

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala II de la Cámara Federal de Salta revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo, y dejó sin efecto la autorización para el cultivo de plantas de *cannabis* con fines medicinales, como así también la obligación negativa impuesta a las fuerzas de seguridad respecto del domicilio de los accionantes. Modificó además su segundo punto dispositivo, y ordenó la inscripción provisoria del accionante menor de edad en el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso Medicinal de la Planta de *Cannabis* y sus derivados”, con el fin de proveerle derivados comerciales de la planta de *cannabis*, hasta tanto el estado se expida de manera definitiva sobre el pedido de admisión (fs. 379/388).

Sostuvo que la conducta materia de autorización compromete el interés público, al encontrarse prohibida por el artículo 5, inciso a, de la Ley 23.737 modificatoria del código penal. Argumentó que el supuesto fue especialmente debatido durante el trámite de la Ley 27.350 de investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de *cannabis* y sus derivados, sin que se llegara a un acuerdo sobre la regulación y despenalización del autocultivo. Dedujo de ello que existió una decisión expresa del legislador de mantener la prohibición prevista en la ley 23.737. Señaló que la única vía para autorizar el cultivo era la declaración de inconstitucionalidad de la norma penal, que constituye la *última ratio*, y que no se había demostrado, de modo ostensible, que la prohibición provocara un agravio determinado y específico sobre el ámbito de reserva o el derecho a la salud. Indicó que, dada la relevancia de la cantidad autorizada –doce plantas adultas y cuarenta plantines–, no debía descartarse una finalidad distinta del consumo personal, en exceso del ámbito de protección delineado por la Corte Suprema en el precedente “Arriola”.

Afirmó que tampoco se encontraba acreditado, con rigor científico de verdad, que mediante el autocultivo se optimizara el tratamiento médico pues, a diferencia de lo que sucede con los aceites estandarizados y manufacturados por terceros, ello permitiría la selección de las mejores cepas por sus proporciones de THC y CBD, su rotación antiacostumbramiento y la utilización de variaciones.

Argumentó que, de todos modos, esos eventuales beneficios deben sopesarse con los riesgos de que personas sin preparación profesional manufacturen y administren productos artesanales elaborados con sustancias prohibidas y peligrosas para la salud pública, por fuera de los controles vigentes. Agregó que, a diferencia de lo resuelto en otros amparos, en este caso, la autorización no estuvo acompañada de medidas adicionales de control.

En cambio, consideró que conforme prevé la ley 27.350 la familia dispone de vías legales apropiadas para obtener aceite estandarizado, de forma gratuita a través del “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso Medicinal de la Planta de *Cannabis* y sus derivados”, o a su cargo, mediante el procedimiento de excepción, determinado por la autoridad de aplicación, para la adquisición e importación de medicamentos de uso compasivo (art. 7, decreto reglamentario 738/2017, vigente en ese momento).

Por último, a fin de evitar riesgos para la salud del niño y asegurar la continuidad del tratamiento, ordenó su inclusión provisoria en el programa hasta que recaiga una resolución definitiva de la administración. Declaró que, de ese modo, modificaba el segundo punto dispositivo de la sentencia de grado, que había autorizado el cultivo hasta tanto el Estado incluyera al niño en el programa y acordara cumplir con lo solicitado, en subsidio, por los accionantes —suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC, en cantidad suficiente para su rotación permanente—.

–II–

Contra esa decisión, los accionantes interpusieron recurso extraordinario (fs. 390/401), que fue contestado (fs. 426/433) y concedido por cuestión federal (fs. 435/436), sin que medie queja por la arbitrariedad denegada.

Los apelantes sostienen que existe cuestión federal porque se encuentran en juego las garantías constitucionales a la libertad, a la vida y a la salud, consagradas en el artículo 19 de la norma fundamental y en diversas declaraciones, convenciones y pactos internacionales, que citan.

Indican que el fallo realiza una interpretación de los alcances de la ley 23.737 contraria a la doctrina sentada en el precedente “Arriola” y que la inconstitucionalidad de sus artículos 5, incisos a y e, y 14 se encuentra planteada desde el inicio de la acción. Sostienen que la cámara omitió expedirse en el caso concreto al consignar que “no debe descartarse que pudiera llegar a interpretarse que excede el consumo personal”, pues con ello delegó en otro —las agencias policiales— una evaluación propia de su jurisdicción. Critican el razonamiento que infiere el riesgo de la cantidad —que entienden proporcionada— sin atender al resto de las circunstancias, que demuestran la exclusiva finalidad medicinal del cultivo. Agregan que la cámara debió, al menos, consignar la cantidad que estimaba adecuada, a la luz de la doctrina mencionada, dado que ésta fue alegada desde el inicio de la acción.

Se agravian también porque la decisión privó al niño del único tratamiento que le ha permitido vivir sin dolor, suplantándolo, en el mejor de los casos, por un producto carente de efectos y de incierta provisión, lo que contradice el derecho a preferir tratamiento, recogido por la Corte Suprema en el precedente “Albarracini”. Señalan que la cámara desoyó la prueba empírica que avala la eficacia del tratamiento con variedad de cepas, combinación de componentes y rotación en la administración, ensayado tras el fracaso de los medicamentos comerciales y el acostumbramiento al aceite estandarizado.

Criticaron que la cámara haya esgrimido daños conjeturales y abstractos para negar la autorización, cuando el cultivo domiciliario asegura un bajo riesgo de contaminación y el tratamiento no reveló efectos adversos. Agregaron que, de ser ese el caso, la cámara debió disponer un monitoreo adicional al del médico tratante, lo que no hizo.

Postulan que, bajo el argumento de asegurar la continuidad de un tratamiento eficaz, la sentencia equiparó erradamente los efectos del aceite industrializado con los de los derivados especiales, solicitados en subsidio al promover el amparo. Sostienen, en este sentido, que la cámara soslayó el hecho de que el único producto que puede proveer el programa, y cuya importación autoriza la ANMAT, ya fue probado en el niño sin efecto alguno.

También se encuentra agregada en autos la presentación de Mariano Carlos Fusero como *amicus curiae* (fs. 437/463). A su vez, tomaron intervención legal el Defensor Oficial Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Salta (fs. 178/80), el Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Salta (fs. 350/1), la Defensora General de la Nación (fs. 478/495), el titular de la Fiscalía Federal de Primera Instancia N° 1 de Salta (fs. 280/2), y el Fiscal General Subrogante a cargo de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Salta (fs. 353/8). Todos ellos se expidieron a favor de la pretensión de los accionantes.

–III–

El recurso extraordinario fue correctamente concedido pues se controvierte la inteligencia de cláusulas constitucionales relativas al ámbito de reserva, la autonomía personal y al derecho del niño con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 327:2127, “Martín”; 327:2413; “Lifschitz”, 335:799, “Albarracini”).

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que, en la tarea de esclarecer la hermenéutica de este tipo de normas, no se encuentra limitada por las posiciones de los magistrados actuantes, ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre los puntos en debate (CCF 4612/2014/CS1, “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud”, sentencia del 14 de agosto de 2018).

–IV–

Ante todo, cabe consignar que se encuentra fuera de controversia la grave enfermedad que padece el niño –neurofibromatosis tipo 1 (NF1)–, los dolores agudos y permanentes que ella genera, sus consecuencias sobre el desarrollo de la personalidad y de la vida social y familiar, la ineficacia del uso prolongado de medicamentos comerciales y sus efectos negativos. De otro lado, no se encuentra discutido el consentimiento libre e informado a recibir tratamiento con derivados especiales de *cannabis*, en lo que hace a la intervención del niño y a la representación ejercida por sus tutores. Tampoco se controvierte en esta instancia la necesidad de que el niño sea tratado con derivados de *cannabis*, como vía idónea para paliar el dolor y mejorar su salud, aunque sí el tipo de producto –especial o estandarizado–.

Surge de autos que la acción tuvo por objeto autorizar el cultivo domiciliario de plantas de *cannabis* para conjurar el riesgo de injerencia de las fuerzas de seguridad en el ámbito de reserva. Sostuvieron los accionantes que dicha actividad tendría como destino excluyente atender la salud del niño, conforme el tratamiento acordado entre la familia y los médicos intervinientes. Indicaron que el niño fue tratado con drogas comerciales —principalmente, Pregabalina, pero también Paracetamol, Ibuprofeno, Diclofenac, Novalgina y, excepcionalmente, Morfina y Ketorolac—, sin resultados y con efectos secundarios, y luego con aceite industrializado de *cannabis*, el que dio buenos resultados hasta generar acostumbamiento. Señalaron que la vía más eficaz para morigerar el

dolor requiere de preparados especiales —administración y rotación de derivados específicos, elaborados en base a cepas determinadas de *cannabis*—, a base de insumos sólo accesibles mediante autocultivo. Resaltaron la importancia de la autorización para la libre y segura atención del niño por parte de los profesionales tratantes. Solicitaron de manera subsidiaria, frente a una eventual negativa al ejercicio de su derecho, que se ordene al Estado suplir los productos necesarios para atender la dolencia —aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC, en cantidad suficiente para su rotación permanente—. Agregaron que, para obtener la cantidad y variedad apropiada de insumos, era necesario contar con doce plantas adultas y cuarenta plantines sin clasificación sexual, los que serían cultivados en macetas, ubicadas dentro del inmueble y a resguardo de la mirada de terceros (fs. 1/171 y 175/176).

Por su parte, la sentencia reconoce que la experiencia empírica del caso indica que, de momento, el suministro de derivados de *cannabis* resulta beneficioso para la calidad de vida del niño (fs. 384). También consigna que las constancias agregadas al expediente señalan una disminución de síntomas, una mejora en la calidad de vida y la ausencia de efectos secundarios inmediatos, en directa referencia al informe médico que describe la respuesta del paciente a los derivados especiales (fs. 383vta./384). Admite, en lo que aquí importa, y más allá de la ponderación efectuada, que el tratamiento con derivados especiales cuenta con el aval de los médicos tratantes y el consentimiento de la familia (fs. 385).

En este sentido, obra en autos una constancia de control efectuada por el médico pediatra el 26 de abril de 2017, donde se consigna que, según refieren los padres, el niño tuvo una buena respuesta terapéutica al tratamiento exclusivo con aceite de *cannabis* especial, iniciado en septiembre de 2016, sin que se evidenciaran efectos secundarios significativos (fs. 76). También obra en autos el resultado del control practicado el 14 de febrero de 2017 por el

médico especialista en ortopedia y traumatología infantil, donde se indica que el paciente se encontraba asintomático, en relación con el cuadro de dolor y parestesias en manos y pies, refractario al tratamiento médico habitual — Pregabalina— (fs. 77).

En un nuevo informe del 18 de diciembre de 2017, el pediatra reitera la buena respuesta terapéutica al tratamiento con derivados especiales y la falta de observación de efectos secundarios significativos durante el examen clínico, frente a una enfermedad que el profesional describe como particularmente agresiva y sintomática. Señala que, dada la falta de experimentación a escala de productos derivados del *cannabis*, el caso califica como un estudio controlado, denominado n=1, en el cual se comparan los resultados clínicos en un solo paciente, conforme se administre o no la medicación sometida a prueba. Sobre esa base, el informe contrasta la evolución del niño durante el tratamiento, primero con pregabalina, administrada en 50 miligramos de día y de noche, y luego con aceite, tinturas y crema de *cannabis*, administrados de manera exclusiva. Entre las mejoras de la salud del niño, referidas por la madre, el médico destaca: i) reducción de los espasmos en un 80%; ii) espasmos leves que no interrumpen el sueño, iii) reducción de los temblores en un 98%; iv) muy pocas noches con temblores; v) cambio favorable en la conducta, atención y percepción, registrado por la maestra de jardín y el profesor de natación del niño; vi) facilidad para conciliar el sueño, alcanzando las ocho a nueve horas por día, levantándose descansado y de buen humor; vii) crisis de dolor leve y controlable cada seis días, con lapsos de veinte días sin dolor; viii) buen estado de ánimo, con ganas de desarrollar actividades y de relacionarse con otros niños; ix) apertura del apetito e ingesta de alimentos, cuando antes no comía. Concluye que el paciente tuvo una respuesta clínica favorable, mejorando su calidad de vida (fs. 195, y agregado “sobre 1”).

El especialista en ortopedia y traumatología infantil amplió su evaluación el 30 de enero de 2018, indicando que sus conclusiones respondían a los resultados empíricos del caso, dado que no existían consensos en la literatura especializada. Reiteró, sobre esa base, que el tratamiento con derivados del *cannabis* había producido una respuesta muy satisfactoria, beneficiando al paciente (fs. 233).

También obra en autos la solicitud de inscripción en el “Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento con Cannabis” (RECANN), en ese entonces vigente, donde el pediatra justifica el cambio de tratamiento con analgésicos y Pregabalina, por los aceites, cremas y tintura de *cannabis*, en función de la falta de respuesta y mala evolución clínica del paciente. Adjunta allí la prescripción de aceite de *cannabis* alto en THC y dilución 1:40, bajo la forma especial requerida (fs. 285/286). Ante la consulta de este Ministerio Público Fiscal de la Nación, los encargados del programa informaron, el 19 de noviembre de 2020, que no constaba la aceptación del menor en el programa. Por su parte, ante un oficio presentado por esta procuración en virtud de los cambios normativos, el 20 de abril del año en curso, desde ese programa se informó que no era posible actualizar la requisitoria, toda vez que el artículo 8 del nuevo decreto reglamentario 883/2020 estableció el deber de confidencialidad sobre dicha información (cfr. certificación que se acompaña al presente dictamen).

El pediatra aportó un nuevo informe de evaluación global de la enfermedad del paciente, del 19 de octubre de 2018, luego de recibir tratamiento de forma casi exclusiva con aceites, cremas y resinas de *cannabis*, con uso ocasional de anti-inflamatorios no esteroideos. Detalla allí que el niño fue tratado con una formulación de aceite con mayor contenido de THC, obtenidos principalmente de tres cepas de *cannabis*, administrada en dosis individual y variable; en general, tres gotas, tres veces al día, reservando la resina –una gota– para episodios de crisis de dolor. En cuanto a los resultados del tratamiento,

consignó que el paciente se encontraba en buen estado general, tal como también le fuera informado por otros dos profesionales tratantes —traumatólogo infantil y neuróloga—. Refiere, de acuerdo con lo que informa la familia, que el paciente muestra mejor respuesta ante el THC, con alivio del dolor, sueño adecuado, efectos positivos sobre las actividades escolares y ausencia de efectos secundarios. Incluye un nuevo y detallado cuadro comparativo, donde se describen los efectos positivos del tratamiento. Consigna que el uso prolongado del aceite de *cannabis* genera tolerancia. Concluye, basado en la evidencia empírica del caso, un efecto terapéutico adecuado y la necesidad de mantener la medicación (fs. 315/318).

Efectúa un nuevo informe de seguimiento el 20 de diciembre de 2018, donde describe que el niño era tratado mañana, tarde y noche con tres gotas de un oleoso —una cepa—, combinadas algunos días con una gota de resina de la flor de otras tres cepas, poco diluida en aceite de coco, y complementadas con una dosis adicional en caso de dolor. Refiere que en esa oportunidad no detectó cambios en el estado clínico del niño, quien presentaba una sintomatología dolorosa estable pero controlable, sin efectos secundarios. Describe el tránsito del primer año escolar del niño, con sus dificultades. Concluye nuevamente que el efecto terapéutico es adecuado y sugiere mantener la medicación y los controles periódicos (fs. 360). Reiteró el control el 21 de enero de 2019, sin cambios en el estado clínico ni efectos secundarios, aunque señala la necesidad de tratamiento dietético. Apunta que la sintomatología dolorosa se exacerbó en forma transitoria durante un período, por falta de preparaciones de *cannabis* (fs. 368).

–V–

Descriptas las circunstancias del caso, anticipo que, según mi entender, de acuerdo con una inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la sentencia debe considerar las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. Y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas

sobre la materia objeto de la *litis*, se deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (Fallos: 342: 208, “Savoia”; S.C. G. 167, L. XLVII, “G., L. A. y otra c/ OSECAC y otra s/ amparo”, sentencia del 27 de mayo de 2014; 338:706, “D. L. P., V. G.”, y sus citas y dictamen de esta Procuración General de la Nación en CNT 9616/2008/1/RH1 “Ingegnieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/accidente ley especial” del 3 de marzo de 2017).

En esa línea, cabe remarcar que la ley 27.350 estableció un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de *cannabis* y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud. A esos fines, creó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales en la órbita del Ministerio de Salud. Luego, el decreto 738/2017, a la luz de las resoluciones 1537/2017 y 133/2019 limitó su uso a quienes padecían epilepsia refractaria y recibían la indicación de tratamiento por un médico especializado, motivo por el cual los demandantes carecían de la posibilidad de constituirse como beneficiarios del programa.

No obstante, el 11 de noviembre de 2020 se dictó el decreto 883/2020, derogatorio del decreto 738/2017, el que resulta especialmente relevante para el presente caso. El nuevo decreto destaca, en sus considerandos, que el decreto anterior 738/2017 resultaba restrictivo al limitar el uso de derivados a quienes padecían de epilepsia refractaria prescripta por médicos especialistas en neurología o neurología infantil. Además, remarca la necesidad de proporcionar una respuesta equilibrada entre el derecho de acceso a la salud y la seguridad sanitaria, para lo cual establece un registro específico de usuarias y usuarios que cultivan *cannabis*, y promueve la creación de una red de laboratorios públicos y

privados asociados que garantice el control de los derivados producidos. Señala que el marco de seguridad y calidad, junto con el acompañamiento médico, reduce los daños potenciales que puede producir el uso del *cannabis* en un mercado no controlado. Por su parte, la reglamentación alude expresamente al carácter controlado del cultivo domiciliario de *cannabis*, conforme la modalidad que establezca la autoridad de aplicación (artículo 8 del anexo).

En ese marco, el artículo 8 del anexo reglamentario establece que toda persona puede obtener autorización de cultivo para sí, a través de familiares, terceros u organizaciones civiles, siempre que cuente con indicación médica y haya brindado consentimiento informado, en las condiciones prescriptas por el programa. Es decir, estableció un mecanismo para autorizar el cultivo de *cannabis* con fines medicinales, que es precisamente el objeto del presente amparo.

Todos estos recaudos, aplicables a las conductas futuras sometidas aquí a amparo, permiten aventar los riesgos vinculados a la elaboración, prescripción y administración del paliativo, que en su momento ponderara la sentencia como fundamento para reemplazar los preparados especiales solicitados en subsidio (ver también respecto del debate sobre los controles científicos en la materia el *amicus curiae*, particularmente las fs.441/443). En este último sentido, la documental médica reseñada indica con claridad que el niño alcanzó el mejor nivel de salud posible, física y mental, mediante el suministro de preparados especiales —con su composición, cepas, rotación y cambios en la administración—, describiéndose incluso los efectos negativos que provocó su interrupción momentánea. Asimismo, como se expresó, no solo existe indicación médica para el tratamiento con derivados de *cannabis*, sino que el niño se encuentra bajo supervisión y seguimiento periódico por sus médicos tratantes. De esos controles médicos surge ostensiblemente que, ante una enfermedad particularmente agresiva, sintomática y dolorosa, los tratamientos

convencionales fracasaron y, por el contrario, el suministro de derivados de *cannabis*, con rotación de cepas, produjo una mejora sustancial en la calidad de vida del niño pues disminuyeron visiblemente los síntomas, a la vez que no se presentaron efectos secundarios inmediatos. En conjunto con ello, la cámara tuvo por acreditado el consentimiento de la familia para recibir un tratamiento de esta naturaleza y señaló, según su entender, cuáles eran las vías legales para obtenerlo.

La existencia de aval médico suficiente y la vía delineada por la nueva reglamentación para conjurar eventuales riesgos y armonizar el marco aplicable tornan, en mi opinión, plenamente operativo el mecanismo previsto en el decreto 833/2020, en particular, cuando éste se presenta, de momento, como la mejor vía para el resguardo del más alto nivel posible de salud física y mental del niño con discapacidad.

En este sentido, es menester recordar que cabe al Estado la obligación de brindar especial protección al interés superior del niño, derecho que merece el más alto reconocimiento normativo (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 24.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos). También constituye un imperativo estatal impostergable asegurar la salud de los niños con discapacidad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) así como la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública prioritaria del país (dictámenes de esta Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:2127, “Martin” y 327:2413, “Lisfschitz”).

Junto con ello, por la singularidad de este caso, cobra especial relevancia, en el ámbito del derecho a la salud, el deber del Estado de suministrar cuidados paliativos con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, mediante el alivio del dolor, de los síntomas y del sufrimiento asociados a enfermedades (ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53 del 1/2/2013, párrs. 53 y 86; Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, A/HRC/30/43 del 13/8/2015, especialmente, párrs. 42 y 43, 115, 131 y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 6, 12 y 19). En esta esfera, resultan especialmente importantes los cuidados paliativos pediátricos como componente obligatorio de los servicios de salud infantil (ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/70/213 del 30 de julio de 2015, párrs. 48, 51 y 52; Comité de Derechos del Niño, Observación General 15, 17 de abril de 2013, párr. 2 y 25).

–VI–

Adicionalmente, estimo oportuno señalar que el mecanismo previsto en el decreto 833/2020 reglamenta de manera adecuada las previsiones del artículo 19 de la Constitución Nacional y normas concordantes, especialmente en lo relacionado con la libre elección de tratamiento médico, en favor de la salud del niño con discapacidad. Con esta nueva regulación se facilita la armonización de esos intereses protegidos por el marco constitucional con aquellos tutelados por la ley 23.737.

En efecto, el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, tutela que a su vez se encuentra en los textos de diversos tratados internacionales incorporados al bloque constitucional

(arts. 19 y 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; arts. 11 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con fundamento en dicho artículo, la Corte Suprema ha resuelto en innumerables precedentes el valor de la autodeterminación de la persona humana, no sólo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de ésta para la toma de decisiones libres vinculadas a sí misma, lo cual comprende los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas a la propia persona. Ha destacado también que la intromisión en ese ámbito de libertad sólo podrá justificarse por ley, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 335:799, “Albarracini”).

Precisó, en este último sentido, que mientras una persona no ofenda el orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y es obligatorio respetarlos, aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. En esa línea, puntualizó que una conclusión contraria convertiría al artículo 19 de la norma fundamental 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 (Fallos: 335:799, “Albarracini”; y sus citas).

A su vez, en materia de hermenéutica normativa, el máximo tribunal ha expresado, desde antaño, que la primera fuente de exégesis de la ley

es su letra, que ellas deben entenderse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y de la manera que mejor se compadezcan con los principios y garantías constitucionales en tanto con ellos no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso. Recordó, en particular, que la observancia de esas reglas generales no agota la interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad –art. 18 de la Constitución Nacional– exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico; y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 342:2344, “Farina”).

Puntualizó —en referencia a la derogada ley 20.771, y como ocurre ahora con la ley 23.737—, que la especial construcción de ese tipo de normas, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y no a daños concretos a terceros y a la comunidad, y que el hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquéllas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del artículo 19 de la Constitución Nacional, que obliga a efectuar tal distinción (Fallos: 308:1392, “Bazterrica”). En esa línea, con cita de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacó las pautas interpretativas que tienden a evitar que la mera invocación de intereses colectivos sea utilizada arbitrariamente por el Estado para suprimir un derecho constitucional de carácter personal, o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (Fallos: 332:1963, “Arriola”).

En este contexto corresponde señalar que el artículo 5, inciso a, de la ley 23.737 reprime a quien sin autorización o con destino ilegítimo, siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines. La letra de la ley es inequívoca cuando determina, entre los elementos del tipo penal, que las conductas prohibidas son aquellas realizadas “sin autorización o con destino ilegítimo”. Estos elementos, desde el inicio, se encuentran ausentes en el presente caso, porque la acción de amparo pretende obtener una autorización judicial para el cultivo, con un destino terapéutico como lo es cubrir el tratamiento médico de un niño, de actualmente 9 años, con una discapacidad que le genera graves padecimientos, y en tanto se mantenga dentro del marco de ese objeto. Por las mismas razones, tampoco se encuentran prohibidas las conductas posteriores vinculadas con el destino del cultivo, toda vez que ellas se dirigen a la elaboración de preparados y al tratamiento médico del niño.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que ni el Estado ni terceros ni la comunidad médica deben actuar mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud (“Caso I.V.”, sentencia del 30 de noviembre del 2016, párr. 163). Destacó también que “la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable” (párr.155).

En este marco, entiendo que las previsiones de la ley 27.350 y el decreto 833/2020 se encuentran en consonancia con el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional y normas concordantes. Estas normas reflejan que cuando, como en las particulares circunstancias de estos autos, la

finalidad del cultivo es estrictamente medicinal la conducta no se subsume bajo las previsiones de la ley 23.737.

Por los motivos expresados, estimo que corresponde autorizar el cultivo domiciliario de *cannabis* con fines terapéuticos y paliativos solicitados por la actora, en los términos de la ley 27.350 y el decreto 883/2020. A fin de impedir la discontinuidad del tratamiento, deberá autorizarse el autocultivo en los términos solicitados por los demandantes hasta tanto se completen los trámites de registro y autorización establecidos por las referidas normas. Asimismo, toda vez que los accionantes solicitaron la inscripción del menor en el entonces vigente “Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento con Cannabis” (RECANN) –actual “Registro del Programa de *Cannabis*” (REPROCANN)–, entiendo además apropiado comunicar la medida a la demandada, a fin de que la autoridad de aplicación garantice y promueva el cuidado integral de la salud del niño con discapacidad, conforme las facultades de coordinación, apoyo y control acordadas por la ley 27.350 y su decreto reglamentario 883/2020.

–VII–

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada, y poner en conocimiento al Ministerio de Salud de la Nación para que asuma las facultades que por ley le corresponden.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2021.

ABRAMOVICH
COSARIN
Victor Ernesto

Firmado digitalmente por
ABRAMOVICH COSARIN Victor
Ernesto
Nombre de reconocimiento (DN):
serialNumber=CUIL 20165543387,
c=AR, cn=ABRAMOVICH COSARIN
Victor Ernesto
Fecha: 2021.05.14 13:38:04 -03'00'