

“Asociación Civil MACAME y otros c/Estado nacional argentino – P.E.N. s/amparo Ley 16.986”.

FRO 68152/2018/CS1-CA1.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

–I–

La Asociación Civil MACAME, representada por su presidenta M L A y por su secretaria Y V B por derecho propio y en representación de sus hijos menores NN y TC, respectivamente; J M M M y V C, por derecho propio y en representación de sus hijos menores MDAM y DC, interpusieron acción de amparo, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la Ley n° 16.986, contra el Estado Nacional a los fines de obtener que se declare la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley n° 27.350, al considerar que allí se efectúa una distinción arbitraria para acceder al aceite de cannabis y sus derivados de forma gratuita, según las personas se sometan o no a un programa estatal de investigación experimental; solicitaron, en consecuencia, que se ordene otorgar gratuitamente a sus hijos dicha sustancia cuando esté disponible sin forzarlos a someterse a experimentación clínica alguna. Asimismo, pidieron que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 5, incisos «a», «e», penúltimo y último párrafos y 14 de la Ley n° 23.737, así como de toda normativa que prohíba el auto-cultivo para consumo medicinal de los menores a su cargo.

Dicho pedido lo fundaron en la imposibilidad de acceder de manera no onerosa al tratamiento con aceite de cannabis y sus derivados y en la dificultad burocrática de importar tal producto, a lo cual sumaron la imposibilidad de auto-procurarse los elementos para su elaboración –lo que, a su entender, disminuiría drásticamente los costos y, por lo tanto, facilitaría el mayor acceso–, ante la prohibición legal de realizar auto-cultivo.

En ese sentido, advirtieron que la legislación omitió garantizar el acceso al tratamiento con aceite de cannabis y sus derivados a todas aquellas personas que, por su condición, lo requirieran para mejorar su calidad de vida, salud y bienestar.

Adujeron al respecto, que no se había creado un programa que avalara su acceso con la sola condición de necesitarlo y que obligara –a modo de ejemplo– a las obras sociales a brindarlo dentro del Programa Médico Obligatorio, o a la salud pública a garantizar su provisión.

–II–

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario –Sala A–, al confirmar la sentencia de primera instancia, desestimó la acción de amparo planteada.

De modo inicial, los magistrados recordaron que los agravios de las actoras estaban referidos al carácter experimental del “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal del Cannabis, sus Derivados y Tratamientos no Convencionales” y al hecho de que el Estado era el único autorizado para proveer el aceite de forma gratuita, por lo cual pedían que se les asignara la posibilidad de procurárselo por otros medios. Ello, en razón de que aseveraban que la normativa sólo garantizaba el acceso gratuito a quienes se inscribieran en el programa, lo cual resultaba –al entender de las apelantes– una manera de coaccionar la libertad de elección del tratamiento, ante la imposibilidad fáctica de su obtención, por su burocratización y su onerosidad, pero principalmente por su penalización.

Así pues, los jueces entendieron que la pretensión de las actoras se circunscribía al modo en que se proveería el producto y a la imposibilidad del auto-cultivo, antes que a la provisión del producto en sí.

“Asociación Civil MACAME y otros c/Estado nacional argentino – P.E.N. s/amparo Ley 16.986”.

FRO 68152/2018/CS1-CA1.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En lo que aquí interesa, ponderaron, para decidir sobre la pretensión de que se otorgara a las actoras una habilitación para auto-cultivar con fines medicinales, que en el debate parlamentario que precedió a la Ley n° 27.350 esa posibilidad había sido excluida luego de ser analizada pormenorizadamente por el Congreso. En ese entendimiento, estimaron que las pretensiones referidas a la creación de derechos o habilitaciones como las solicitadas debían ser desestimadas, toda vez que ello debía ser debatido en el ámbito de los otros dos poderes del Estado y no por vía judicial, salvo que se encontraran en crisis garantías constitucionales.

Tras examinar la Ley n° 27.350 y, entre otras normas, su Decreto reglamentario n° 738/17 –entonces vigente–, que reglan la adquisición y provisión del aceite de cannabis y sus derivados, concluyeron que *“esta extensa regulación y la rigurosidad con la cual se lleva a cabo el plan de cultivo de marihuana por parte del Estado, velan por la seguridad del producto. El incumplimiento o la transgresión de las buenas prácticas de cultivo y estándares de calidad medicinal exigidos, podría tener impactos negativos para la salud”*, aspectos que al entender de los magistrados ponía en crisis la petición de auto-cultivo.

Por otra parte, se explayaron sobre la autonomía personal, el ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional y los precedentes de la Corte que restringen la criminalización de la tenencia y consumo personal de estupefacientes, aunque consideraron que dichos principios no resultaban aplicables en este caso, al tratarse de producción de medicamentos para proveerlo a terceras personas distintas de las actoras, cuyo interés superior debía resguardarse sin que pudiera avalarse ese suministro con prescindencia de la intervención del Estado.

En definitiva, se pronunciaron, sobre la base de examinar información científica a su respecto, de modo desfavorable sobre estas prácticas y su adopción con

alcance general, al ponderar que los resultados positivos se habían verificado en algunas patologías y no en todas, como también que podían provocar efectos adversos.

–III–

Disconformes, las actoras interpusieron recurso extraordinario contra dicha sentencia, el que fue concedido sólo en lo referente al cuestionamiento de la Ley n° 27.350.

En lo que aquí interesa, expresan que lo decidido les ocasiona un gravamen no susceptible de reparación ulterior, habida cuenta del daño que la desestimación de su petición les irroga, lo cual afecta de modo directo y drástico la salud y calidad de vida de los niños involucrados en el caso, así como en su respectivo grupo y entorno familiar.

Destacan que las normas cuestionadas obstaculizan el ejercicio del derecho a la libertad que no perjudica a terceros y se inscribe dentro del ámbito de privacidad de las personas (artículo 19 de la Constitución Nacional) lo que, a su vez, entorpece el acceso a derechos básicos de sus hijos como los derechos a la vida, a la salud y al bienestar físico y psíquico.

Añaden que, en el caso, además de haberse vulnerado derechos constitucionales y convencionales de los niños, no se ha advertido que éstos revisten la condición de personas con discapacidad, que no cuentan más que con esta vía judicial para hacer valer sus derechos fundamentales.

Consideraron que es errónea la sentencia en cuanto allí se afirma que la pretensión principal consiste en que se les otorgue habilitación para auto-cultivar el

“Asociación Civil MACAME y otros c/Estado nacional argentino – P.E.N. s/amparo Ley 16.986”.

FRO 68152/2018/CS1-CA1.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

cannabis con fines medicinales cuando, antes bien, lo planteado es el pedido de declaración de inconstitucionalidad de las normas que prohíben el auto-cultivo.

Se quejan, además, de que la cámara omitió pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad de la norma que obliga a los niños a que se sometan a un programa experimental para que se les provea el producto gratuitamente.

Con respecto al suministro a cargo del paciente, pusieron de manifiesto que –hasta el momento de la interposición del recurso– el Estado Nacional sólo permitía el uso de un aceite importado (muy rico en CBD) para aquellas personas que padecieran epilepsia pero que, sin embargo, no todos los casos habían encontrado soluciones en dicho producto importado, razón por la cual resultaba necesario que se testearan distintos preparados elaborados a base de diferentes plantas de cannabis auto-cultivadas.

–IV–

De modo liminar, corresponde señalar que las actoras centraron sus agravios en la inconstitucionalidad de disposiciones de las Leyes n° 27.350 y 23.737 por considerarlas contrarias a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional, mencionando, entre otras, la lesión de derechos fundamentales a la vida, a la salud, al bienestar físico y mental, a la autodeterminación y a la igualdad ante la ley. A la hora de tratar el recurso extraordinario interpuesto por aquéllas, el *a quo* lo concedió con sustento en que se hallaba controvertida la interpretación de la Ley n° 27.350, a la que asignó cuestión federal simple, en tanto que lo desestimó por la causal de arbitrariedad y por los planteos fundados en la vulneración de preceptos constitucionales y convencionales que resguardan los

derechos a la vida, a la salud y al bienestar físico y psíquico. De allí que el auto de concesión del recurso extraordinario resulte, al menos, ambiguo y la extensión con que se lo ha otorgado de difícil comprensión dada la íntima vinculación que existe entre todos los cuestionamientos de las amparistas. En tales condiciones, estimo que debe aplicarse la jurisprudencia de V.E. que declara que el debido resguardo del derecho de la parte no puede considerarse restringido por la situación motivada por el *a quo*, lo cual impone la necesidad de atender los agravios del recurso con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio, aun no habiéndose interpuesto queja (doctrina de Fallos: 318:1428, 321:3620 y 328:1390, entre otros).

–V–

El Tribunal, reiteradamente, ha señalado que sus sentencias deben ceñirse a la situación existente al momento de ser dictadas (Fallos: 301:947, 306:1160, 318:342 y 329:187, entre muchos otros), aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario, lo cual resulta aplicable también a las decisiones en los juicios de amparo (Fallos: 330:3069), a la vez que ha subrayado que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la de poder juzgar (Fallos: 315:466) y que, entre tales extremos, se halla la existencia de gravamen cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inoficiosa la decisión pendiente (Fallos: 344:1360).

Las actoras se agravian de la decisión adoptada por el *a quo*, al desestimar su pedido de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, que les impide el autocultivo del aceite de cannabis con fines medicinales destinado a proveerlo a sus hijos.

Para el caso, cabe recordar que el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto n° 883/2020 del 11 de noviembre de 2020 (publicado en el B.O. el 12 de noviembre de 2020) derogó su similar 738/2017 –ambos reglamentarios de la Ley n° 27.350–.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

El nuevo decreto, en su motivación, destaca la necesidad de proporcionar una respuesta equilibrada entre el derecho a la salud y la seguridad sanitaria, para lo cual establece un registro de usuarios que cultiven cannabis, y promueve la creación de una red de laboratorios públicos y privados asociados a fin de que se garantice el control de los derivados producidos, señala además que el marco de seguridad y calidad, junto con el acompañamiento médico, reduce los daños potenciales que el uso del cannabis de un mercado no controlado puede producir. (v. considerandos 13 y 14).

De este modo, el artículo 8 del anexo de la nueva reglamentación estableció que toda persona puede obtener autorización de cultivo para sí, o a través de familiares, o de terceros o de organizaciones civiles, siempre que cuente con indicación médica y haya brindado consentimiento informado, en las condiciones prescriptas en el programa. Esta norma, dispone así, un mecanismo para autorizar el auto-cultivo de cannabis con fines medicinales y destaca, expresamente, el carácter controlado del cultivo domiciliario, conforme a la modalidad que establezca la autoridad de aplicación.

A dicho efecto, se estableció que el REPROCANN registrará, con el fin de emitir la correspondiente autorización, a los pacientes que acceden mediante el cultivo controlado a la planta de cannabis y sus derivados como tratamiento medicinal, terapéutico o paliativo del dolor. Se contempló, asimismo, la protección de la confidencialidad de los datos personales de acuerdo con las disposiciones de la Ley n° 25.326 (v. artículo 8 del anexo del decreto citado).

Esta novedad reglamentaria podría ser eficaz en sí misma para resolver favorablemente la cuestión planteada en punto al auto-cultivo que las familias

reclaman, pues el artículo 8 del decreto reglamentario vigente como se vio, se expide expresamente sobre dicha práctica, sincerando esa actividad y mutando el paradigma hacia el eje planteado respecto a que el Estado debe estar presente para asumir medidas proactivas en punto al cultivo público, a través del INTA y el CONICET, o bien permitir bajo monitoreos o controles razonables el auto-cultivo (v. dictamen de la Defensora General de la Nación en esta causa, págs. 33 *in fine* y 34 primer párrafo).

Cabe considerar, además, que el nuevo decreto también amplió el campo de aplicación de sus normas a otras patologías, al derogar el Decreto n° 738/2017 por considerarlo restrictivo en cuanto limitaba el uso de derivados sólo a quienes padecían de epilepsia refractaria prescripta por médicos especialistas en neurología o neurología infantil (v. considerandos 4 y 5 del decreto citado).

En otro orden, estimo que corresponde efectuar una aclaración sobre el agravio de las apelantes contra la decisión que desestimó su pedido para que se declarara la inconstitucionalidad de las normas que –al entender de aquéllas– impondrían la “obligación de inscribirse” en el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos no Convencionales” con el objeto de acceder gratuitamente al aceite de cannabis medicinal.

A mi modo de ver, el nuevo decreto, al habilitar el auto-cultivo controlado, removió la obligatoriedad de incorporación al programa como única vía para acceder gratuitamente al aceite de cannabis medicinal para los pacientes con cobertura pública exclusiva. Y, en cuanto a la inscripción en el Registro del Programa de Cannabis (REPROCANN), cabe señalar que ésta es voluntaria y fue establecida únicamente a los fines de la autorización mencionada en el artículo 5 de la Ley n° 23.737, con el debido resguardo de protección de confidencialidad de datos personales.

“Asociación Civil MACAME y otros c/Estado nacional argentino – P.E.N. s/amparo Ley 16.986”.

FRO 68152/2018/CS1-CA1.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Sin perjuicio de ello, es preciso destacar que la incorporación al “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos no Convencionales” creado por la Ley n° 27.350 (artículos 2 y 3) obedece a que el uso medicinal, terapéutico o paliativo del cannabis y sus derivados se encuentra en pleno desarrollo en el mundo, sin que pueda interpretarse que quien tome parte de él esté obligado a someterse a experimentación alguna. Así, en particular, en el nuevo Decreto reglamentario n° 883/2020 se remarca que éste se halla destinado a crear un marco que permita el acceso oportuno, seguro, inclusivo y protector de quienes requieran utilizar el cannabis como herramienta terapéutica (v. considerando 18), a cuyo fin, traza como objetivos del Programa –por mencionar algunos– *“crear las condiciones necesarias para promover la investigación clínica que aporte datos de calidad y cree bases sólidas acerca de la seguridad y eficacia de la planta de cannabis y sus derivados, que sustenten la mejor evidencia para cada indicación terapéutica”*, así como *“generar espacios de trabajo y participación voluntaria de actores claves involucrados en la temática para el diseño de estrategias de capacitación y promoción del cuidado integral de la salud”* (v. incisos «h» y «j»), respectivamente, artículo 3, anexo del decreto citado). La lectura de estos objetivos y de los restantes desarrollados en dicho decreto, lejos están de contemplar la posibilidad de que quien participe del programa deba someterse, como condición para su ingreso, a experimentación alguna, pues están limitados a promover la creación de espacios para la investigación sobre la materia, lo cual disipa otro de los reparos opuestos por las actoras a su respecto.

En cuanto a la queja de las apelantes sobre la onerosidad en la provisión del producto, la nueva reglamentación previó, también como objetivo del citado programa, implementar medidas con el fin de proveer en forma gratuita por parte del Estado, derivados de la planta de cannabis para aquellos pacientes que tengan

indicación médica con cobertura pública exclusiva y estableció que, en su defecto, la cobertura sería brindada por las Obras Sociales y Agentes del Seguro de Salud del Sistema Nacional, las demás obras sociales y organismos que hagan sus veces creados o regidos por leyes nacionales, y las empresas que presten servicios de medicina prepaga, todo conforme a la normativa vigente (v. artículo 3, inciso «d», anexo del decreto citado).

Asimismo, el nuevo artículo 7, en concordancia con el mencionado artículo 3, inciso «d», del anexo del Decreto reglamentario n° 883/2020 aludido, estableció que los pacientes que tuvieran indicación médica para el uso de plantas de cannabis y sus derivados podrán adquirir especialidades medicinales elaboradas en el país o importarlas –cuando estuvieren registradas por la autoridad sanitaria– o adquirir formulaciones magistrales elaboradas por farmacias autorizadas u otras presentaciones que en el futuro se establezcan y aclaró que *“aquellas personas que, además, no posean cobertura de salud y obra social, tienen derecho a acceder en forma gratuita, conforme la presente reglamentación”* (v. artículo 7 del anexo).

Todo ello conduce a concluir que la provisión del aceite de cannabis y sus derivados resulta gratuita para los usuarios y que el auto-cultivo no es punible para los casos y en las condiciones contempladas en las normas ahora vigentes.

–VI–

En efecto, ahora en particular respecto de esta última afirmación, es dable recordar que el artículo 5, incisos «a» y «e», de la Ley n° 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, y, asimismo, a quien entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes, sea a título gratuito u oneroso. La

“Asociación Civil MACAME y otros c/Estado nacional argentino – P.E.N. s/amparo Ley 16.986”.

FRO 68152/2018/CS1-CA1.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

letra de la ley es inequívoca cuando determina, entre los elementos de la descripción legal, que las conductas prohibidas son sólo aquellas realizadas “sin autorización” o, existiendo ésta, “con destino ilegítimo”, es decir, con uno distinto a aquél para el cual la autorización fue otorgada. Se trata, por tanto, de prohibiciones “con reserva de autorización”, es decir, al igual que se postula en otros ámbitos del derecho penal (por ejemplo, el derecho penal del medio ambiente) impera también aquí, en la formulación de los tipos penales, el principio de accesoriad administrativa, al condicionar el legislador la punibilidad de las conductas a la falta de una autorización emitida por la administración pública con arreglo a los procedimientos establecidos en las normas pertinentes (cf., por ej., Franke, Ulrich y Wienroeder, Karl, *Betäubungsmittelgesetz, Kommentar*, 3ª. ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008, § 3, n.º. m. 3 y ss., pp. 60 y ss.). Pueden mencionarse aquí, a modo de ejemplo, los procedimientos de autorización contemplados en las Leyes n.º 17.818, 19.303 o 26.045, y sus normas reglamentarias, y ahora, precisamente, también con la Ley n.º 27.350, en especial su artículo 7, el Decreto n.º 883/20 y las resoluciones que los complementan, particularmente, la Resolución n.º 800/21 del Ministerio de Salud.

No hay consiguientemente conflicto constitucional alguno, pues el cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa vigente, *supra* mencionada, tendría el efecto de excluir a la conducta de auto-cultivo de cannabis con fines medicinales ya directamente del ámbito de las figuras previstas en los incisos «a» y «e», del artículo 5 de la Ley n.º 23.737.

Ello sin perjuicio de los cuestionamientos de que pudieran ser objeto las reglas administrativas que rigen la autorización. En este sentido, cabe señalar que, si bien por lógicas razones las apelantes no pudieron expresarse respecto de la reglamentación contenida en la Resolución n.º 800/21 del Ministerio de Salud, al

haberse dictado con posterioridad a su presentación, creo conveniente empero mencionar *obiter dictum* que, del desarrollo efectuado en el apartado anterior, no se apreciaría tampoco que ese régimen luzca *prima facie* irrazonable ni incluya ninguna condición que pudiera considerarse alcanzada por alguno de los agravios que formularon. Así, y tal como quedó expuesto por esta Procuración al dictaminar con fecha 14 de mayo de 2021 en la causa FSA 21.814/2017/CS1, “N, G.A. y su hijo B.A. y otro c/Est. Nac. s/amparo Ley 16.986”, el mecanismo previsto por la normativa vigente reglamenta de manera adecuada las previsiones del artículo 19 de la Constitución Nacional.

–VII–

En suma, cabe considerar que la nueva reglamentación ha integrado el marco jurídico en debate y traduce la superación del conflicto que suscitaba la interpretación de las normas, cuya declaración de inconstitucionalidad solicitaban las actoras, y según los términos en que ha sido sometido al Tribunal.

Y es que, tal como lo destaca la señora Defensora General, a través del nuevo marco regulatorio, el Estado asume ahora una postura proactiva, fomenta investigaciones propias, la elaboración y suministro con fines medicinales y, en ese avance, admite el cultivo por parte de las familias con controles públicos para realizar el derecho a la salud de manera ordenada y no lesiva del derecho de terceros (v. dictamen de la Defensora General de la Nación en esta causa, en particular, pág. 35).

Así pues y atendiendo a la conocida doctrina de la Corte que establece que si lo demandado carece de objeto actual, la decisión es inoficiosa, en el caso no corresponde pronunciamiento alguno, pues las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pertinente, habida cuenta de que el gravamen ha

“Asociación Civil MACAME y otros c/Estado nacional argentino – P.E.N. s/amparo Ley 16.986”.

FRO 68152/2018/CS1-CA1.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

desparecido de hecho (conf. doctrina de Fallos: 310:819, 318:625 y 321:3646, entre muchos otros).

–VIII–

Así dejo evacuada la vista digital conferida.

Buenos Aires, 14 de marzo de 2022.

CASAL
Eduardo
Ezequiel

Firmado digitalmente
por CASAL Eduardo
Ezequiel
Fecha: 2022.03.14
15:15:53 -03'00'