

Derribando el Tabú

Por JUAN PABLO FALCON

I. Introducción

Desde los orígenes mismos de la humanidad, siempre han existido los temas tabú, los temas resistidos amparados bajo la idea de moral de una sociedad o un estado que prefiere colocarlos bajo un manto de sospecha, ilegalidad o prohibición.

Cuando comenzamos hablando de moral, partimos de un concepto difuso, amplio, vago y que sin duda, ha servido de base fantasmal y dogmática para numerosas normas que se orienten a restringir e incluso a criminalizar ciertas actividades por ser consideradas "inmorales" o "contrarias a las buenas costumbres"; viejos conceptos que usaban las normas de aquellos tiempos, y muchas actuales.

El tema tabú, es algo que está intrínsecamente relacionado con lo que estamos diciendo, aquello que nos pone incómodos, aquello que consideramos incorrecto o contrario a los valores de vida que pregonamos anteponiendo ante nuestros ojos una idea de moral aceptada de antemano, universal y sin muchos cuestionamientos.

Estos condicionamientos, sumados a otros tantos, son grandes creadores de prejuicios que conllevan a la segregación y al aislamiento de aquellos que consideramos separados de "nuestra moral", de aquellos valores que no compartimos y de aquellas actitudes que consideramos repudiables o antinaturales.

Así, ejemplos tales como la prostitución, el consumo de marihuana y, hasta hace poco la homosexualidad, constituían pequeños ghettos cerrados y aislados dentro de la sociedad a los que no se los integraba y se los privaba de sus derechos por entender que las prácticas que estos realizaban "están mal" mientras que por el contrario, lo que hace el otro sector de la sociedad, aquel que se adecua y comparte la moral aceptada por la mayoría, "está bien". De esta manera, mientras un importante sector social reprueba el uso de la marihuana con fines terapéuticos por entender que envenena o que su consumo se encuentra ligado a los índices delictivos, ese mismo sector, no alza su voz contra otras sustancias que si se encuentran permitidas y que incluso ocasionan efectos más perniciosos sobre el organismo, tampoco cuestiona el consumo de alcohol, o el millonario negocio del tabaco, el cual constituye la principal causa de muerte en el mundo debido a las enfermedades cardiovasculares que causa.

El fallo emanado por la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, único en su especie, pone en jaque un "tema tabú" que ha tenido diversos coletazos en los últimos años pero que ninguno tuvo la suficiente fuerza para colocarlo en un plano protagónico de la agenda política, que permita llevar adelante una reforma a aquellas normas penales que castigan la tenencia de estupefaciente para consumo personal o que le prohíben a los médicos, prescribirla con fines terapéuticos.

II. ¿Qué nos trae este caso?

Como primera aproximación al análisis, el caso en cuestión se trata de un "litigio estratégico" o también denominado "litigio de impacto" es decir, un caso

ideado a fin de exponer patrones que pueden considerarse ilegítimos o violatorios de los derechos humanos y, en consecuencia, instalar en la sociedad un tema de debate para producir un cambio. Basta recordar, de la misma manera que lo fueron los casos iniciados por parejas del mismo sexo que, como corolario, llevaron a la reforma del Código Civil y la consecuente cristalización del matrimonio igualitario.

¿Cómo podemos determinar que se trata de un litigio de impacto? En primera medida, los hechos del caso resultan claves porque sensibilizan al lector. Se trata de un hombre enfermo de HIV que, como consecuencia, contrajo Hepatitis C y polineuropatía periférica en evolución, la que le produce permanente dolor físico de gran intensidad. El tratamiento médico indicado a fin de paliarnos está compuesto por drogas que, si bien se encuentran permitidas, generan efectos secundarios sobre la salud del paciente. De esta manera podemos observar como el tratamiento médico incluía sustancias tales como la *pragabalina*, la cual se encuentra incluida en el "listado de sustancias de riesgo", como así también la *metadona* que no solo es un estupefaciente en los términos del decreto-ley 17.818/68 y la ley 23.737, sino que sus efectos secundarios y colaterales, pueden ser, entre otros, alucinaciones, constipación pertinaz, dependencia farmacológica, depresión respiratoria o mareos.

El actor, por propia voluntad y a fin de paliar los dolores que su enfermedad le producía empezó a consumir *cannabis* de la especie sativa, circunstancia que le permitió reducir no solo sus dolencias, sino también morigerar los efectos de la metadona en el organismo reduciendo las dosis.

En segunda medida, la *litis*, no solo está integrada por la parte actora y demandada, sino que durante la sustanciación del proceso, varias ONG se presentaron como "*amicus curiae*". Como se puede advertir, el caso no solo encierra una pretensión particular, sino que pretende transpolar sus efectos más allá, resquebrajando el binomio actor-demandado e integrando al caso a organizaciones defensoras de intereses colectivos y Derechos Humanos que puedan ilustrar al juez acerca de la problemática general que encierra la cuestión planteada. En tal sentido, corresponde recordar que el mencionado instituto procesal permite que terceros con interés puedan acercar su opinión al Tribunal, elevando el nivel de discusión y análisis, aportando nuevas miradas y argumentos y, por sobre todas las cosas, abriendo el proceso hacia una mayor participación. No debemos perder de vista, que este canal no puede abrirse en todos y cada de los juicios en trámite, sino en aquellos que están orientados a producir un cambio sustancial en nuestra vida cotidiana.

El tercera medida, y en lo que constituye el análisis más complejo, el magistrado actuante desnuda numerosas incongruencias del sistema legal, no solo salpimentando su decisión con el del control de convencionalidad, sino también incorporando al análisis el derecho a la salud. En este último sentido, cabe resaltar que los *leading cases* dictados hasta ahora, se trataban de consumo personal con fines recreacionales, pero ninguno se orientaba al uso con fines medicinales, como sí ocurre en este.

Frente a tal circunstancia, el consumo personal de marihuana no solo colisiona con la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, norma que deja a salvo de la actuación de las autoridades las "*acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden, ni a la moral pública ni perjudiquen a terceros*",

sino también con la libertad del paciente de elegir o rechazar un tratamiento ante sus dolencias, poniendo en jaque, además, el vínculo entablado entre el médico y la persona.

En resumidas cuentas, el examen impulsado por el magistrado rediagrama la típica ecuación que se había dado en precedentes como *Bazterrica* y *Arriola*, pues ahora se inserta en el contexto fáctico un elemento novedoso, la finalidad medicinal del *cannabis* en el tratamiento de la dolencias, no solo colocando al ser humano como centro de la relación jurídica y decisor de su destino, sino también permitiendo comparar el *cannabis* con otras sustancias como la *metadona*, que si bien puede ser consumida con estrictas prescripciones médicas, generan disvaliosos efectos sobre el organismo. En tal sentido, conviene recordar las palabras de NINO, quien sostenía que *"Otra implicación del principio de la dignidad de la persona es la de precisar los alcances de los otros principios liberales que se han considerado: no se usa a una persona como mero medio en beneficio de otros, ni se interfiere ilegítimamente con sus planes de vida cuando una restricción, carga u obligación que se le impone tiene como base su consentimiento. Como diría Kant, tratamos a las personas como fines en sí mismas cuando las tratamos de acuerdo a sus propios fines"*¹.

Finalmente, en análisis del derecho comparado realizado deja pensando al lector de la decisión. No es necesario irse a otro continente para darse cuenta que muchos países han comenzado a vencer el prejuicio que versa sobre el consumo de *cannabis*, no solo con fines medicinales, sino también para su uso recreacional.

Basta recordar el caso uruguayo, que en lugar de optar por la sanción de normas represivas, las cuales sirven como caldo de cultivo para el crecimiento de un negocio paralelo y de prácticas criminales, como así también para el aislamiento social de aquellos que la consumen, optó por la regulación de su comercialización. Chile es otro caso a observar, pues allí se autorizó la importación de un fármaco elaborado en base a *cannabis* (Sativex).

Estados Unidos también es un precursor en la materia, pues ya 22 Estados admiten el uso de la marihuana con fines medicinales, otros lugares como Washington y Colorado han ido más allá, permitiendo además el autocultivo para usos personales.

En este contexto argumentativo, el fallo deja evidenciado las contradicciones en las cuales vivimos, pues mientras el Estado criminaliza al consumidor de marihuana destinando recursos para su persecución penal, admite, con regulaciones, la comercialización del tabaco o de bebidas alcohólicas, que se llevan muchas más vidas que la utilización de *cannabis*.

Basta recordar las palabras empleadas por JOHN STUART MILL, quien sostenía que *"Ninguna sociedad en la que no se respeten cabalmente esas libertades es libre, sin importar su forma de gobierno...Cada uno es el custodio adecuado de su propia salud, ya sea corporal o mental y espiritual. La humanidad sale más beneficiada si se deja que*

¹ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 422.

cada uno viva como le parezca bien, en lugar de obligarle a vivir como les parezca bien a los demás”².

III. ¿Qué nos deja este caso?

Desnudar contradicciones, dejar, una vez más, en evidencia un sistema legal penal y administrativo anacrónico, que pretende imponer una moral sobre acciones que no afectan ni al orden público ni a terceros y que reprime y castiga, a aquel que no se adecua a una idea general dogmática y, muchas veces, autoritaria. La posibilidad que tiene cada uno, dentro de su libertad, de elegir y rechazar su tratamiento médico y la posibilidad que tiene cada ser humano, en definitiva, de paliar el sufrimiento que le ocasiona una enfermedad. Esos, entre otros, son los principales efectos que tiene este precedente. A partir de ahora comienza a generarse un debate necesario, que incorpora no solo la libertad del individuo como elemento de análisis, sino también el derecho a la salud, y por sobre todas las cosas, el derecho a no sufrir.

Es hora de empezar a derribar mitos, de quebrar tabúes y de empezar a debatir con seriedad el comienzo de un proceso que ponga al ser humano y su libertad como centro de todas las relaciones jurídicas, el tema está instalado, empecemos a hablar y generemos un cambio necesario.

² MILL, JOHN STUART, “Sobre la libertad” (On Liberty).