

La Corte argentina dictó sentencia sobre el autocultivo de cannabis

Andrés Bacigalupo y Martín García Ongaro¹

SUMARIO: I.- El último intérprete; II.- Autocultivo, autonomía personal-familiar y salud; III.- La Corte y las políticas de drogas; IV.- Autocultivo y derechos de las infancias; V.- La inconstitucionalidad de las normas penales implicadas; VI.- El caso Macame y la tradición jurisprudencial de la Corte.

RESUMEN: El 5 de Julio del año 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó sentencia en el caso presentado por la Asociación Civil Macame, por la que se cuestionaba la sentencia de la Cámara Federal de Rosario, que denegaba la solicitud de amparo en protección del autocultivo de cannabis para uso medicinal de terceras personas (hijxs). El máximo tribunal nacional confirmó la sentencia apelada, y -aunque no lo explicita- rechazó la procedencia del recurso extraordinario federal de las amparistas. Aquí un breve repaso de los argumentos de la Corte.

PALABRAS CLAVE: Cannabis medicinal - Interés superior del niño – Estupefacientes – CSJN – REPROCANN - Aceite de cannabis. Política de drogas.

¹ Coordinadores del Área Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal.

I- El Último intérprete

El 5 de Julio del año 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó sentencia en el caso presentado por la Asociación Civil Macame², por la que se cuestionaba la sentencia de la Cámara Federal de Rosario, que denegaba la solicitud de amparo en protección del autocultivo de cannabis para uso medicinal de terceras personas (hijxs). El máximo tribunal nacional confirmó la sentencia apelada, y -aunque no lo explicita- rechazó la procedencia del recurso extraordinario federal de las amparistas. Aquí un breve repaso de los argumentos de la Corte.

En efecto, la corte se expidió en primer lugar sobre la cuestión relativa al acceso gratuito al acceso de aceite de cannabis, lo que quedó relativizado, dado que desde la interposición del reclamo (año 2017) hasta la fecha hubieron de producirse diversas modificaciones normativas, en lo que concierne a la reglamentación del Poder Ejecutivo, de la ley de cannabis medicinal (Ley N°27.350). Para ello el Tribunal sostuvo que la entrada en vigencia del decreto 883/2020 que autorizó el autocultivo de cannabis con fines terapéuticos garantizó el acceso gratuito al acceso del cannabis. Ésta última normativa, sumada al reciente fallo de la Corte en el caso “*B. C. B y otro c/IOSPER y otros*” tornaban innecesario expedirse sobre el primer agravio de las actoras ya que dicha afectación, entienden, hoy en día ya no se presenta.³

II- Autocultivo, autonomía personal/familiar y salud

Por otra parte, se debatía la cuestión concerniente a la inclusión de las conductas de las actoras (cultivo de cannabis, preparación de derivados de cannabis, y el uso medicinal de las infancias a cargo) en el marco de autonomía individual que prevé el artículo 19 de la CN.

En este intrincado punto, la Corte sostuvo que si bien es cierto que el art 19 de la C.N. protege el ámbito de autonomía del individuo frente al Estado respecto a las decisiones fundamentales de dirigir su vida, y que incluso el mismo Tribunal ha considerado en fallos anteriores que esta protección incluso se extiende incluso a la facultad de las personas que integran un grupo familiar a elegir su proyecto de

² FRO 68152/2018/CS1-CA1 Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986

³ Considerando 7

vida, esto último no impide al Estado Nacional controlar y autorizar el autocultivo de cannabis con fines medicinales.⁴

Para fundamentar esto último el máximo tribunal sostuvo que *“la autoridad del Estado para controlar en general a los productos usados con fines medicinales se justifica, entre otras razones, en el propósito de asegurar que ellos, en especial los psicotrópicos, sean efectivamente administrados en un tratamiento médico en el que se evalúe el riesgo o consecuencias adversas que pueden generar para la salud, así como en la necesidad de asegurar la eficacia de los fines benéficos de quienes buscan, precisamente, proteger su salud (arg. Fallos: 310:112).”*⁵

La Corte sostiene que la política nacional en materia de salud pública está conformada por normas de antigua vigencia⁶ y que el objetivo de estas es evitar el uso indebido de medicamentos, y determinar la peligrosidad de estos, su comprobada y comprobable acción y finalidades terapéuticas, así como sus ventajas científicas, técnicas o económicas.

Con ese temperamento la Corte analiza en concreto la razonabilidad de la regulación en atención a los agravios de la parte actora (art 28 CN)⁷, sosteniendo que conforme los lineamientos pautados por los expertos del *Comité de Droga*

⁴ Considerando 10)

⁵ Considerando 11)

⁶ ley 16.463 de “Medicamentos” (1964)

- ley 17.132 del “Arte de curar” (1967),

- ley 17.565 de “Farmacias” (1967),

- ley 17.818 de “Estupefacientes” (1968),

- ley 19.303 de “Drogas” (1971),

- decreto 1490/1992 que crea la ANMAT,

- ley 16.463 sobre elaboración y depósito de cualquier medicamento o producto de uso y aplicación en la medicina humana

- decreto 9763/1964, reglamentario de la ley 16.463, que prohibió cualquier actividad o tenencia de drogas y productos médicos fuera de aquellos habilitados por la autoridad sanitaria y reguló recetas y control sanitario de drogas

- ley de “Farmacias” 17.565, ley de “Estupefacientes” 17.818 y ley de “Drogas” 19.303, regulatorias del expendio de drogas y medicamentos

- decreto 1490/1992, modificado por su similar 1886/2014, declaró de interés nacional las acciones dirigidas a la prevención, resguardo y atención de la salud de la población que se desarrollen a través del control y fiscalización de la calidad y sanidad de los productos, sustancias, elementos y materiales que se consumen o utilizan en la medicina.

⁷ Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

*Dependencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS)*⁸ y la *Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas* que eliminó el cannabis de la Lista IV de la *Convención Única de Estupefacientes de 1961*, se allanó la posibilidad al reconocimiento del potencial medicinal y terapéutico del cannabis y del aceite de cannabis, aunque determinó que su uso con fines no médicos y científicos seguirá siendo ilegal.

La Corte subraya que estas sustancias no fueron eliminadas de todas las categorías sujetas a control estatal, sino que se mantuvieron en la Lista I, lo que implicaría que están sometidas a medidas de fiscalización de parte de los Estados, completando que cuando un Estado permite el cultivo de cannabis debe aplicar un sistema de fiscalización que implica que un organismo oficial otorgue licencia para tal cultivo y asimismo se debe informar anualmente a la *Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)*. De ello se deriva que la intervención estatal en esta área no representa una interferencia injustificada en la autonomía personal consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Sin que fuera planteado por las partes, la Corte ingresa a analizar los riesgos asociados al consumo de cannabis indicando que los beneficios y la eficacia del tratamiento cannábico no significan que esté exento de efectos adversos, poniendo de relieve que las propias actoras aportaron prueba según la cual podrían existir perjuicios para la salud en la administración medicinal de cannabis y sus derivados sin ningún tipo de control.⁹

En función de ello es que el Tribunal entiende que la intervención estatal para asegurar la existencia de algún tipo de control directo o indirecto que evalúe los beneficios y administre los riesgos adversos persigue una finalidad de salud pública, intentando descalificar la prueba de las amparistas. Por cierto, vale agregar que su

⁸ Considerando 12)

⁹ “Utilidad terapéutica del cannabis y derivados” realizado por Lorenzo-Leza, del Departamento de Farmacología de la Universidad Complutense de Madrid, en el que se indicó que “se necesitan más estudios clínicos con el fin de establecer qué dosis, vías de administración son las más adecuadas en cada caso, así como el balance entre beneficio y riesgo comparando los cannabinoides con otras estrategias terapéuticas”. Asimismo, advirtió que “si bien la toxicidad aguda en la mayoría de ellos es extremadamente baja, son muy frecuentes los efectos adversos sobre distintos órganos y sistemas con el uso crónico”... - “Cannabis medicinal” de Alfredo Jácome Roca, se indicó que los riesgos y beneficios de la marihuana medicinal deben sopesarse cuidadosamente y el riesgo de efectos adversos graves fue del 1% (de la documental acompañada por las actoras).

lectura también permite inferir que, si los riesgos de efectos adversos se asocian al 1 % de sus aplicaciones, la eficacia terapéutica sería sumamente alta (cercana al 99%).

III- La Corte y las políticas de drogas

Por otra parte, la Corte ingresa a analizar, además, las consecuencias y razones del cultivo no controlado en base a las cuales existirían razones de seguridad pública que justificarían el control estatal respecto del cultivo de cannabis: la prevención del tráfico ilícito.

El fallo señala que una autoridad estatal no puede soslayar la posibilidad de que el cultivo persiga fines distintos –no medicinales– que se encuentran prohibidos, haciendo hincapié en que el Estado argentino se comprometió internacionalmente a prevenir el narcotráfico y reprimir los delitos asociados.¹⁰ De ello la Corte deriva que tales compromisos internacionales “*obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución y comercio de los estupefacientes a fines médicos y científicos, completando que existe un deber de tipificar como delito el cultivo de la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes.*”

IV- Autocultivo y derechos de las infancias

Un tema medular, comprendía la compatibilidad de la pretensión de las amparistas respecto del interés superior del niño, y sobre ello la Corte expresa que la pretensión de decidir sin ninguna clase de intervención estatal sobre el tratamiento con cannabis autocultivado con fines medicinales para los menores de edad tampoco encuentra justificación si se atiende al interés superior del niño.¹¹

El tribunal sostiene que, en el ámbito de ejercicio del derecho a la autonomía, los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que deseen para su familia, dentro de los límites previstos en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, la advertencia de dicha premisa estaría dada porque uno de dichos límites está determinado por consideraciones de salud pública, en tanto involucra derechos de terceros y, en la medida en que estuvieran afectadas personas menores de edad, en virtud del interés superior del niño.¹²

¹⁰ Artículo 36 de la Convención Única de Estupefacientes de 1961

¹¹ Considerando 7)

¹² artículo 3º, inciso 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849 y ratificada el 4 de diciembre de 1990

Completa la Corte, explicando que el denominado derecho a la privacidad familiar cede a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional) tutelado por un régimen que permite privilegiar su interés sobre otros.

El fallo, de algún modo, contradice sus fundamentos, dado que ofrece esta solución sin ignorar los beneficios del tratamiento con cannabis autocultivado, pero justifica la intervención estatal en la pretendida existencia de un porcentaje mínimo de riesgos de efectos adversos, dado que los Estados tienen el deber de elegir las alternativas que consideran más apropiadas a los fines de evitar daños.

De modo explícito, la Corte se pronuncia en favor de las regulaciones estatales, y justifica su dictado sosteniendo que ello no representa una interferencia estatal ni un condicionamiento indebido del ejercicio de derechos. Por ello ingresa al análisis de la razonabilidad del régimen concreto dictado en el marco de la ley 27.350 para obtener tal autorización (dec. reg. 883/2020 y resoluciones ministeriales 800/2021 y 782/2022).

En esa línea la Corte indica que, aun cuando el aceite de cannabis y sus derivados, por la vía del autocultivo no constituyen un medicamento, el Estado ha considerado necesario que los usuarios con fines medicinales que acceden mediante esta vía (autocultivo) deben cumplir con una serie de recaudos (previstos en el decreto 883/2020), satisfechos los cuales la persona debe inscribirse en el REPROCANN y obtener el certificado de autorización conforme a las normas reglamentarias aplicables. El Tribunal entiende que dicha reglamentación tiende a preservar el cuidado integral de la salud pública, basándose en los hipotéticos efectos secundarios o adversos de distinta intensidad, evaluando como razonables y de una injerencia mínima por parte del Estado.¹³

Por lo demás la Corte descalifica a las amparistas, señalando que existe una ausencia de fundamentación y probanza en cuanto a la razonabilidad de los requisitos que impone la norma cuestionada.

El fallo pretende ilustrar esa falta de fundamentos, señalando que, con relación a la cantidad de plantas, las peticionantes no aportaron argumento técnico alguno tendiente a demostrar que el número máximo autorizado de nueve plantas florecidas impida o dificulte elaborar los compuestos necesarios y sus variantes para las distintas patologías, y añade que en una audiencia que fue sustanciada

¹³ considerando 19)

durante el trámite del amparo, una de las actoras manifestó que necesitaba entre ocho y diez plantas para lograr la finalidad pretendida.

V- La inconstitucionalidad de las normas penales implicadas

Un interrogante propio de las ciencias penales, concierne a los cuestionamientos normativos de la demandantes respecto de la constitucionalidad del 5 incisos a, e y dos últimos párrafos y el 14 de ley de drogas, es decir la problemática de que las acciones que incumben al autocultivo de cannabis y preparación de derivados para uso personal en los tipos penales de la Ley 23737.

En este caso la Corte establece¹⁴ que los pacientes pueden usar legalmente los derivados del cannabis para fines medicinales adquiriéndolos como producto medicinal farmacéutico o mediante el autocultivo de la planta de cannabis con autorización administrativa del REPROCANN, poniendo de resalto que bajo esas condiciones, las prácticas de autocultivo ya se encuentran excluidas de la persecución penal.¹⁵

Según la Corte, a partir de la ley de cannabis medicinal se reconfiguró aquel alcance punitivo de la ley 23.737, excluyendo el autocultivo de la persecución penal y de toda punibilidad las conductas comprendidas en el uso medicinal de los derivados del cannabis cuando sean realizadas de conformidad con ese marco legal, y desplaza las conductas vinculadas al uso medicinal del cannabis del alcance del régimen penal de la ley 23.737, y de allí concluye que deviene innecesario examinar la validez constitucional de las normas penales cuestionadas.

VI- El caso Macame y la tradición jurisprudencial de la Corte.

Una última observación permite detectar que la Corte deja a salvo la vigencia de los precedentes Arriola/Bazterrica, con una fórmula más bien formal, dado que materialmente implica un claro retroceso, indicando que “...21) ... *lo aquí resuelto no implica adoptar posición con respecto al supuesto de quien ha sido imputado penalmente por cultivar cannabis con fines medicinales sin contar con esa previa autorización. Ello con más razón, aún cuando el invocado estándar jurisprudencial del precedente “Arriola” depende en su razonamiento de las circunstancias fácticas de cada caso en concreto...*”.

¹⁴ considerando 20)

¹⁵ La Ley 27.350, y sus sucesivas reglamentaciones (dec.reg. 883/2020 y las resoluciones ministeriales 800/2021 y 782/202)

Completa la Corte, haciendo alguna referencia a la accesibilidad, como si ello fuera un aspecto lateral, exhortando a las agencias públicas competentes a que *“...las solicitudes de autorización sean tramitadas y resueltas de manera rápida a fin de evitar que una deficiente implementación del régimen normativo previsto en la ley 27.350 torne ilusorio el derecho a la salud que se busca asegurar...”*. Se impone mencionar que el acceso oportuno, al cannabis y a los derechos en general, también resultan aplicables a la agencia judicial.