

Cannabis para uso medicinal

TEDH. *Case of Thörn v. Sweden*, 1 de septiembre de 2022

Por Martín García Ongaro¹

1. Introducción

El presente artículo intenta hacer un repaso teórico de un caso que tramitó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se debaten aspectos relativos al acceso a la salud y las políticas de drogas, que se expresan en la mayoría de los países y, particularmente, en nuestra región.

El caso en estudio tiene su punto de partida en el año 1994, cuando el Sr. Andreas Thörn sufrió lesiones en su cuello como consecuencia de un siniestro vial (una colisión en motocicleta). Ello implicó que sufriera secuelas consistentes con distintos trastornos físicos y psíquicos, que culminaron por reducir su movilidad física y condiciones psíquicas afectadas.

Las secuelas fueron diversas (calambres, dolores severos), lo que motivó un extenso recorrido de consultas con distintos profesionales médicos y tratamientos convencionales para el dolor, hasta que en el año 2010 su estado general desmejoró, lo que derivó en trastornos de salud mental aún más severos (depresión).

¹ Abogado (UNC). Diplomado en Formación Integral en Cannabis desde una Perspectiva en Derechos Humanos (UNER). Magíster en Ciencias Penales (UNLPam). Ayudante de Primera de Derecho Penal (UNLPam). Defensor Público de Víctimas con asiento en la provincia de La Pampa.

En el año 2012 fue hospitalizado en distintas oportunidades por dolores debilitantes, ante lo cual fueron indicados distintos medicamentos con resultados infructuosos, y la indicación clínica para su tratamiento implicó el uso de metadona, que fue rechazado por el paciente, dados los efectos secundarios negativos experimentados con el uso de otros opiáceos en el pasado.

En esa instancia, el Sr. Thörn dio con información sobre el uso de cannabis para el dolor, que a diferencia de los opioides presentaba una disminución significativa de efectos secundarios. Sin embargo, de los productos disponibles en Suecia solo estaba difundido el fármaco Sativex², aunque solo era accesible para personas que sufrían de esclerosis múltiple y no estaba cubierto por el “seguro de protección de alto costo”. Pero, principalmente, el solicitante hizo uso del referido producto, aunque lo encontró menos efectivo para aliviar el dolor que otras formas de cannabis.

A partir de allí, el Sr. Thörn comenzó a cultivar y consumir cannabis y su calidad de vida mejoró laboralmente y en sus relaciones sociales y familiares, con una ingesta aproximada de 0,2 gr. por la mañana y la noche con su café.

Existe un consenso acerca de los efectos positivos del uso de cannabis, respaldado por numerosos estudios médicos, que lo sitúan como un poderoso aliado contra los síntomas como el dolor que el Sr. Thörn padece.

Así, se ha destacado que

la señalización endocannabinoide está integrada en redes de modulación de la fisiología general del organismo; regula procesos en todos los estadios de la vida (prenatal, pubertad, adolescencia, adulto, vejez); tiene una amplia distribución tisular, celular y subcelular (Macarrone y cols., 2015; Ligresti y cols., 2016), por lo que participa en numerosos procesos fisiológicos centrales y periféricos de vital importancia, tales como el apetito y la ingesta, la sensación de dolor, el estado de ánimo, la transmisión sináptica, la neuroprotección.³

En igual sentido se ha afirmado que “tiene un interesante potencial de cara al desarrollo de nuevas terapias; de hecho, se emplea en el tratamiento del dolor neuropático y pélvico”, y que “entre las propie-

2 Sativex (nabiximol), medicamento basado en dos cannabinoides. Cada bote de 10 ml contiene exactamente 270 mg de THC y 250 mg de CBD, usualmente empleado para aliviar síntomas de distintos trastornos, con presentación en forma de aerosol para mucosa oral. Creado por GW Pharmaceuticals, que tiene una licencia para cultivar, poseer y suministrar cannabis en cooperación con la compañía British Sugar, que es la que produce la materia prima en el condado de Norfolk. GW Pharmaceuticals también desarrolló Epidiolex, una solución oral con CBD para tratar ciertos tipos de epilepsia infantil. Bayer consiguió los derechos de comercialización de Sativex en el Reino Unido, Europa, Canadá y en países de América Latina. En Argentina integra el catálogo de fármacos autorizados por la ANMAT, de acuerdo con las pautas que fueran elaboradas en el Informe ultrarrápido de evaluación tecnológica. *Cannabinoides y dolor. Programa evaluación de tecnología sanitaria - 21/11/17.*

3 Ramos Atance, J. A. (coord.) (2017). *Efectos terapéuticos de los cannabinoides*, Madrid: Instituto Universitario de Investigación Neuroquímica de la Universidad Complutense de Madrid.

dades terapéuticas del THC clínicamente probadas destacan la supresión de náuseas y vómitos inducidos por quimioterapias, la estimulación del apetito o la inhibición del dolor, la espasticidad y la ansiedad”.⁴

Sin embargo, en el año 2015 el Sr. Thörn fue llevado ante la justicia y finalmente absuelto, fundado en que su salud podría encontrarse bajo riesgo si el Estado obstaculizara el acceso al cannabis.

Pese a ello, su caso se abrió nuevamente, cuestionándose esta vez si se debe o no ofrecer al ciudadano la posibilidad de controlar su propio cuidado de la salud y hasta qué punto debe intervenir el Estado en esta cuestión.

Destacan algunos medios que “Aunque haya sido esta vez la situación personal de Andreas la que ha llamado la atención de medios y la responsable de que el debate se haya puesto sobre la mesa, son muchos quienes se encuentran bajo condiciones similares”.⁵

Si bien es cierto que el acusado pudo evitar su ingreso en prisión dadas sus condiciones de salud y la realización de trabajos comunitarios que incluyeran alguna actividad física, se vio expuesto a hacer frente a una pena de multa.

2. La judicialización del caso en sede interna

El 22 de abril de 2015 Andreas Thörn fue acusado de los delitos de fabricación, posesión y consumo de estupefacientes. Admitió las acciones de cultivo y uso de cannabis durante casi dos años, ante la necesidad clínica de paliar sus trastornos de salud.

El 27 de agosto el Tribunal de Distrito de Västmanland lo absolvió en razón de que el sistema de salud pública sueco no podía ofrecer alternativas frente al tratamiento del dolor, con excepción del Sativex. La contrapartida de ese acceso estaba dado por el valor económico del producto, y por ello el Tribunal por mayoría consideró que el Sr. Thörn estaba en situación de emergencia y por tanto sus acciones estaban justificadas y no habían constituido un delito.

El 31 de marzo de 2016, el Tribunal de Apelación de Svea por mayoría resolvió anular la sentencia, condenando al Sr. Thörn a la pena de prisión en suspenso y al pago de una multa de 11.700 coronas (unos 1.200 euros), fundamentando que el imputado no había estado en una situación de emergencia, ya que los servicios de salud le habían ofrecido un tratamiento alternativo, incluso si los medicamentos disponibles para él eran costosos o tenían efectos secundarios negativos. Tiempo después de la condena penal y el cese de las actividades de cultivo de cannabis, su acceso se vio severamente restringido y la calidad de vida del Sr. Thörn empeoró.

Con posterioridad apeló ante el Tribunal Supremo de Suecia –tercera y última instancia procesal para causas civiles y criminales–, que el 20 de noviembre de 2017 resolvió modificar la resolución del

⁴ *Idem*, nota 3.

⁵ DINA FEM. La persecución de un enfermo que se automedicaba con cannabis aviva el debate de la legalización en Suecia. Recuperado de <https://www.dinafem.org/es/blog/enfermo-cannabis-Suecia/>

Tribunal de Apelación, manteniendo solo la condena por el delito de fabricación de estupefacientes, expresando que los delitos de posesión o uso de narcóticos estaban legalmente incluidos en esa figura. Además, calificó el delito de fabricación de estupefacientes como un delito menor y anuló la suspensión de la pena, al tiempo que redujo el número de días-multa impuesta de 90 a 40.

Sobre el estado de necesidad, señaló que solo constituye delito si, dada la naturaleza del peligro, el daño causado a los demás era injustificable, de suerte que existiría necesidad cuando un peligro amenazara la vida, la salud, la propiedad o algún otro interés importante que estuviera protegido por el ordenamiento jurídico. En ese marco, la defensa del estado de necesidad no requería un ataque iniciado o inminente a un interés protegido, dado que se admite que la situación de necesidad ya puede existir en una etapa anterior, cuando el peligro era inminente o cuando sea una situación de continuación regular de la amenaza al bien jurídico (en este caso la salud), sin que ello pueda extenderse a un peligro futuro incierto.

En cuanto a los hechos del caso, el Tribunal Supremo tuvo por cierta la situación de padecimiento del imputado y reconoció que el interés de estar libre de dolor conduce a la aplicabilidad de la disposición sobre la necesidad y que el dolor severo debe ser considerado como una interferencia en su interés por su salud.

La condición crónica del Sr. Thörn (dolor) y la acción punible (cultivar) contribuyen a largo plazo a aliviar la interferencia en su interés por su salud, pero –según el Tribunal– no excluyen que el acto haya sido cometido por necesidad, sin perjuicio de la regla general acerca de cierta condición inminente de la amenaza al bien jurídico que en general tienen las justificaciones jurídico penales.

También subrayó que la exención de responsabilidad generalmente requiere de una ponderación de males entre la salvaguarda de un interés de una importancia significativamente mayor que el bien jurídico sacrificado como resultado del mismo y la ausencia de otros medios más eficaces y menos lesivos (siempre que ello no implique un esfuerzo o sacrificio desproporcionado para evitar el peligro de alguna otra manera).

Según el Tribunal Supremo, el estado de necesidad exige que la situación hubiera sido imprevista, de tal modo que no hubiera sido posible que el legislador la hubiera considerado antes, pues de otro modo no es justificable basarse en la necesidad para desviarse de los tipos de equilibrio de intereses que el legislador ya ha ponderado.

Este último aspecto implica un criterio normativista puro, según el cual el Estado a través de las leyes de control de estupefacientes y el sistema de aprobación y licencia de medicamentos ya ha realizado un ejercicio de equilibrio entre el interés de brindar acceso a analgésicos efectivos y el interés de control de estupefacientes, disponiendo el modo y la forma en que se debe gestionar el interés en el acceso al alivio del dolor e instrumentando un sistema para la distribución controlada de estupefacientes para uso medicinal.

En ese contexto analítico, los fundamentos del estado de necesidad no prosperaron y las acciones del Sr. Thörn no estaban validadas, en virtud de una inaceptable prioridad a su interés legítimo de estar

libre de dolor por sobre el interés de la sociedad en el control de los estupefacientes, dado que existían ciertas posibilidades en el derecho interno.

El Tribunal Supremo señaló, además, que durante la primavera de 2017 se había autorizado al demandante para que le recetaran el medicamento Bediol, que estaba basado en cannabis y esta concesión de licencias no implicaba que se hubieran promulgado nuevas reglas o que se hubieran tomado decisiones generales que afectaran la evaluación del delito del que se lo había acusado. Por cierto, el hecho de haber obtenido dicha licencia implicaba un reconocimiento por parte del Estado del conflicto de intereses existentes.

El Tribunal Supremo tuvo por cierto que el Sr. Thörn sabía que había estado cultivando cannabis con la intención de consumirlo sin receta médica y aunque reconoció que no tenía como finalidad lo que se denomina “abuso” en el sentido de la ley, no es aceptable que la condición de abuso este dada por el propio imputado.

Por todo ello, declaró que el acto del imputado de producir narcóticos constituía un delito, pese a lo cual hizo una distinción de aquellas acciones que implican la posesión y el uso, solo en la medida en que se trate de estupefacientes distintos de los que él mismo ha producido, pues no merece igual tratamiento la producción de estupefacientes para abusar de ellos, que se trataría de una acción atípica. En tales casos ya que no se trataba de producir estupefacientes para utilizarlos con fines de intoxicación, dado que los estupefacientes producidos tenían una capacidad limitada para provocar ese cuadro, sino el acceso a cannabis para mitigar dolores que en muchos casos no podían ser atendidos por los servicios de salud, a pesar de repetidos intentos, dado que esos fármacos tenían un nivel bajo de THC, respecto de los cuales tienen muy pocas posibilidades de producir intoxicación.

Habida cuenta de las circunstancias del párrafo anterior, junto con el hecho de que el solicitante estaba produciendo una cantidad relativamente modesta exclusivamente para la automedicación, la cantidad exacta producida no podría tener un impacto significativo en lo que podría considerarse una cantidad justa.

Sobre la base de una evaluación general y teniendo en cuenta que el encarcelamiento no constituiría un castigo justo, el Tribunal Supremo determinó que el acto debía considerarse un delito menor. Asimismo, la multa se constituyó como una justa sanción de la infracción, habida cuenta del carácter atípico del acto y de las disposiciones relativas a la excepción de necesidad.

3. El reclamo en sede internacional

El caso fue llevado por el Sr. Thörn ante el TEDH en razón de la violación del artículo 8 del CEDH. La demanda sostenía que las vulneraciones de Suecia no implicaban de modo alguna impugnar el interés legítimo del gobierno en el control y vigilancia de drogas, sino que esas acciones implicaban una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada.

El Sr. Thorn cuestionaba que la resolución judicial de los tribunales locales no habían hecho una ponderación que habilite un justo equilibrio entre su interés individual de vivir una vida libre de dolor, por un lado, y la apremiante necesidad social de consumir drogas.

También cuestionó que la injerencia que supuso su condena persiguiera un fin legítimo, y en apoyo de esa tesis puso de relieve las declaraciones de expertos para demostrar que su consumo de cannabis no había supuesto ninguna amenaza para su salud y que, en su valoración, mostraban que los presuntos daños relacionados con el consumo de cannabis señalados por el gobierno eran claramente exagerados y no del todo fácticos, y argumentó que una injerencia para prevenir las consecuencias del consumo de cannabis, que a su juicio eran solo teóricas, no era necesaria en una sociedad democrática para la protección de la salud ni había perseguido el objetivo legítimo de proteger la salud.

Por su parte, el Estado sostuvo que la condena del demandante no implicó una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y que la penalización de conductas relacionadas a delitos de drogas estaba justificada en varios de los objetivos legítimos enumerados en el CEDH, dado que también había sido “necesario en una sociedad democrática” para lograr esos objetivos.

El gobierno consideró pertinente resaltar que, según las investigaciones, existe una larga lista de consecuencias negativas y daños relacionados con el consumo de cannabis. En esa misma tesis, las autoridades toman medidas para prevenir el consumo de cannabis, así como de otros estupefacientes, y brindar atención a quienes lo necesitaran. Al mismo tiempo, se investigaba intensamente sobre los posibles efectos curativos de los cannabinoides y otros derivados del cannabis, lo que, según el gobierno, era una de las razones por las que en los últimos años la sociedad había adquirido un mayor conocimiento sobre los efectos nocivos del cannabis. A esto se podría añadir que el tráfico ilegal de cannabis era una actividad nociva asociada al crimen organizado en Suecia.

Es en base a esas mismas motivaciones que se sostiene la doctrina de la “guerra contra las drogas”, como consecuencia de que Suecia ha ratificado la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 y está sujeta a las obligaciones pertinentes derivadas de ese tratado, que habilita la penalización del cultivo de cannabis sin licencia con fines de automedicación, sin ningún control por parte de las autoridades.

En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad, el Estado afirmó que no existe consenso entre los Estados miembro del Consejo de Europa sobre cómo debe controlarse el consumo de cannabis. Agregó que el Sr. Thörn había sido condenado únicamente a un número muy reducido de días de multa por un delito menor relacionado con estupefacientes.

4. La sentencia del TEDH

Como principio general, el Tribunal reiteró que las cuestiones de política sanitaria se encuentran, en principio, dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, que están mejor situadas para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades sociales.⁶

Lo complejo que se observa al interior de las organizaciones políticas de algunos Estados es la dificultad para adecuar necesidades locales con los compromisos internacionales cuando entran en colisión. El caso más evidente es la situación en Estados Unidos, donde existe –desde tiempos de la ley seca– una tensión entre las regulaciones federales y locales.

Sobre ello se ha sostenido que

Estas reglamentaciones locales plantean una de las preguntas más importantes y sin resolver en torno a las reformas a la ley de la marihuana: ¿qué poder, si es que hay alguno, deberían otorgar los estados a los gobiernos locales para regular la marihuana? La forma en que los estados elijan responder a esta pregunta no sólo influirá en el contenido y el ritmo de las reformas, sino también podría tener un impacto dramático en el nivel general de satisfacción popular con las políticas sobre la marihuana. Los defensores del localismo sugieren que las comunidades locales pueden hacer un mejor trabajo al adaptar las políticas de marihuana para satisfacer las preferencias de las mayorías locales, el mismo argumento que los estados han empleado para arrebatar el control del gobierno nacional.⁷

Además, ha sostenido que, dado que las autoridades nacionales están en principio en mejores condiciones que el juez internacional para apreciar lo que es de interés público por motivos sociales o económicos, existe un marco de respeto por las decisiones de política legislativa, a menos que sean manifiestamente arbitrarias.

Participa de esta tradición el criterio según el cual cuando no hay consenso dentro de los Estados Miembro del Consejo de Europa, ya sea en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o cuestiones éticas, el margen será más amplio.⁸

La resolución del TEDH subraya que el derecho a la salud como tal requiere un tratamiento específico buscado por un solicitante, cuya eficacia no se encuentran entre los derechos garantizados por el CEDH o sus protocolos. Sin embargo, ha examinado demandas relativas a denegaciones de acceso a

⁶ Conf. TEDH, *Case of Thörn v. Sweden*, Application N° 24547/18, Court (First Section), 1 de septiembre de 2022, párr. 46, y *Case of Vavříčka and others c. The Czech Republic*, Applications N° 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 and 43883/15, Court (Grand Chamber), 8 de abril de 2021, párr. 274.

⁷ Mikos, R. A. (2015). El localismo de la marihuana. Traducción de Alexia Michelle Araujo y revisión técnica de Imer B. Flores, publicado originalmente en *Case Western Reserve Law Review*, 65(3).

⁸ Conf. TEDH, *Case of Abdyusheva and others v. Russia*, Applications N° 58502/11, 62964/10 and 55683/13, Court (Third Section), 26 de noviembre de 2019, párrs. 111 y 112.

tratamientos o medicamentos específicos desde el ángulo de la “vida privada” en virtud del artículo 8 del Convenio, cuya interpretación cubre las nociones de autonomía personal y calidad de vida.⁹

Ha sido coincidente el criterio con que se expidió la Corte IDH respecto de las acciones que se esperan de los Estados en relación con el aseguramiento y no obstaculización del acceso a derechos fundamentales, en particular frente a sujetos que padecen trastornos sanitarios que implican limitaciones en orden a una vida social sin barreras.

En tal sentido,

fijó distintos estándares, entre los que se destacan que a) no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, b) la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, c) es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, d) la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas o socioeconómicas).¹⁰

En la jurisprudencia europea se ha subrayado que la integridad corporal de una persona atañe a los aspectos más íntimos de su vida privada, y que la intervención médica obligatoria, aunque sea de menor importancia, constituye una injerencia en este derecho.¹¹

El Tribunal observó que las partes coincidieron en que la condena del demandante por fabricación de estupefacientes y la sanción que se le impuso supuso una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada. Por ello, si bien el presente caso se refiere a la imposición de una multa, tuvo en cuenta su jurisprudencia en casos relativos a la imposibilidad de los pacientes de acceder a determinados tratamientos médicos que ha examinado en virtud del artículo 8 del Convenio.¹²

En ese contexto, el Tribunal considera que no puede cuestionarse que la injerencia se haya realizado de conformidad con la ley, a saber, la Ley de Delitos de Drogas y el Código Penal, y que persiguió los fines legítimos de “la prevención del desorden o del delito” y “la protección de la salud o de la moral” tal como se establece en el artículo 8.2 del Convenio.

⁹ *Idem*, nota 6.

¹⁰ García Ongaro, M. (2019). Reclamo judicial para cultivar cannabis con fines medicinales. El caso de la provincia de La Pampa. En AA.VV., *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, p. 113, con citas de los fallos de la Corte IDH “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica”, “Furlán y familiares v. Argentina” y “Ximenes Lopes v. Brasil”.

¹¹ *Idem*, nota 6.

¹² Conf. TEDH, *Durissotto v. Italy*, Application N° 62804/13, Court (Second Section), 6 de mayo de 2014.

Diferente es la cuestión, si lo que se analiza es la calidad de la injerencia, y en su caso si ello fue necesario en una sociedad democrática. Al examinar esta cuestión, el TEDH observa, en primer lugar, que no hay nada en los materiales presentados que demuestre que el demandante formuló argumentos relacionados con el artículo 8 del Convenio en el curso de los procedimientos internos o que las autoridades examinaron de oficio los requisitos de esa disposición. No hay información que sugiera que se invitó a los tribunales nacionales a evaluar si la prohibición de posesión o cultivo de cannabis, incluso para las personas que alegan que lo necesitan por motivos medicinales, podría ser contraria al artículo 8 o cualquiera otra disposición de derecho nacional o internacional con contenido relacionado.¹³

En segundo lugar, si bien los tribunales nacionales examinaron la defensa del demandante de que había actuado por “necesidad” y que sus actos no habían sido “injustificables” en el sentido de esos criterios establecidos en la sección 4 del Capítulo 24 del Código Penal, fueran interpretados y aplicados, no hay indicios de que se haya pedido a esas autoridades que interpretaran o aplicaran esos criterios a la luz del artículo 8 o de cualquier otra manera para ampliar la defensa del estado de necesidad en la legislación sueca a fin de no llegar a un resultado contrario a la Convención.

Dadas las características del proceso interno, el caso no trata acerca de si la prohibición de la producción o el consumo de cannabis, ya sea para quienes lo necesitan con fines médicos o cualquier otro usuario, puede vulnerar el derecho al respeto a la vida privada. La cuestión a examinar es si las autoridades internas violaron el derecho del demandante al respeto de su vida privada al no eximirlo de la responsabilidad penal general que normalmente correspondería a los hechos en cuestión relacionados con la producción y el consumo de lo que fue calificado como estupefacientes en el derecho interno, sobre la base de las causales que había invocado. Por ello, debía considerar los procedimientos internos en su conjunto y si las autoridades lograron un equilibrio suficientemente justo entre los intereses en conflicto.

El TEDH percibe que el interés de las autoridades en el caso específico del demandante era principalmente garantizar la observancia y el cumplimiento de la legislación interna relativa a estupefacientes y medicamentos, mientras que el interés del demandante residía en encontrar una manera de aliviar su dolor.

El caso no se refería a la libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, que es vital para los principios de autodeterminación y autonomía personal, sino a la producción y uso de estupefacientes sin licencia, en cuyo marco de regulación los Estados tienen un amplio margen de apreciación en las circunstancias.

El TEDH observa a este respecto que el Tribunal Supremo no cuestionó las alegaciones del demandante sobre su dolor y que el cannabis que había producido había ayudado a combatirlo, así como tampoco parece haber puesto en duda que los medicamentos a los que el solicitante tenía acceso fueran menos efectivos para aliviar su dolor, tuvieran efectos secundarios que razonablemente deseaba

13 *Idem*, nota 6, párr. 46.

evitar o fueran costosos. Asimismo, tuvo en cuenta el interés de la demandante por encontrar un alivio eficaz del dolor y lo reflejó principalmente al fijar la multa en el nivel que fijó.¹⁴

Por cierto, no se ha proporcionado información al TEDH sobre otras consecuencias negativas del castigo, por ejemplo, con respecto al registro del delito, resultando una contradicción esa penalización (aunque morigerada por razones sanitarias) junto con la autorización de la prescripción de un medicamento lícito que aparentemente fue efectivo para aliviar su dolor en 2017, mientras los procesos internos relacionados con el delito de cannabis estaban pendientes.

El TEDH destaca finalmente que la cuestión que debía determinarse no era si se podría haber adoptado una política diferente, menos rígida, sino lograr el equilibrio particular entre el interés del solicitante en tener acceso a analgésicos y el interés general en hacer cumplir el sistema de control de narcóticos y medicamentos.

Por ello, entendió que las autoridades suecas se mantuvieron dentro de su amplio margen de apreciación y declaró que no violaron el artículo 8 del CEDH.

No obstante, merecen relativizarse de cierta manera tales premisas, dado que también es cierto que muchos países han tenido que plantear y readecuar sus normativas en el concierto de las naciones, dado que su acoplamiento con el sistema internacional de prohibición de las drogas ocasionaba severas consecuencias y trastornos en sus economías y ordenamientos sociales.

En tal sentido, en nuestra región se destaca que

Un interrogante ineludible está relacionado a que el marco regulatorio en estudio resulte incompatible con el cumplimiento de tratados internacionales, la República de Colombia dispone de cuatro posibilidades para reformar su política de drogas sin que esto signifique una violación al Derecho Internacional: i) priorizar un enfoque de Derechos Humanos, para poner los tratados sobre Derechos Humanos por encima de las convenciones que tratan el tema de las drogas de manera específica. Esto fue, por ejemplo, lo que hizo Uruguay en el 2013 cuando reglamentó el mercado de marihuana; ii) retirarse de los tratados para luego volver a unirse haciendo las salvedades necesarias sobre los artículos que irían en contra del marco regulatorio escogido a nivel nacional. Esto fue, por ejemplo, lo que hizo Bolivia para poder permitir el uso tradicional de la hoja de coca sin incurrir en una violación de los tratados internacionales; iii) incumplir respetuosamente los tratados sobre drogas. Esta opción, por ejemplo, ha sido antes escogida por países como Canadá. En este caso, Colombia seguiría siendo parte de los tratados, aceptando abiertamente que su legislación interna contraviene lo estipulado en dichos tratados, pero socializando y explicando su decisión, haciendo alusión a los principios dentro de los cuales se enmarcan estos tratados (promover la salud y el bienestar de la humanidad y los valores centrales de la Carta de la ONU) y, además, comprometiéndose a respetar las demás disposiciones, así como a seguir presentando los informes correspondientes y atendiendo las inquietudes de los estados vecinos.¹⁵

14 *Idem*, nota 13.

15 García Ongaro, M. (2020). Regulación de la coca y sus derivados en Colombia. Recuperado de www.pensamientoopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49354.pdf

5. Conclusiones

En primer lugar, merecen ser confrontadas algunas de las premisas que se fijan en las resoluciones judiciales de los tribunales suecos que parecen incompatibles con las normas generales de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los sistemas de protección. En atención a ello, conviene orientar algunas objeciones particulares, atento que el fallo del TEDH replica con otras categorías idénticos criterios.

El fallo del Tribunal Supremo sostiene que sobre la base de una evaluación general y teniendo en cuenta que el encarcelamiento no constituiría un castigo justo, el acto debía considerarse un delito menor y ratifica que la multa se constituye como una justa sanción de la infracción, habida cuenta del carácter atípico del acto y de las disposiciones relativas a la excepción de necesidad. En rigor, estas conclusiones son incongruentes con los principios de legalidad y máxima taxatividad, dado que, si las acciones imputadas al Sr. Thörn resultan atípicas, corresponde dictar la absolución y no disminuir la pena.

De tal modo, la perspectiva del fallo condenatorio y su ratificación posterior desconocen que no podría existir norma local de derecho interno que pueda oponerse para vulnerar un derecho humano básico (interrumpir el dolor, como derecho humano a no soportar una vida con tormentos o tortura).

Es importante destacar que en España se verifica que

la firma de la Convención de la ONU en 1966, que al año siguiente se tradujo en la aprobación de la Ley 17/1976 sobre Estupefacientes, donde se establece que la tenencia de drogas ilícitas solo estará permitida previa para fines médicos o científicos. Sin embargo, dicha ley solo prevé la incautación de las sustancias no autorizadas, sin ningún tipo de sanción. En 1973 el Código Penal incorpora el delito de tráfico de drogas en su forma actual y al año siguiente el Tribunal Supremo dicta la primera sentencia en la que se establece que el simple consumo de drogas y la tenencia destinada al mismo no son delito. A partir de ahí arranca una jurisprudencia unánime, que se irá concretando en sentencias posteriores donde se establece que tampoco es delito el consumo compartido, la donación con fines compasivos, ni la compra mancomunada por parte de un grupo de adictos, siempre que sea sin fines de lucro.¹⁶

Es precisamente en la experiencia española, en particular cuando existe un uso comunitario o colectivo (clubes), en la que se advierte que

existen directrices de la fiscalía del estado en cuanto a las cantidades de cannabis cuya posesión, aunque siga siendo ilícita, no constituye delito por sí sola. En la actualidad, el tráfico de cannabis se castiga con penas de uno a tres años de cárcel. La primera condena no suele acabar con el ingreso en prisión, ya que la legislación española establece que las penas de hasta dos años de cárcel se suspendan cuando no existan

¹⁶ Barriuso Alonso, M. (2011). Los Clubes Sociales de Cannabis en España. Una alternativa normalizadora en marcha. Serie reforma legislativa en materia de drogas, no. 9, Transnational Institute.

antecedentes. En cuanto a la tenencia y consumo, se siguen castigando con la incautación en el caso de lugares privados, lo cual suele suponer en la práctica la impunidad, ya que el domicilio particular es inviolable, excepto con orden judicial o en caso de delito flagrante.¹⁷

Vale decir, entonces, que el grado de adecuación de las normas internas puede presentar matices en la implementación de las convenciones internacionales sobre drogas sin que ello represente un incumplimiento supranacional.

Por lo tanto, es cuestionable que el derecho interno repruebe un acto que constituye un delito de estupefacientes y que se lleva a cabo para aliviar el dolor y que solo admita su defensa en forma excepcional, por ejemplo, en una situación de emergencia en la que no se dispone de acceso inmediato a los servicios ordinarios de salud.

Se impone recordar que

la inclusión original del cannabis en el marco internacional vigente es fruto de procedimientos cuestionables y de evidencias dudosas. Nunca se ha realizado un examen formal que se ajuste a los criterios y conocimientos científicos aceptados actualmente. Por todos estos motivos, diversas formas de deserción blanda, incumplimiento de los tratados, despenalización y regulación de facto se han mantenido en los países donde el uso tradicional está extendido, y han florecido en todo el mundo, en prácticamente todos los países y territorios donde el cannabis se ha popularizado en el último medio siglo.¹⁸

Además, corresponde añadir que, según expertos en la materia, es generalizado el desconocimiento del uso terapéutico del cannabis entre los profesionales, dado que

las escuelas de medicina tienen una tendencia más prohibicionista. Nos hablan de la marihuana como una sustancia de abuso, desde sus potenciales adictivos, de su perfil toxicológico, pero no nos dicen nada de sus potenciales terapéuticos, y hay todo un universo por descubrir si resulta posible trascender ciertos prejuicios.¹⁹

¹⁷ *Idem*, nota 16.

¹⁸ Bewley-Taylor, D.; Jelsma, M.; Rolles, S. y Walsh, J. (2016). La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU. Estrategias para la reforma. Recuperado de https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/06/Regulacion-del-Cannabis-y-los-Tratados-de-Drogas_web.pdf

¹⁹ Palabras de la Dra. Celeste Romero en las jornadas que se comentan en el artículo de García Ongaro, M. (septiembre de 2018). Salud y Derechos Humanos. Diálogos sobre cannabis medicinal. *Contexto Universitario*, año 12, (55), 13, ISSN 1852-7116.

El TEDH ratifica similar criterio al expresar que el Estado tiene amplios márgenes legislativos para definir sus políticas sanitarias y de drogas, pero las mismas objeciones se imponen, dado que no podría haber margen alguno que posibilite la vulneración de derechos fundamentales.

Expertos en políticas de drogas aseguran que

las razones para mantener el cannabis bajo un régimen de prohibición no remiten estrictamente a causas de orden médico por sus efectos sobre la salud. De otro modo, muchas sustancias entre las que se cuenta una enorme cantidad de medicamentos con efectos sumamente perniciosos, deberían ser prohibidas. La condición de legalidad o ilegalidad de una sustancia no puede depender solamente de que ésta tenga exclusivamente efectos beneficiosos, pues no existe sustancia carente de efectos adversos. Para poder disponer de un producto, no es necesario que sea sólo benéfico; basta con que sea suficientemente eficaz y de riesgo aceptable. Pero además, los riesgos pueden minimizarse optimizando la calidad del producto, a quién se le prescribe, las condiciones de uso, la dosificación, la vía de administración y su formulación. A pesar de ello, igual habrá ciertos riesgos. Pero para esto, se requiere que una sustancia, producto farmacéutico o botánico, sean legales. Es decir, regulados y controlados por las autoridades competentes. Es así como se procede con los productos de la farma-industria y aun así pueden tener reacciones adversas como lo indican los prospectos de los medicamentos. Sin embargo, es la evaluación de la relación costo-beneficio, es decir la evaluación de la magnitud de los efectos adversos con respecto a la de los beneficios, lo que define su aprobación y uso médico. Y más aún cuando hay pocas opciones o ninguna para tratar de mejorar una condición clínica dada. Esto último, es lo que se llama uso compasivo.²⁰

En el mismo sentido se advierte una importante incongruencia entre las pretendidas facultades de regulación sanitaria de los Estados Parte, dado que con idénticas razones sanitarias las regulaciones legales son significativamente contradictorias con el régimen de alcohol y tabaco, que por un interés comercial no cuentan con igual régimen de fiscalización y persecución penal.

Ni siquiera es congruente con el propio régimen de producción de cannabis cuando la finalidad es el desarrollo industrial, cuya desigualdad de trato se hace ostensible, como es el caso del programa de promoción del cáñamo industrial.

En efecto, esta última referencia parece no tener los mismos alcances e igualdad de trato, si se la compara con las acciones de un simple ciudadano como el Sr. Thörn. Tal es el caso de la empresa sueca Ekolution AB, que lleva adelante un centro logístico de alta tecnología en Estocolmo, equipado con paneles aislantes rellenos de fibra de cáñamo y que comprende una instalación de 80.000 metros cuadrados, con miras a abastecer al mercado de la construcción.²¹

20 Peyraube, R. y Bouso, J. C. (2015). *Marihuana como medicina. Usos médicos y terapéuticos del cannabis y los cannabinoides*. México: México Unido Contra la Delincuencia. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45684-marihuana-medicina-usos-medicos-y-terapeuticos-del-cannabis-y-cannabinoides>

21 Conf. Tedesco, L. (2023). Suecia: luz verde para el proyecto de construcción con cáñamo más grande del mundo. Recuperado de <https://elplanteo.com/construccion-canamo-suecia>