

igualdad,
autonomía personal
y derechos sociales

ISSN 2545-8388

Nº 10



Octubre de 2019

[a]DA

Ley de uso medicinal del cannabis y facultades provinciales para legislar en materia de autocultivo

*Mariano Fusero

**Marcos Chigal

* Abogado, (UBA), con orientaciones en Penal, Administrativo e Internacional Público. Diplomado en Política de Drogas en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), México. Ex becario en el Executive Course on Drug Policy, Diplomacy and Global Public Health, del Graduate Institute Geneva, Suiza. Ex Becario del Global Drug Policy Program, Reino Unido. Presidente de RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos. Miembro del Comité de Ética del Instituto Knowmad, Alemania.

** Abogado (UCSF Sede Posadas). Especialista en Derecho Penal (UCP Sede Posadas). Docente Adscripto a la cátedra de Derecho Penal Parte Especial (UCP Sede Posadas). Integrante de RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos.

I.

Introducción

El 29 de marzo de 2017 se sancionó en el Congreso Nacional la ley 27.350 de *Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados*, la cual tiene por objeto avanzar en la investigación médica y científica de la sustancia para ser aplicada en pacientes que la requieran. Se estableció allí un *Programa de Investigación* con el fin de incluir las patologías y enfermedades que la autoridad de aplicación determine, creando un *Registro* al cual pueden acceder aquellas personas que presenten dichos

padecimientos, ser investigadas y eventualmente poder hacerse de productos derivados del cannabis de manera gratuita.

Ahora bien, como se dijo esta norma hace base en la investigación médica y científica de la sustancia, sin tomar en cuenta otras cuestiones de carácter políticas y normativas que fueron debatidas durante su sanción, dejando de lado el principal reclamo de usuarios y usuarias del cannabis con estos fines que, a su vez, sigue siendo su única fuente real de acceso a sus derivados: el autocultivo.

Debe tenerse presente que dicha práctica en la actualidad es perseguida penalmente por el Estado, con penas que alcanzan hasta los 15 años de prisión; máximo legal que podría corresponder al delito de violación, por ejemplo. De manera tal que las personas que recurren a esta vía de acceso a derivados del cannabis, para ser utilizados de manera terapéutica, además de padecer enfermedades que resultan en muchos casos gravísimas, viven pendientes de no ser detenidas y sometidas a un proceso penal estigmatizante y devastador.

El presente trabajo señalará la práctica del autocultivo de cannabis con fines medicinales o terapéuticos, como una acción que debiera considerarse por fuera de la órbita penal y protegida por el régimen de derechos humanos. Al mismo tiempo, interpretaremos la normativa aplicable a fin de arribar a ciertas conclusiones que permitan comprender la facultad provincial de acompañar y regular las prácticas de autocultivo de sus poblaciones.

2.

Sistema propuesto por la ley 27.350

Como se dijera anteriormente, el objetivo principal de la ley 27.350, incluso definido por el artículo 1º, es el de *establecer 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*. Esta finalidad investigativa se hace aún más patente cuando vemos algunos de sus objetivos establecidos en el artículo 3º, cuando se refiere a *desarrollar evidencia científica sobre diferentes alternativas terapéuticas a problemas de salud, que no abordan los tratamientos médicos convencionales (inciso e); investigar los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados en la terapéutica humana (inciso f); y comprobar la eficacia de la intervención estudiada (inciso g)*.

A su vez se crea el *Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales*, bajo la órbita de la autoridad de aplicación que posteriormente fue determinada en la actual Secretaría de Salud de la Nación. Mediante el mismo, se garantizaría el acceso gratuito al aceite de cáñamo y sus derivados a todas aquellas personas que se incorporen al *Programa* de mención.

El artículo 6º de la ley establece que los organismos habilitados para el cultivo de cannabis son el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) y el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), priorizándose y fomentándose la producción de derivados a través de los laboratorios públicos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP).

El artículo 7º resulta de vital importancia, en función de establecer que *la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa.* Aquí se establecen las dos modalidades de acceso a productos derivados del cannabis, conforme pautas establecidas por la reglamentación, las que se analizarán posteriormente.

El artículo 8° crea dentro del ámbito de la autoridad de aplicación *un registro nacional voluntario a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737 la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis.*

Luego la reglamentación establece las condiciones particulares para acceder al *Programa*, como así también la posibilidad de adquirir estos productos a costa del paciente, para casos no contemplados dentro del sistema de gratuidad explicado.

En este punto debe recordarse que la ley y sus complementos normativos, fueron una demanda de la sociedad civil que ha planteado a los poderes públicos la necesidad de una regulación específica del acceso al cannabis para fines médicos y terapéuticos; principalmente asociaciones de personas usuarias de cannabis y madres de niños/as con padecimientos tratables con la sustancia. Sin embargo, el plexo normativo al cual se ha arribado, ha desatendido sus principales demandas y no subsanado una serie de lagunas normativas que perduran al día de hoy¹. Es decir que el reclamo principal de usuarios y usuarias de cannabis terapéutico, se sustentaba en el establecimiento de una normativa que no solamente los proteja de hostigamientos policiales y persecuciones penales, sino también que les re-

1 FUSERO, MARIANO “Ley 27.350 sobre uso medicinal del cannabis. Un fracaso en lo jurídico y un logro en lo político”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doc-trina45957.pdf>

conozca el ejercicio legítimo de un derecho, permitiéndoseles un acceso total a la sustancia, no solamente mediante la vía explicada en párrafos anteriores y finalmente adoptada por la ley como la única, sino también el acceso a la sustancia en su estado vegetal a partir del autocultivo con estos fines.

2.a. Decreto Reglamentario 738/2017

La ley 27.350 se encuentra reglamentada por el decreto 738/2017, publicado en el Boletín Oficial en fecha 22 de septiembre de 2017, que se complementa con la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación. Mediante tales normativas, se regula el funcionamiento del Programa establecido por ley.

Dentro de las características más sobresalientes del decreto, podemos observar que el artículo 6º del mismo autoriza al INTA y al Conicet realizar cultivos de cannabis con fines de investigación médica o científica, para elaborar la sustancia que posteriormente se proveería a quienes se encuentren incorporados al Programa de investigación, con la facultad de convocar al Ministerio de Agroindustria a tales efectos. El apartado tres del mismo artículo, establece que será el Instituto Nacional de Semillas (INASE) el que regule las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento de los órganos de propagación de esta especie. Tal organismo se expidió al respecto mediante su Resolución 59/2019 del 28 de febrero de 2019.

El artículo 6º del decreto que venimos reseñando prevé que el Ministerio de Seguridad será quien establezca las condiciones de habilitación que deberán observar los predios e instalaciones destinados por el INTA y Conicet para el cultivo de cannabis. En tal sentido, el Ministerio dictó la Resolución 258/18, publicada el 5 de abril de 2018, el cual establece que los predios serán inspeccionados por personal de ese ministerio, elaborándose un informe mediante el cual se indique un sistema de seguridad eficiente, luego del cual tanto el INTA como el Conicet deberían adecuar las medidas de seguridad conforme las pautas surgidas del informe.

Continuando con la reglamentación de la ley, el artículo 7º del decreto garantiza la provisión gratuita de aceite de cannabis y derivados a quienes se encuentren inscriptos en el Programa. Al respecto, la Resolución del Ministerio de Salud N° 1537-E/2017 estableció que únicamente podrán formar parte del Programa las personas que padezcan *epilepsia refractaria*, y a las que se prescriba el uso de Cannabis y sus derivados, aclarando que para poder incorporar a otras personas deberá contarse con evidencia científica.

En el mismo artículo se establece que aquellas personas que no estén inscriptas al *Programa*, pero que cuenten con prescripción médica para el uso del aceite de cannabis, podrán adquirirlo a su cargo ajustándose a los requisitos establecidos por la autoridad. En este supuesto, rige la disposición 10401/2016 de ANMAT, relativa al Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos. En fecha 7 de octubre de 2016 -en pleno de-

bate parlamentario de la ley 27.350- la ANMAT restringió la importación de productos en base a cannabis solo para casos de *epilepsia refractaria de niños y jóvenes adultos*, aduciendo para ello que esta patología resulta ser *la única en la cual los estudios existentes permiten suponer una utilidad terapéutica real*². Por lo cual, personas que tienen otras patologías, dolencias o enfermedades, y/o sean de otro grupo etario del contemplado en la resolución de ANMAT, quedan fuera de esta vía de acceso legal.

Finalmente, en el artículo 8º se menciona que el programa registrará a pacientes que voluntariamente soliciten su incorporación, o sus representantes legales, comprendiendo los siguientes casos:

- a) Pacientes en tratamiento para estudio de casos (aquellos que presenten las patologías del programa);
- b) Pacientes en Protocolo de Investigación;
- c) Familiares (actúan como representantes legales).

² Comunicado disponible en http://www.anmat.gov.ar/comunicados/Aceite_Cannabis_para_Uso_Compasivo.pdf

3.

El autocultivo, la ley penal y jurisprudencia aplicable

En función de lo hasta aquí expuesto, podemos ver como usuarios y usuarias de productos derivados del cannabis, se encuentran con varios impedimentos y restricciones para acceder a los mismos, incluso derivados de la propia ley que lejos de satisfacer sus necesidades originadas en sus padecimientos, les impide acceder de manera sencilla a la sustancia. Es por ello, y por necesidad de abastecerse de derivados de la planta sobre los cuales ya han autoexperimentado su eficacia, que la obtención de los mismos a partir de la técnica del autocultivo resulta ser el mecanismo más necesario en su contemplación normativa, acompañamiento institucional y democratización de acceso.

No obstante, nos encontramos nuevamente con una respuesta estatal negativa en tal sentido, ya que esta actividad es amenazada con la aplicación de penas exorbitantes. Veamos un sencillo ejemplo: una persona que cultiva cannabis en su domicilio

para su tratamiento. A esta conducta le cabe la aplicación de una pena de cuatro a quince años de prisión (artículo 5º inciso *a*, ley 23.737), o de un mes a dos años si es que se comprende a la misma dentro del atenuante para consumo personal (artículo 5 anteúltimo párrafo). Y este es el ejemplo más común, ya que, si consideramos otras variables, también tendremos diferentes amenazas a partir de otras figuras delictivas. Por ejemplo, si esa persona decide destinar parte de su cosecha para ayudar a otras personas, puede corresponderle la pena de tres a doce años de prisión y si hay un intercambio oneroso, que podría suceder si quisiera cubrir costos que le demanda el cultivo, la pena es de cuatro a quince años (artículo 5º inciso *e*).

Asimismo, si el cultivo se realiza a través de un grupo de “tres o más personas” ayudándose y colaborando entre sí, la escala penal resulta de a seis a veinte años de prisión (artículo 11 inciso *c*). Si alguien quisiera impartir enseñanzas en la técnica de extracción de aceite y todo lo relativo a ello, la pena es de dos a ocho años de prisión (artículo 28). Aunque la persona consumidora cuente con el acompañamiento de un profesional de la salud que le prescribiera el uso de cannabis, éste también resulta amenazado por nuestra legislación penal con una pena de dos a seis años de prisión (artículo 9).

Cuestiones más que cotidianas que viven un sinfín de personas que practican esta actividad, cuyo único objetivo es calmar dolores padecidos por sus patologías y enfermedades en pleno ejercicio de sus derechos constitucionales a la salud, vida, autodeterminación personal y privacidad.

En la actividad jurisdiccional se han observado avances en la protección de estos derechos, principalmente a partir de dos fallos del máximo tribunal. El primero de ellos, conocido como “Bazterrica”³, la Corte sostuvo que *“Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada”*, declarando allí la inconstitucionalidad de la tenencia de sustancias prohibidas estipulada en el artículo 6º de la antigua ley 20.771, predecesora de la ley 23.737 actual.

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

Este fallo sirvió de base al momento de resolverse “Arriola”⁴ veintitrés años después, que resulta ser la opinión actual de la Corte en esta materia y en el cual declaró inconstitucional el artículo 14 de la ley 23.737 que reprime la tenencia para uso personal. Resulta importante destacar lo expresado en el precedente por el Dr. Lorenzetti al dejar en claro que toda persona es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea y que *“[L]as principales consecuencias de este prin-*

3 CSJN, *Bazterrica*, 1986, Fallos, 308:1392

4 CSJN, *Arriola*, 2009, Fallos, 332:1963

cipio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta”.

Estas conclusiones han sido aplicadas por diversos juzgados en casos vinculados al autocultivo para cualquier uso, debido a la similitud que tienen ambas tipificaciones dirigidas al propio consumo. Por citar algunos ejemplos, en un caso en el cual se imputaba la tenencia de seis plantas de cannabis y analizándose el artículo 5 de la ley 23.737, se entendió que “...la norma analizada presenta, en principio –dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida- problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades (...) y tras partir de una concepción según la cual las acciones privadas de los hombres previstas por el art. 19 C.N. se refieren a aquellas que no ingresan en el campo de la moral autorreferente, se estimó que en virtud de las consecuencias negativas de la aplicación de la ley en orden a los fines perseguidos, se ha verificado la inadecuación de los medios en relación con aquellos objetivos y, en consecuencia, una tensión irrazonable de la libertad personal comprometida por la incriminación (...). Dichas razones son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas,

de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades (...) estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal". Con tales fundamentos, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del art. 5º inciso *a* y anteúltimo párrafo de la ley 23.737⁵.

En otro caso donde se habían incautado 97 plantas de "Cannabis Sativa" destinadas al consumo personal, se entendió que no existiendo "*...ningún elemento que resulte indicativo de que la tenencia del material se correspondería con un fin de comercio (...) se impone en el caso los criterios de justicia expuestos por el Máximo Tribunal de la Nación en el caso "Arriola" (...). Ello es así toda vez que la conducta (...) fue desarrollada en el ámbito privado, no se afectó a terceros ni al bien jurídico tutelado por la norma, por lo que debe invalidarse aquella disposición (Art. 5º de la ley 23.737 anteúltimo párrafo) por haber conculcado la garantía constitucional del art. 19 de la Constitución Nacional al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales*"⁶.

Es también de destacar que esta interpretación surge desde otros fueros diferentes al penal. Tal es el caso de lo resuelto en una causa que versa sobre el uso medicinal del cannabis y en la que se analizó la práctica del autocultivo, conocida como "Cibotti"⁷, tratándose de una acción de amparo tramitada por

5 CCCFed CA Sala I, 3/VI/08, *Bernasconi R., R.*

6 Juzgado de Garantías Nº 5 La Matanza, 25/IX/12 C/Zapata, *Alfredo Oscar s/ley 23.737*

7 Juzgado Contencioso y Tributario Nº 13 CABA, *Cibotti, Alejandro contra GCBA s/ amparo*

ante un juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Allí, el juez Guillermo Scheibler realizó el siguiente análisis: “...corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en que ‘se lo autorice a su autocultivo’.

Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la *potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas “acciones privadas”, ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntiliosamente de aclarar que se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 C.N.). En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en la que un ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial para que lo ‘autorice’ a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría —fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público”.*

Dicho fallo ha sido el precedente de otras sentencias⁸ que avanzaron sobre una autorización concreta a familiares que culti-

8 Fallos “N., G. A. Y SU HIJO B. E. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986”, Juzgado Federal de Salta; “Navarro, Julia Macarena y Otro c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986” Juzgado

van la sustancia para sus hijos e hijas, con ciertas objeciones en las instancias de apelación que actualmente se encuentran bajo revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pese a estas interpretaciones judiciales derivadas de la doctrina sentada por la Corte Suprema, en el plano legislativo no se avanzó en la protección de tales derechos, manteniéndose la sanción penal sobre el autocultivo y otras conductas asociadas al consumo.

Federal de Río Negro; “Prieto, Carina Soledad y otros c/ Estado Nacional s/Amparo ley 16.986”; Juzgado Federal Rosario; “Tacheck, Berta Delia c/ estado nacional s/ amparo ley 16.986” Juzgado Federal de Chubut.

4. Facultades provinciales para autorizar y regular el autocultivo de cannabis con fines medicinales

La ley 23.737 establece dos requisitos de punibilidad para que la actividad del cultivo y siembra de cannabis sea considerada delito. En efecto, las conductas tipificadas en el artículo 5º, para ser consideradas como delito y encuadrar en alguno de los mencionados incisos, deben ser realizadas “*sin autorización o con destino ilegítimo*”.

Respecto del “*destino ilegítimo*” requerido por la norma, la doctrina y jurisprudencia se han manifestado acordes a considerar los mismos como conductas vinculadas a una especial finalidad de introducir estupefacientes dentro del mercado ilegal y lucrar con ello. Estas penas “*...están destinadas al traficante,*

*no al consumidor ni al tenedor que no posea el estupefaciente con finalidad de tráfico*⁹. En otras palabras, se busca disuadir el tráfico de drogas. La abultada jurisprudencia que ha declarado la inconstitucionalidad de los delitos de consumo, como ser la tenencia y el autocultivo, han puesto principal interés en distinguir aquellas conductas consideradas dentro del ámbito de autodeterminación personal, de aquellas direccionadas al tráfico, lucro y trascendencia a terceros.

Considerando estas cuestiones establecidas en la ley penal, es posible afirmar que la actividad desplegada por aquellas personas que se dedican a cultivar cannabis con la finalidad de uso medicinal y/o terapéutico -recuérdese, en sus domicilios particulares, sin trascendencia a terceros-, carece del *destino ilegítimo* reclamado por la norma, ya que la finalidad de ese cultivo no está vinculada al tráfico ilícito de drogas y no se busca introducir lo producido en el mercado ilegal reprimido por el ordenamiento.

Por su parte, difícilmente pueda considerarse como un *destino ilegítimo* la conducta de las personas cuya única finalidad es hacerse de una sustancia de propia mano para paliar las dolencias y traumas causados por las enfermedades o patologías que las aquejan, cultivando plantas en el ámbito de su intimidad a fin de no incurrir en las redes ilegales de abastecimiento. En cambio, clandestinizar, amenazar, perseguir, allanar, procesar, detener, encausar, estigmatizar y discriminar a tales personas

9 AA.VV, *Derecho penal y tráfico de drogas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, 1ª ed., *op. cit.*, p. 202

por el mero hecho de ejercer sus derechos individuales, son conductas manifiestamente *ilegítimas* de los agentes estatales.

Respecto del requisito de “*autorización*”, en primer lugar cabe recordar que en materia de fiscalización de sustancias y su legislación penal, “*el contenido de injusto de las acciones típicas recogidas reside en su naturaleza de infracciones contra la regulación jurídico-administrativa del tráfico de drogas*”¹⁰. Caerán dentro de la figura penal aquellas acciones que no cuenten con la debida autorización administrativa.

Nos encontramos entonces en este punto con una disyuntiva, la que puede resumirse en un interrogante: ¿pueden los Estados provinciales, en función a lo establecido por el artículo 5º de la ley 23.737, otorgar *autorización* para que las personas cultiven cannabis en sus domicilios particulares, para su propio uso o el de sus familiares a cargo? La respuesta no debe buscarse dentro del ordenamiento penal, sino dentro de las facultades provinciales para legislar en materia de salud y derechos humanos.

Como es sabido, en nuestro sistema federal existen dos órdenes de poder territorial entre los que se distribuyen atribuciones tanto al Estado federal como a las Provincias que lo integran. En tal sentido, el artículo 121 de la Constitución¹¹ expresa esta cuestión de manera genérica y luego se establecen competencias delegadas en el gobierno central (artículos 75, 99, 116 y 117) y otras reservadas por los Estados federados (5º, 122, 129).

10 AA.VV, *Derecho penal y tráfico de drogas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, 1ª ed., p. 201.

11 “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan preservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*”

Pero lo que aquí nos interesa son aquellas atribuciones que competen tanto al Gobierno central como a los Estados provinciales, de manera conjunta y denominadas *concurrentes*, es decir, aquellas atribuciones sobre una determinada materia y por las que tanto el Estado federal como las Provincias ejercen plenas potestades legislativas y ejecutivas en virtud de diversos títulos de competencia.

La Constitución Nacional no confirió a la Nación una potestad regulatoria exclusiva en materia de salubridad, sino que en ese ámbito la incumbencia podía considerarse concurrente y de cooperación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado ello sucesivamente, considerando que “...*la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (...)* Es por ello que el art. 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razo-

nabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 330:3098). Así lo ha interpretado la Corte Suprema -en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869- cuando expuso que es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines (...)

La regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquel modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891)

La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 19 Y 30, 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias.

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”¹².

Para poder dar respuesta adecuada al interrogante formulado anteriormente, nos centraremos, dentro de las facultades concurrentes, en las competencias derivadas del denominado *poder de policía*, el cual puede ser definido como la facultad legislativa de regular la amplitud y los límites de los derechos individuales consagrados en la Constitución de un Estado. Es decir, cuando el artículo 14 de la Constitución nos dice que los derechos instaurados deben ser ejercidos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio, en el dictado de esas leyes se está ejerciendo el poder de policía.

No caben dudas de que el derecho a la salud es parte fundamental de los derechos humanos y su reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento aparece reforzada con la reforma de 1994, al incorporarse los instrumentos internacionales en la materia (artículo 75, inciso 22), trayendo como consecuencia los derechos sanitarios que asisten a los/as habitantes. Por

12 CSJN, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Año 2015.

mencionar algunos: artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³; artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴; el artículo 5°, apartado e), inciso IV) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial¹⁵; el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁶; entre otros.

Con el devenir del tiempo, la Nación ha dictado normas que atañen a la salud o salubridad, como también lo hicieron las Provincias. Por tal razón se deben buscar equilibrios entre las legislaciones, de manera que se asegure un impacto positivo en materia sanitaria. En consecuencia, considerando al derecho a la salud como un derecho humano fundamental, conforme lo suscripto en los instrumentos mencionados, si la Nación dicta normas que produzcan afectaciones a tales derechos, yendo en contra de los compromisos asumidos, u omite la contemplación de determinados supuestos que benefician la salud de la población, las provincias mantienen siempre sus facultades como para corregir aquello, complementar las omisiones regulatorias sancionadas desde los órganos federales o desarrollar sus propias legislaciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos más allá de lo dispuesto u omitido por la Nación.

13 *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.*

14 *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación y el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.*

15 *Es deber de los Estados garantizar el derecho a la salud pública y a la asistencia médica.*

16 *Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada.*

La organización federal de nuestro país no puede contrariar el aseguramiento de derechos humanos, sino todo lo contrario, se debe buscar su fortalecimiento considerando a las normas nacionales un piso de protección y no un techo imposible de superar con normativas provinciales que afirmen el pleno ejercicio y desarrollo de los mismos.

Y esto únicamente se podrá lograr si consideramos que las provincias, debido a su condición de pre-existencia, autonomía y competencias concurrentes, pueden dictar normas que eleven la protección de los derechos humanos.

El Estado Nacional asume los compromisos contenidos en los instrumentos internacionales, desarrollando normas y ejecutando acciones para brindarles operatividad a fin de satisfacer las demandas de la población. Ahora bien, a los Estados provinciales, siendo partes del Estado federal, se les traslada el mismo compromiso en las materias que le son propias, en el caso, cuestiones que hacen a la salud de sus habitantes. En este sentido es que las provincias deben respetar ese piso mínimo comprometido, pudiendo dar respuestas que lo superen y brinden operatividad al ejercicio pleno de los derechos.

Llevado esto al caso que resulta objeto de este trabajo, no hay duda al afirmar que la ley 27.350 regula una cuestión vinculada a la salud. En tal sentido, la ley dictada por el Congreso Nacional en uso de sus facultades debe ser tomada como el piso mínimo de protección en materia sanitaria que la población necesita y demanda; en tanto que las provincias, haciendo uso

de sus facultades, pueden y deben dotar de mayor cobertura a los derechos en cuestión. Así se configurará un mayor y mejor cumplimiento con las normas del derecho internacional, asumidas como compromiso por el Estado Argentino y su división política.

Por su parte, volviendo al requisito de “*autorización*” establecido por la ley penal, debe considerarse al mismo como pasible de ser contemplado por normativas *administrativas* tanto de las provincias o de la Nación, en lo que hace a sus facultades concurrentes ya mencionadas en materia de salud y derechos humanos. Tales normas no serían de carácter penal -lo que haría avanzar a las provincias sobre competencias propias del Congreso Nacional-, sino de carácter administrativo en razón al uso de aquellas facultades propias. Casos análogos a ello podemos encontrar en otras tipificaciones del código penal de la Nación, mediante las cuales la ausencia de *autorización* para ejercer determinada actividad o conducta es un requisito de punibilidad de las acciones tipificadas; y dichas *autorizaciones* no necesariamente deben emanar de autoridades nacionales o el Congreso Nacional, ya que las mismas, repetimos, son de índole *administrativa* que vienen a complementar los requisitos de punibilidad de la ley penal.

En la siguiente enumeración de artículos, podemos encontrar *autorizaciones* pasibles de ser otorgadas por autoridades competentes nacionales, provinciales y hasta judiciales: Arts. 173, 153 bis, 20 bis, 189 bis, 193 bis, 204, 204 quinquies, 208, 247, 301 y 310 del Código Penal entre otros.

Respondiendo al interrogante aportado al inicio del capítulo, podemos concluir que la práctica del autocultivo de cannabis realizada por la población que habita cada una de las provincias, puede ser regulada por las autoridades locales a fin de complementar los requisitos de *autorización* y *destinos ilegítimos* que determinan la punibilidad o no de la conducta establecida en la ley nacional.

Finalmente, cabe recordar que la jerarquización normativa establecida en nuestro régimen constitucional, colocan el respeto, validación y operatividad de los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales (Art. 75 inc. 22) y la propia Constitución, por encima de la jerarquía de cualquier ley, aun y principalmente, de aquellas de naturaleza penal.

Es por ello, que ante una vulneración sistemática de los derechos de las personas que consumen sustancias fiscalizadas, reconocida por los citados antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por decenas de organismos internacionales¹⁷, por decenas de proyectos legislativos en sede nacional¹⁸ y por innumerable cantidad de sentencias judiciales de fueros ordinarios y federales de todo el país, además de ser una *facultad* propia de las provincias, es un *deber* impostergable brindar

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

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

la protección a sus habitantes que se ha omitido inconstitucionalmente hasta el momento en sede de los órganos legislativos y ejecutivos a nivel nacional.

El respeto y acompañamiento de las acciones realizadas por las personas que cultivan cannabis en la intimidad de sus hogares para paliar sus dolencias, no sólo redundaría en una mejora en la calidad de vida de las mismas, sino que permitiría implementar una verdadera política de salud pública en la materia, acompañando sus decisiones, ofreciendo colaboración institucional (mediante Ministerios de Salud, Universidades, centros de investigación, etc.) a fin de detectar malas prácticas de cultivo, presencias de pesticidas, suciedades, hongos, determinando la calidad de tales derivados y su composición mediante cromatografías, ofreciendo acompañamiento de profesionales de la salud y permitiendo la mediación del desarrollo científico como para investigar y validar aquellos casos que manifiestan una mejora en su calidad de vida debido al uso de derivados del cannabis autocultivado, para extender eventualmente tales beneficios a otros con las mismas patologías, sintomatologías, enfermedades y dolencias.

Todo ello se acerca a una verdadera política sanitaria en la materia, que es competencia y deber de cada provincia. De otro lado, se encuentra nuestra actualidad nacional, cuya desatención y pasividad redundaría en la clandestinización y represión de la actividad, su persecución penal inconstitucional e inhumana, y un caldo de cultivo para la aparición de oportunistas de ocasión dispuestos a abastecer una demanda creciente de

personas que eligen o precisan tratarse con la sustancia y en su desesperación son estafadas con sustancias apócrifas.

Si la legislación y prácticas del Estado Nacional no establecen y acompañan este proceso, las provincias tienen el deber moral, ético, humanitario y constitucional de brindar acompañamiento a las personas que habitan sus territorios, asegurando la cobertura y respeto de sus derechos humanos.

5.

Conclusiones

Con la sanción de la ley 27.350, se comenzó a brindar respuesta a un reclamo social motivado en la necesidad de una regulación concreta para el acceso al cannabis utilizado con fines médicos y/o terapéuticos; pero solamente se trató de eso, un inicio. Dicha regulación dejó sin protección a aquellas personas que recurren día a día a la práctica del cultivo doméstico como método de obtención de productos derivados de la planta. Y no solo eso, sino que además los/las dejó a merced de un sistema penal que ni siquiera debería de intervenir, resultando ello absolutamente violatorio al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución.

Si la normativa nacional omitió la regulación de esta cuestión, por los motivos que sean, esta omisión produce una merma en la protección interna a la que el Estado Argentino se comprometió al suscribir tratados internacionales que protegen el derecho a la salud de manera integral.

En tal sentido, es hora de que las provincias verdaderamente fortifiquen el principio federal y ante este tipo de medidas que socaban el ejercicio de los derechos humanos, aumenten los límites de sus protecciones utilizando las facultades constitucionales que le son propias.

Ejerciendo estas facultades, se respetaría el federalismo moderno, tomándose las regulaciones nacionales como mínimos indispensables de protección de derechos, debiendo las legislaciones provinciales elevarlos para asegurar su mejor resguardo.

