



## plantando por sus hijos

### MADRES BIEN PLANTADAS

#### MACAME SANTA FE

En el año 2018 el doctor Jorge Henn, que entonces era diputado provincial, nos pidió colaboración para presentar un amparo en representación de la Asociación Civil MACAME Santa Fe.

Son un grupo de mujeres, madres de niños con enfermedades, que cultivan cannabis en sus casas para aliviar los padecimientos de sus hijos.

Interpusimos entonces un amparo por la Asociación y por tres de las madres pidiendo que se despenalicen las conductas que ellas realizan cotidianamente: el cultivo doméstico de cannabis para realizar preparados terapéuticos que proporcionan a sus familiares.

La cautelar que solicitábamos (suspensión de persecución penal mientras dure el trámite de la causa) fue rechazada. Pero seguimos avanzando hasta la sentencia de primera instancia, la que resultó desfavorable.

Básicamente el juez Federal N° 1 de Santa Fe nos dijo que debíamos esperar a obtener productos industriales y que no podían las madres seguir cultivando porque ello estaba claramente prohibido por la ley 23737 de estupefacientes.

Apelamos la resolución ante la Cámara Federal de Rosario, y los camaristas también sentenciaron contra las madres, considerando que preparar remedios es una actividad que solamente pueden hacer los laboratorios habilitados.

Ambas instancias se muestran afectadas por la fama de la marihuana, siendo que las aceites y tinturas no tienen ninguna propiedad estupefaciente. En verdad, es más parecido su uso al de una infusión de Valeriana o de tilo, que a un medicamento.

Interpusimos entonces Recurso Extraordinario Federal Ley 48, y la Cámara nos concede la elevación para ir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En febrero de 2022, la Corte eligió a nuestra causa MACAME para su mecanismo de audiencias públicas, de modo de ampliar la base de debate público sobre el autocultivo de cannabis, y lograr una resolución que actualice la imperatividad legal vigente.

Durante los días 27 y 28 de abril de 2022 deberemos comparecer ante la Corte para exponer nuestros argumentos. Junto con las madres estaremos los abogados Domingo Rondina, Guillermina Fregona y Mariano Bär.

Del otro lado estarán la Procuración General de la Nación, y la Defensoría General de la Nación, que ya dictaminó en favor de la despenalización que piden las madres.

Y estará la Provincia de Santa Fe, a través de su Fiscalía de Estado, la cual fue citada como tercero desde la primera instancia, y lamentablemente siempre se opuso al pedido de las madres, y -contrariando las leyes y decretos provinciales a favor del cannabis medicinal- dijo que no tenía nada que opinar sobre nuestro pedido.

Además, quienes se han presentado para hablar como Amigos del Tribunal, serán escuchados en esos días de audiencia, por lo menos aquellos más relevantes que la Corte seleccione para exponer presencialmente.

La sociedad nos estará mirando. Tenemos que construir un nuevo derecho a la salud, que respete las opciones privadas de las personas que sufren, y que les permita utilizar plantas que pueden sanar o -por lo menos- disminuir el dolor.

Compartimos a continuación la demanda, y el haciendo click [AQUÍ](#) el expediente

completo para descargarlo.

También [todos los AC en causa MACAME](#) están aquí, escritos presentados por Amici Curiae. Fueron 18, dos en contra (diciendo que cultivar con la finalidad medicinal implica peligro de expansión de las drobas) y dieciséis a favor de MACAME, algunos muy relevantes.

NOTA: si querés colabora con las mamás de MACAME podés hacer una pequeña trnaferencia de dinero al CVU “macamealacorte”.

## **DEMANDA**

**Ref.: MACAME y otras c/ PEN s/ amparo**

**Promueve acción de amparo contra el Estado Nacional Argentino – Poder Ejecutivo;**

**Solicita medida cautelar muy urgente;**

**Hace reservas del caso federal.**

## **PRODUCCIÓN DOMÉSTICA DE ACEITE DE CANNABIS PARA USO MEDICINAL PERSONAL**

**Sr. Juez Federal:**

Asociación Civil MACAME, personería jurídica Resolución IGPJ N° 866/2017, representada por su presidenta María Laura Acosta y su secretaria Yanina Viviana Bustos, quienes también comparecen por derecho propio y en representación de sus hijos menores “NN” y “TC”, respectivamente, Jorgelina María Mercedes Mosconi y Valeria Córdoba, por derecho propio y en representación de sus hijos menores “MDAM” y “DC”, todos con el patrocinio letrado de los Doctores Domingo Rondina, Jorge Henn y Mariano Bär, abogados, con domicilio legal que se constituye en calle Francia 3352 de la ciudad de Santa Fe, Provincia

de Santa Fe, y domicilio electrónico en CUIT 20-24214505-5 –Dr. Rondina-, CUIT 20-20319381-6 –Dr. Henn- y CUIT 20-31567640-2 –Dr. Bär-, ante V.S. comparecemos y respetuosamente decimos:

## **I) LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA.**

Que, tal como surge de la documental acompañada, comparecemos:

María Laura Acosta y Yanina Viviana Bustos, como presidente y secretaria respectivamente de MACAME, Asociación Civil sin fines de lucro, personería jurídica otorgada mediante Resolución de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe N° 866/2017, con domicilio asociacional en Paraguay 2991 de la ciudad de Santa Fe. Como sujeto colectivo dedicado a la temática objeto de la causa, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional pretendemos representación colectiva.

María Laura Acosta, DNI 26.739247; Yanina Viviana Bustos, DNI 27.795.995; Jorgelina María Mercedes Mosconi, DNI 25.903.442; y Valeria Guadalupe Córdoba, DNI 33.327.627, somos madres y representantes legales de nuestros hijos menores “NN”, “TC”, “MDAM” y “DC”, cuyos datos de identidad constan en la documental adjunta, por lo que actuamos por derecho propio y en su representación.

En ambos caracteres solicitamos ser tenidas.

## **II) OBJETO.**

Que, por la presente, venimos a interponer **ACCIÓN DE AMPARO** contra el **ESTADO NACIONAL ARGENTINO – PODER EJECUTIVO NACIONAL**, con domicilio en calle Balcarce N° 50, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la Ley 16.986, para que V.S., conforme las circunstancias de nuestro caso y para él:

1) Declare la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 27.350, en lo referente a la distinción arbitraria que realiza para acceder al aceite de cannabis y sus derivados de manera gratuita, según se sometan o no a un programa estatal de investigación experimental, y ordene al Estado Nacional otorgar gratuitamente a

**nuestros hijos aceite cannábico cuando esté disponible sin forzarlos a someterse a experimentación clínica;**

2) Declare la inconstitucionalidad del artículo 5 incisos a) y e) y los párrafos penúltimo y último del mismo artículo, y el artículo 14, ambos de la Ley N° 23.737; y toda otra normativa que prohíba el **autocultivo de los actores para consumo medicinal personal de los menores a nuestro cargo.**

Ello porque las normas cuestionados obstaculizan el ejercicio de un derecho de libertad que no perjudica a terceros y se inscribe dentro del ámbito de privacidad de las personas (cfr. Art. 19 CN) lo que, a su vez, obstaculiza el acceso a derechos básicos de nuestros hijos e hijas: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho al bienestar físico y psíquico.

Asimismo, venimos a solicitar como **MEDIDA CAUTELAR** -con carácter muy urgente-, que ordene la **abstención de las autoridades de realizar cualquier hecho o acto que implique la persecución penal en nuestra contra mientras se tramita la presente causa,** lo que encuentra como fundamento a la Ley N° 23.737 -en especial el artículo 5 incisos a) y e) y los párrafos penúltimo y último del mismo artículo; y el artículo 14- para poder realizar el cultivo de cannabis con fines medicinales en nuestros respectivos domicilios para obtener los productos adecuados para satisfacer el estado de necesidad de nuestros hijos e hijas, producto de los padecimientos que oportunamente serán detallados en el presente escrito y que requieren ser atendidos con urgencia.

**III) PLAFÓN FÁCTICO QUE SUSTENTA NUESTRO PEDIDO – HECHOS.**

**III.1) PRESENTACIÓN DE LOS CASOS DE NUESTROS HIJOS E HIJAS**

Nuestros hijos sufren diferentes patologías conforme surge de las constancias médicas que acompañamos.

Son enfermedades de nacimiento, incurables, y frente a las cuales la medicina se ha mostrado impotente, o bien los tratamientos consisten en mantener a los menores completamente sedados impidiendo el

crecimiento, la vida social y la educación del menor.

Todas las mamás actoras, después de largo tiempo sometidas a los tratamientos que los distintos centros médicos nos han indicado, sufrimos la angustia de ver deteriorarse en vida a nuestros hijos, impedidos de todo contacto natural con el entorno.

Afortunadamente, las investigaciones médicas de los últimos años, han llevado a que muchos pediatras se especialicen en el uso del aceite de cannabis, y hemos podido comprobar en nuestros hijos la mejora que su aplicación significa.

Lamentablemente hasta el día de hoy este producto no se encuentra disponible a través de la industria farmacéutica, y la única forma de conseguirlo es mediante el cultivo hogareño de la planta y la extracción casera de su aceite.

Todas las mamás debimos recorrer el mismo camino, y siempre con resultados indiscutibles.

Actualmente, pese a la aprobación de leyes nacionales y provinciales habilitando el uso del aceite cannábico, el Estado no ha podido organizar un sistema público de producción y provisión del insumo.

Y claramente no es algo que pueda ocurrir pronto, ya que en Argentina sigue prohibido el cultivo de la planta, por lo tanto la industria farmacéutica debe importar los insumos, y su ingreso aún está prohibido. Y una vez que empiece la producción se elaborarán los aceites más comunes, pero cada niño requiere una variedad diferente, con lo cual habrá que esperar más tiempo en algunos casos.

Y luego la provisión también deberá organizarse, evitándose utilizar a los niños enfermos como cobayos, respetando su intrínseca dignidad humana, y asegurando la atención suficiente a su salud.

Numerosas normas y procedimientos administrativos deben ser modificados y adecuados para llegar a una razonable provisión farmacéutica del aceite, lo cual es comprensible que lleve tiempo.

Con lo cual, seguimos cultivando en condiciones domésticas,

formándonos en la temática, y aplicando bajo estrictos controles profesionales.

Hasta tanto el insumo sea provisto por el Sistema de Salud, necesitamos que V.S. declare inconstitucional cualquier prohibición o sanción a nuestra maternal tarea de cultivo y producción de aceite para uso personal de nuestros hijos.

III.2) EL ACCESO AL CANNABIS MEDICINAL EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 27.350: ARBITRARIEDAD. IMPOSIBILIDAD DE ACCESO POR AUTOCULTIVO.

Como luego se desarrollará en extenso, el Congreso de la Nación Argentina, en el mes de marzo de 2017, dio sanción definitiva a la Ley N° 27.350, conocida como “ley de cannabis medicinal”. La misma fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Decreto N° 266/2017, de fecha 18 de marzo de 2017, y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina en fecha 19 de abril de 2017. Su Decreto Reglamentario N° 738/2017 es del día 22 de septiembre de 2017 y, a su vez, la norma es complementada por la Resolución E 1537/2017 del Ministerio de Salud y por la Resolución 258/2018 del Ministerio de Seguridad.

El objeto de la ley sancionada por el Congreso de la Nación es, en sus propios términos, “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” (art. 1°).

Para ello 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 del Ministerio de Salud de la Nación (art. 2°), y establece sus objetivos en el artículo 3°.

A su vez, el artículo 7° establece 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".

Es aquí donde la norma establece una distinción arbitraria que, en nuestro caso, se traduce en el acceso gratuito a la provisión de aceite de cannabis y sus derivados para los niños y las niñas que sean incorporados al programa, pero que resultará oneroso para aquellos que no quieran someterse a la investigación experimental del Estado. Esto constituye una grave violación a los derechos de los niños y las niñas y, consecuentemente, como se explicará, tacha de inconstitucional y contraconvencional la distinción.

De por sí ya no es posible obtenerla a través del programa porque ni siquiera ha sido implementado debidamente en todo el territorio nacional.

Pero a su vez, no existe posibilidad de acceder de manera no onerosa al tratamiento con aceite de cannabis y sus derivados. A la onerosidad y la dificultad burocrática de importar aceite de cannabis y sus derivados a raíz de la distinción arbitraria, se suma la imposibilidad de autoprocursarse los elementos para su elaboración -lo que disminuiría drásticamente el costo y, por lo tanto, facilitaría el mayor acceso-, ya que existe una imposibilidad jurídica de realizar autocultivo.

Sumemos que en muchos casos el médico tratante no recomienda incorporar al niño al programa en atención a sus condiciones personales, a las dificultades de traslado, a las contraindicaciones de movilidad fuera del domicilio, etc. Y como en todas estas enfermedades es necesario priorizar la recomendación del médico tratante que conoce al paciente concreto y que éste entiende, en su autonomía, lo mejor para desarrollar su plan de vida.

Las previsiones de los artículos 5°, incisos a) y e), y de sus párrafos penúltimo y último, penalizan el autocultivo aún con fines de consumo personal medicinal. Esto atenta contra la garantía del artículo 19° de la Constitución Nacional, en tanto se trata de una acción privada que, mientras no perjudique a terceros, se encuentra exenta de la autoridad de los magistrados. Sin embargo, la

penalización existe y, aunque se ha tachado de inconstitucional en cientos de casos en todo el territorio nacional, el legislador no ha adecuado la norma a los estándares constitucionales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La imposibilidad jurídica del autocultivo importa no sólo la penalización de una acción de libertad exenta de la autoridad estatal, sino que, además, opera como obstáculo para el acceso, en nuestro caso, a derechos fundamentales reconocidos ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico: el derecho a la vida, a la salud, y al bienestar físico y psíquico de nuestros hijos y nuestras hijas.

En resumidas cuentas, forma parte del plafón fáctico del caso, la arbitrariedad que la Ley 27.350 genera en torno a la gratuidad para acceder al cannabis medicinal a partir de la distinción entre aquellos niños y niñas que se encuentran dentro del programa de investigación que lleva adelante el Estado y los que no, como así también la imposibilidad de acceder a los mismos reduciendo sus costos por vía del autocultivo para fines medicinales, a raíz de parte de un programa de criminalización primaria que, a través de los citados elementos de la Ley N° 23.737, atenta contra libertades básicas y como consecuencia impiden el acceso a derechos fundamentales.

La inconstitucionalidad y contraconvencionalidad es, entonces, doble. Porque pune el autocultivo para atender la salud de nuestros hijos, y porque fija condiciones de imposible cumplimiento para acceder al aceite de provisión estatal.

#### **IV) SUSTENTO JURÍDICO DE NUESTRA PRETENSIÓN – DERECHO.**

##### **IV.1) ACLARACIÓN PREVIA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS JUDICIALES.**

Ante todo, V.S. al analizar nuestro caso y los derechos en juego, sabrá que los niños y niñas son sujetos de tutela especial y preferente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, cuando se encuentran en juego sus derechos, su condición de tales hace que la tutela atraviese transversalmente todo el análisis jurídico y la ponderación se haga teniendo en cuenta esta situación.

Ello en tanto que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada y ratificada por nuestro país que, además, le otorgó jerarquía constitucional, dispone en su artículo 3.1 que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado sus estándares en torno a la previsión del artículo 3.1 de la CDN en numerosos antecedentes. Específicamente, y en torno a la obligación de las autoridades de velar este interés, ha dicho que *“la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 3º.1– impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar –en la medida de su jurisdicción– los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental)” (Fallos: 328:2870. Considerando 4) del voto de la mayoría) y que “la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.” (Fallos: 328:2870. Considerando 5) del voto de la mayoría).*

A su vez, debe ponerse en valor que *“El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho “interés del niño” con sus derechos fundamentales.*

*Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos” (Fallos: 328:2870. Considerando 5) del voto de los ministros Highton de Nolasco y Lorenzetti).*

No debemos olvidar que, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en **Caso Bulacio vs. Argentina – 18/09/2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)**, sostuvo: *“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.*

Sin perjuicio de la normativa suprallegal, la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, determina el principio de efectividad estableciendo que *“Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”* (art. 29) y, entre las garantías a efectivizar mediante la adopción de medidas administrativas, legislativas y judiciales, se encuentra la tutela del interés superior del artículo 3°.

Realizada la pertinente aclaración conceptual, corresponde en este estadio desarrollar las razones que nos llevan a impugnar de inconstitucional y contraconvencional las disposiciones relativas al acceso gratuito al tratamiento de cannabis medicinal sólo para aquellos niños y niñas que se sometan a una investigación experimental del Estado, como así también la punibilidad de una acción privada de libertad de las personas, como lo es el autocultivo -más aún cuando propende al fin de asegurar niveles de vida mínimos a través de su uso medicinal en niños y niñas-.

#### IV.2) MARCO DEL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD SUSTANCIAL.

Cuando en un caso se encuentra reñido un derecho constitucional -y convencional- con una normativa infraconstitucional, incluso sin

llegar a manifestarse palmariamente una inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado parámetros que sirven para determinar cuándo la reglamentación del derecho constitucional está dentro de lo permitido y no ha cruzado al límite de lo prohibido.

Si bien toda regulación importa una limitación-restricción al derecho constitucionalmente consagrado, ello está dentro de lo permitido, siempre y cuando no traspase ciertos límites.

El límite lo impone aquello que se denomina "*dimensión prohibida*", que tiene lugar cuando la reglamentación desnaturaliza un derecho, lo desvirtúa o lo impide.

Para llevar adelante el control sustancial de constitucionalidad –con sus dos etapas: test de legalidad y test de proporcionalidad- debe tenerse presente que existen dos órdenes: uno marco y otro fundamental.

Un orden marco implica reconocer que el Estado Constitucional se configura jurídicamente con todo aquello que está ordenado y prohibido por la Constitución Nacional.

Dentro de él, podemos distinguir lo que está constitucionalmente confiado a la discrecionalidad del legislador –donde la Constitución no ordena ni prohíbe su actuar- y que se encuentra dentro de ese marco. Si lo discrecional, en consecuencia, define el margen de acción del legislador, el orden estructural del Estado Constitucional se refiere a aquello que, en razón de los límites referidos, una Constitución ordena y prohíbe definitivamente.

El orden marco del Estado Constitucional, entonces, encuentra tres conceptos fundamentales: mandato, prohibición y discrecionalidad. Y así, aquello que no está ordenado por la constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución no es constitucionalmente posible; y lo que está confiado a la discrecionalidad del legislador no es necesario ni imposible.

Por su parte, un orden fundamental implica que, mediante una Constitución, se establecen los asuntos que son, como su nombre

indica, fundamentales para una comunidad. Este orden se realiza desde una visión cualitativa del derecho y no cuantitativa. Es decir, la Constitución no tiene una solución para todos y cada uno de los casos, y deja abierta a la discrecionalidad del legislador -que debe moverse dentro del orden marco constitucionalmente creado- algunos aspectos. Y estos también son susceptibles de control.

Dice Robert Alexy, plasmando la compatibilización entre ambos órdenes, que *“una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja márgenes abiertos de acción; y en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución”* (Alexy, R., Epílogo a la “Teoría de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, 2002).

Ahora bien ¿cuál es el margen de acción posible de actuación del legislador?

Dentro del margen de acción ya acotado constitucionalmente, encontramos tres nuevos márgenes para determinar la constitucionalidad de la decisión estatal: a) el que permite fijar fines; b) el que posibilita elegir los medios; y c) el que utiliza la ponderación.

En el supuesto de la posibilidad de fijar fines, es donde la Constitución podrá contener una reserva competencial de intervención, dejando en manos del legislador decidir por sí mismo si interviene en un derecho fundamental y determinar los fines y propósitos que persigue, o bien, puede mencionar razones para intervenir y dejar en manos del legislador la decisión de hacer suyos esos fines o propósitos que se establecen en la cláusula que establece la reserva de intervención.

En el supuesto de la posibilidad de elección de los medios para alcanzar esos fines, la norma Constitucional ordena la ejecución de algunas conductas positivas por parte del legislador. Estas conductas

–medios- deben ser idóneas para cumplir el fin constitucionalmente establecido. Si no lo son, entra en escena el tercer margen, siendo necesario realizar una ponderación de los derechos en juego.

El tercer margen, el de ponderación, se funda en el principio de proporcionalidad y, necesariamente, en sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como test escalonado de constitucionalidad. Test que hicieramos referencia al comienzo de este apartado.

Este resulta el marco de análisis propio del Estado Constitucional que rige en nuestro país, fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 1994.

#### IV.3) TEST DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 7° DE LA LEY N° 27.350 PARA NUESTRO CASO.

Tanto para este caso, como para cualquier otro, para realizar el test sustancial de constitucionalidad hay que plantearse, entonces, dos interrogantes:

Orden marco: ¿ha actuado el legislador dentro del orden marco constitucionalmente establecido?

En este sentido, debemos poner de manifiesto que la Constitución manda al Congreso a *“Proveer lo conducente al desarrollo humano (...), a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”* (art. 75, inciso 19). En este contexto, la sanción de la Ley N° 27.350, cuyo objeto de promoción de la investigación fuera expresamente reconocido en su artículo 1°, para lo cual crea un *“Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales”* (art. 2°), se encuentra dentro del marco competencial que le es atribuido. Pero además se trata de un mandato de optimización de la Constitución Nacional que obliga al Congreso a actuar, y el Congreso ha actuado. Por lo tanto, no puede existir reproche constitucional en este sentido: el legislador ha actuado conforme a lo ordenado y, por lo tanto, constitucionalmente necesario. No es necesario profundizar en este punto.

Ahora bien, habiendo actuado el Congreso dentro del orden marco, corresponde analizar si su accionar se encuadra dentro de las previsiones cualitativas del ordenamiento jurídico. Esto es, dentro del orden fundamental.

Orden fundamental: ¿Es esta actuación adecuada al orden fundamental en cuanto a sus fines, medios y ponderación respecto de los demás principios constitucionales en juego?

Respecto de la posibilidad del legislador de fijar los fines en esta materia -primer margen de apreciación-, debemos decir que, por un lado, resulta claro que la promoción de la investigación científica y médica es un mandato que la Constitución Nacional atribuye al Congreso, y donde no le deja al legislador la posibilidad de elegir sus fines, sino que ellos surgen del plexo constitucional que, justamente, es la promoción de la investigación científica y médica y, por otro lado, la promoción de la salud y el diseño de políticas públicas en materia de salud. Son estos, mandatos de optimización que la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos imponen a las autoridades públicas.

Si bien no existe aquí posibilidad del legislador de determinar fines, el análisis que corresponde realizar es el de saber si ha actuado y legislado conforme a los fines que la Constitución le ha impuesto. Para ello podemos indagar a través de los debates parlamentarios de la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Reunión N° 21, 20va Sesión Ordinaria, de fecha 23 de noviembre de 2016 (remitimos a la versión taquigráfica de dicha sesión). En particular, ponemos de resalto algunas intervenciones que sintetizan de manera acabada las coincidencias políticas en torno a la media sanción que obtenía la ley. Todos los resaltados son nuestros.

Así, la Diputada Banfi, sostenía que *“Existe una demanda social: **los pacientes y los médicos vinieron a buscarnos para que les demos una respuesta que tiene que ver con la salud pública, que aparece cuando el Estado está presente.**”*

*Es lo que vinimos a resolver con este paso que estamos dando después de tantos años de ausencia del Estado. Nos llevó once meses esta*

*gestión. Hablamos con los médicos, con las madres y con los pacientes. Discutimos entre todos nosotros para llegar a un acuerdo en común. Lo que nos pedían y nos siguen pidiendo es el marco legal para **garantizar el tratamiento de las enfermedades, mejorar la calidad de vida y también para curar.***"

Por su parte, el Diputado Buil resaltaba que "*estamos considerando la posibilidad de que **pacientes que lo requieran puedan acceder al cannabis como medicina, y que puedan hacerlo en las mejores condiciones (...)***"

*Después de tantos "no" a muchas necesidades, esta iniciativa permitirá responder a un derecho humano: el de **acceder a un medicamento por parte de alguien que lo necesita por su condición de salud***".

Con estos breves ejemplos, queremos graficar que las finalidades del legislador, al tiempo de darle sanción a la ley, son las de garantizar el acceso al tratamiento cannábico a todos aquellos que lo necesiten, y que se trata de una política de salud pública actual que garantiza la calidad de vida de aquel enfermo requiera de estos tratamientos -en sus distintas formas medicinales-, entendiéndolo como un derecho humano fundamental, y además la de la promoción de la investigación científica y médica.

En este sentido, no aparece nada reprochable dentro de los fines perseguidos por el legislador, que concuerdan con lo mandado por la Constitución Nacional, por lo que existe adecuación en este sentido al orden fundamental.

Respecto de los medios utilizados por el legislador para conseguir los fines propuestos -segundo margen de apreciación-, tampoco existe incompatibilidad constitucional alguna. En efecto, no adolece de ninguna tacha de inconstitucionalidad la creación de un programa de investigación médica y científica. Diríamos más, se trata de una política pública deseable en materia de salud.

Donde sí vemos una omisión legislativa fuerte, es en torno a garantizar el acceso al tratamiento con aceite de cannabis y sus derivados a todas aquellas personas que por su condición requieran del

mismo para mejorar su calidad de vida, su salud y su bienestar. En efecto no se crea un programa que garantice el acceso por la sola condición de necesitarlo, que obligue -a modo de ejemplo- a las obras sociales a brindarlo dentro del Programa Médico Obligatorio, o a la salud pública a garantizarlo de manera alguna.

Pero más allá de ello, lo cierto es que otro de los medios utilizados para lograr la ley sus fines es la posibilidad de autorizar (la ANMAT) la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías que se contemplan en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente.

Y si bien esto pareciera suficiente, lo cierto es que aquí comienza la colisión de derechos con nuestro caso.

En efecto, no está mal que el Estado cree un programa de investigación experimental para el uso de cannabis medicinal y que por el mismo promueva el acceso a los tratamientos para quienes lo necesiten. Por el contrario.

Pero bien, en los medios utilizados por el legislador se produce una arbitrariedad en torno a la gratuidad del acceso al medicamento cannábico ya que la norma, en su artículo 7°, dispone que *"la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa"*, pero no para quienes no se incorporen. Es decir, el medio no es idóneo para el cumplimiento de los fines propuestos. Ello torna que entre en juego el tercer margen de apreciación -el de ponderación fundado en el principio de proporcionalidad-, y el que demostrará que en nuestro caso se produce la inconstitucionalidad y contraconvencionalidad que por esta acción venimos a reclamar.

A través del examen de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), V.S. notará cómo se produce una selección arbitraria que, como consecuencia, vulnera los derechos fundamentales de nuestros niños y niñas a la vida, a la salud y al bienestar.

La idoneidad es entendida como subprincipio que se desarrolla tendiente a determinar la licitud de una intervención en un derecho

fundamental. En este sentido, la idoneidad de la medida legislativa se refiere a que, abstractamente considerada, ésta contribuya y facilite de cualquier forma la realización del fin inmediato que persigue, en el entendimiento de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional. Y si los fines de la norma puesta en crisis son la promoción de la investigación y garantizar el derecho a la vida, a la salud, y al bienestar a través del acceso a tratamientos cannábicos, desde ya que la norma contribuye a estos fines.

Desde luego, “algo es mucho a nada”. Y ante la ineficacia de los tratamientos médicos convencionales para determinadas enfermedades y, tal como lo demuestran distintos estudios científicos e incluso las exposiciones que por el tiempo de la sanción de la norma han realizado distintos profesionales y actores sociales inmiscuidos en la materia, el tratamiento cannábico es un significativo avance comprobado para estas enfermedades. Queda meridianamente claro que la norma es idónea -en abstracto-, en la intervención del derecho fundamental.

En cuanto al subprincipio de necesidad, implica que la medida legislativa que interviene el derecho fundamental -teniendo en cuenta que toda intervención legislativa es una limitación o restricción-, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a ellos se intenta oponer, porque o es menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin, o sea porque no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor.

Entendemos que, en relación a la necesidad, estamos dentro de un escenario donde el legislador ha pretendido elaborar un andamiaje meticuloso entre los derechos a la libertad, a la vida, a la salud, al bienestar y a la investigación científica y médica. El estudio para establecer si una medida legislativa es o no necesaria, requiere de un análisis de la eficiencia de sus alternativas, de acuerdo con las ciencias y las técnicas aplicables. Y aunque este tipo de valoración es una función propia de V.S., ahora bien, esta tarea escapa a una acción de este tipo -amparo-, correspondiéndose ya con un procedimiento de mayor amplitud de debate y prueba -como una acción declarativa de inconstitucionalidad-. Por ello, daremos por sentado

que en uso de sus facultades, el legislador ha analizado las alternativas posibles y ha decidido como política pública -función esencialmente política que escapa a la judicatura- que el medio empleado es el más beneficioso para conseguir el fin perseguido.

Por lo pronto, y en lo que a nuestra parte interesa, el énfasis de V.S. debe estar puesto en la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto para poder decidir en nuestro caso concreto. Y es lo que desarrollaremos a continuación.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que en esta etapa del test sustancial de constitucionalidad debe realizarse la valoración entre el derecho fundamental (a la vida, a la salud, y al bienestar) y la restricción legislativa, demostraremos que el beneficio obtenido, producto del fin legislativo, no justifica la intensidad del menoscabo a los derechos fundamentales de nuestros hijos e hijas.

Esta ponderación de bienes (*Güterabwägung*, en la doctrina alemana), es lo que Robert Alexy hace consistir en "*cuál de los intereses [en conflicto], de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto*". Para ello:

Análisis del aspecto normativo: La restricción al derecho a la vida, a la salud y al bienestar que hace la Ley N° 27.350 respecto de nuestros hijos e hijas, al excluir a niños y niñas del acceso gratuito a los medicamentos necesarios para cubrir sus tratamientos por el hecho de no someterse a un programa de investigación científica y médica de carácter experimental que lleva adelante el Estado, no puede pasar el test sustancial de constitucionalidad ya que menoscaba con una intensidad grave sus derechos constitucionales y convencionales.

En efecto, el primer derecho es el **derecho a la vida**. Derecho por excelencia que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional -en orden al derecho interno-, porque el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor final con respecto al cual los restantes derechos tienen siempre carácter instrumental (**Fallos: 316:479; 23:3229; 329:163**; entre otros).

En particular en el caso de los niños y niñas, la Ley N° 26.061 en su artículo 8° establece que *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida”*.

Su reconocimiento también emana de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el sistema universal, del artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el sistema americano del artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*in re: Bulacio*, entre muchos otros fallos) ha sostenido que *“El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.”*

¿Pero qué contenido tiene el derecho a la vida humana que el Estado debe respetar? Y en este sentido puede decirse que, en el orden constitucional, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 CN, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos requiere necesariamente de él. Por lo tanto el Estado no sólo que debe abstenerse de afectarlo directamente sino que, además, debe garantizar a través de acciones positivas su goce en plenitud, con condiciones que le garanticen a la persona una existencia digna.

En el mismo sentido, el sistema americano lo entiende como un prerequisite para disfrutar del resto de los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es *“el fundamento y sustento de todos los demás derechos”* y que jamás puede suspenderse. Además le otorgó carácter de norma de *ius cogens* (CIDH,

Informe N° 47/96, del 16-10-96).

La obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es una obligación *erga omnes*, que debe ser asumida por el Estado frente a la comunidad internacional como un todo.

En el caso de niños y niñas, la Corte Interamericana afirmó la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, teniendo en cuenta que para ellos presenta modalidades especiales a la luz del artículo 19° de la CADH, dado que los Estados asumieron obligaciones especiales en cuanto a la protección de sus vidas. Ello implica, por una parte, que el Estado asuma su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad y, por otra parte, que se tomen medidas especiales orientadas al principio del interés superior del niño. (*CorteIDH en Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; y Opinión Consultiva OC-17/02*).

Siendo el derecho a la vida el prerrequisito para el goce de todos los derechos fundamentales, aquellos otros derechos fundamentales que se enderezan a garantizar de manera más directa la tutela de la vida son, ciertamente, los de mayor jerarquía ponderativa. En nuestro caso ellos son el derecho a la salud y el derecho al bienestar.

Respecto del **derecho a la salud**, como valor y derecho humano fundamental también encuentra reconocimiento y protección en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Así en la Constitución Nacional, surge de las distintas disposiciones de los artículos 33, 41, 42 y 75 incisos 19 y 23.

Particularmente, respecto de los niños y niñas, se encuentra legislado en el artículo 14 de la Ley N°26.061, donde dispone que los organismos del Estado deben garantizar, entre otras cosas, “*el acceso a servicios de salud*” (inciso a).

En los instrumentos internacionales de derechos humanos surge, en el sistema universal, del artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; en el sistema americano se encuentra normativizado en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *“El derecho a la salud, posee jerarquía constitucional y está reconocido como valor y derecho fundamental en los pactos internacionales incorporados a nuestro orden jurídico, con arreglo a los cuáles procura garantizar su eficacia tanto frente a la intromisión estatal como a la acción de los particulares”* (Id SAIJ: SUZ0015084), y que *“El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), por lo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”* (Id SAIJ: SUA0068910). Es que *“La vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal”* (Id SAIJ: SUA0068907).

Los organismos internacionales, por su parte, han desarrollado extensamente el contenido del derecho a la salud.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha precisado que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades. Así mismo, el goce del máximo grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación N° 14 (2000), analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, conforme al

artículo 12° PIDESC. Derecho a la salud que, en términos del comité, abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Estos elementos que importan particularmente a nuestro caso, se presentan como una línea de continuidad en la cual, el primer paso es la disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios de salud; el siguiente paso es la accesibilidad a los servicios que se pretenden disponibles; el tercer paso, de aceptabilidad, es que los establecimientos, bienes y servicios a los que es posible acceder sean aceptados por los beneficiarios en ejercicio de su autonomía; por último, aún cuando se disponga de bienes y servicios adecuados, y el acceso alcance la mayor cobertura, no se completa el camino trazado si los servicios y bienes no están sujetos a los estándares básicos de calidad.

En conjunto, estos cuatro elementos conforman a la “salud integral”. Si el Estado deja de atender uno de estos elementos, o privilegia unos sobre otros, desconoce el sentido de integralidad que compone el derecho a la salud.

Por otro lado, en cuanto al contenido normativo del artículo 12° PIDESC, señala que *“El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”* (párrafo 8) y continúa que *“El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado”* (párrafo 9).

En particular, respecto de los niños y adolescentes, señala que *“En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la*

*mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños. En los ulteriores instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce que los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades” (párrafo 22), concluyendo que “La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente” (párrafo 24).*

No menos importante es poner de manifiesto que el Comité advierte que *“Los Estados suelen utilizar las cuestiones relacionadas con la salud pública para justificar la limitación del ejercicio de otros derechos fundamentales. El Comité desea hacer hincapié en el hecho de que la cláusula limitativa –el artículo 4– tiene más bien por objeto proteger los derechos de los particulares, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados” (párrafo 28), por lo tanto “De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5, esas limitaciones deberán ser proporcionales, es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. Aun cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión” (párrafo 29).*

De estos parámetros es que surgen todas las obligaciones -generales y específicas- de los Estados parte, que son las de respetar, proteger y cumplir (promover y facilitar) el derecho a la salud.

No olvidando, además, que *“Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas, que son inderogables”.*

Desde luego que, dentro del derecho a la salud, encontramos también el **derecho al bienestar físico y mental**, puesto que forman parte del concepto mismo de salud.

Por último, entra en juego el **derecho de elección del tratamiento** que todas las personas poseemos.

Con tino el Ministro Ricardo Lorenzetti ha dicho que el paternalismo médico ha sido sustituido por el principio de autonomía (Cfr. Lorenzetti, R., Responsabilidad Civil de los Médicos, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni). La autonomía del paciente como bien jurídicamente protegido surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona.

En nuestro medio, la Ley N° 26.529 sobre Derechos del Paciente, establece un ámbito de libertad que abre al paciente un conjunto de derechos que obtienen su correspondiente protección, que incluye no sólo la prestación técnica de los tratamientos de salud, sino también el deber de información y respeto a las decisiones adoptadas por él, de manera libre y voluntariamente.

El respeto a la autonomía y a la libertad del paciente no es, ni más ni menos, que el respeto a su dignidad de persona humana. Por ello tiene el derecho de decidir entre las opciones clínicas disponibles, después de recibir la información adecuada.

Marcela Basterra, acierta al sostener que *“El derecho a la salud y a su preservación, se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la dignidad, porque cualquier menoscabo a aquél incide negativamente en el sujeto y en el núcleo más próximo de sus afectos y lazos sociales.*

*En esta temática la voluntad del paciente adquiere un rol protagónico, toda vez que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento médico hace a la autodeterminación y autonomía personal.*

*El principio de autonomía personal que también podemos denominar de reserva o autoreferencia, está contenido en el artículo 19 de la Ley Fundamental. El precepto constitucional recepta el principio de autonomía personal y el derecho a la privacidad en forma específica,*

*como norma de apertura del sistema de derechos individuales.”* (La autonomía como derecho fundamental de los pacientes)

Claro está, la autonomía del paciente para elegir su tratamiento tiene sus límites. El paciente, ejerciendo su libertad, puede negarse a recibir un tratamiento. Pero también puede elegir de entre los distintos tratamientos a su disposición que el médico le indica en base a su *expertise*. No podría, en cambio, arrogarse como derecho el acceso a un tratamiento que no fuera indicado. No, por lo menos, dentro de las obligaciones estatales de garantizar el acceso a la salud. Y ello sin que sea necesario abundar en los motivos de este límite.

Claramente, y en lo que nuestro caso importa, lo hasta aquí desarrollado en este capítulo podría resumirse de la siguiente manera: el derecho a la vida es un prerequisite necesario para el ejercicio de cualquier otro derecho, de allí su protección constitucional y convencional. La salud, en tanto derecho íntimamente relacionado a la vida -ya que permite mantenerla-, debe ser garantizada por el Estado no sólo mediante la abstención de realizar actos que atenten contra el acceso a este derecho, sino que, además, debe llevar adelante acciones positivas tendientes a garantizarlo con carácter universal ya que es un derecho propio de los derechos humanos. Poder acceder a la salud implica, además, acceder a condiciones que permitan el bienestar psíquico y físico de la persona, puesto que son elementos componentes del concepto de salud. Y este acceso, para respetar los estándares nacionales e internacionales de los derechos humanos, debe garantizar la autonomía del paciente que se traduce en la posibilidad de elección del tratamiento a seguir.

Y siendo que a nuestros niños y niñas se les ha recomendado para alcanzar los máximos niveles posibles de bienestar, el tratamiento cannábico, y haciendo uso de la libertad de elección que ejercen a través de nosotros, sus representantes, es que no se puede restringir el acceso al tratamiento que solicitamos.

Pero, aún más, dicho acceso debe ser gratuito ya que, como se ha demostrado a lo largo del presente escrito, hacerlo en los términos del artículo 7° de la Ley 27.350, constituye una flagrante

inconstitucionalidad y contraconvencionalidad. No sólo porque no tutela a nuestros niños y niñas teniendo en cuenta su interés superior. También porque la posibilidad de acceder está dada por el sometimiento de nuestros niños y niñas a un programa de investigación científica y médica del Estado, de carácter experimental, lo que a todas luces se torna arbitrario.

Garantizar el acceso gratuito solo para aquellos que se inscriban en el programa experimental es una manera de coaccionar la libertad de elección del tratamiento que cada uno de nuestros niños y niñas tiene. Coaccionarlo porque, en nuestros casos, de no acceder gratuitamente estamos frente a una imposibilidad fáctica de acceder, por su burocratización y su onerosidad.

Entonces, existe en nuestro caso, un interés estatal en fomentar la investigación científica y médica y de brindar tratamiento cannábico a quienes lo necesiten, facilitando en algunos supuestos el acceso de manera gratuita y, en otros, sólo permitiendo el acceso de manera onerosa.

¿Qué motivo podría existir para que el acceso a los derechos fundamentales de nuestros niños y niñas dependa de someterlos a un programa de investigación científica? Si V.S., al igual que nosotros, no encuentra respuesta alguna al interrogante, es que habrá llegado a la misma conclusión a la que hemos llegado nosotros: de la ponderación de los intereses en conflicto, de igual jerarquía en abstracto, tienen los derechos a la vida, a la salud, al bienestar físico y psíquico y a la libertad de elección de tratamiento, mayor peso en nuestro caso concreto, que cualquier otro fin que haya podido tener en miras el Estado al restringir de manera tan arbitraria el acceso gratuito al tratamiento cannábico.

#### IV.4) TEST DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 5 INCS. A) Y B) Y 14 DE LA LEY 23.737 PARA NUESTRO CASO.

En orden a la temática de la punición del autocultivo para fines medicinales y de uso personal, la situación de inconstitucionalidad y contraconvencionalidad es aún más clara, habida cuenta que existe un extenso desarrollo doctrinario y jurisprudencial en este sentido.

La Ley N° 23.737 establece las figuras legales que sancionan la siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas o elementos destinados a su producción o fabricación; así como también la tenencia (inclusive para consumo personal), la producción, fabricación, extracción o preparación, comercialización, entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes a otro, ya sea a título oneroso o gratuito.

Como dijéramos más arriba, a pesar de los reiterados argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace treinta y dos años (**Fallos: 308:1392**, conocido como "Bazterrica", de 1986), y ratificado y reforzado hace nueve años (**Fallos: 332:1963**, conocido como "Arriola", de 2009), declarando sucesivamente la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo personal, aún no se ha avanzado consecuentemente en sede legislativa con una norma que impida la violencia institucional, extorsión, discriminación y persecución penal selectiva de los usuarios mediante dicha figura y otras relacionadas al consumo. La mora del legislador es inaceptable, vale decir, aunque escapa a esta acción.

Volviendo aquí a hacer el análisis del orden marco y del orden fundamental, y de la proporcionalidad de la Ley N° 23.737, es que se expondrán las razones de la tacha de inconstitucionalidad y contraconvencionalidad pretendidas.

Es meridianamente claro que, en cuanto al orden marco y el orden fundamental, encontramos los mismos argumentos que hemos planteados referentes a la ley de cannabis medicinal. Es decir, el legislador ha actuado conforme a ellos. Los argumentos arriba esgrimidos son de aplicación a este supuesto, y más aún, teniendo en cuenta que la Ley N° 23.737 es un cambio de paradigma respecto del bien jurídico tutelado que pone en el centro la "salud pública" y desplaza a la "seguridad nacional" de su antecesora Ley N° 20.771.

Nuevamente, a través del examen de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios, V.S. entenderá la inconstitucionalidad y contraconvencionalidad planteada en este caso y, seguramente, decidirá por la permisión del autocultivo para uso personal y medicinal de

nuestros hijos e hijas.

Primeramente, debe tenerse en cuenta que se añade en este punto, además de los ya desarrollados derechos a la vida, a la salud, al bienestar físico y psíquico y a la autodeterminación en la elección del tratamiento médico, el infranqueable ámbito de privacidad personal del artículo 19 de la CN.

En cuanto a la idoneidad, como licitud de la intervención en un derecho fundamental, y que considerada en abstracto pueda contribuir a algún fin inmediato constitucional perseguido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado de poner de relieve el fracaso que ha supuesto la criminalización del consumo personal de estupefacientes como política de salud pública. Lo ha hecho en el ya citado caso "Arriola", donde manifestó que *"Con relación al consumo, es cierto también que la adicción puede afectar la libertad personal, pero ello no justifica una intervención punitiva del Estado."*

*Por esta razón es que se justifica que esta Corte, a la luz de la decisión que hoy toma, se vea en la obligación de hacer recordar a todas las instituciones el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico; y a nivel nacional, la relevancia de aplicar una política de salud preventiva, información y educación y todo ello enfocado en los grupos más vulnerables, especialmente los menores.*

*Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos." (Fallos: 332:1963, Considerando 19).*

Aún considerando V.S. que, en abstracto, la restricción a los derechos fundamentales aquí en juego, posee cierta idoneidad para lograr el fin constitucional inmediatamente propuesto -que requeriría, nuevamente, un examen de mayor amplitud-, la inconstitucionalidad y contraconvencionalidad de la punición seguiría existiendo, como se desarrollará inmediatamente.

Respecto de la necesidad, en cuanto implica que la medida legislativa

de restricción sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a ellos se intenta oponer, estamos frente a una situación que podría ser calificada hasta de ridícula. En efecto, en el citado Considerando 19° de "Arriola", es la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación la que da cuenta de cuáles son los medios menos gravosos para el afectado: educación, información y políticas preventivas de salud. Agregamos nosotros, en nuestro caso, garantizar el acceso gratuito a todo aquel que requiera tratamiento cannábico sin necesidad de que para ello sea necesario que un niño o una niña deba someterse a un programa experimental del Estado porque, además, en el mismo considerando, se sostiene que se debe enfocar en los grupos más vulnerables, *"especialmente en los menores"*.

Y el sinsentido del caso viene dado por, justamente, la existencia de dos normas de igual jerarquía (Leyes N° 23.737 y 27.350) donde, por un lado, se penaliza el consumo de sustancias cannábicas y, por el otro, se pretende brindar acceso al consumo de sustancias cannábicas.

Pero si aún así, V.S. sigue considerando que nos encontramos dentro de márgenes tolerables del Estado Constitucional, y lo expuesto no es suficiente y no alcanza para tachar de inconstitucional y contraconvencional los artículos que criminalizan el autocultivo y el consumo personal, en la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto encontrará su más contundente razón.

Debemos aclarar que, si la proporcionalidad en sentido estricto es un escrutinio en razón del que se deben ponderar los derechos fundamentales y la restricción legislativa, teniendo en cuenta el beneficio obtenido por dicha restricción y su intensidad, y ya hemos hecho notar con la Corte Suprema de Justicia de la Nación que de la criminalización del autocultivo no se ha obtenido ningún beneficio en absoluto y que ha fracasado como política pública, sinceramente no queda nada que ponderar. Es que hay derechos fundamentales, hay restricción legislativa, pero no existe el presupuesto del beneficio de la restricción. Sin embargo, a mayor abundamiento, realizaremos el análisis del aspecto normativo.

Así, además de los ya desarrollados derechos a la vida, a la salud, al bienestar físico y psíquico y a la autodeterminación del paciente en

la elección de su tratamiento médico, haremos foco en el derecho a la autonomía personal contemplado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

Cuando la Constitución Nacional determina, en su artículo 19, que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”*, protege la autonomía de las personas. Esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía sólo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando daños o agresiones. Carlos Nino enseña que este principio de autonomía que “subyace” en el artículo 19, *“es la base de los diversos derechos más específicos que están enumerados en diversos artículos de la primera parte”* de la Constitución Nacional (Cfr. Nino, Carlos, *“Fundamentos de Derecho Constitucional”*, Astrea, Buenos Aires, 1992).

En este sentido, Nino afirma, respecto de la penalización de delitos de consumo, que *“La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial.”* (Cfr. Nino, Carlos, *“La Constitución de la democracia deliberativa”*, Gedisa, 1999).

Luigi Ferrajoli, por su parte, con la excelencia que lo caracteriza dice que *“es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto de los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad.”* (Ferrajoli, Luigi, *“El principio de lesividad como garantía penal”*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año 2, Número 8, La Ley)

Este principio, de los más trascendentes del derecho penal liberal, tiene como consecuencia, entonces, que las elecciones de vida de cada individuo no pueden ser perseguidas por el Estado si no afectan ni perjudican a terceros. Aún cuando esos terceros conozcan estas

elecciones.

En estas condiciones, el principio de autonomía de la persona establece que, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección. Se debe limitar a diseñar instituciones que faciliten esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente. Ni el Estado, ni ninguna persona, puede interferir en la realización de este plan.

Es este el significado más profundo del artículo 19 de la Constitución Nacional, que veda la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicio a terceros.

La elección del tratamiento cannábico, además del derecho del paciente que ya desarrolláramos, es una decisión de moral individual. Y la circunstancia de utilizar este tipo de sustancias en los tratamientos médicos para paliar síntomas que son terribles en nuestros niños y niñas, importa también involucrar un aspecto íntimo de la persona, que en sí no afecta a terceros, y que provoca que quede reservada a la moral de cada uno. El principio de autonomía exige que el Estado no interfiera en la elección de conductas o planes de vida que sólo afectan a la moral individual. Entonces, no se justifica ni es de ninguna manera concebible la intervención del Estado para regular tales conductas. En síntesis, dicha decisión debe quedar librada al sujeto, sin intromisiones de ninguna índole y sin necesidad de instancias previas.

Este criterio fue el que, como sostuvimos, adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ha dicho en "Bazterrica" 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"* (Fallos: 308:1392).

Reafirmando todas estas consideraciones, en "Arriola" expresamente ha sostenido que "Cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 14,

segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues en tales condiciones, conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales” (**Fallos: 332:1963**).

Estos precedentes, si bien se erigen en orden a la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segundo párrafo de la Ley N° 23.737), han sido de aplicación a cientos de casos de autocultivo (art. 5°, anteúltimo párrafo, Ley N° 23.737) en todo el territorio nacional. A modo de ejemplo:

En “Zapata, Alfredo Oscar s/ ley 23.737” del Juzgado de Garantías N° 5 del Departamento Judicial de La Matanza (2012), donde se incautaron noventa y siete (97) plantas de cannabis sativa, se dijo 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 de Zapata 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 N° 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”*.

En “Bernasconi R., R.” de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal (2008), ante la incautación de seis plantas de cannabis sativa, se sostuvo 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 (...). En diversos precedentes se ha efectuado la relectura del caso ‘Montalvo’ en función de la revisión del parámetro de la razonabilidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal 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.”*

El pasado año, por vía cautelar se autorizó por primera vez en el país el autocultivo para uso medicinal. Ello ocurrió en el Juzgado Federal N° 1 de Salta, en la Causa N° 21814/2017 donde, entre otras consideraciones, se sostuvo “(...) que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por unanimidad en el reconocido fallo ‘Arriola’ concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley nacional 23.737, ‘... en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fundamentando la decisión en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional)’.-

*Teniendo en cuenta tales consideraciones, y que en el caso, la autorización para cultivar cannabis en su domicilio particular se solicita con el exclusivo fin de producir la única medicación que le calma los dolores al niño, la situación encuadraría dentro de aquellas conductas o acciones privadas que la Constitución ha querido proteger y garantizar dejándolas exentas de la autoridad de los magistrados en virtud de que permanecen en el ámbito privado y no afectan los derechos de terceros”.*

Recientemente, la Justicia Federal de Viedma permitió, vía cautelar, que una familia cultive cannabis con fines medicinales. Ello ocurrió en la causa “Navarro, Julia Macarena y Otro c/ Estado Nacional s/Amparo” (2018). Se sostuvo allí que “Como puede observarse de esta breve referencia a los precedentes jurisprudenciales citados, existe

*un espacio dominado por la autonomía personal que por imperativo constitucional queda a resguardo de toda persecución de la ley penal por parte del Estado. En este caso puntual ello se aprecia claramente explicitado por parte del Ministerio Público Fiscal, quien en su condición de titular de la acción penal, en su meduloso dictamen se ha pronunciado en forma favorable al acogimiento de la cautelar, precisamente considerando que ‘...la situación encuadraría dentro de aquellas conductas o acciones privadas que la Constitución ha querido proteger y garantizar dejándolas exentas de la autoridad de los magistrados en virtud de que permanecen en el ámbito privado y no afectan los derechos de terceros’”.*

Si bien existen muchos más antecedentes que podríamos citar aquí, a los fines de graficar nuestra petición y haciendo observar que es una jurisprudencia que se viene repitiendo y que no seguirla importaría un grave problema de seguridad jurídica por el escándalo que generaría sentencias disímiles en todo el país, entendemos que para V.S. será más que suficiente. Atendiendo, además, a la economía procesal.

Sí, por último, debemos decir que esta autonomía que tenemos consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, también encuentra reflejo en los instrumentos internacionales que nuestro país ha incorporado con la máxima jerarquía normativa. El derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada se encuentra receptado en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como interprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Ximenes Lopes vs. Brasil” (fondo, reparaciones y costas), del 4 de julio de 2006, en el voto del Juez Sergio García Ramírez ha señalado que “*El desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. El ser humano posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e*

*instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía - que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”.*

En resumidas cuentas, tal como ya se ha dicho, la penalización inconstitucional y contraconvencional se transforma, en nuestro caso, en un obstáculo para acceder al tratamiento cannábicos, que se suma a la imposibilidad de acceder por la vía de la Ley N° 27.350, siendo otro elemento de vulneración de los derechos a la vida, a la salud, al bienestar físico y psíquico y a la autodeterminación para la elección del tratamiento médico de nuestros hijos e hijas.

Más aún, teniendo en cuenta el marco normativo de referencia respecto de los niños y niñas como sujetos de preferente tutela, donde debe prevalecer siempre su interés superior, V.S. declarará, seguramente, que en nuestro caso no resultan de aplicación por inconstitucionales y contraconvencionales las normas aquí tachadas.

#### **V) ADMISIBILIDAD DEL AMPARO.**

La acción de amparo procede, conforme el artículo 43 de la Constitución Nacional, contra “todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

Como se ha desarrollado, estamos ante un caso donde aparece una actividad estatal ilegal e ilegítima que lesiona gravemente derechos fundamentales de nuestros hijos e hijas, vulnerando el derecho a la vida, a la salud, al bienestar físico y mental, al derecho de todo paciente a elegir su tratamiento (nada más que su derecho de autodeterminación), y la igualdad ante la ley, entre otras graves violaciones a sus derechos.

Violaciones éstas que, tal como se desprende del presente escrito, son palmarias, manifiestas, cuya comprobación no requiere amplitud de debate y prueba sino el simple cotejo del derecho infraconstitucional vigente con los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los distintos Instrumentos de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Ello porque, como se ha visto, tanto la distinción arbitraria que realiza la última parte del artículo 7° de la Ley N° 27.350 (cannabis medicinal) como los ya citados artículos de la Ley N° 23.737 (estupefacientes), constituyen una barrera jurídica inaceptable que impide acceder a nuestros hijos e hijas a un tratamiento que, recetado médicamente, resulta necesario para atender sus graves padecimientos.

Amén de ello, sabido es por V.S. que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en numerosas ocasiones, en una jurisprudencia que se mantiene inmutable a través del tiempo, que la vía del amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física de las personas.

Nuestra Corte Suprema confirma la especial idoneidad que la acción de amparo tiene para la tutela de los derechos más alto rango, como el derecho a la vida -prerrequisito indispensable para el ejercicio de cada uno de los derechos reconocidos jurídicamente- y a la salud, y en especial luego de la reforma de 1994.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que *“la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física”* (Fallos: 330: 4647).

Pese a su innecesaridad relativa, sostenemos que no existe vía o acción legal más idónea que conduzca a la reparación de las lesiones y amenazas a las garantías que se invocan en la presente, con la urgencia que el caso amerita.

Ni siquiera podría pensarse en una acción declarativa pues existe “declaración” reciente de los derechos en juego (“Arriola”) y, sin embargo, la acción represiva del Estado Nacional apoyada en las normas

declaradas inconstitucionales persiste, amén de que los procesos no expeditos de la acción hipotetizada la hacen inútil frente a la urgencia de la obstruida y amenazada salud de quien hace un uso medicinal de la planta de cannabis, así como su bienestar general y en conclusión, su vida.

Además, claro está, esto debe ser necesariamente comprendido en su relación con el principio de celeridad (*“acción rápida y expedita”*) con el que la Constitución Nacional impregna al instituto, al igual que la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 25.

El principio de celeridad o de *“justicia pronta”*, que es corolario del principio preambular de *“afianzar la justicia”*.

En efecto, la intensidad de los derechos en juego y la imposibilidad de lograr por otros medios que cese de manera inmediata el atentado contra la salud de nuestros hijos e hijas, requiere de la rápida respuesta judicial puesto que sus efectos nocivos se están produciendo en el ahora, y se seguirán produciendo de aquí a futuro salvo que V.S. intervenga de manera urgente en el caso, declarando la inconstitucionalidad de las normas que con esta demanda objetamos.

Todo ello hace, también, que no pueda seguirse otro *“remedio judicial más idóneo”*, pues es el amparo el único capaz de tutelar, con la celeridad del caso, nuestro derecho. Cualquier otro proceso que implica mayor amplitud y prueba, causaría gravámenes que difícilmente puedan repararse ulteriormente.

Las circunstancias personales de nuestra parte no pueden ser omitidas al resolver sobre la procedencia formal de la acción, y que en el caso que presentamos ante V.S. *“están comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad y su desarrollo (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Tratados internacionales)”* y que *“en dicho contexto no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la*

*urgencia de la pretensión, lo que basta para admitir la vía expeditiva intentada y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenta con especial resguardo constitucional".*

Por lo expuesto, entendemos que los requisitos constitucionales de viabilidad de la acción de amparo se encuentran claramente reunidos en el presente caso.

#### **VI) SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR CON CARÁCTER MUY URGENTE.**

Si de lo expuesto hasta aquí, V.S. entiende que existe *prima facie* suficiente verosimilitud en el derecho invocado, en razón de los hechos aquí denunciados, le solicitamos que, juntamente con el traslado para informar, otorgue de inmediato una medida cautelar de no innovar, **ordenando la abstención de las autoridades de realizar cualquier hecho o acto que implique la persecución penal mientras tramite el presente amparo** (Ley N° 23.737 -en especial el artículo 5 incisos a) y e) y los párrafos penúltimo y último del mismo artículo; y el artículo 14) para poder realizar el cultivo de cannabis con fines medicinales en nuestros respectivos domicilios, sin afectar derechos de terceros y en las condiciones que V.S. encuentre convenientes, para obtener los productos adecuados para satisfacer el estado de necesidad de nuestros hijos e hijas, producto de los padecimientos que oportunamente fueron detallados y que requieren ser atendidos con urgencia.

A tales fines, corresponde instruir puntualmente a las fuerzas de seguridad federales y provinciales.

Con relación al peligro en la demora, es dable destacar que para la procedencia del dictado de la medida cautelar solicitada, y tal como se ha venido manifestando, el objeto de la misma es evitar que el perjuicio inminente en la vida, la salud, el bienestar físico y mental y en la autodeterminación del tratamiento médico, y que afecta de manera desproporcionada, injustificada y brutal derechos fundamentales de nuestros niños y niñas, con consecuencias irreparables para el conjunto de este grupo vulnerable.

En efecto, por su intermedio se busca otorgar protección urgente a derechos fundamentales que se encuentran palmariamente lesionados. Un daño que, además, se extiende sobre niños y niñas que, por mandato constitucional y convencional, son sujetos de preferente tutela.

A mayor abundamiento, en tal sentido la jurisprudencia ha manifestado que *“El peligro en la demora está constituido por un temor fundado, de la producción de un daño a un derecho cuya protección se persigue, y que de no efectivizarse la medida en forma inmediata, se corre el riesgo de que la sentencia que recaiga permanezca incumplida”* (CNCiv. Sala E, octubre 7-992. – Pezzo, Carlos c. Ostrousky – LL., 1993-C, 443, J. Agrup., caso 9082).

Por último, en relación al requisito de la contracautela, es necesario poner de manifiesto que, al ser la medida cautelar una decisión que se adopta con urgencia, a partir de un juicio de probabilidad y verosimilitud, se estima que de tal decisión puede resultar un perjuicio para la parte demandada, debiendo responder en caso de daño la parte que solicitó la medida. En tal sentido, la contracautela más que un presupuesto de las medidas cautelares, constituye la condición que se exige al interesado en obtener dicha medida, de allí que para algunos ordenamientos requerir tal condición sea facultativo para los magistrados, por lo que deberá evaluar V.S. la gravedad del caso, la verosimilitud en el derecho invocado, el perjuicio que esta, *prima facie*, violación de nuestros derechos constitucionales y los de nuestros niños y niñas está generando, y las finalidades que todo proceso, en especial, la de buscar un equilibrio de fuerzas entre el afectado y el generador de la violación del derecho.

Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia que *“Para la procedencia genérica de las medidas precautorias son presupuestos de rigor la verosimilitud del derecho invocado fumus bonis iuris y el periculum in mora de la tutela por otorgar, añadiéndose la caución que el juez fijará de acuerdo a las normas de rito, a fin de enjugar los perjuicios que el requirente pudiere causar si hubiere procedido sin derecho o con abuso o exceso en su ejercicio”* (CNFed. Contencioso administrativo, sala III, agosto 18-982 – Gibaut Hnos. Manufactura de Cueros S.A. c. Banco Central de la República Argentina – ED 101-698).

Es evidente que, conforme lo expuesto en los puntos precedentes, la medida solicitada no genera riesgo alguno para el Estado, pero sí -y mucho- para nuestros hijos e hijas, en caso de que la medida no sea otorgada.

Resulta por lo tanto viable entender que la caución juratoria es suficiente para salvar los hipotéticos e improbables perjuicios que las medidas pudieran producir. Por lo tanto, se ofrece contracautela juratoria para el caso de que V.S. decida sobre su valoración o procedencia.

#### **VII) COMPETENCIA.**

La competencia de V.S. surge de lo normado en la Ley 16986, reglamentaria de la acción de amparo, que dispone que "*Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto.*" (Artículo 4°).

Desde ya que, en el caso, el acto que se impugna cae bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, y tiene efectos en la provincia de Santa Fe.

En particular, para esta parte, en la ciudad de Santa Fe, donde los accionantes tenemos nuestro domicilio real y legal, y donde residen, además, los niños y niñas que sufren los efectos de la aplicación de la inconstitucional y contraconvencional del artículo 7° de la Ley N° 27.350 y la persecución penal surgida de los citados artículos y párrafos de la Ley N° 23.737.

Por lo expuesto es que, en consecuencia, V.S. resulta competente para conocer en esta acción de amparo como así también para dictar la medida cautelar solicitada.

No obstante lo dicho, en el hipotético e improbable caso de que V.S. se considere incompetente para entender en la causa, igualmente corresponderá que se expida respecto a la medida cautelar solicitada atento al tenor de los derechos comprometidos en la misma (Cfr. Artículo 2, inc. 2, de la Ley 26854).

## **VIII) RESERVAS DEL CASO FEDERAL.**

Para el hipotético e improbable supuesto de rechazo total o parcial de las pretensiones de demanda y/o de la medida cautelar solicitada, se dejan expresamente planteados el Recurso Extraordinario Federal (Ley Nº 48), por ante los tribunales competentes, por afectación grave de derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional y los diversos Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional; a fin de mantener indemnes los derechos protegidos por dichas legislaciones.

Asimismo, se hace expresa reserva de acudir ante los organismos internacionales de derechos humanos. En particular, se hace reserva de acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por expresas violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–, y jurisprudencia (obligatoria para nuestro Estado) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como último intérprete de la CADH.

## **IX) PRUEBA.**

### **IX.1) DOCUMENTAL**

Se acompaña en copias para el expediente y originales para su reserva en sobre cerrado en Secretaría, la siguiente:

1. Acta fundacional MACAME
2. Expediente IGPJ MACAME
3. Acta de MACAME 18/07/2018 decidiendo presentación de amparo y designándonos a esos efectos
4. Transcripción del acta fundacional de MACAME

5. Partida de nacimiento de Narella Nazzo Acosta
6. Partida de nacimiento de Tomás Agustín Calvo Bustos
7. Partida de nacimiento de María del Alba Marinelli Mosconi
8. Partida de nacimiento de Damián Mariano Córdoba
9. Certificado Médico con prescripción de aplicar aceite cannábico de Narella Nazzo
10. Certificado Médico con prescripción de aplicar aceite cannábico de Tomás Calvo
11. Certificado Médico con prescripción de aplicar aceite cannábico de María del Alba Marinelli
12. Certificado Médico con prescripción de aplicar aceite cannábico de Damián Córdoba
13. Certificado de Discapacidad con diagnóstico de Narella Nazzo
14. Certificado de Discapacidad con diagnóstico de Tomás Calvo
15. Certificado de Discapacidad con diagnóstico de María del Alba Marinelli
16. Certificado de Discapacidad con diagnóstico de Damián Córdoba
17. Artículo "Cannabis medicinal", autor "Alfredo Jácome Roca"

18. Artículo "Utilidad terapéutica del cannabis y derivados" autores "Lorenzo, P." y "Leza, J.C."

19. Artículo "Uso del cannabis en la epilepsia. Situación actual a nivel internacional y en nuestro país" autor "Silvia Kochen".

## **IX.2) AUDIENCIA DE CONOCIMIENTO PERSONAL**

Entendemos necesario que V.S. fije audiencia para que todas las partes conozcan personalmente nuestros casos y nuestras prácticas, así como las circunstancias de salud que nos han llevado al cultivo cuya constitucionalidad hoy sostenemos.

### **X) PETITORIO.**

Por todo lo manifestado de V.S. se solicita:

**10.1.-** Se nos tenga por presentados, domiciliados, patrocinados y en el carácter invocado se nos otorgue la participación que por derecho corresponda.

**10.2.-** Agregue la prueba documental acompañada, y cite a la audiencia propuesta.

**10.3.-** Se haga lugar a la medida cautelar urgente solicitada, ordenando la abstención de las autoridades de realizar cualquier hecho o acto que implique la persecución penal que encuentra como fundamento a la Ley N° 23.737 -en especial el artículo 5 incisos a) y e) y los párrafos penúltimo y último del mismo artículo; y el artículo 14- para poder realizar el cultivo de cannabis con fines medicinales en nuestros respectivos domicilios para obtener los productos adecuados para satisfacer el estado de necesidad de nuestros hijos e hijas.

**10.4.-** Se haga lugar a la acción de amparo promovida en todas y cada una de sus partes, declarando la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 27.350, en lo referente a la distinción arbitraria que realiza para acceder al aceite de cannabis y sus derivados de manera gratuita, y ordenando al Estado Nacional a otorgarlo a nuestros hijos

e hijas en las mismas condiciones de acceso gratuito sin obligarlos a someterse a experimentación; y la inconstitucionalidad del artículo 5 incisos a) y e) y los párrafos penúltimo y último del mismo artículo, y el artículo 14, ambos de la Ley N° 23.737 y toda otra normativa que prohíba el autocultivo para consumo personal medicinal y se nos permita hacerlo sin persecución penal por parte del Estado.

**10.5.-** Tenga presente las reservas efectuadas.

RESUELVA DE CONFORMIDAD A LO SOLICITADO, POR SER LO CONSTITUCIONALMENTE JUSTO