en su estado natural.

Recientemente se ha publicado un informe del “*Grupo Parlamentario de todos los partidos del Reino Unido por la Reforma de las Políticas de Drogas*”³⁹, que luego de siete meses de investigación han abogado por legalizar y regular el cannabis medicinal incluyendo el autocultivo. En el mismo se menciona que:

*“Los testimonios de los usuarios de cannabis medicinal en las audiencias, estudios de casos y la encuesta de usuarios de cannabis medicinal, sugieren que al menos algunos de ellos prueban diferentes variedades de cannabis hasta que encuentran aquellas que funcionan mejor en ellos. **La despenalización del cultivo hogareño de cannabis medicinal, permitiría una mayor flexibilidad en la determinación del tipo de cannabis que utilizan. Un sistema de producción bajo licencia controlada por el Estado puede garantizar la calidad, asegurar que el producto está libre de pesticidas y otras impurezas,***

³⁹ Access to medicinal cannabis: meeting patient needs. All-Party Parliamentary Group for Drug Policy Reform. Inquiry Report. Disponible en <http://idpc.net/es/publications/2016/09/acceso-a-cannabis-medicinal-satisfaccion-de-las-necesidades-de-los-pacientes>



y asegurar los niveles específicos de los principales cannabinoides en las cepas particulares seleccionadas. Sin embargo, el costo más bajo, evitando el mercado ilícito, y la flexibilidad para los usuarios en la experimentación de la cepa y la dosis que mejor funciona para ellos, se consiguen más fácilmente en un sistema de **despenalización del “autocultivo”**. Un recurso del Estado podría ponerse a disposición de los cultivadores, asesorando sobre los métodos de cultivo y control de calidad”⁴⁰ (traducción libre, el resaltado me pertenece).

Asimismo, recientemente un grupo de médicos psiquiatras nucleados en la Asociación de Psiquiatras Argentinos (APSA)⁴¹, desarrolló un informe en afirmando que:

*“Consideramos que, en tanto los derivados de cannabis han demostrado poseer propiedades terapéuticas, es urgente regular su producción en el país para **retirar a las familias que actualmente cultivan las plantas y producen artesanalmente el aceite de su condición de ilegalidad.***

A la fecha, con autorización de la ANMAT, se puede importar aceite de cannabis: cuesta alrededor de 275 dólares, dura aproximadamente dos meses y requiere de trámites que exponen a las familias a burocratizaciones innecesarias en caso de se acordara una regulación para su producción en nuestro país.

Es de destacar que, si bien la despenalización de la investigación con fines medicinales es absolutamente necesaria, no es suficiente. El padecimiento de los niños y el impacto en la dinámica del grupo familiar de los síntomas, sumado a la frustración frente a la impotencia de tan graves patologías y el

⁴⁰ Traducción libre del siguiente párrafo: “*Testimony from the users of medicinal cannabis at the hearings, case studies and the survey of users of medicinal cannabis suggests that some at least try different strains of cannabis until they find the ones that work best for them. Decriminalisation of home growing of medicinal cannabis would allow more flexibility in determining the type of cannabis used. A system of state-controlled, licenced production can guarantee quality, ensure the product is free from pesticides and other impurities and ensure specified levels of the main cannabinoids in the particular strains selected. However, lower cost, avoiding the illicit market and flexibility for users in experimenting with the strain and dosage that works best for them are more easily achieved in a system of decriminalised “grow your own”. A state-sponsored resource could be made available to growers advising on growing methods and quality control*”.

⁴¹ Médicos Psiquiatras integrantes del Grupo de Investigación en Adicciones del Capítulo de Psiquiatras en Formación de APSA.



agotamiento psicológico de los cuidadores, hace indispensable la regulación del cultivo con fines medicinales; de postergarse dicho debate, se estarían vulnerando los derechos de estos niños, sus familias y de cualquier paciente que frente a un diagnóstico que pueda verse favorecido con el uso de cannabis, asesorado por un médico, elija probar una terapia natural y complementaria que puede mejorar su calidad de vida” (el resaltado me pertenece).

Por su parte, más de 270 jueces, fiscales y defensores oficiales de todo el país, se han manifestado recientemente a favor de no criminalizar la conducta de “autocultivo” para uso personal, en la “Declaración de Magistrados por una Política de Drogas respetuosa de los Derechos Humanos” desarrollada por la Asociación Pensamiento Penal (APP) en el contexto del 30 Aniversario del fallo “Bazterrica”⁴².

A nivel internacional, diversos organismos también han recomendado la no criminalización directa o indirecta de personas usuarias de sustancias prohibidas, como ser el Comité Científico de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida (ONU-SIDA), ONU-Mujeres, la Universidad de las Naciones Unidas (UNU-UNESCO) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). A nivel local, cabe destacar las recomendaciones en idéntico sentido realizadas por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), y el Comité Científico Asesor en Materia de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja⁴³.

A nivel legislativo, desde el año 2009 al 2016 se han presentado 15 proyectos de ley que despenalizan la figura de cultivo para consumo personal, significando el 75 % de

⁴² Disponible en <http://www.pensamientopenal.org.ar/bazterrica/>

⁴³ Véase FUSERO, Mariano (2017), “Declaraciones de organismos internacionales respecto de la no criminalización de las personas que usan drogas”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45353-declaraciones-organismos-internacionales-respecto-no-criminalizacion-personas-usan>



los proyectos presentados sobre el tema y provenientes de las más diversas bancadas legislativas⁴⁴.

Diversos organismos de derechos humanos se han manifestado a favor de la regulación del autocultivo, firmado una declaración ante la demora por entonces de la reglamentación de la ley 27.350:

“La desidia redundante en una afectación, muchas veces irreversible, de los derechos a la salud y bienestar de la población que precisa acceder a la sustancia con fines médico-terapéuticos; entre ellos niños/as con graves patologías y dolencias pasibles de ser tratadas mediante el cannabis.

*Asimismo, **mantiene vigente la desprotección, clandestinidad y riesgo de criminalización de las personas usuarias que necesitan o eligen acceder a la sustancia en su estado natural, mediante la técnica de autocultivo personal, solidario o colectivo.** En tal sentido, se hace imperiosa la reglamentación del Artículo 8º de la ley en cuestión, brindando criterios objetivos de autorización con el fin de garantizar la libertad y autodeterminación de las personas que hoy en día son pasibles de ser criminalizadas con penas absolutamente desproporcionadas.*

*El Estado debería ofrecer **acompañamiento institucional a tales usuarios, otorgándoles la posibilidad de contar con el apoyo y asesoramiento** de los organismos públicos pertinentes respecto de sus cultivos domésticos y brindarles asistencia en relación a los usos aconsejables de la sustancia, mediante la implementación de protocolos sanitarios y abordajes basados en la reducción de daños.*

*La demora en la puesta en vigencia de la reglamentación, favorece también al **crecimiento sostenido de un mercado ilegal y oportunista de sustancias desprovistas de control institucional** alguno en su calidad, componentes y*

⁴⁴ Véase FUSERO, Mariano (2016), “Comparativo de proyectos de ley sobre despenalización de delitos de consumo de drogas en Argentina (2009/2016)”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44229-comparativo-proyectos-ley-sobre-despenalizacion-delitos-consumo-drogas-argentina>



trazabilidad. Tales sustancias generalmente son ofrecidas a personas sufrientes y desesperadas en obtener alguna vía de acceso al cannabis que alivie sus padecimientos, motivo de la ausencia de vías de acceso garantizadas por el Estado. La ausencia de regulación estatal, favorece a un incipiente negocio en manos de quienes lucran con el dolor y la desesperación de tales personas.

Por último, **observamos con preocupación ciertos posicionamientos institucionales restrictivos del acceso al cannabis sólo para casos de epilepsia refractaria**, cuando el Estado Argentino ha reconocido el uso medicinal-terapéutico de la sustancia para diversas dolencias y patologías (Cfr. ANMAT, “Informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria. Usos Terapéuticos de los Cannabinoides”. 8 de Junio de 2016). **Ello violenta el principio de progresividad en el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos más elementales como ser la salud y vida de la población**⁴⁵.

Asimismo, cabe destacar diversos fallos judiciales de los tribunales supremos de nuestra región, como ha sido entre otros el caso de Chile, Colombia⁴⁶ y Canadá⁴⁷, que ante casos semejantes a los planteados en autos han consecuentemente reafirmado el ejercicio de los derechos humanos más elementales, habilitando el acceso a la sustancia por medio del autocultivo.

Otro de los fallos de la Corte Federal de Canadá que resulta de importancia mencionar, es el dictado en el caso “2016 FC 236”, donde se resolvió sobre el planteo de las personas consumidoras con fines medicinales respecto de la inconstitucionalidad de que se les restrinja el cultivo (conservándolo sólo para los pocos productores autorizados), lo que generaba una limitada gama de variedades y cepas, obteniéndose poca

⁴⁵ Documento titulado “Organizaciones de derechos humanos reclaman al Poder Ejecutivo Nacional la urgente reglamentación de la Ley 27.350 sobre Uso Medicinal del Cannabis”, disponible en <http://www.pensamientopenal.org/organizaciones-derechos-humanos-reclaman-al-poder-ejecutivo-nacional-la-urgente-reglamentacion-la-ley-27-350-uso-medicinal-del-cannabis/>

⁴⁶ Véase resúmenes en CORDA, Alejandro y FUSERO, Mariano, “De la Punición a la Regulación: Políticas de cannabis en América Latina y el Caribe”. Transnational Institute, Holanda. Disponible en https://www.tni.org/files/publication-downloads/informe_sobre_politicas_de_drogas_48.pdf

⁴⁷ Véase TORTI IERMINI, Marcos Antonio “El fallo Smith de la Corte Suprema de Justicia de Canadá y el análisis sobre el uso de cannabis y sus derivados para uso medicinal en la actualidad en la argentina”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45190-fallo-smith-corte-suprema-justicia-canada-y-analisis-sobre-uso-cannabis-y-sus>



disponibilidad, menor calidad y alto precio de la sustancia.

En dicho caso, en primer lugar se consideraron todas las objeciones estatales referidas a la peligrosidad de las dosis y otros parámetros de riesgos de permitir cultivar a las personas, sobre lo cual el Máximo Tribunal canadiense reconoció el derecho de las personas litigantes concluyendo que: *"(93) La evidencia es que el uso de marihuana medicinal tiene efectos tanto físicos como psicológicos sobre los pacientes. El alivio dado es en parte influenciado por la perspectiva del paciente y no puede ser despreciado como una especie de placebo. La falta de acceso a diferentes cepas aparece teniendo un efecto adverso en algunos pacientes." ...*

*"(210) La Corte no puede sacar una conclusión ignorando la evidencia de tolerancia, métodos de consumo y otras características y necesidades del individuo" (...), (211) Resulta innecesario debatir si la preferencia de los actores por una cepa u otra está médicamente establecida. Hay suficiente testimonio recogido acerca de que el tipo de cepa afecta la elección de los pacientes para tratar sus enfermedades. Adicionalmente, hay suficiente prueba de que el sistema de productores no proporciona adecuadamente las cantidades y dosis de las cepas que los pacientes prefieren"*⁴⁸.

Es que el derecho de toda persona a elegir su propio tratamiento y el acceso a la salud integral, son derechos humanos fundamentales de reconocimiento internacional. La Corte Suprema de la Nación sucesivamente ha reconocido tales derechos y los ha vinculado con los derechos a la vida, libertad, privacidad y autodeterminación individual (Fallo "Albarracini" del año 2012, por ejemplo), estableciendo el derecho de toda persona a **elegir su tratamiento o no tratarse en todo caso**. Por lo cual, no debe de precisarse mayor prueba científica para considerar como terapéutico el uso de la sustancia en

⁴⁸ Traducción libre del siguiente considerando: "(93) The evidence is that the use of medical marijuana has both physical and psychological effects on patients. The relief given is influenced in part by the patient's perspective and cannot be callously dismissed as something akin to a placebo. The lack of acces to different strains does appear to have an adverse effect on some patients including some of the Plaintiffs in this matter." (210) The Court cant make a conclusion ignoring the evidence on tolerance, method of consumption and other personal characteristics and needs of the individual". (211) It is unnecessary to debate whether the Plaintiff's preference of one strain versus another is medically established. There is enough anecdotal evidence that the type of strain affects the patients choice in treating their illnesses. Additionally, there is enough evidence that currently, the LP regime may not have an adequate supply of a patients dose amount in their preference of strain". (Canada Federal Court; 2016-02-24; Neil Allard, Tanya Beemish, David Hebert, Shawn Davey – Her Majesty the Queen in Right of Canada.)



cuestión, más allá del alivio personal de los dolores y padecimientos de cada una de las personas que sufren y ello atestiguan.

Cada persona es dueña de su cuerpo y dolores, siendo quien puede discernir en última instancia respecto de la efectividad de la terapia a la cual se somete o es sometida. La regulación del cannabis para usos medicinales y terapéuticos, no es completa sin contemplar los derechos de las personas que producen sus propias sustancias y las implementan en sus propios cuerpos. En todo caso, si resulta necesario, deberemos resignificar los usos medicinales y terapéuticos más allá de lo que la ciencia y los/as profesionales de la salud consideren, priorizando la libertad y autodeterminación de cada persona que sufre por sobre los mismos. Tales personas no pueden ni deben aguardar aquellos estudios que brinden basamento científico al alivio actual que, a ciencia cierta, reciben mediante el uso de una sustancia. El seguimiento médico es una circunstancia siempre deseable y recomendable, aunque no imprescindible en el ejercicio del derecho humano a la salud integral de tales personas dentro de su esfera de libertad y elección individual (Art. 19 CN). Lo contrario, significaría una medicalización del ejercicio de los derechos humanos más elementales.

En el decir del Juez Guillermo Scheibler en la sentencia “Cibotti”⁴⁹, ***“el paciente es la sola persona capaz de evaluar la intensidad de su propio dolor”***. Recordemos que, en esta sentencia, en la cual una persona que convive con VIH y hace años se trata diversas patologías con cannabis, el Juez ha dicho al respecto de la pretendida autorización a ejercer el autocultivo, que dicha conducta se encuentra dentro del ***“ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros”***. Reproduciremos el extracto pertinente, a mayor entendimiento:

*“...corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en que ‘se lo autorice a su autocultivo’. Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea **defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio***

⁴⁹ Sentencia disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/41749-cannabis-uso-medicinal-provision>



plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas “acciones privadas”, ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntiliosamente de aclarar que se encuentran ‘exentas de la autoridad de los magistrados’ (art. 19 C.N.).

En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en la que un ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial para que lo ‘autorice’ a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría —fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público.

De este modo, considerar que corresponda a un órgano estatal (como lo es este Juzgado) conceder una ‘autorización’ para que un ciudadano desarrolle una conducta que no afectaría a terceros en su ámbito de privacidad, relacionada con su bienestar físico y mental, implicaría —más allá de la decisión sustancial del caso concreto— la negación propia y flagrante de uno de los más valiosos preceptos de nuestra Constitución. Por tal razón, estimo que no resulta procedente la pretensión interpuesta en subsidio por el actor.

Va de suyo que la paradójica situación expuesta, constituye una manifestación más de la política de ‘penalización total’ en materia de estupefacientes, y que el actor sólo persigue contar con medios institucionales para repeler eventuales intromisiones estatales a su ámbito de privacidad basadas en la ley 23.737” (el resaltado me pertenece).

Ninguno de los/as diputados/as que se han opuesto por íntima convicción o presiones externas a habilitar el autocultivo, ha podido responder a un simple interrogante: ¿Cuál es la solución que se propone para las madres cuyos hijos no pueden aguardar los resultados a los que eventualmente arribe la investigación propuesta por el Ministerio de Salud y que actualmente encuentran un alivio al sufrimiento accediendo a la sustancia por vía del autocultivo?... ¿Su criminalización con penas que pueden ir hasta los 20 años de prisión? Muchos/as han evadido la pregunta. Otros/as, directamente la



mirada. Es que considerar la mera posibilidad de que una madre sea criminalizada, allanada, detenida y eventualmente prisionizada por el sólo hecho de velar por la salud de su hijo, no deja de ser vergonzante en una democracia y Estado de Derecho. Y ello es lo que permite el régimen normativo actual y sostiene las lagunas de la ley 27.350.

Algunos/as de ellos/as han hilvanado alguna respuesta, afirmando que las personas usuarias terapéuticas podrían acceder al programa propuesto y obtener allí las sustancias que correspondan. Dicha respuesta desconoce una realidad:

- Las familias y usuarios **actualmente** se encuentran autocultivando y haciendo uso del cannabis con resultados positivos sobre la salud propia y la de sus hijos/as. Solicitar que interrumpan dicho tratamiento mientras que el Estado realice las investigaciones pretendidas, es sencillamente irracional e inhumano. Nadie en su sano juicio puede suponer que una madre va a someter a un dolor innecesario a su hijo/a hasta tanto el Estado se expida al respecto de la validez científica del alivio actual. “*Sufra mientras investigo*”, no pareciera ser una solución respetable, ética, empática ni respetuosa del dolor ajeno.
- La importación de productos mientras concluyen las investigaciones, tampoco es una solución válida, motivo que la estandarización de los mismos mediante componentes base, no son útiles para todas las patologías. Cada persona que autocultiva su propia sustancia generalmente ha hecho ensayo y error respecto de las cepas y cannabinoides que alivian sus dolores. Asimismo, no toda persona asimila y/o le es útil las vías de dosificación propuestas por la elaboración farmacéutica, necesitando la sustancia en su estado natural para administrársela por las vías que correspondan (inhalación, vaporización, ungüentos, etc.).
- Cada planta de cannabis y sus diferentes cepas, tienen alrededor de 150 cannabinoides. Los efectos terapéuticos de los mismos a veces se logran aislándolos (CBD, por ejemplo) o mediante la sinergia producida entre los mismos (THC-CBD, por ejemplo). Si la investigación pretende individualizar a los 150 cannabinoides y realizar ensayos clínicos con cada uno de ellos sobre las más diversas patologías tratables con cannabis, pueden que pasen décadas antes de arribar a algún resultado provisorio y sería una experiencia tan novedosa que no existen antecedentes a nivel mundial. Ni siquiera de los países que hace más de treinta años tienen regímenes de regulación del cannabis para uso terapéutico/medicinal sin la necesidad de haber realizado investigaciones semejantes.
- En la práctica existen cuantiosas investigaciones a nivel mundial sobre los usos medicinales y terapéuticos del cannabis. La lectura del propio “*Informe*



Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Usos Terapéuticos de los Cannabinoides” de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), da una aproximación de ello. Asimismo, como hemos mencionado, psiquiatras de la Asociación de Psiquiatras Argentinos (APSA) han desarrollado un informe en el cual se relevan diversas investigaciones respecto de la sustancia⁵⁰.

- Como lo ha sostenido sucesivamente la jurisprudencia, el autocultivo es una conducta cuya criminalización es inconstitucional por encontrarse amparada en el derecho a la privacidad, libertad y autodeterminación personal (Art. 19 CN); y en aquellos casos que su fin último es el acceso a una sustancia con fines medicinales, hace al derecho a la salud integral y vida de las personas (Art. 75 inc. 22 CN)⁵¹.

- El ingreso al programa de investigación propuesto, no puede ser bajo amenaza de sanción penal a aquellas personas que actualmente se encuentran autocultivando. Pareciera que la propuesta estipula un sistema de premios y castigos, respecto del ingreso al programa. El premio sería eventualmente acceder gratuitamente a las sustancias una vez terminadas las investigaciones a realizar. El castigo por no ingresar al mismo, es continuar bajo amenaza de sanción penal y eventualmente ser criminalizados/as. Dicho sistema de premios y castigos pareciera más un ejercicio de biopoder que una investigación científica sobre los usos medicinales de la sustancia.

- El acceso a la sustancia en términos de gratuidad, bajo la condición de ingresar al programa, violenta el derecho a la igualdad en la universalidad del acceso a la salud pública. Por su parte, la extorsión penal sostiene y refuerza la inconstitucionalidad de la persecución a los/as consumidores/as y quiebra la ética institucional del Estado en el tratamiento que se le brinda a las personas con patologías tratables mediante la sustancia.

G. La prohibición constitucional de criminalizar conductas que no lesionen derechos de terceros: arbitrariedad e ilegalidad manifiestas.

Una cuestión que debe tenerse en cuenta y resulta de trascendental para la comprensión de lo planteado, es la inconstitucionalidad de la represión de los llamados

⁵⁰ Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44253-cannabis-medicinal-informe-medicos-miembros-asociacion-psiquiatras-argentinos-apsa>

⁵¹ Véase ARÁOZ FALCÓN, Candelaria (2016). *Acceso al cannabis medicinal como derecho humano*. Asociación Pensamiento Penal (APP), Septiembre 2016. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44082-acceso-al-cannabis-medicinal-derecho-humano>.



“delitos de consumo”; entre ellos la tenencia de estupefacientes para consumo personal y el “autocultivo”, desde la óptica del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Recordemos que la norma establece que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

En cualquier precedente jurisprudencial o análisis de doctrina que aborde este tópico, la decisión queda supeditada a la interpretación que sobre este artículo se realiza o, en su defecto, de cómo se relaciona con la ley de estupefacientes.

La importancia de este artículo en nuestro ordenamiento jurídico es vital. A través de esta cláusula se protege la autonomía de las personas, esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía sólo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando daños o agresiones. Carlos Nino enseña que este principio de autonomía que “subyace” al artículo 19, “es la base de los diversos derechos más específicos que están enumerados en diversos artículos de la primera parte” de la CN⁵².

Se trata de uno de los pilares sobre los que se asientan las constituciones modernas, que aseguran el resguardo para que toda persona pueda llevar su vida adelante del mejor modo posible, en el marco de sus posibilidades, siempre que no represente afectación a una persona concreta o los intereses de la comunidad en general, sin ser afectado por la intromisión del Estado por cualquiera de sus agentes.

Nino afirma, respecto de la penalización de delitos de consumo, que *“La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento*

⁵² NINO, Carlos, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 323.



fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial”⁵³.

Luigi Ferrajoli con claridad nos dice que *“es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto de los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad”⁵⁴.*

La conquista de este derecho es uno de los logros más trascendentes del derecho penal liberal y es importante analizar detenidamente cualquier conflicto que, con relación a su interpretación, pueda suscitarse. El artículo 19 protege la privacidad, que Nino define como el conjunto de *“las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros”⁵⁵*. No se trata sólo de lo que ocurre fuera de la vista de los demás (lo íntimo), sino que la Constitución protege las elecciones de vida que cada persona hace sin afectar a otras, aunque esas elecciones sean conocidas por el resto. Se protegen también las expresiones públicas de la autonomía ejercida por cada individuo. La intervención estatal se justifica sólo cuando existe un daño a terceros, que -además- debe tener una entidad apreciable y no ser sólo una molestia⁵⁶.

En un fallo de junio de 2012, la Corte Suprema reafirmó esta interpretación de la cláusula constitucional. Al negarse a ordenar una transfusión de sangre contra la voluntad expresa declarada por un paciente que pertenecía a los Testigos de Jehová, el Alto Tribunal reiteró que los *“comportamientos incluso públicos [de una persona] pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”* (“Albarracini”, Fallos, 335:799).

Como amplia garantía constitucional, impacta fuertemente en otras ramas del derecho. En el derecho penal adquiere otra categoría que representa una frontera, un

⁵³ NINO, Carlos, “La Constitución de la democracia deliberativa”, Gedisa, 1999, p. 279.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, “El principio de lesividad como garantía penal”, publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología, Año 2, Número 8, editorial La Ley, p. 8.

⁵⁵ Op. cit., pág. 304.

⁵⁶ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo 2, pág. 388).



límite infranqueable. Este límite es conocido como principio de reserva. La única forma de verificar si un hecho es factible de ser imputado o atrapado por el acotado margen que debe reservarse al derecho penal en las sociedades democráticas, es en los casos donde no exista intromisión en esa frontera privada.

El derecho penal regula de diversos modos esta relación con el derecho constitucional. Por un lado, estipula que no le interesan conductas que no afectan a terceros, e incluso, las autolesiones que puedan afectar la autonomía personal. La esencia de un hombre libre, es la del que puede llevar a cabo su plan de vida de la forma que crea conveniente, sin que el Estado se entrometa, utilizando la faz más represiva del derecho.

Nos encontramos frente a la máxima constitucional por un lado y, por el otro, ante la ley 23.737 que regula en qué situaciones pueden criminalizarse conductas vinculadas a estupefacientes como dos líneas paralelas que nunca se cruzan ni entran en colisión. El primer punto de la discusión tiene que ver directamente con la jerarquía normativa y aquí, ninguna duda debe quedar en cuanto a que, la norma superior es el fundamento de validez de la norma inferior, y en una discusión entre una norma constitucional y una ley inferior como lo es la 23.737, debe prevalecer la primera.

La discusión relativa a qué norma debe prevalecer no puede abrigar dudas. La ley fue formalmente sancionada del modo previsto por la Carta Magna (es una ley vigente) y únicamente puede resultar válida si su texto es coherente con ella. Por ende, al momento de analizar esta colisión, siempre debe considerarse el artículo 19 reseñado. Todos asumimos el riesgo, aun cuando consideramos que otros ciudadanos adoptan ciertas conductas "equivocadas", potencialmente autolesivas o distintas a nuestros planes de vida. Preferimos que continúen en ellas, a resignar este básico derecho a la libertad.

Un efecto derivado del principio de autonomía de la persona consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional es la idea que históricamente se encuentra condensada en los artículos 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando dicen: *"la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás"*, y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en párrafos como éstos: *"Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión (...) la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en*



términos de su propio bien y sí solo para la seguridad de otros (...). Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón `prima facie´ para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general (...). Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés solo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente"⁵⁷.

Mill sostenía, claramente, que "La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás".

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny, concluye que "La tesis de Mill sigue siendo relevante en materia penal, pues admitir que el Estado pueda imponer coactivamente modelos de virtud, sería abrir el camino a la sociedad totalitaria. Un Estado fundado en el pluralismo y respetuoso de la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas no puede imponer, por medio del derecho penal, a sus ciudadanos modelos de virtud o formas de vida. Si se admite que el Estado prohíba u ordene a alguien efectuar una conducta sólo porque ésta es perjudicial para su propia salud o porque el Estado la considera inmoral, se habrá eliminado todo límite a la interferencia estatal en la autonomía de las personas.

⁵⁷ MILL, John S., "Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham", p. 136-137.



Mañana se podrá penalizar el homosexualismo, consumir chocolates o leer determinados libros”⁵⁸.

El principio de autonomía de la persona establece que, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. El artículo 19 de la C.N., vedando la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicio a terceros, hace explícito este principio de autonomía.

Este principio, presupone una distinción entre dos dimensiones o áreas de la moral: la moral personal o “autorreferente”, que prescribe o prohíbe ciertas conductas y planes de vida por los efectos que tienen en el carácter moral de su propio agente, según ciertos modelos de virtud, y la moral social o “intersubjetiva”, que prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de sus agentes. El principio de autonomía se apoya en esta distinción y estipula que sólo en lo que hace a su desviación de la moral intersubjetiva una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos.

Teniendo en cuenta los aspectos identitarios del mismo, debo mencionar dos puntualmente: el primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida.

El segundo aspecto, es la prohibición al Estado y a los particulares de interferir en la libre elección y materialización de ideales de vida que son parte de la moral autorreferente (se trata de acciones que no afectan la autonomía de terceros).

La circunstancia de que el uso de sustancias involucre un aspecto íntimo de la persona (en sí no afecta a terceros), provoca que quede reservada a la moral

⁵⁸ Cfr. UPRIMNY YEPES, R., “Drogas, derecho y democracia”.



autorreferente. El principio de autonomía exige que el Estado no interfiera en la elección de conductas o planes de vida que sólo afectan a la moral autorreferente. Entonces, no se justifica la intervención del Estado para regular tales conductas. En síntesis, dicha decisión debería quedar librada al sujeto, sin intromisiones de ninguna índole y sin necesidad de instancias previas.

VII. JURISPRUDENCIA EN ARGENTINA RESPECTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE CONSUMO

A. Inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal.

La CSJN ha sostenido que *“En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...”* (CSJN, fallo "Gramajo"); (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343).

Asimismo, con una diferencia de treinta y dos años, la misma CSJN en su renombrado fallo “Bazterrica”, ha sostenido que *“Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada”*, declarando allí la inconstitucionalidad de la tenencia de sustancias prohibidas estipulada en el artículo 6 de la antigua ley 20.771.

En dicho fallo, Petracchi sostuvo que *“deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda”*.

Actualmente, el mismo Tribunal ha interpretado la disyuntiva expuesta en los apartados precedentes entre los fallos Colavini, Montalvo y Bazterrica. En 2009, la Corte



resolvió el caso “Arriola” (Fallos, 332:1963), que representa la opinión actual del tribunal y retoma el antecedente de 1986 del caso “Bazterrica”.

Del fallo “Arriola”, en el cual la Corte declaró inconstitucional el artículo 14 de la ley 23.737 que reprime la tenencia para uso personal, se desprenden interesantes posturas respecto a la punibilidad de estas conductas. Se sostuvo que no se había logrado el objetivo de reducir, a través de esta prohibición, el problema de las adicciones ni el del narcotráfico; se añadió que los tratados de derechos humanos incorporados en 1994 (artículo 75.22 CN), prohíben la injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada y consagran la dignidad que impide tomar a una persona (por ejemplo, el consumidor de drogas) como instrumento en la lucha contra el narcotráfico; asimismo el tribunal destacó que ningún tratado internacional obliga a sancionar la tenencia para consumo personal.

Entre otros considerandos del fallo La Corte ha dicho que:

- ✓ “...aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad”.
- ✓ Las normativas internas y de derecho internacional que protegen la autodeterminación de las personas (por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución Nacional), constituyen “...una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.
- ✓ “Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional”.
- ✓ “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad”.
- ✓ “La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...”.
- ✓ En referencia a la frustración del objetivo fundamental de la ley de drogas, como ser la supuesta protección de la «salud pública», la CSJN, “...lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo



largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos”.

✓ "Desde esta perspectiva se asume claramente que la "adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados" (cfr. UNODC, Informe del año 2009...). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue..." (Se hace referencia allí al Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

✓ "No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud. (...) De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado -cuando no incoherente y contradictorio- de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta".

✓ "...resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" -e ignorado en su problemática- no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención".

✓ Mediante la reforma constitucional de 1994 y la inclusión de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte sostiene que se "ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional".

✓ Más sistemáticamente, el presidente del cuerpo, Ricardo Lorenzetti, establece en su voto los siguientes criterios: «A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta



realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros...».

A su vez, es abundante y pacífica la jurisprudencia argentina que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley 23.737, con base en los argumentos sostenidos por el máximo tribunal.

Como antecedente administrativo de la línea argumentativa que sostenemos, recordamos que en 2008 el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)⁵⁹, expresó que *“...la ley penal de estupefacientes vigente, no solo es inconstitucional por sancionar en modo ilegal una conducta como es la de tenencia de drogas para uso personal, que no lesiona bienes jurídicos de terceros e implica una clara intromisión a la privacidad (art. 19 de la Constitución Nacional), sino que lesiona un derecho fundamental como es el derecho al acceso a la salud, garantizado por los Pactos y Convenciones en materia de Derechos Humanos configurando a su vez una conducta discriminatoria violatoria del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación”* .

El INADI, en su extenso y fundado documento, culmina recomendando “Al Honorable Congreso de la Nación: (i) Que sancione una ley que despenalice la tenencia de estupefacientes para consumo personal por su manifiesta inconstitucionalidad, al violentarse mediante tal criminalización el principio de NO discriminación, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho a la salud y el derecho al trabajo. (ii) Que, mediando un criterio de razonabilidad, se instrumenten acciones afirmativas con relación a los grupos vulnerados y hasta ahora criminalizados por el consumo de estupefacientes, en relación principalmente al acceso al trabajo y a los sistemas de salud...”.

B. Inconstitucionalidad de la siembra y cultivo para consumo personal.

Las argumentaciones jurisprudenciales del fallo “Arriola” de la CSJN, referidas al artículo 14 de la ley 23.737, son trasladadas fundadamente a la penalización del cultivo para uso personal contenido en el artículo 5, anteúltimo párrafo, por la similitud que

⁵⁹ Véase “Recomendación General N° 3 en materia de Discriminación a Consumidores/as de Drogas Prohibidas del INADI”, Autor Mariano Fusero. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42093-recomendacion-general-no-3-materia-discriminacion-consumidoresas-drogas-prohibidas>



tienen ambas tipificaciones dirigidas al propio consumo. Ambas normas contienen atenuantes en los casos que *“...surja inequívocamente que (la siembra) está destinada a obtener estupefacientes para el propio consumo personal”* (Art. 5º), o *“...surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”* (artículo 14).

Los tribunales han aplicado sucesivamente los antecedentes “Bazterrica” y “Arriola” en casos de siembra para propio consumo, ya que resoluciones dispares o antagónicas en presupuestos de ultraintencionalidades semejantes (fines de consumo), acarrearía contradicciones analíticas y jurisprudenciales contraproducentes para la previsibilidad del sistema jurídico. A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes antecedentes:

- En una causa en donde se habían incautado **97 plantas** de “Cannabis Sativa” destinadas para producir estupefacientes para consumo personal, se entendió que no existiendo *“...ningún elemento que resulte indicativo de que la tenencia del material se correspondería con un fin de comercio (...) se impone en el caso los criterios de justicia expuestos por el Máximo Tribunal de la Nación en el caso “Arriola” (...). Ello es así toda vez que la conducta de Zapata fue desarrollada en el ámbito privado, no se afectó a terceros ni al bien jurídico tutelado por la norma, por lo que debe invalidarse aquella disposición (Art. 5º de la ley Nº 23.737 anteúltimo párrafo) por haber conculcado la garantía constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales”*. Allí se citan otros antecedentes en el mismo sentido, como ser la causa Nº 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, del 3 de junio de 2008; causa Nº 42.649 “Dora, Carlos y otra s/sobreseimiento” del mismo tribunal del 13 de febrero de 2009. Finalmente, el fallo declara la inconstitucionalidad del artículo 5, inciso a, anteúltimo párrafo de la ley 23.737 y sobresee al imputado (causa 1764, caratulada “C/Zapata, Alfredo Oscar s/ley 23.737”, del 25 de septiembre de 2012. Juzgado de Garantías Nº 5 del Departamento Judicial de La Matanza).
- En otro caso en el cual se imputaba la tenencia de **seis plantas** de Cannabis Sativa, y analizándose el artículo 5 en su parte pertinente, se entendió que *“...la norma analizada presenta, en principio –dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida- problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades*



(...). En diversos precedentes se ha efectuado la relectura del caso “Montalvo”⁶⁰ en función de la revisión del parámetro de la razonabilidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, tras partir de una concepción según la cual las acciones privadas de los hombres previstas por el art. 19 C.N. se refieren a aquellas que no ingresan en el campo de la moral autorreferente, se estimó que en virtud de las consecuencias negativas de la aplicación de la ley en orden a los fines perseguidos, se ha verificado la inadecuación de los medios en relación con aquellos objetivos y, en consecuencia, una tensión irrazonable de la libertad personal comprometida por la incriminación (...). Dichas razones son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas, de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades (...) estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal”. De tal forma, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del art. 5º inc. a y anteúltimo párrafo de la ley 23.737 (causa 41.025 “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la cámara Criminal y Correccional Federal, del 3 de junio de 2008).

- En una causa iniciada a una pareja a la que —en el ámbito de su hogar y sin que hubiese prueba alguna de eventual comercialización— se le incautaron **52 plantas** de marihuana, el juez de la causa los sobreseyó encuadrándose en el antecedente «Arriola», tras considerar respecto a la cantidad del material incautado “...que, si bien puede entenderse como ‘considerable’, dicha circunstancia por sí sola no es hábil para descartar que su finalidad haya sido el consumo (...) Es que si se considerase que sólo la cuantía del material ilícito resulta eficaz para sembrar una duda sobre su destino, sería de aplicación al caso el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso VEGA GIMÉNEZ⁶¹ (Fallos: 329:6019)”. Allí se resolvió que “El tribunal estima que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir ‘inequívocamente’ de la ‘escasa cantidad y demás circunstancias’ no puede conducir a que si ‘el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga’, quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, pues semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si con las pruebas

⁶⁰ Fallo del 2008, anterior al caso Arriola. Por ello se evalúa el precedente Montalvo, arribando a conclusiones semejantes a las que posteriormente ratificaría la CSJN en el 2009.

⁶¹ La Corte en el Fallo “VEGA GIMÉNEZ” (Fallos 329:6019), donde se afirmó que al término “inequívocamente” debe interpretarse teniendo en cuenta los principios “in dubio pro reo” y “favor rei”, es decir: si el imputado es inocente y el acusador no puede probar, “inequívocamente” que la sustancia no era para consumo personal, corresponde la figura atenuada.



adquiridas en el proceso puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió"» (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 9, causa 681/12, «NN. s/ infracción Ley 23.737»).

- Resulta oportuno mencionar que el Tribunal Oral Federal de Paraná en los autos "*Barbini, Olga Beatriz y otros s/siembra y cultivo de plantas para producir estupefacientes*" sostuvo que "*la calificación traída de la instrucción en los términos del artículo 5, inciso a, de la ley 23.737, luego del debate, no puede ser sostenida, por cuanto admite que no hay elementos de convicción que den por acreditado que la siembra o cultivo de cannabis materialmente probada, y utilizable para producir estupefacientes, estuviera preordenada al tráfico, por lo que adhiriendo al criterio jurisprudencial que exige la acreditación de ese elemento subjetivo extra, desecha la aplicación de la figura al caso*".

- El Tribunal Oral nº 2 de Córdoba, en la causa "*CAMINOTTI, Javier p.s.a. infracción ley 23.737*" Expediente C 16-11, en la que se secuestraron **52 plantas** de marihuana, sostuvo que "*En este marco de coacción o estado de necesidad disculpante es que Javier Caminotti sembró las plantas de cannabis sativa y las usó con fines paliativos o analgésicos de los fuertes dolores causados por su enfermedad. Así, obró realizando un hecho típico que afecta a un bien jurídico de mayor envergadura (salud pública) estando coaccionado por el temor a los dolores que le producían su enfermedad y las consecuencias que esos dolores tenían en su vida diaria, esto es, para proteger un bien de menor entidad (salud individual). Ante esto, el imputado Caminotti no se encontraba en una situación de normal motivación normativa, sino presionado psíquicamente por la desesperación o el miedo, que afectaba seriamente su libertad de determinación, por lo que mal puede reprochársele el incumplimiento de la norma penal. De hecho, en su defensa material refirió al Tribunal que en la disyuntiva que se le presentaba entre cumplir la norma y paliar sus graves dolores, había elegido paliar sus dolores. Por ello, en este caso concreto Caminotti no es responsable penalmente del hecho primero y según los criterios preventivos no es realmente indispensable imponerle una pena, porque "...el autor no requiere de efectos preventivos especiales, pues se trata de un hombre que se ha conducido en su vida conforme a derecho, pero que se enfrentó a una situación extraordinaria, que quizás nunca más le volverá a suceder, lo que lo impulsó a cometer ese hecho. Y tampoco se requiere generar efectos preventivos generales dirigidos a la sociedad, pues tales situaciones extremas son muy escasas y porque el comportamiento del ser humano, ante peligros como el señalado, difícilmente puede ser influenciado por la amenaza de una pena" (ROXIN,*



Claus, Evolución y modernas tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, en IMME y CLAUS ROXIN, "Conferencias", Editorial Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 50). Por lo expuesto, entiendo que Javier Caminotti si bien es autor del hecho nominado primero, no es penalmente responsable en los términos del artículo 34, inciso 2 del Código Penal y, por lo tanto, debe ser absuelto respecto del referido hecho".

Posteriormente, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos "Caminotti, Javier s/rec. de casación" manifestó que "Corresponde anular la sentencia condenatoria y consecuentemente absolver al imputado en orden al delito de tenencia de estupefacientes pues, teniendo en consideración que el imputado fue llevado a juicio por otro suceso referente al cultivo de plantas de marihuana respecto del cual el tribunal dispuso su absolución considerando que en el caso se verificaba un supuesto de estado de necesidad exculpante, dado que el imputado utilizaba dichas plantas "con fines paliativos o analgésicos por los fuertes dolores causados por su enfermedad", no se comprenden los motivos -ni el tribunal los explica- no se hizo extensiva dicha solución a la tenencia de la sustancia que fue incautada en su morada, limitándose los jueces a afirmar que no existía elemento alguno para ser declarado exento de reproche penal. Así, mediante una mera afirmación dogmática, omitió expresar porqué el hallazgo de la sustancia en su domicilio, quedaba fuera del alcance de la absolución en relación al hecho de cultivo, extremo que contraviene el deber de fundamentación de la sentencia y la línea argumental sustentada a lo largo de todo el decisorio." (causa 15801, Caminotti, Javier s/rec. de casación, del 5 de febrero de 2013. Registro nº 5.13.2.).

- En el fallo recaído en una causa que versa sobre el uso medicinal del cannabis, el juez Guillermo Scheibler realizó el siguiente análisis: "...corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en que `se lo autorice a su autocultivo'. Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas "acciones privadas", ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntillosamente de aclarar que se encuentran "exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19 C.N.). En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en la que un ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial



para que lo “autorice” a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría —fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público. De este modo, considerar que corresponda a un órgano estatal (como lo es este Juzgado) conceder una “autorización” para que un ciudadano desarrolle una conducta que no afectaría a terceros en su ámbito de privacidad, relacionada con su bienestar físico y mental, implicaría —más allá de la decisión sustancial del caso concreto— la negación propia y flagrante de uno de los más valiosos preceptos de nuestra Constitución. Por tal razón, estimo que no resulta procedente la pretensión interpuesta en subsidio por el actor. Va de suyo que la paradójica situación expuesta, constituye una manifestación más de la política de “penalización total” en materia de estupefacientes, y que el actor sólo persigue contar con medios institucionales para repeler eventuales intromisiones estatales a su ámbito de privacidad basadas en la ley 23.737. Más allá de que tal razonable preocupación no se centra en un hecho cierto ya acaecido y que tal cuestión resultaría ajena a la competencia del suscripto, no puede dejar de destacarse que los elementos de prueba ya reunidos en autos —más los que puedan colectarse en el proceso de ejecución de la sentencia que aquí se dicta— interpretados a la luz de los precedentes de la CSJN ya citados podrían contribuir a paliar tal inquietud” (fallo “Cibotti, Alejandro contra GCBA s/ amparo” del Juzgado Contencioso y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

- En el marco de la “Causa N° 61.538, Folio N° 41, N° de Orden 27.152, con sentencia del 15 de abril de 2011” de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, los jueces Hendler y Bonzón sostuvieron que **el hecho de que el acusado tuviera en su haber plantas de marihuana, constituía un estado de necesidad justificante, en los términos del artículo 34 inciso 2 del C.P., ya que ése era el modo de evitar el ingreso en circuitos de tráfico.** Resulta destacable el argumento esgrimido, ya que toma en cuenta una realidad social que no puede ser dejada de lado racionalmente⁶².

C. Otras consideraciones referidas a la siembra o cultivo para consumo personal.

⁶² Vale destacar el trabajo realizado al respecto de SANDE, Fernando, “La penalización de cultivo de marihuana. Sus problemas frente a la Constitución Nacional”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/fernando-j-sande>, del cual se ha extraído valiosa información para el presente apartado.



Además de configurar una intromisión indeseable e inconstitucional en el ámbito de autodeterminación de las personas consumidoras, la punición del autocultivo las obliga a adquirir la sustancia (generalmente cannabis) en circuitos de tráfico ilegal, someténdolas a una situación de clandestinidad, ilegalidad, violencia y riesgo de criminalización. A su vez, son conducidas a someterse a lo se denomina “efecto góndola”; es decir a la oferta que el mercado ilegal le haga de otras sustancias prohibidas con mayor potencialidad de daño ante su consumo.

Del contacto con el mercado ilegal, impuesto por la criminalización, nada bueno puede esperarse. *“El consumidor ocasional no puede depender de sus encuentros más o menos casuales con otros consumidores, y debe procurarse una fuente de abastecimiento más estable, lo que implica entablar relaciones con personas que están en el negocio de la venta de narcóticos”*⁶³.

Recientemente el médico paraguayo Agustín Barúa, afirmaba respecto del “efecto góndola” que *“...la ilegalidad es la que invita y es puerta de entrada (a otras drogas). Porque la oferta está ahí, y el que te vende sesga la oferta porque en el caso el crack genera craving, que es la ansiedad de consumo. El craving del crack es mucho más intenso; entonces, se vende mucho más. Y como gana más el vendedor, él facilita de lo que genera más consumo en términos de mercado”*⁶⁴.

De este modo, bajo el argumento de proteger a la salud, se obliga a la persona consumidora a tomar contacto con redes del tráfico ilegal, lo que claramente lo expone ante situaciones inconvenientes e innecesarias. Cabe recordar sobre el punto, lo sostenido en una entrevista en un medio público por Zaffaroni, en tanto afirmó que *“si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón, no habría tráfico”*⁶⁵.

Al adquirir la sustancia en las redes ilegales de tráfico, la persona consumidora desconoce la calidad y los elementos de corte y adulteración agregados, o los propios de la falta de control (amoníacos, componentes psicoactivos ajenos a la sustancia que se pretende consumir, excrementos de roedores, orinas, plantas enteras prensadas,

⁶³ Cfr. BECKER, Howard, “Outsiders, hacia una sociología de la desviación”, Siglo XXI Editores, 2009, p. 83.

⁶⁴ Cfr. <http://www.paraguay.com/nacionales/un-medico-a-favor-de-la-marihuana-122080>

⁶⁵ Cfr. <http://www.infobae.com/2009/10/02/475562-zaffaroni-si-cada-consumidor-tuviera-una-planta-marihuana-el-balcon-no-habria-trafico>



etcétera), que pueden ser más nocivos que el consumo de la sustancia en su estado natural. Al habilitar la posibilidad de autocultivo, tiene la posibilidad de cultivar su propia planta y de este modo conocer los productos externos que le aplica.

Una política de reducción de los daños, como la actualmente demandada por el artículo 10 inciso d de la Ley 26.934 -Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP)-, debe tener en cuenta circunstancias como la expuesta a fin de reducir los daños relacionados con el consumo de sustancias adulteradas y la reducción de la vulnerabilidad de los usuarios ante el mercado ilegal y el sistema punitivo.

“Resta remarcar el absurdo de considerar que cada persona tiene el derecho y la libertad de consumir cualquier sustancia, por los motivos expuestos, pero bajo la exigencia de someterse constantemente a la clandestinidad para la adquisición de la sustancia pretendida, o bajo el riesgo de ser perseguido, extorsionado, prisionizado o tratado compulsivamente en aras de la salud o la seguridad. ¿Se puede acaso ser libre, pero bajo riesgo de perder dicha libertad por el mismo hecho de ejercerla? (...) La permisión del consumo en muchos lares conserva una contradicción lógica con la punición de conductas accesorias y a veces necesarias, al propio consumo. Ello conduce a una punición encubierta de los consumidores mediante tales figuras y a un obstáculo al ejercicio de derechos de los mismos, limitando ciertamente el ejercicio de una supuesta libertad”⁶⁶.

VIII. JURISPRUDENCIA EN ARGENTINA RESPECTO A LA AUTORIZACIÓN DE LOS USOS TERAPÉUTICOS DE LA PLANTA DE CANNABIS

1. AUTOCULTIVO CON FINES TERAPÉUTICOS.

A. Expediente “CIBOTTI, Alejandro R. c/ Gcba sobre amparo (art. 14 ccaba)”, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. FUSERO, Mariano (2014), “Conceptos básicos para un cambio de paradigma posible en las políticas de drogas”. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/buscar?search_api_views_fulltext=conceptos+b%C3%A1sicos&op=

⁶⁷ Sentencia disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/41749-cannabis-uso-medicinal-provision>



Habiendo sido el primer caso en el cual se planteó el acceso al cannabis por vía de provisión estatal o autorización del autocultivo, es una sentencia troncal que es citada generalmente en otros tantos precedentes con los que contamos al día de hoy⁶⁸.

Se trata de una persona con VIH que contrajo Hepatitis C y polineuropatía periférica en evolución, la que le produce permanente dolor físico de gran intensidad. El tratamiento médico indicado a fin de paliarnos está compuesto por drogas que, si bien se encuentran permitidas, generan efectos secundarios sobre la salud del paciente. De esta manera podemos observar como el tratamiento médico incluía sustancias tales como la pragabalina, la cual se encuentra incluida en el "listado de sustancias de riesgo", como así también la metadona que no solo es un estupefaciente en los términos del decreto-ley 17.818/68 y la ley 23.737, sino que sus efectos secundarios y colaterales, pueden ser, entre otros, alucinaciones, constipación pertinaz, dependencia farmacológica, depresión respiratoria o mareos. El actor, por propia voluntad y a fin de paliar los dolores que su enfermedad le producía empezó a consumir cannabis de la especie sativa, circunstancia que le permitió reducir no solo sus dolencias, sino también morigerar los efectos de la metadona en el organismo reduciendo las dosis.

En lo que constituye el análisis, el magistrado actuante desnuda numerosas incongruencias del sistema legal, no solo salpimentando su decisión con el del control de convencionalidad, sino también incorporando al análisis el derecho a la salud.

Frente a tal circunstancia, afirma que el consumo personal de marihuana no solo colisiona con la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, norma que deja a salvo de la actuación de las autoridades las "acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden, ni a la moral pública ni perjudiquen a terceros", sino también con la libertad del paciente de elegir o rechazar un tratamiento ante sus dolencias, poniendo en jaque, además, el vínculo entablado entre el médico y la persona.

En resumidas cuentas, el examen impulsado por el magistrado rediagrama la típica ecuación que se había dado en precedentes como Bazterrica y Arriola, pues ahora se inserta en el contexto fáctico un elemento novedoso, la finalidad medicinal del cannabis en el tratamiento de la dolencias, no solo colocando al ser humano como centro de la relación jurídica y decisor de su destino, sino también permitiendo comparar el cannabis con otras sustancias como la metadona,

⁶⁸ En el presente resumen del caso, nos basaremos en el texto publicado por FALCÓN, Juan Pablo, "Derribando el tabú - Comentario al fallo "Cibotti" sobre Uso Medicinal del Cannabis", publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42775-derribando-tabu-comentario-al-fallo-cibotti-sobre-uso-medicinal-del-cannabis>



que si bien puede ser consumida con estrictas prescripciones médicas, generan disvaliosos efectos sobre el organismo.

En el decir del Juez Guillermo Scheibler, *“el paciente es la sola persona capaz de evaluar la intensidad de su propio dolor”* y que sus conductas, entre ellas llevar adelante un autocultivo, se encuentra dentro del *“ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros”*.

B. Expediente “B.B. c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986” de la Provincia de Salta⁶⁹.

Contamos también, con el fallo recaído en el marco del Expediente FSA 21.814/2017 caratulado “B.B. c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986” del Juzgado Federal N° 1 de la Provincia de Salta, donde afortunadamente el Juez Federal Julio Leonardo Bavio resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por una madre para ser autorizada a cultivar cannabis en su domicilio, exclusivamente para uso medicinal de su hijo menor de edad.

El hijo de la madre presentante, titular del derecho reclamado y que al momento del proceso tenía 6 años de edad, sufre de Neurofibromatosis “NF1” que le fuera diagnosticada a los 7 meses de edad. Esta enfermedad es genética y le provoca tumores en su sistema nervioso, causándole dolor permanente, llevándolo a presentar episodios de pánico, histerias incontrolables y convulsiones, constituyendo dicha enfermedad, una de las patologías que, al día de la fecha, no tiene “curación”. Desde el 2014, los síntomas en el niño se intensificaron y los tumores se extendieron a las manos y los pies, debiendo tomar el menor distintos medicamentos como Paracetamol, Ibuprofeno, Diclofenac, Novalgina, Pregabalina, Morfina y Keterolac. A raíz de esto, la madre del niño comenzó a utilizar derivados del cannabis, y poco a poco a reducir la cantidad de medicación necesaria para hacer frente a las consecuencias de la patología del menor, al mismo tiempo que comenzó a alternar los aceites en base a distintas cepas (variedades). Ante esto, los temblores y convulsiones se redujeron en un 95%, y los espasmos al dormir en un 80%, al mismo tiempo que mejoró la calidad de vida del niño.

Al momento de indicar el tratamiento del niño con los productos derivados de la planta de cannabis, se describió de la siguiente forma: 1) Derivado “Shaman Genetics, Romulan x Island Sweet” (9% CBD y 6% THC, diluido en aceite de oliva); 2) Derivados de plantas indicas y sativas, como “Strawberry Cough” y “Prozack x Crital” al 40% en aceite de oliva o coco; 3) Debida rotación de cepas para mantener el alivio. Ante este tratamiento, el menor demostró una respuesta clínica

⁶⁹ Sentencia disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/46352-autorizacion-autocultivo-uso-medicinal-medida-cautelar-salta>



favorable en relación al uso de cannabis, mejorando su calidad de vida, con efectos secundarios leves. Para apoyar lo anterior, se aportó la historia clínica del niño y el seguimiento de médicos respecto al menor.

En cuanto a la fundamentación de la presentación de la acción, se resaltó la situación del niño, el cual se encuentra exclusivamente medicado con cannabis, no resultando viable una interrupción del tratamiento, lo que derivaría en un agravamiento en su estado de salud. Además, se remarcó la situación de ilegalidad y clandestinidad en la que se encuentran las madres que llevan adelante el autocultivo, haciendo mención a la ley 27.350 y como el estado debe asegurar el derecho a la salud.

La madre del niño propuso una forma de cultivo, el cual se realizaría en macetas a resguardo de la mirada de terceros, en la cantidad de doce plantas adultas y cuarentas plantines sin clasificación sexual, para tener garantizada la rotación necesaria de cepas y en razón de los problemas normales de cultivar plantas. Una de las manifestaciones de importancia en el expediente refiere a lo dicho por el entonces *Defensor Oficial de Menores Coadyuvante* quien, en representación del niño, no se opuso a la autorización para cultivar cannabis en el domicilio de la madre del menor.

En cuanto al pedido de la madre, y la acción de amparo presentada, la normativa y jurisprudencia citada respecto a los usos medicinales del cannabis resultó ser: 1) Sanción de la ley N° 27.350 de "Uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados", y la reglamentación de la norma, a través del decreto presidencial N° 738/2017, resaltando que el Art. 7 de la mentada ley explica que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías contempladas en el programa y que cuenten con la indicación médica pertinente, procedimiento que deberá mantenerse en la actualidad, por no encontrarse efectiva la producción nacional de los derivados de la planta de cannabis; 2) Resolución N° 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación en relación al Programa Nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis. De dicha resolución, se tomó en cuenta el segundo párrafo del Art. 1, que permite al Programa Nacional incorporar a la epilepsia refractaria, "...*otras patologías, basadas en la mejor evidencia.*", en relación a personas a las que se les prescriba el uso medicinal de la planta de cannabis para solicitar la inscripción al Programa Nacional; 3) Se citó el fallo "Cibotti" del Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires en relación al tratamiento en base la planta de cannabis y respecto de la inconstitucionalidad de la penalización del autocultivo; 4) Además, se citó el fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se declaró la inconstitucionalidad del Art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, en cuanto a violación al principio de reserva estipulado en el Art. 19 de la Constitución Nacional.



Por último, el titular del Juzgado Federal N° 1 de la Provincia de Salta, a la hora de resolver consideró: 1) La autorización requerida por la madre del menor sería con fines de cultivar cannabis en su domicilio particular, y con el único objetivo de producir la única sustancia que calma los dolores de su hijo; 2) Asimismo, se tuvo en cuenta el tiempo que podría transcurrir hasta que el niño pudiera inscribirse, sea aceptado y obtenga el aceite a través del Programa Nacional; 3) Finalmente, en base a todo, se permitió a la madre del menor, y por el término de 6 meses (prorrogables hasta que el Estado brinde los derivados de cannabis), el cultivo de 12 plantas adultas y 40 plantines sin clasificación sexual de cannabis, el cual deberá llevarse a cabo en el hogar, y con el único fin de producir la medicación para el menor.

C. Expediente “Navarro, Julia Macarena y Otro c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986” de la Provincia de Río Negro, caso “Joaquín”⁷⁰.

El tercer precedente de importancia refiere al fallo recaído en el marco del Expediente 16005/2018 caratulado “Navarro, Julia Macarena y Otro c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986” del Juzgado Federal de Viedma de la Provincia de Río Negro, donde la Jueza Federal Mirta Susana Filipuzzi resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la madre de un menor para ser autorizada (junto a la abuela y el abuelo del niño) a cultivar cannabis, exclusivamente para uso medicinal de su hijo menor de edad.

El menor, de nombre Joaquín fue diagnosticado con “*Trastorno por tics motores y vocales combinados múltiples*” también denominado “*Síndrome de la Tourette*”, con toda la comorbilidad desplegada, síntomas y trastornos asociados: Hiperactividad, TDAH, ansiedad, fobia social, TOD, TOC, agresividad y tics, fónicos y motores, que se fueron complejizando afectando gravemente su salud y calidad de vida. Ante dicho cuadro desolador y sin ninguna esperanza, los familiares se pusieron a investigar sobre el uso del cannabis en pacientes con Tourette, llegando al conocimiento que, en 2001, un equipo de investigadores alemanes de la Escuela de Medicina de Hannover y la Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf probó los efectos del THC, en 12 pacientes con Tourette.

De esta forma, luego de contactarse con familiares de otros pacientes con síndrome de Tourette y con Síndrome de West que habían probado el aceite de cannabis con éxito, decidieron comenzar a probar gotas de aceite de cannabis que les habían facilitado, comenzando el

⁷⁰ Sentencia disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/46721-autocultivo-cannabis-uso-medicinal-causa-yofirmoporjoaquin-medida-cautelar-autoriza>



tratamiento el 4 de noviembre de 2016. A partir de la ingesta de aceite de cannabis la mejoría fue notoria y disminuyeron buena parte de los tics vocales y físicos.

Su vida y la de su familia cambió por completo, ya que a partir del tratamiento con aceite de cannabis volvió a ser un niño sociable, a disfrutar como un niño de su edad, a jugar, a dormir normalmente, su hiperactividad desapareció, recuperó habilidades sociales, se reguló su apetito y volvió a su peso habitual. Ante la búsqueda de diversas variantes (plantas de diferentes cepas y contenidos en cannabinoides), y su rotación constante, resultó evidente que el efecto de las variedades con mayor contenido de THC (delta 9 tetrahidrocannabinol) en los síntomas del niño, fue lo más beneficioso logrando períodos asintomáticos mayores a 15 días.

La presentación requiriendo autorización de cultivar se basaba en que, de no mantener un tratamiento con aceite de cannabis, la afección de Joaquín pondría en riesgo su propia integridad física y psíquica, atento a las permanentes y continuas crisis. Asimismo, en tal contexto Joaquín efectuaba conductas agresivas con su entorno familiar y social.

El primer lugar, se debe marcar que hubo un avance respecto al fallo dictado en la Provincia de Salta, ya que, al momento de correr vista al Fiscal Federal interviniente, el Dr. Marcos J. Escandell, también se dio intervención al Dr. Diego A. Iglesias, quien se encuentra a cargo de la Procuraduría de Narcocriminalidad. La intervención del titular de la "PROCUNAR" fue con el objeto de prestar asesoramiento técnico y brindar colaboración, en cumplimiento de la Resolución PGN 208/2013 y el artículo 24 de la ley 27.148.

Luego de analizar las cuestiones de hechos y derecho, ambos representantes del Ministerio Público Fiscal coincidieron en que la medida cautelar solicitada por la madre del niño debía tener favorable acogida.

A esta opinión, se sumó el dictamen del Defensor Público Oficial ante el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Viedma, el Dr. Marcelo O. Sánchez, quien concluyó que se debía hacer lugar a la medida requerida en el pedido de amparo, dado que se encontraba acreditada fehacientemente la verosimilitud del derecho, y en caso de no dictaminar favorablemente, la demora traería aparejado el consecuente peligro de la salud del menor. En su descargo, el Defensor resaltó que era necesaria educación judicial respecto al tema del uso del cannabis para paliar y tratar distintos tipos de enfermedades, con el objeto de hacer lugar a la medida cautelar requerida por la familia del niño.

Finalmente, la Jueza Federal resolvió a la medida cautelar requerida, autorizando a la madre del menor y a sus abuelos, a cultivar plantas de cannabis en la cantidad necesaria con exclusivo destino medicinal para el menor, bajo estricta sujeción a los lugares y modalidades



informadas y, además, comunicó lo resuelto a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales que, eventualmente puedan tener, en razón de su competencia, intervención en la materia.

Del dictamen de la Jueza, se puede resaltar como el niño mejoró su salud mediante el tratamiento a base de cannabis al expresar que *“El examen de los antecedentes reseñados revela que la autorización para autocultivo de la sustancia vegetal en cuestión, si bien está sugerida en evitar que los responsables puedan verse perseguidos por una infracción de tipo penal, se asienta esencialmente en la mejora en la salud y calidad de vida del menor Joaquín afectado por una enfermedad incapacitante, la que según se viese en el informe médico referenciado en extenso, solo pudo ser alcanzada hasta el momento y ante la respuesta negativa a productos farmacológicos prescriptos, con el suministro del aceite cannabico.”*

“Esta faceta positiva en el rendimiento de la sustancia cannabica suministrada por exclusiva decisión y responsabilidad familiar respecto de la enfermedad padecida –dado que no ha existido una prescripción médica previa para el uso de ese derivado aunque luego sí ha sido respaldada clínicamente por la Dra. Romero ante las evidencias médicas que constatase en cuanto a que ha mejorado la calidad de vida del menor-, en contraste con la aplicación de las recetas farmacológicas prescriptas, bien puede vincularse con la apertura que ha tenido nuestra legislación positiva a través de la ley 27350 y su decreto reglamentario nro. 738/2017 que establece un marco regulatorio para la investigación médica del uso medicinal terapéutico y/o paliativo del dolor, de la planta de cannabis y sus derivados.”

Por último, la Jueza resalta el derecho de Joaquín a que no se perjudique su salud al decir que: *“En definitiva frente a esa pauta normativa, deviene inadmisibile cualquier retroceso ante estos notables avances en su calidad de vida y en el de su familia, que como se ha desarrollado permite asumir en este singular caso la urgente necesidad de anticipar favorablemente la protección del derecho a la protección de su salud que en grado verosímil se encuentra acreditado, lo que así decido acogiendo la medida cautelar solicitada.”*

2. OTRA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LOS USOS TERAPÉUTICOS DE LA PLANTA DE CANNABIS.

Desde la sanción de la ley 27.350 con fecha 29 de marzo del 2017, fueron muchos los procesos judiciales que se iniciaron respecto a los productos derivados de la planta de cannabis en pacientes con distintas patologías susceptibles de ser tratadas con los mismos. En este sentido, se pueden encontrar tanto acciones de amparos ordenándose a distintas Obras Sociales a cubrir los medicamentos derivados de la planta de cannabis, como



presentaciones respecto a pedidos de autorización para cultivar plantas de cannabis, mientras que algunos de los fallos refieren a expedientes seguidos a personas por infracción a la Ley 23.737 de estupefacientes.

Los expedientes más importantes en este periodo de más de un año desde la sanción de la ley 27.350 se detallarán a continuación, y cabe destacar que entre los fallos de primera o segunda instancia, en todos los casos se resolvió en favor de los derechos de lo usuarios de cannabis con fines terapéuticos:

1. Fecha: 7 de abril del 2017. Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, Secretaría Penal. Expediente N° 12100/2017 "Gencarelli, Nicolás y otros S/ Infr. Ley 23.737". En este caso, en el marco de la causa penal, se resolvió hacer entrega de goteros conteniendo aceite de cannabis a la madre de una menor que se encontraba en pleno tratamiento, y que, a raíz del proceso judicial, se secuestraron los mismos, dejando sin su medicación a la afectada.

2. Fecha: 26 de julio de 2017. Cámara Federal de Mar del Plata (Juzgado Federal N° 4, Secretaria N° 3). Expediente N° 27894/2016 "P.A.R. y otro c/ Construir Salud s/Ley de Discapacidad". Se resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis.

3. Fecha: 28 de agosto del 2017. Cámara Federal de Bahía Blanca (Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca). Expediente N° 2708/2017 "F.A.I. c/ OSDE s/ Amparo de Salud". Se resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis.

4. Fecha: 28 de noviembre del 2017. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II. Expediente N° 5794/2016 "Bejarano Leizan, Lara Eluney c/ OSPE s/Sumarísimo de Salud". Se resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis.

5. Fecha: 11 de diciembre de 2017. Cámara Federal de Bahía Blanca (Juzgado Federal N° 1). Expediente N° 17233/2017 "F, LD c/ Swiss Medical S.A. s/ Amaro de ley 16.986". Favorable. Fecha: 5 de abril de 2018. Cámara Federal de Bahía Blanca (Juzgado Federal N° 1). Expediente N° 17233/2017 "F, LD c/ Swiss Medical S.A. s/ Amaro de ley 16.986". En primera instancia se resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis, y en el fallo de segunda instancia se confirmó lo ordenado por el titular del Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca.

6. Fecha: 15 de diciembre del 2017. Cámara Federal de Salta, Sala I (Juzgado Federal N° 2 de Salta). Expediente N°12801 "Baumann, María Natalia en representación de su hijo Simón Vargas c/ Unión del Personal Civil de la Nación c/ Amparo de Ley 16.986". Se resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis. Luego, ante un recurso de aclaratoria, con fecha 27 de diciembre de 2017 se indicó que la Obra Social debía facilitar la inscripción en el "Programa Nacional sobre los



usos medicinales de la planta de cannabis” a la actora, sin perjuicio de la sanción de la Ley 27.350, resaltando la gratuidad que debía mantenerse en todo el proceso.

7. Fecha: 5 de febrero de 2018. Cámara Federal de Rosario, Sala A (Juzgado Correccional N° 1 del Departamento Judicial Pergamino). Expediente N° 46857/2016 “De Losanto, Karina c/ OSPRERA s/ Ampara contra actos particulares. Se resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis.

8. Fecha: 20 de febrero de 2018. Cámara Federal de La Plata, Sala II (Juzgado Federal de Junín). Expediente N° 36816/2016 “M.M. y otro c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986”. En este caso, primera instancia rechazo hacer lugar a la ampliación de la medida cautelar, siendo que entre los requerimientos se encontraba la provisión del producto derivado del cannabis, y la Cámara Federal de la Plata resolvió ordenar a la Obra Social Construir Salud cubrir el producto importado a base de cannabis.

9. Fecha: 26 de marzo de 2018. Cámara Federal de Mar del Plata (Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 Mar del Plata). Expediente N° 30597/2017 “Red de personas viviendo con VIH/SIDA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo Ley 16.986”. Primera Instancia rechaza la acción de amparo colectivo. Cámara habilita la vía de amparo solicitado sobre el autocultivo.

10. Fecha 18 de Julio de 2018. Cámara Federal de Córdoba. Expte. N° FCB 54049/2018/CA1 “I., M. P. c/ DASPU - Obra social universitaria y otros/prestaciones farmacológicas”. La Cámara exige a la ANMAT que se autorice la importación de un producto en base a cannabis para una patología que no se encuentra contemplada en su normativa interna de forma arbitraria.

En todos estos casos, la jurisprudencia ha remarcado que todas las personas consumidoras de los derivados de la planta de cannabis con fines medicinales encuentran sus derechos resguardados tanto en leyes nacionales como por la Constitución Nacional y por los pactos o tratados internacionales a los que está suscripta la Argentina.

IX. DERECHO A LA SALUD Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA

En primer término, corresponde señalar que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, con la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca



determinados componentes aplicables en virtud de la ley. Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud.

En el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del art. 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del art.12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptarlos Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”.

Además, este derecho es reconocido, particularmente, en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (Observación Gral. N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Civiles).

Por esto, también se ha pronunciado nuestra CSJN al entender que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida -garantizado por la C. N.-, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1, del art. 6 del



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 323:1339; 329:4918 y disidencia de los Jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni en Fallos: 332:1346, entre otros). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, el derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional-, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618).

Se ha dicho que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284).

X. DERECHO DEL PACIENTE A ELEGIR SU TRATAMIENTO

Los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos reseñados son sumamente claros y no dejan ninguna duda en torno a la libertad del paciente para elegir el tratamiento al que se somete. O, inclusive, el derecho a no someterse a ningún tratamiento.

El derecho a la salud está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad física y a la vida privada de las personas, por lo que, en general, una violación al derecho a la salud, sería también extensiva a los otros dos derechos.

Nuestro país, ha sancionado la ley 26.742 que prescribe en forma expresa el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas prácticas o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, consagrando el derecho a la autonomía de la voluntad. En la decisión sobre su propio tratamiento, el paciente hace confluir el derecho a la salud con el derecho a la autonomía consagrado en el artículo 19 CN. Sus opciones, en ese terreno, también se hallan amparadas por este precepto



constitucional si no acarrear daños a terceros. En tal sentido se inscribe el ya citado fallo de la Corte en “Albarracini”, acerca de la transfusión de sangre.

El derecho a la salud, como cualquier otro derecho, conlleva para el Estado argentino una triple obligación, según lo desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: 1) respetar el derecho, 2) protegerlo, y 3) satisfacerlo⁷¹. El Comité ha sido reconocido por la Corte Suprema como “intérprete autorizado” del Pacto en “Quisbeth Castro”, Fallos, 335:452. Por ello, las elaboraciones del Comité forman parte de las “condiciones de vigencia” del Pacto previstas en el artículo 75.22.

La obligación de “respetar” implica que el Estado no infrinja directamente el derecho (por ejemplo, dañar la salud contaminando el agua corriente). El deber de “proteger” requiere al Estado impedir que otras personas afecten el derecho (tomando medidas contra quienes adulteran medicamentos, por ejemplo). Finalmente, la obligación de “satisfacer” exige al Estado promover y cumplir ese derecho con todas las herramientas y recursos disponibles (a través de la creación y administración de un sistema público de atención hospitalaria, como una alternativa).

XI. CONCLUSIÓN

Hemos contextualizado el caso en la problemática de la represión de las personas usuarias de sustancias prohibidas, la criminalización de su tenencia y autocultivo y las garantías constitucionales involucradas (integridad física, salud, libertad, vida).

Quizás sea necesario recordar lo dicho por el juez Fayt en el caso Arriola (quien cambió su postura sobre la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal), quien sostuvo que:

“...Son todos esos principios los que hoy nuevamente se conjugan y que, al realizarse el juicio de ponderación, se traducen en un resultado diferente. En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas

⁷¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, pág. 31



sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se ha vuelto irrazonable una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes)”.

Cabe recordar que, en autos “Baldivieso, César Alejandro”, resueltos del 20 de abril de 2010, Carmen Argibay expuso que *“es difícil concebir un ámbito más ‘privado’ que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada ‘en un sobre’ (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional. Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones”.*

Finalmente, en los reconocidos autos “Arriola” los/as integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmaron que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea” y que *“[l]as principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; y*



(c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta” (considerando 13 del voto del juez Lorenzetti).”

Volviendo a la problemática social que se ventila, se debe resolver teniendo presentes las siguientes premisas:

1. El autocultivo o la tenencia de marihuana para consumo personal no afectan ni lesionan derechos de terceros; por lo que resulta absurda, además de inconstitucional, su prohibición y sanción conforme lo ha sostenido reiteradamente la CSJN y los tribunales de grado.
2. La persecución a tenedores/as de sustancias prohibidas para consumo personal y autocultivadores/as, constituye un dispendio absurdo de los recursos estatales, policiales y judiciales, que tienen por único resultado la afrenta de los derechos humanos más elementales. Conforme lo ha sostenido la CSJN en el fallo “Arriola”, tales recursos, como el accionar policial y judicial, deberían estar enfocados a la persecución penal del narcotráfico y a la prevención y tratamiento de las adicciones/consumos problemáticos.
3. Es innegable que existe un derecho del paciente a elegir el tratamiento que prefiera o, si lo desea, no tratarse. Frente a ese derecho no se pueden imponer limitaciones y deben removerse los obstáculos legales y fácticos que impiden su goce, como la amenaza de sanción penal e incautación de su medicina.
4. Es lógico que los/as pacientes y las familias busquen resguardo judicial de sus derechos, ante normativas que han desoído sus reclamos y amenazan punitivamente el ejercicio de sus derechos más elementales como ser la salud y vida digna de las personas sufrientes.

Finalmente, como bien se ha afirmado en el fallo “Cibotti”, *“El hombre es el centro de nuestro sistema constitucional y los procesos no pueden interpretarse como una sucesión de formulismos alejados de las circunstancias reales y concretas de cada situación. En otras palabras, el derecho no puede resultar insensible al dolor y al sufrimiento humano”*⁷².

⁷² Fallo “Cibotti, Alejandro contra GCBA s/ amparo” del Juzgado Contencioso y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



XII. PETITORIO.

Por las razones expuestas, solicitamos:

1. Que tenga por presentada a la Asociación Pensamiento Penal en calidad de Amicus Curiae.
2. Que al momento de resolver tenga en consideración lo manifestado a lo largo de esta presentación.