



Responsabilidad Parental, el Interés Superior del Niño y Cannabis Medicinal. Hacia una interpretación armónica de los DDHH

Nora Maciel

Integrante de RESET – Política de Drogas y Derechos Humanos

1.-Introducción:

Este artículo presenta una reflexión acerca de la relación entre el derecho de familia y la provisión de cannabis medicinal domiciliario a los niños, niñas y adolescentes con determinadas enfermedades o dolencias. Pretendo demostrar cómo la transversalidad de los derechos humanos une en forma coherente la responsabilidad parental, la protección integral de niños, niñas y adolescentes y las políticas de drogas en lo que se refiere al cannabis medicinal mediante el autocultivo.

Aunque resulte dislocado pensar la temática de políticas de drogas desde el derecho de familia, lo cierto es que la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a la Constitución Nacional, especialmente la Convención de los Derechos del Niño y con ellos las opiniones del Comité de Seguimiento, así como los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinan que cuando se afirma que los derechos humanos están interrelacionados, interdependientes y son transversales, no es posible pensar un derecho jerárquicamente superior a otro, aun cuando se trate del interés superior del Niño.

A modo de esclarecer desde qué posición adopto esta comprensión, destaco que interés superior del niño no implica prioridad de un derecho humano sobre otro, sino de políticas públicas sobre otras. Los Niños, niñas y adolescentes tienen prioridad en asignación presupuestaria, prioridad en la atención y prioridad en la elaboración de las políticas públicas.

La inquietud de escribir esta temática surge a partir del Fallo de la Cámara federal de Rosario Sala A, en la causa Prieto Carina Soledad y otros c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986, donde los jueces de alzada, revocaron un fallo de la primera instancia que autorizaba el autocultivo para producción de aceite medicinal para suministro a niños, niñas y adolescentes.

La armonización del ordenamiento jurídico para interpretar normas que presentan vacíos legales como la ley de cannabis medicinal, obliga a realizar un recorrido que permita por vía de una desagregación lógica cuál es la solución para el caso concreto.

La importancia de esto radica en que a veces el éxito de este ejercicio, permite pensar una reforma legislativa acorde a los paradigmas vigentes en materia de DDHH.



2.-Recorrido analítico. El Estado del arte respecto a la interpretación de derechos sobre niños, niñas y adolescentes.

Para analizar cualquier aspecto jurídico relacionado con niñez y adolescencia, es imprescindible recurrir al *corpus iuris* del derecho internacional, formado por los tratados interamericanos de derechos humanos y la Convención de los Derechos del Niño todos ellos tienen rango Constitucional en nuestro país (art.75 inc.22) y por tal razón, es imposible interpretar el derecho interno sin considerar la vigencia de estas normas, que nos brindan además, el contexto de DDHH imprescindible para abordar las políticas de drogas sobre todo cuando se relaciona específicamente con el interés superior del niño, el derecho a la salud, la familia y sus relaciones con el Estado.

Comprender cuál es la función del Estado en relación con los niños que tienen familias que proveen a sus cuidados, cuando se trata de alcanzar el máximo nivel posible de salud, es vital para no caer en miradas restrictivas e intervencionistas que justamente están vedadas por los tratados de DDHH, especialmente la CADH y la CDN.

El ámbito latinoamericano tiene como instrumento básico la CADH que asegura derechos de una manera genérica en el artículo 19 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, con sus protocolos complementarios, y protocolos facultativos, a lo que debe sumarse la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias y opiniones consultivas. También integra este orden contextual las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño.

En este marco, el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha desarrollado a través de la CIDH un conjunto de estándares mínimos, los cuales **los estados partes del sistema deben asumir**, al ser la CIDH la interprete auténtica y final de la CADH.

La Corte IDH en materia de protección de menores ha determinado cuatro principios rectores extraídos de la Convención de los Derechos del Niño, los cuales deben inspirar en forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral de Niños, niñas y adolescentes.

Esos principios son el principio de no discriminación, el principio del interés superior del niño, el respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, es decir el derecho a ser oído.¹

Estos y otros más fueron desarrollados en los Niños de la Calle (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala, donde la CIDH abordó los derechos a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”.²

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párrafo 68.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Niños de la Calle (villagran Morales y otros) vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 196.



La prevalencia del principio del interés superior del niño debe ser entendida como la garantía de la que irradia la vigencia de todos los demás derechos. Nunca puede ser entendida para limitar o restringir en nombre de este principio, otros derechos previstos en la CDN. La obligación de adoptar medidas especiales de protección para los niños, alcanza al Estado, la sociedad y la familia. A la inversa, los primeros obligados son la familia, la sociedad, el Estado. Ello porque se busca siempre la prevalencia del ámbito de crianza natural, social cercano y luego las instituciones estatales.

Como señala la CIDH, *“en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana, a ser complementarias a las que deben adoptar la sociedad y la familia.”*³

Para hacer vigente estas normas, los Estados tienen la obligación de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales. Pero esta obligación no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que alcanza a las prácticas estatales en todas sus áreas para tornar operativos los estándares de protección de los derechos humanos.⁴

Enseña entonces el caso *Rochac Hernández vs. Salvador*, que: *“el Estado debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño, y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”*.⁵

En esa misma línea, el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, ha establecido que los Estados deben adoptar medidas especiales cuando los niños presentan algún tipo de discapacidad. El logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. *“Los niños con discapacidad muchas veces quedan al*

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 66.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 21/14 de 19 de agosto de 2014, párrafo 65.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rochac Hernandez y otros vs. El Salvador*, de 14 de octubre de 2014, párrafo 107.



margen de todo ello debido a múltiples problemas en particular discriminación, la falta de acceso y ausencia de información, y/o recursos financieros, el transporte y el acceso físico a los servicios de atención de salud”⁶

Puntualmente el 23.1 de la CDN establece: 1.-“*Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en la comunidad*”.

Cobra especial relevancia para un niño con discapacidad, la vida familiar, así en la opinión consultiva OC 17/02, la CIDH dijo: “*El niño tiene derecho a vivir en familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas normas adquieren especial relevancia cuando se analiza interacciones entre los niños y sus familias.*”

En este sentido, y para efectos de esta opinión, los Estados partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (derechos del niño) y 17 (protección a la familia) en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra los malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

3.-Breve Reseña del marco de interpretación contextual de los Derechos del Niño con el fallo de la Cámara caratulado: “AMPARO “Prieto, Carina Soledad y otros c/Estado Nacional s/ Amparo – Ley 16.986 (2018)”, Juzgado Federal N° 2 de Rosario”

El caso: la presentación reunió a 8 mujeres madres de niños de 5 y 10 años y una mujer de 43 años. En el transcurso del proceso judicial, falleció un niño. La acción tuvo sentencia favorable en primera instancia.

El amparo se promovió contra el Estado Nacional a fin de que se “*ordene el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC, en cantidad suficiente de cepas para su rotación permanente y que resultan ser indispensables para una*

⁶ Corte interamericana de Derechos Humanos, Furlán y Familiares Vs. Argentina, de 31 de Agosto de 2012 párrafo 138.



correcta atenuación de las patologías que sufren cada uno/a de nuestros/as niños/as, por encontrarse en juego los derechos constitucionales” a la vida, la salud, la integridad física y psíquica y la libertad de los/as mismos/as.

El objeto de la medida cautelar consiste en que se habilite el cultivo de cannabis en sus domicilios, amparadas en su intimidad y al resguardo de terceros, con fines de *“consumo medicinal para hijos/as menores, con la rotación de cepas necesaria y que resultan ser indispensables”* para una *“correcta atenuación de las patologías que sufren”*. Todo esto en coordinación con un Laboratorio de la Facultad de Ciencias Bioquímicas y Farmacéuticas de la UNR (en adelante, el Laboratorio de la UNR) que realizará las cromatografías del aceite (esta técnica es una de las más utilizadas para identificar la intensidad y el contenido de los cannabinoides¹, en este caso, es importante para poder analizar los niveles de THC o CBD) y la asistencia profesional médica y psicológica de la Asociación de Usuarios y Profesionales para el abordaje del Cannabis (en adelante, AUPAC).

Además, exigen la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 5 incs. A y E en relación con los párrafos penúltimo y último de la Ley 23.737 así como de toda otra normativa inferior que obste al ejercicio de sus derechos.

SENTENCIA DE 2° INSTANCIA

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario se pronunció en contra del amparo por voto de su mayoría de integrantes el 21 de junio de 2019.

En el considerando 10° (P.30-35), analiza la verosimilitud de derecho de las amparistas y si corresponde “otorgar en forma preventiva la facultad de producir un medicamento para suministrarle a sus hijos”. Desarrolla la idea del niño como sujeto de derechos, pero diferente a la “madre” y, en este sentido, cree que es necesario “centrarnos en sus necesidades y velar por sus intereses”; se extiende sobre el “interés superior del niño”. Para distinguir entre “padres” e “hijos” que no pueden dar su consentimiento “en forma plena” en cuestiones de salud y recupera los precedentes “Bahamondez” y “Albarracini” de la CSJN. Dice que necesario separar conceptualmente “intereses del menor como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso llegado al caso, del de los padres”. Cita un precedente sobre adopción (2005, CSJN) que reafirmaría esta distinción de intereses.

Los jueces del voto mayoritario dicen que hay “una tercera persona” y esta no tiene el “consentimiento pleno”. Señala que el art.19 de la CN no se aplica al caso ya que *“aquí se encuentra en juego el interés superior del niño menor de edad y este es una persona distinta a las amparistas”*. Esta distinción fundamenta la mayor exigencia al analizar *“la verosimilitud de que el medicamento casero solicitado vía cautelar es beneficioso para el niño”*.



Por otro lado, sostiene que “la aplicación del medicamento casero a un menor de edad trasciende notoriamente la esfera de privacidad de las madres, ya que involucra la salud de los niños y sus consecuencias se proyectan directamente a esas terceras personas”.

Al contrastar los fundamentos del fallo con la perspectiva de interpretación de la Convención de los Derechos del Niño conforme los precedentes analizados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se advierte que el Fallo de la Cámara Federal de Rosario Sala A, en torno al rechazo del derecho de las progenitoras, a proveerles medicina casera, ante la ineficacia de los medicamentos convencionales o incluso de aquellos que son de la misma especie que los fabricados en forma doméstica?, resulta arbitrario y en clara contradicción con el análisis antes desarrollado.

La metodología de interpretación del derecho apelando a la confrontación de los mismos, conlleva al error de sostener que los niños de autos están en riesgo y los jueces deben ampararlos en contra de los progenitores.

Considerar al niño un sujeto de derecho y por ello un tercero en la relación madre e hijo, desde la confrontación de derechos entre ambos, cuando no hay ninguna causal de riesgo para la vida del niño, es contrariar los principios del derecho de familia y el rol de esta en el cuidado y protección de los niños, especialmente aquellos que presentan algún grado de discapacidad o se encuentran aquejados por una enfermedad crónica.

Dice el considerando 10) “Como primera cuestión hay que valorar que el niño menor de edad es un sujeto de derecho, es decir que es una persona distinta de la madre por lo que debemos centrarnos en sus necesidades y velar por sus intereses”. Agrega “con lo cual la presencia del Estado debe acentuarse a fin de que no sean vulnerados sus derechos personalísimos y fundamentales como el derecho a la vida y a gozar de la mejor calidad de vida posible, entre otros”

La familia es el primer eslabón en la cadena de corresponsabilidades en la crianza del niño, luego la sociedad en general y por último el Estado como garante de la vigencia de los derechos a través de las políticas públicas de protección integral.

Los niños son sujetos de derecho y son por ello mismo una persona distinta de los adultos, pero este carácter no los aísla del contexto familiar y social. Por el contrario, las familias gozan de una protección como tal y los niños dentro de ella gozan del derecho a criarse en un ambiente familiar, con afecto, con cuidados especiales y con respeto a su integridad y dignidad.⁷

Los padres y madres que proveen al cuidado de sus hijos con medicina casera, concretamente

⁷ “Los Estados partes respetaran las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o en su caso, la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección, orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.” (ART.5 CDN).



cannabis proveniente del autocultivo, no lo hacen porque quieran estar fuera de los estándares de la medicina convencional, sino justamente porque aquella no pudo proveerles la solución o al menos un paliativo a la enfermedad.

El interés superior del Niño que es definido en el artículo 3 de la ley 26.061 y cuya interpretación a la luz de los DDHH fue expuesta más arriba, debe ser asimilado en nuestro ordenamiento jurídico para un niño criado y atendido en su faz material y espiritual en el seno de su familia como el mismo interés conforme la mirada del adulto, esta deberá necesariamente ser la pauta predominante. Pero si se trata de un adolescente o de un niño con madurez suficiente aquella pauta se ve desplazada por el efectivo derecho a ser oído y en especial a sus opiniones sean tenidas en cuenta. (Minyersky N., y Herrera M. 2008:49).

Llamativamente en los casos conocidos de solicitud de autocultivo para producción de cannabis medicinal, los juzgados no han empleado técnicas de escucha, por los medios que provee la interdisciplina, a aquellos destinatarios de la medida o amparo judicial.

Siguiendo las enseñanzas de Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, la competencia y la autonomía progresiva son dos conceptos diferenciados, que vienen muy necesarios apuntar en el caso en análisis, pues siendo ambos del ámbito del ejercicio de los derechos personalísimos, ha sido muy desarrollada por la bioética, porque se trata del desarrollo evolutivo, que va adquiriéndose en función de la comprensión psicológica y cognitiva. Cuando no es posible por determinadas circunstancias de salud que un sujeto comprenda acabadamente lo que se le dice y sus alcances, puede ocurrir que la decisión no sea “autónoma” pero si “participada”.⁸

El fallo cuestiona las decisiones de los padres, sin interiorizarse por un proceso de escucha a los niños, los jueces se asumen en un rol paternalista y así objetivizan la vida del niño y su persona, desplazan las decisiones familiares y asumen un intervencionismo prohibicionista contrario a todos los principios antes desarrollados.

Es errado el razonamiento de los jueces de invocar el derecho de autodeterminación del 19 de la CN, para considerarlo como un límite a la posibilidad de los padres de decidir respecto de la salud de los hijos, sino se ha valorado ni evaluado por algún medio la opinión de los niños, o bien el mensaje que surge de evaluar la relación padres e hijos en el contexto salud/afectividad/discapacidad/tratamientos. El fallo de la Cámara de Rosario antes individualizado, analiza para los principios establecidos en los casos Bahamondez y Albarracini, y los considera aplicables a situaciones que son fácticamente diversas. En esos precedentes la autonomía de la voluntad prevaleció porque allí el afectado manifestó

⁸ Tratado de Derecho de Familia, Según Código Civil y Comercial de 2014, Tomo I, arts.401 a 508, pag.14 y sgtes. Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires 2014.-



expresamente o se pudo inferir su voluntad de actos pre existentes a situaciones carentes de voluntad. Por eso la CSJN sostuvo la preeminencia de la decisión de los individuos que en el marco de sus respectivas facultades adoptaron decisiones respecto de su salud, correctamente mantenidas en contra de aquellos que pretendían modificar las mismas, alterando la esfera de autodeterminación garantizada por la Constitución Nacional.⁹

En la atención de la salud de NNA es central el rol de los progenitores y otras personas adultas que ejerzan roles de cuidado. Tal como reconoció el Comité de los Derechos del Niño (observación general 15, 2013): *“Los padres son la fuente más importante de diagnóstico y atención primaria precoces en el caso de niños de corta edad, y el factor protector más importante”*.

El paradigma de responsabilidad parental que abandona la patria potestad instala el lugar de acompañamiento y contención, de allí que desde ese lugar los padres son los más habilitados para detectar las situaciones más convenientes para sus hijos, porque los conocen y vienen asistiendo sus problemas de salud.

El artículo 14 de la ley 26.061 dice que el Estado debe promover, proteger y garantizar la salud de NNA de forma prioritaria e integral. La integralidad se refiere a la atención de las tres esferas de la salud como entidad biopsicosocial, en su relación con los otros derechos humanos que aseguren el completo bienestar de las personas.

El artículo 16 de la CDN, concordante con el artículo 10 de la referida ley a su vez garantiza a NNA el derecho estar libre de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia.

Propuesta. A modo de conclusión:

Una solución acorde al paradigma de derechos humanos en políticas de cannabis medicinal e interés superior del niño, es recurrir a la teoría interpretativa de la armonización del derecho y no como lo hace el fallo de Rosario antes referido, desde la confrontación o jerarquización de derechos.

No todos los casos se resuelven con la teoría de la confrontación donde un derecho es superior a otro,

⁹ Con fecha 01/06/12 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en el caso “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias.-“Porque cabe recordar que V.E. ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, por lo que es de la mayor importancia advertir la especial perspectiva de este derecho (Fallos: 310:112), pues el primer deber del juez es preservar la vida (Fallos: 324:51, voto del juez Nazareno)”.

Luego, es un auténtico desconcepto pretender que el Estado subroga a los seres humanos en su libertad de conciencia; se reputa como territorio ajeno a la injerencia estatal: nadie como el propio individuo para ponderar beneficios, riesgos y perjuicios y determinar en las arenas de la soberanía corporal.

En boca de la Corte: “Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”



sino que en algunos casos implica una armonización del sistema jurídico (especialmente los casos de relaciones familiares y Estado)

La petición de las madres de autos, nos interpela desde el derecho de familia y de decisiones en ese marco. No se trata de autonomía personal y libre elección de un plan de vida individual, sino de una familia con alguno de sus integrantes con una patología que implica grandes esfuerzos grupales para sortear diariamente la vida hogareña y social.

En ese contexto debe ser entendido el interés superior del niño, el derecho a la salud integral, su capacidad progresiva y la posibilidad de ser oído, el derecho de los padres a elegir el tratamiento que desde su conocimiento en la lucha diaria por la mejoría del niño, optan por una práctica que merece el amparo del Estado.

La justicia debe velar por el derecho de todas y cada una de las personas, entendiendo los contextos, aquí no está en juego la salud pública porque las patologías y su tratamiento con el cannabis hogareño no se encuentra dentro de las sustancias que pueden provocar afecciones a terceros, tampoco hay colisión entre los derechos de los progenitores y de los niños porque estos buscan mejorar la calidad de vida de sus hijos, justamente recurren a la justicia para visibilizar esta situación no contemplada en las leyes específicas de cannabis medicinal.

Por otro lado y para concluir, desde el derecho y desde los tribunales debemos interpelarnos sobre los conceptos de salud, bienestar y enfermedad porque estos no tienen que ver exclusivamente con estructuras que no están a nuestro alcance, sino que responden a una relación/interacción de las personas con el medio: físico-natural, cultural, social y político, las decisiones que se adopten debilitan o fortalecen no solo la salud sino también las instituciones.

Si hoy existieran fallos armonizadores del derecho en materia de cannabis medicinal tendríamos quizás por estas alturas una adecuada ley de cannabis medicinal y las familias no estarían sufriendo vulneración de derechos esenciales.