



**COLISIÓN DE PRINCIPIOS EN EL FALLO “MACAME”:
DERECHO A LA SALUD Y USO DE CANNABIS CON
FINES MEDICINALES**

NOTA A FALLO

Autora: Luciana Carolina Aguiar

D.N.I.: 35.307.336

Legajo: VABG131407

Prof. Director: César Daniel Baena

San Salvador de Jujuy, 2024

Tema: DESCA.

Fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986”; 05 de julio de 2.022.

Enlace: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinkJSP.html?idDocumento=7767531>

Sumario: 1. Introducción. – 2. Hechos de la causa. Historia procesal y resolución del Tribunal. – 3. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia. – 4. Análisis y comentarios de la autora. – 4.1. De los principios en colisión: derecho a la salud y seguridad pública. – 4.2. Breve análisis jurisprudencial. – 4.3. Del uso del cannabis: medicinal y recreativo. – 4.4. Análisis jurisprudencial. – 4.5. Postura de la autora. – 5. Conclusión. – 6. Referencias. – 6.1. Doctrina. – 6.2. Jurisprudencia. – 6.3. Legislación. – 6.4. Otras Fuentes.

1. Introducción

En el presente trabajo final de grado se realizará una nota a fallo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), “Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino – P.E.N. s/ amparo ley 16.986”. En la misma, la CSJN declara admisible el recurso extraordinario, confirmando la sentencia de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, por cuanto ésta, a su vez, confirma el pronunciamiento del juez de Primera Instancia. Por su parte, el *a quo* rechazó la acción de amparo contra el Estado Nacional interpuesta por la Asociación Civil Macame. Solicitando esta última, la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley 27.350, y de los artículos 5° y 14° de la Ley 23.737 y de toda otra norma que prohibiera el autocultivo de cannabis para consumo medicinal. En el análisis del presente fallo, se plantea la posible vulneración al derecho a la salud y a la integridad de los niños, por contraponerse a normativa que condiciona el acceso gratuito al aceite de cannabis y sus derivados. Como así también de la criminalización del autocultivo para consumo medicinal de los menores de edad.

La importancia del precedente judicial radica en materia de derecho a la salud, y en los beneficios que el uso del aceite de cannabis tiene para mitigar los síntomas de múltiples enfermedades. En sintonía con esto, diversos ensayos clínicos consideran que el cannabis tiene un uso terapéutico aprobado para el tratamiento de náuseas y vómitos asociados a quimioterapia contra el cáncer, pérdida de apetito en pacientes con SIDA, para esclerosis múltiple y para ciertos tipos de epilepsia. (Oficina Científica de

Asesoramiento Legislativo [OCAL], 2021, p. 8). A su vez, el fallo tiene una importancia social al visibilizar la realidad de los padecientes de ciertas enfermedades crónicas que, antes del dictado de la Ley 27.350, debían someterse a un programa experimental para el uso del cannabis. O bien, autocultivar la planta de marihuana para realizar de forma casera el aceite, a riesgo de ser perseguidos criminalmente por cometer alguno de los tipos previstos en la Ley 23.737.

Prosiguiendo con el análisis del presente fallo judicial, se puede vislumbrar claramente que el problema en marras es un problema de tipo axiológico, que en un primer vistazo puede ser considerado un conflicto entre normas y principios. Sin embargo, y como se verá más adelante el problema de tipo axiológico, en el caso concreto, es una colisión de principios. A su vez, para entender lo que es un problema axiológico, primeramente, se debe establecer qué es una norma y qué es un principio. Y en este sentido, Alexy (1993) es muy claro al distinguirlos y refiere que estas normas se diferencian entre sí de forma cualitativa y no de grado. Asimismo, hace mención al principio como un “mandato de optimización” dado que su cumplimiento puede ser en diferente grado conforme a las posibilidades reales y jurídicas. Mientras que, las reglas no tienen un cumplimiento parcial o de tipo cualitativo, siendo que estas se cumplen o no. (p. 86)

Por su parte, Dworkin (1989) en relación con el conflicto entre normas y principios hace lo suyo al ponderar los principios por sobre las reglas al mencionar que éstos tienen una “dimensión de peso”. Y, al entrar en conflicto el juez no cuenta con discrecionalidad ya que él, en su función de intérprete judicial se encuentra “determinado por los principios”, dado que toda norma se fundamenta en un principio. (p. 15). Para este autor, y criticando al positivismo jurídico, los principios no son simples reglas, sino estándares que deben ser ponderados y equilibrados en los casos difíciles. Precisamente, en cuanto a la ponderación de principios, Alexy (2006) realiza un análisis bastante interesante, al establecer que “la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos”. Mencionando que, cuanto mayor sea el menoscabo de un principio, de igual manera mayor debe ser la importancia de “satisfacer” el otro principio. (p. 2)

En el caso en concreto, se observa que la parte recurrente pretende la declaración de inconstitucionalidad de dos normas –Ley 27.350 y Ley 23.737 (en sus artículos 5º –

incisos a, e y dos últimos párrafos– y 14º –segundo párrafo– respectivamente) –. Éstas, consideran que dichos preceptos se contraponen con el principio del derecho a la salud contenido en la Constitución Nacional –en adelante CN- y en Pactos Internacionales de Derechos Humanos –en adelante PIDH-. Lo motivan, en que estas normas condicionan el acceso gratuito al aceite de cannabis teniendo –a su entender– una reglamentación excesiva. Prohibiéndoseles de igual manera el autocultivo de plantas de marihuana para consumo medicinal de los menores a su cargo por encontrarse afectados por enfermedades crónicas. Asimismo, como se mencionó *ut supra*, esta situación puede ser considerada a primera vista un conflicto de normas versus principios, por entender que los artículos de las leyes N° 23.350 y 23.737, se contraponen al principio del derecho a la salud. Sin embargo, en un análisis más profundo, se observa que lo que se encuentra en conflicto son los principios del derecho a la salud y autonomía personal con el principio de seguridad pública en concordancia con la razonabilidad, todos ellos consagrados en la CN. Sentado entonces el problema axiológico, la CSJN en sus considerandos a la hora de resolver la colisión de principios llevados a su consideración, se plantea tratarlos de manera separada.

En primer término, surge que se conflictúa la autonomía individual consagrada en el artículo 19 de la CN con el principio de intervención estatal, por el supuesto de requerir autorizaciones administrativas para la elaboración de productos del cannabis con fines medicinales. Todo ello siempre teniendo en cuenta que el principio superior al que se apela es el derecho a la salud. En el ordenamiento jurídico argentino, el derecho a la salud se encuentra incorporado como un derecho implícito legislado en el artículo 33 de la CN. Y, a partir de la reforma constitucional de 1994, incorporándose el artículo 75 inciso 22 de la CN, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional. Por lo que también, el derecho a la salud aparece reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño. Por su parte, Bidart Campos (2006) sostiene que el derecho a la salud no solo implica la actitud pasiva de no dañar la salud, sino también se exige “prestaciones favorables que implican en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer” (p. 107)

En segundo lugar, la CSJN se propone analizar el principio de razonabilidad con el principio reglamentario consagrado en el artículo 28 de la CN, en el marco de la ley 27.350 –con su decreto reglamentario 883/2020 y resoluciones ministeriales 800/2021 y

782/2022—. Por considerar la parte recurrente, que los requisitos para obtener la autorización del REPROCANN resultaban irrazonables. Por último, se trae a consideración el planteo de inconstitucionalidad de las normas que penalizan las conductas de aquellos que realizan el autocultivo de marihuana, para realización de aceite de cannabis con fines medicinales.

Se quiere poner énfasis en el hecho que, si bien la CSJN divide las cuestiones a resolver, en todo momento el problema jurídico que se analiza es de tipo axiológico existiendo una colisión de principios. Siendo el núcleo de ellos el conflicto entre el derecho a la salud con el de seguridad pública, teniendo entonces, los jueces miembros de la CSJN la misión de ponderar dichos principios resolviendo según el “principio de proporcionalidad” adoptado por Alexy (2006).

El análisis del presente fallo cobra importancia a la hora de entrever cómo se conjugan los principios constitucionales entre sí, y como los jueces los ponderan atendiendo a la idea de razonabilidad y proporcionalidad. Así también, poniendo especial énfasis en el derecho a la salud y las connotaciones que existen al día de hoy con el uso del cannabis para consumo medicinal de modo paliativo de enfermedades crónicas.

2. Hechos de la causa. Historia procesal y resolución del Tribunal

La presente causa da inicio con la interposición de la acción de amparo contra el Estado Nacional presentada ante el Juzgado Federal N° 1 de Santa Fe, por la Asociación Civil Macame. Representada ésta, por su presidenta M.L.A. y Y.V.B., ambas por derecho propio y en representación de sus hijos menores N.N. y T.C. respectivamente. Así también, por J.M.M.M., por derecho propio y en representación de su hijo menor M.D.A.M. Las amparistas requerían la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley 27.350, y de los artículos 5° –incisos a, e y dos últimos párrafos– y 14° –segundo párrafo– de la Ley 23.737 y de toda otra norma que prohibiera el autocultivo de cannabis para consumo medicinal. En esta oportunidad, y luego de que el Estado Nacional contestara, el juez de primera instancia rechazó la acción.

Previo a que quedara firme lo resuelto por el *a quo*, las actrices dedujeron apelación contra este pronunciamiento ante la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, siendo que ésta confirmó la resolución del juez de primera instancia. La Cámara

entendió que el autocultivo de cannabis para consumo personal y la tenencia de un mínimo de plantas, se encontraban amparados en la CN en el artículo 19, citando los fallos “Arriola” y “Bazterrica” emitidos por la CSJN. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones consideró que en el caso concreto el objeto del amparo excedía el cultivo de cannabis para consumo personal y abarcaba una cuestión más amplia. Asimismo, ésta señaló que, dado que se trata de salud de niños, consideradas terceras personas distintas de las actoras, no es de aplicación automática el artículo 19 de la CN y los precedentes de la Corte. Finalmente, no hicieron lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 27.350 dado que las actoras podían acceder al aceite de cannabis industrializado.

Finalmente, contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones, las actoras dedujeron recurso extraordinario que fuera parcialmente concedido por encontrarse comprometida la interpretación de normas de carácter federal. En el recurso, éstas solicitaron, en primer término, se garantizara el acceso gratuito al aceite de cannabis sin forzar a los niños a someterse a un programa experimental. Y, así también, se declarase la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 27.350. En segundo lugar, requirieron que se declarase inconstitucional la criminalización del autocultivo para consumo medicinal de los menores a su cargo. Sostuvieron que ambas cuestiones se hallaban vinculadas con el derecho a la salud y a la integridad de niños y no se trataba de una mera autorización en el marco tutelado por el artículo 19 de la CN, sino de la inconstitucionalidad de las normas que prohibían el autocultivo de cannabis.

Durante el transcurso del trámite de la causa, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto reglamentario 883/2020 que regula la posibilidad de obtener autorizaciones estatales para el cultivo de cannabis con fines terapéuticos y crea el Registro de Programa de Cannabis –en adelante REPROCANN–. Hace lo suyo el Ministerio de Salud de la Nación dictando las resoluciones 800/2021, 673/2022 y 782/2022, que complementan el decreto reglamentario mencionado *ut supra*. De estas nuevas disposiciones se les corre vista a las actoras quienes consideraron que subsistía una cuestión federal, aduciendo razones.

El día 27 de abril de 2022 la CSJN, conforme lo prevé acordada 30/2007 llamó a audiencia pública de carácter informativo. En ésta asistieron Amigos del Tribunal –*amicus curiae*–, representante del Ministerio Público de la Defensa, el Procurador General de la Nación interino, representantes letrados de las partes y de la tercera citada

–Provincia de Santa Fe–. En la presente audiencia, los integrantes formularon exposiciones, informes y fueron interrogados sobre varios aspectos.

La CSJN admite el recurso extraordinario, motivados que, en el caso concreto se cuestiona normativa que afecta el derecho a la salud, el derecho a la autonomía personal, y el principio de razonabilidad consagrados en la CN. Sobre la primera cuestión, la Corte menciona que con la entrada en vigencia del decreto 883/2020 se tornó inoficioso el pronunciamiento de esta respecto a la pretensión de las actoras del acceso gratuito al aceite de cannabis. Con referencia al segundo cuestionamiento, y a fines de resolver ordenadamente, el máximo tribunal divide en tres los planteos a resolver. En primer lugar, si el ámbito de autonomía individual regulado en el artículo 19 de la CN impide al Estado Nacional controlar y autorizar el autocultivo con fines medicinales. En segundo lugar, se disponen a analizar la razonabilidad de la regulación en los términos del artículo 28 de la CN. Y finalmente, sobre la inconstitucionalidad de las normas que penalizan el autocultivo de plantas de marihuana y elaboración de aceites caseros de cannabis con fines medicinales. Se rechazan las pretensiones de las actoras.

El máximo tribunal integrado por los jueces Dres. Horacio Daniel Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti votando en conjunto, resuelve cada una de las cuestiones analizadas declarando admisible el recurso extraordinario. A su vez, confirman la sentencia de la Cámara de Apelaciones, con el alcance que surge en la sentencia.

3. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia

Como se mencionó con anterioridad, el problema jurídico planteado en el presente fallo es un problema de tipo axiológico por colisión de principios, siendo tales el derecho a la salud con la seguridad pública. A fin de dirimir la cuestión, el máximo tribunal lleva a cabo una ponderación de principios.

Se plantea entonces, la primera cuestión a decidir sobre si el ámbito de autonomía individual regulado en el artículo 19 de la CN impide al Estado Nacional controlar y autorizar el autocultivo de marihuana con fines medicinales. En este sentido, la CSJN entiende que las razones de salud y seguridad públicas resultan suficientes para justificar que el Estado intervenga, sin afectar una injerencia injustificada de la autonomía personal. Para arribar a este resultado, el máximo tribunal analiza pormenorizadamente normativa

de salud pública como ser las leyes N° 17.565 –Ley de Farmacias–, N° 17.818 –Ley de Estupefacientes–, y N° 19.303 –Ley de Drogas–. Afirmando que su objetivo es evitar el uso indebido de medicamentos, así como determinar la peligrosidad de éstos. A su vez, considera la recomendación de la Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas en cuanto eliminó el cannabis de la Lista IV, y afirma:

La comisión 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. En efecto, estas sustancias no fueron eliminadas de todas las categorías de sustancias sujetas a control estatal, sino que se mantuvieron en la Lista I, lo que implica que están sometidas a varias medidas de fiscalización de parte de los Estados. (CSJN, “Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986”; 05 de julio de 2.022, p. 11).

Por lo tanto, la CSJN considera que el Estado argentino debe adoptar medidas necesarias para limitar la producción, fabricación, exportación e importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos. A su vez, la convención estipula que cuando un Estado permite el cultivo de cannabis debe aplicar un sistema de fiscalización, siendo que solo podrán dedicarse quienes posean una licencia expedida por el organismo.

Así entonces, analizada la regulación en materia de estupefacientes y vista la recomendación de la Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas, la CSJN pondera entre los principios de autonomía de la libertad del artículo 19 de la CN con el principio de seguridad pública teniendo estrecha vinculación con la salud pública. Resuelve de este modo que la salud y seguridad públicas resultan suficientes para justificar que el Estado intervenga, afectando de algún modo, pero de manera justificada la autonomía personal.

En relación a la segunda cuestión a dirimir, siendo esta la razonabilidad de la regulación del decreto reglamentario 883/2020, y resoluciones ministeriales 800/2021 y 782/2022 en los términos del artículo 28 de la CN en el marco de la ley 27.350. Y sobre este punto, la CSJN resuelve que los requisitos exigidos para obtener la autorización no resultan irrazonables. Da razones, mencionando que las medidas de control estatal

constituyen una injerencia mínima y que la regulación se limita a asegurar cierta supervisión por parte del Estado. El máximo tribunal, entiende que la reglamentación analizada tiende a preservar un interés estatal relevante como el cuidado integral de la salud pública. De esta manera, la CSJN vuelve a ponderar principios, teniendo mayor énfasis la salud pública, afirmando que la reglamentación es razonable.

Finalmente, se trata el planteo de inconstitucionalidad de las normas que penalizan el autocultivo de plantas de marihuana y elaboración de aceites caseros de cannabis con fines medicinales. La CSJN resuelve que deviene innecesario examinar la validez constitucional de la Ley 27.737 –Ley de Estupefacientes–, toda vez que las conductas desarrolladas en el marco del régimen del uso medicinal del cannabis no resultan punibles.

Por lo tanto, y como se hubiera mencionado en la introducción de presente trabajo, si bien la CSJN divide los planteos a tratar, el problema jurídico central de tipo axiológico es la colisión entre los principios de derecho a la salud con el de seguridad pública. Sentado esto, la Corte resuelve el problema jurídico axiológico, ponderando el principio de seguridad pública –que tiene estrecha vinculación con la salud pública–, con el derecho a la salud, relacionado este último con la autonomía de la libertad y razonabilidad de la reglamentación.

4. Análisis y comentarios de la autora

4.1. De los principios en colisión: derecho a la salud y seguridad pública

Al inicio del presente trabajo se hizo mención que el problema jurídico observado en el fallo es de tipo axiológico, planteándose la colisión entre los principios del derecho a la salud y la seguridad pública. Ambos encuentran encuadre normativo en nuestra Carta Magna, siendo que el derecho a la salud es parte de los derechos implícitos del Art. 33, y regulado marginalmente en el Art. 41. Asimismo, y dada la incorporación del Art. 75 inc. 22 en la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud, está expresamente regulado en pactos y tratados internacionales que adquieren jerarquía constitucional. Por su parte, la seguridad pública es parte de lo que se denomina poder de policía, siendo que éste también se halla implícitamente reconocido en la CN, en su artículo 14.

El célebre jurista Bidart Campos (2006), refiere que el derecho a la salud fue primariamente reconocido con una actitud pasiva, es decir que el sujeto pasivo “no infiera daño a la salud”, siendo que este deber de omisión sería la única obligación. Asimismo, y con el devenir del constitucionalismo social, y la progresividad de los derechos humanos, hoy el derecho a la salud exige además, “prestaciones favorables” (p. 105). En sintonía con lo dicho, la Organización Mundial de la Salud [OMS], 2008 menciona que el derecho a la salud se encuentra comprendido por un amplio “conjunto de factores” que contribuyen a una vida sana (p. 3). Por otro lado, Ariza Clerici (2004), define al derecho a la salud integrando esta condición omisiva de no dañar, con las obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica cuando ya se produjo la afectación a la salud. A su vez, constriñe al Estado a efectivizar su cumplimiento a través de una conducta debida.

En el análisis del fallo, se plantea la controversia dado que las accionantes consideraban que se veía afectado el derecho de salud de los menores a su cargo, dadas las restricciones a la plantación de marihuana para crear aceite de cannabis. En este sentido, la CSJN falló a favor de la seguridad pública entendiendo que las razones de salud y seguridad públicas resultan suficientes para justificar la injerencia del Estado. Así entonces, es que la seguridad pública, entendida como parte del poder de policía del Estado entra en conflicto con el derecho a la salud relacionándose éste, a su vez, íntimamente con la autonomía de la voluntad.

Se mencionó *ut supra* que la seguridad pública es parte del poder de policía. Así lo manifiesta Bidart Campos (2006) haciendo referencia a la tesis restringida, al demarcar que éste es una “porción del poder estatal” cuyo objeto es proteger la salubridad, moralidad y seguridad públicas. (p. 345). Con relación a esto, hace lo suyo Alfonso (2015), al decir que el poder de policía es una manera de mantener el orden y respeto de los derechos individuales. Y, dada su reglamentación se los limita a los fines de armonizar los diferentes derechos de los sujetos, permitiendo así, que el otro puede ejercerlos de igual manera. Para completar la idea, García Pullés (2015) establece que el fundamento del mismo es coordinar la coexistencia de derechos particulares, tanto entre ellos mismos como con el interés público. He aquí entonces, que la prerrogativa invocada en el Art. 14 de la CN, que menciona que los derechos y garantías constitucionales no son absolutos, sino relativos y que deben ser reglamentados, halla su justificación. Toda vez que, en el caso en concreto y dado el carácter de relativos de los derechos, se encuentra entonces limitado el derecho a la salud con motivo de la seguridad pública. Sentado esto, el derecho

a la salud, como ocurre con el resto de los derechos reconocidos en la CN se encuentra limitado conforme su reglamentación. Y esta reglamentación a su vez, tiene un límite previsto en el Art. 28 de la CN, en tanto que las leyes que se dicten a ese efecto no pueden alterar su contenido. (Marra, 2021). Asimismo, la autora es categórica al afirmar que “el deber de garantía asumido por el Estado frente al derecho a la salud acentúa y retroalimenta, a su vez, su rol como regulador.” (p. 85).

En idéntico sentido y a favor de la intervención estatal, Rivera et al. (2014) hace saber que los tribunales han fallado en reiteradas oportunidades en la existencia de un deber estatal de tomar acciones positivas para proteger la salud de los individuos. Sea proveyendo medicamentos, financiando tratamientos, remodelando hospitales o fabricando vacunas. Justificando así la intervención estatal en pos del derecho a la salud.

4.2. Breve análisis jurisprudencial

En la sentencia judicial bajo análisis, la CSJN ha resuelto restringiendo la autonomía de la libertad en el marco del derecho a la salud, en pos de la seguridad y salud públicas, en atención a que la reglamentación se considera razonable. En este sentido, nuestro máximo tribunal ha sido coincidente en materia de asegurar la seguridad pública restringiendo la autonomía de la libertad. Así resolvió en el fallo Garay, ya que consideró que la obligación del uso del cinturón de seguridad en la vía pública no resulta una interferencia indebida en la autonomía individual, pues lo que se procura es la prevención de un riesgo a terceros, que es una de las hipótesis previstas por el artículo 19 de la CN para habilitar la intervención estatal. Asimismo, consideró que el riesgo que se puedan ocasionar entre sí diferentes personas en el tránsito, justifica el interés estatal de preservar la salud pública. (G.D.S. c/ Provincia de Mendoza s/ amparo. 2 de julio de 2024. Fallo 347:688). Cabe destacar, que el alto tribunal utiliza como antecedente el fallo Macame a los fines de sustentar la intervención estatal en el citado fallo Garay.

De igual manera, y atendiendo en este caso a razones de salud pública, la CSJN resuelve a favor de la injerencia estatal. Todo ello con motivo del marco regulatorio de la Ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires en lo que hace al derecho a la salud, dado que ésta pretende proteger la salud de quienes consumen medicamentos. En este sentido, se justifica la mayor intensidad reglamentaria aplicada al ejercicio de la actividad farmacéutica. (Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/

pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. 30 de junio de 2021. Fallo 344:1557)

4.3. Del uso del cannabis: medicinal y recreativo

Uno de los tópicos centrales en la sentencia ronda en lo atinente a la planta de marihuana, su autocultivo y el uso que se le da. Sobre este último punto, se debe diferenciar entre el uso del cannabis con fines medicinales y su uso con fines recreativos. Dicho esto, en nuestro país, en el año 2017 se aprobó la Ley 27.350 que regula la investigación científica del uso medicinal del cannabis, limitándose inicialmente a casos de epilepsia refractaria. No obstante, en 2020 se autorizó su extensión a otras patologías o dolencias humanas que podrían resultar potencialmente beneficiadas. (OCAL, 2021, p. 1). Asimismo, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto reglamentario 883/2020 que regula la posibilidad de cultivar la planta de marihuana con fines terapéuticos, previa autorización estatal. A su vez, el decreto reglamentario, a través de su Art. 8 crea el REPROCANN. Por su parte, el Ministerio de Salud de la Nación dicta las resoluciones 800/2021, 673/2022 y 782/2022 que, a grandes rasgos, regulan los límites permitidos de cultivo de la planta. Asimismo, en el orden internacional se encuentra la Convención Única de Estupefacientes de Naciones Unidas. Dicho instrumento establece un sistema de regulación que garantiza la utilización para fines médicos y científicos de los derivados de tres plantas: la amapola, el arbusto de coca y la planta de cannabis. (Corda, 2019). Finalmente, la Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas, eliminó el cannabis de la Lista IV allanando la posibilidad del potencial medicinal y terapéutico. Asimismo, ésta determinó que su uso con fines no médicos y científicos continuará siendo ilegal.

A los fines de conocer sobre su uso medicinal, se realizará una escueta explicación de la planta de marihuana. La medicina enseña que existen dos variantes de la planta de cannabis: una forma llamada Sativa–Sativa y otra llamada Cannabis Índica (Magdalena, 2019). Así entonces, para su uso medicinal se utiliza el aceite de cannabis, que es “un concentrado de composición compleja y variable que se obtiene de la extracción de las flores o las hojas secas de la planta de Cannabis” (OCAL, 2021, p. 3). Se lo utiliza para el tratamiento de náuseas y vómitos asociados a quimioterapia, pérdida de apetito en pacientes con SIDA, para aliviar esclerosis múltiple y para ciertos tipos de epilepsia. Sin embargo, en la actualidad se están realizando diversos estudios científicos sobre su uso

terapéutico en otras enfermedades y dolencias.

Por su parte en cuanto al uso recreativo del cannabis, la Ley 23.737, conocida como Ley de Estupefacientes, lo penaliza tipificándolo en tres figuras penales que resultan los tipos penales más aplicados. Siendo entonces, la tenencia simple de estupefacientes, tenencia con fines de comercialización y tenencia para consumo personal.

En lo relativo al consumo recreativo, Lynch (2020) hace referencia que este puede ser con fines sociales, espirituales, festivos, artísticos, placenteros y que se lo descalifica como un vicio, considerados incluso como una conducta patológica. Afirma a su vez, que la planta tiene un bajo margen de peligrosidad, y que su consumo se expandió a millones de personas en todo el mundo. Finalmente hace referencia al movimiento cannábico, que interpela por su derecho al consumo y cultivo de marihuana. Sin embargo, y en contraposición a esto, Rivera et. al. (2014), manifiesta que la ausencia del castigo penal no significa que el Estado deba proteger la conducta frente a interferencias de terceros, ni facilitar ni garantizar su realización. Y utiliza los fundamentos del fallo Arriola cuando la CSJN afirma que “esta decisión de modo alguno implica legalizar la droga” (p. 318).

4.4. Análisis Jurisprudencial

En lo que respecta a la materia, no puede dejarse de lado analizar el precedente judicial que marcaron los fallos Bazterrica y Arriola emitidos por la CSJN. En el fallo Bazterrica de 1986 el Máximo Tribunal hizo historia, al declarar la inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Asimismo, se pronunció con respecto al límite de lo dispuesto en el Art. 19 de la CN, considerando que este tipo de conductas no ofendían a la moral pública. (B.G.M. s/ tenencia de estupefacientes. 29 de agosto de 1986. Fallo 308:1392). En Arriola, la Corte declaró la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 14 de la Ley 23.737 que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal. A su vez, exhorta a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas. En sus fundamentos, pone de resalto que la tenencia de estupefacientes involucra un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible. Destacando, a su vez, que la finalidad de la cláusula constitucional del Art. 19 es la de garantizar un ámbito de libertad

personal en el cual todos podemos elegir. (A.S. y otros. 25 de agosto de 2009. Fallo 332:1963).

Más recientemente, en Tierra del Fuego, el Juzgado Federal de Río Grande sobreseyó a dos personas por entender que la conducta atribuida a ellos encuadraba en el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Asimismo, y atendiendo a los precedentes de Bazterrica y Arriola, se declara la inconstitucionalidad del Art. 14 segundo párrafo, de la ley 23.737 por contraponerse al Art. 19 de la CN. A su vez, en dicha causa, una de las imputadas plantaba marihuana para paliar su adicción a la cocaína, siendo asistida por grupos de apoyo y personal especializado. Sentada esta cuestión, la jueza entendió que, si bien no existían las autorizaciones correspondientes, se configuraba como uso medicinal del cannabis y se fundó en el fallo Macame. (L. R. I. y otro s/ INFRACCION LEY 23.737. 22 de agosto de 2023. Expte. FCR 17832/2022).

En lo que hace al uso del cannabis de uso terapéutico, la CSJN ya había resuelto a favor de su uso, en pos del derecho a la salud. En este supuesto, compeliendo a la obra social a que reconociera a favor de un menor de edad el costo de un aceite de cannabis en la cantidad que el médico neurólogo lo indicara. Dado que el uso del aceite de cannabis por parte del joven había producido mejoras sustanciales en su estado de salud y en su calidad de vida. (B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo. 21 de octubre de 2021. Fallo 344:2868).

De forma diferente resuelve la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca donde se hace lugar parcialmente al recurso interpuesto, dejando sin efecto la autorización para cultivar cannabis. En sus consideraciones, y según el voto del juez Gallego existen solo dos maneras de conseguir el aceite de cannabis, de forma gratuita por parte del Estado o procurándolo a su costo, siempre mediando la autorización estatal. En lo que respecta al autocultivo, éste entiende que la normativa no contempla dicha posibilidad – la sentencia es previa a la creación del REPROCANN–. Asimismo, refiere el que cultivo se reservó para que sea asumido exclusivamente por la autoridad de aplicación. (N.J.M. y otro c/ Estado Nacional y otro s/ amparo ley 16.986 s/ inc apelación. 21 de mayo de 2019. Fallo FGR 16005/2018/1/CA1).

Es menester hacer saber, que este último fallo fue utilizado como fundamento en la resolución de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sentencia ésta

que es recurrida por vía de recurso extraordinario y confirmada por la CSJN en el fallo Macame. En el voto del juez Pineda, este entiende que el cultivo de marihuana con fines medicinales debe ser reglamentado y controlado por la autoridad administrativa. Asimismo, descarta la posibilidad que, de forma privada, los particulares puedan fabricar aceite de cannabis. A su vez, considera que, por tratarse de la salud de un niño, distinta de las amparistas, no es automática la tutela del artículo 19 de la CN, ya que estos no deciden por sí mismos. Es dable mencionar, que esta sentencia es de fecha anterior a la creación del REPROCANN. (ASOCIACIÓN CIVIL MACAME Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL ARGENTINO - PEN s/ Amparo Ley 16.986. 3 de junio de 2020. Fallo FRO 68152/2018)

4.5. Postura de la autora

Dado lo expuesto hasta aquí, se considera que la decisión arribada por la CSJN es atinada y se comparten sus fundamentos. El máximo tribunal, como contralor de *ultima ratio* en nuestro país de los derechos, los sopesa y pondera.

Al inicio del presente trabajo se había establecido que el problema jurídico que aquí yacía es de tipo axiológico, siendo un conflicto de los principios del derecho a la salud con el de la seguridad pública. Habiendo madurado esta idea, hoy en día se considera que el derecho a la salud nunca fue vulnerado ni disminuido. Existen entonces en la sentencia varios principios jurídicos que se conjugan entre ellos, como ser el derecho a la salud, la seguridad pública, el deber reglamentario, la salud pública, la autonomía de la libertad. Y es este último principio el que realmente se encuentra, no vulnerado, pero sí disminuido. Alexy (2006), al mencionar el “principio de proporcionalidad”, establece que “la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos”. A su vez refiere que, cuanto mayor sea el menoscabo de un principio, de igual manera mayor debe ser la importancia de “satisfacer” el otro principio (p. 2). En este sentido, se considera que es la solución adoptada por la CSJN, ya que permite que se vea disminuido la autonomía de la libertad, en favor del resto de los principios. Dicho esto, el alto tribunal tiene siempre en claro que el derecho a la salud no debe ser vulnerado, ya que se encuentra no solo normado constitucionalmente, sino reconocido y custodiado celosamente en Pactos y Tratados Internacionales. Entonces es que hace uso de otros principios, como ser la seguridad pública, la salud pública, el poder reglamentario dado que lo que está en

juego no es ni más ni menos, que la salud de niños.

Por otra parte, en lo que se refiere a la política de cannabis de uso medicinal, es correcto el razonamiento usado por la CSJN, ya que como se mencionara, durante la tramitación del recurso, es que se crea el programa REPROCANN por decreto 883/2020. En este punto, ya se permitía el autocultivo de la planta de cannabis para ser usado con fines medicinales, por lo que el derecho a la salud, entendido no solo en su faz negativa sino también como “prestaciones favorables”, no se encontraba comprometido. Por lo que la injerencia estatal, a través de autorizaciones, límites de plantas, certificados médicos, se encontraba completamente justificada. Y sobre este punto, la jurisprudencia citada fue coincidente, ya que siempre se estuvo a favor de la injerencia estatal estando en juego la salud o seguridad pública.

Asimismo, la jurisprudencia traída a colación en lo atinente al uso terapéutico del cannabis, mayoritariamente se inclinan a favor, dados los efectos comprobados de éste en la salud de las personas afectadas por múltiples dolencias y enfermedades. Sin embargo, en los fundamentos mismos del fallo analizado, el tribunal entiende que los beneficios y la eficacia del aceite de cannabis no significan que esté exento de riesgos. Completando la idea, y haciendo uso de un trabajo de investigación arrimado como documental, la CSJN refiere que se necesitan más estudios a fin de determinar el balance entre beneficio y riesgo. Por su parte, jurisprudencia federal –previo a la creación del REPROCANN–, entiende que el autocultivo de cannabis, sea con fines medicinales o recreativos, no se encuentra permitido, y que su uso terapéutico debía seguir los lineamientos del programa experimental. Entienden que el cultivo de la planta de marihuana en el domicilio, no constituye el único medio para resguardar la salud del menor, ni el más idóneo a los fines de obtener el aceite de cannabis. En la actualidad, existen numerosos estudios clínicos que avalan su uso para ciertos tipos de enfermedades y dolencias, pero como todo tratamiento, éste presenta riesgos o efectos adversos. Y, en el caso en cuestión, dado que se trata de la salud de niños, en donde los padres consideran apto dicho tratamiento, es que el realizar de manera casera el aceite de cannabis debe ser celosamente reglamentado por el Estado.

Con el dictado del decreto 883/2020 que crea el REPROCANN, el autocultivo del cannabis con fines medicinales, se encuentra permitido. Dicho esto, es que no se sabría con exactitud la forma en que habría fallado la CSJN de no haberse creado este. El

tribunal, de manera coincidente resolvió a favor del derecho a la salud cuando se refiere al uso del aceite de cannabis. Sin embargo, cuando se concibió realizar de manera casera el mismo, la jurisprudencia entendió que, atendiendo a razones de salud y seguridad públicas, como de la salud de menores, no debe dejarse al arbitrio de la autonomía personal. Bajo estas condiciones se limita la autonomía de la libertad, que lleva a la conclusión que se buscaba que el aceite de cannabis sea industrializado para ejercer mayor control y reglamentación.

Asimismo, la CSJN analiza, las consecuencias y razones del cultivo no controlado por lo que, en aras de la prevención del tráfico ilícito, se justifica el control estatal respecto del cultivo de cannabis atendiendo a razones de seguridad pública. Señala que una autoridad estatal no puede pasar por alto la posibilidad de que el cultivo persiga fines no medicinales, es decir recreativos, que se encuentran prohibidos. A su vez, hace hincapié en que el Estado argentino se comprometió internacionalmente a prevenir el narcotráfico y reprimir los delitos asociados. Y es sobre este punto es que se llama a reflexión y se toma lo manifestado por Lynch (2020) al decir:

Lejos de responder a criterios sanitarios objetivos, las nociones de salud y enfermedad que sostienen la prohibición de las drogas están inspiradas en un singular caso de segregación cultural, que ha devenido una manifiesta discriminación social. En concordancia con la prédica puritana, esta cruzada contra las drogas conjuga una suerte de “sustrato religioso” —por un lado la lógica sacrificial propia del chivo expiatorio (Szasz, 1993; Lynch, 2015), por otro el ideal de sobriedad como un mandato absoluto— con dictámenes políticos que proscriben determinadas sustancias hasta el extremo de sancionar penalmente a quienes transgreden la ley. (p. 7).

Para finalizar, se considera que es dable la respuesta de los tribunales argentinos a este tipo de medicina alternativa, que antiguamente se tuvo tanto reparo, al punto de ser considerado tabú. Y que, en la actualidad y dada la basta investigación científica se encuentre en auge el uso del aceite de cannabis para paliar síntomas y enfermedades crónicas. En vista de todo lo dicho con anterioridad y analizada la cuestión, se comparte plenamente la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. Conclusión

A modo de corolario, en el fallo analizado se plantea una colisión de principios que se conjugan entre sí como ser el derecho a la salud, la seguridad pública, el deber reglamentario, la salud pública, la autonomía de la libertad. En un análisis superficial, se consideraba que los principios que se encontraban en conflicto eran el derecho a la salud con la seguridad pública. Esto se descartó, dado que el derecho a la salud nunca fue vulnerado ni disminuido, de hecho, la CSJN al resolver la cuestión atiende a razones de seguridad y salud públicas, ponderando por sobre la autonomía de la libertad de las actoras.

Asimismo, se planteó consideraciones respecto a la planta de marihuana, su cultivo, cantidades permitidas y el uso que se le da a ésta. Con respecto a este último, se analizó cuando su utilización es con fines medicinales y cuando lo es con fines recreativos. Advirtiendo que su uso recreativo se encuentra prohibido por Ley 23.737 – Ley de Estupefacientes–, tipificándolo en las figuras penales de tenencia simple de estupefacientes, tenencia con fines de comercialización y tenencia para consumo personal. Así entonces, la sentencia analizada centra su atención en el cannabis con fines medicinales, y la realización del aceite derivado de éste. Como así también, su relación con la potestad reglamentaria del Estado para limitar la cantidad de plantas para el cultivo, e imponer requisitos para su autorización en el marco del programa REPROCANN. En este sentido, la CSJN entendió que las razones de salud y seguridad públicas justificaban la injerencia del Estado en el marco de la autonomía personal consagrada en el artículo 19 de la CN, por lo que ésta realiza una ponderación de principios.

El presente fallo cobra vital importancia en materia de cannabis medicinal. Si bien la CSJN, confirma la sentencia apelada, que a su vez confirmaba lo expuesto por el Juez de Primera Instancia rechazando el amparo perpetrado por la Asociación Civil, en sus considerandos marca los alcances del uso del cannabis medicinal. A su vez, reconoce los beneficios que tiene en materia de salud para paliar síntomas de enfermedades crónicas y tilda de “loable” la actitud de las madres que buscan en el cannabis una mejora en la salud de los niños a su cargo. Dicho esto, el reconocimiento judicial que realizó la CSJN en materia de cannabis medicinal fue de tal envergadura, que fue utilizado como precedente por el Juzgado Federal de Río Grande para sobreseer a una persona.

Finalmente, se debe mencionar que previo al pronunciamiento del tribunal y de la creación del REPROCANN, quienes padecían enfermedades crónicas, debían someterse

a un programa experimental para conseguir el aceite de cannabis. O bien, debían cultivar de manera ilegal a riesgo de ser perseguidos penalmente. Por lo que, a futuro quienes se encuentren alcanzados por los requisitos para obtener la autorización para cultivar marihuana, tienen el derecho de realizarlo. Siendo esta práctica, reconocida y amparada por la CSJN, generando un gran triunfo en materia de salud, dados los múltiples beneficios que presenta el cannabis.

6. Referencias

6.1. Doctrina

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2006). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En Carbonell M., Orozco Henríquez J., Vázquez R. (Coord.). *Jueces y Ponderación Argumentativa*. (pp. 1 – 18). (1ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Alfonso, M. (2015). El poder de policía en las políticas públicas. *Revista de Pensamiento Penal*, 1-14.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42408.pdf>
- Ariza Clerici, R. (2004). El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Lecciones y Ensayos* (80 Mar.) 285-328
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/el-derecho-a-la-salud-en-la-csjn.pdf>
- Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución Reformada*. T II. Ediar.
- Corda, R. A. (2019). La actual ley de estupefacientes y su aplicación en torno al cannabis en *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos* (pp. 167-178). Defensoría General de la Nación.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.). Ariel S.A.
- García Pullés, F. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (1ª ed.). Abeledo Perrot.
- Lynch, F. (2020). Cannabis medicinal y recreativo: una hermenéutica crítica de las nociones de salud y enfermedad relativas al consumo de marihuana. *Revista Cultura y Droga*, 25(30), 196-218. <https://doi.org/10.17151/culdr.2020.25.30.9>
- Magdalena, C. A. (2019). Aplicaciones medicinales del cannabis. Una historia milenaria y actual en *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos* (pp. 85-90). Defensoría General de la Nación.
- Marra, M. (2021). El derecho a la salud en Argentina y el deber de garantía del Estado nacional. *Ab- Revista de Abogacía*, (9), 83-92.
<https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ab/article/view/1093>
- Rivera (H), J. (Dir.), Elias, J. (Dir.), Grosman, L. (Dir.), Legarre, S. (Dir.), Andía, M., Asensio, R., Basset, U., Cantore, L., Cavallo, M., Cianciardo, J., Clérico, L., Colazo, C., Dulitzky, A., Ezpeleta, C., Farrell, M., García-Mansilla, M.,

Gargarella, R., González Bertomeu, J., Guibourg, R.,... Zayat, D. (2014). *Tratado de Los Derechos Constitucionales*. T II. Abeledo Perrot.

6.2. Jurisprudencia

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca. “Navarro, Julia Macarena y otro c/ Estado Nacional y otro s/ amparo ley 16.986 s/ inc apelación”; 21 de mayo de 2019.

Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. Sala A. “ASOCIACIÓN CIVIL MACAME Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL ARGENTINO - PEN s/ Amparo Ley 16.986”; 03 de junio de 2020.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986”; 05 de julio de 2.022.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo”; 21 de octubre de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes”; 29 de agosto de 1986.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”; 29 de agosto de 1986.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”; 30 de junio de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Garay, Diego Sebastián c/ Provincia de Mendoza s/ amparo”; 2 de julio de 2024.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”; 25 de agosto de 2.009.

Juzgado Federal de Rio Grande. “L. R. I. y otro s/ INFRACCION LEY 23.737”; 22 de agosto de 2023. Expte. FCR 17832/2022.

6.3. Legislación

Constitución Nacional (CN). Arts. 19, 28, 33, 75 inc. 22. Ley 24.430 de 1994. 3 de enero de 1995. (Argentina).

Convención de Derechos del Niño. Artículo 24°. 20 noviembre 1989

Decreto 883 de 2020. [Presidente de la Nación Argentina]. Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados. 12 de noviembre de 2020.

Ley 23.737 de 1989. Modificación al Código Penal – Narcotráfico. B.O. 11 de octubre de 1989. (Argentina).

Ley 27.350 de 2017. Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados. B.O. 19 de abril de 2017. (Argentina).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12°. 16 diciembre 1966.

Resolución 782 de 2022. [Ministerio de Salud Nacional]. Por la cual se modifica la Resolución Ministerial 800/2021. 11 de abril de 2022.

Resolución 800 de 2021. [Ministerio de Salud Nacional]. Por la cual se regula la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados. 12 de marzo de 2021.

6.4. Otras Fuentes

Oficina Científica de Asesoramiento Legislativo. (2021). Informe de Situación N° 1. https://www4.hcdn.gob.ar/archivos/observatorio-ocal/informes/Cannabis_med.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2008). *El Derecho a la Salud*. Folleto Informativo N° 39. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>