



asociación
pensamiento
penal



Asociación de Derecho Administrativo de la
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jornadas “Desafíos actuales de la Justicia porteña: Autonomía e Igualdad”
29, 30 y 31 de mayo de 2017. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

***Cannabis medicinal: el actual paradigma jurisprudencial
a la luz de la ley 27.350 de “investigación médica y
científica del uso medicinal de la planta de Cannabis y sus
derivados”***

MARCOS ANTONIO TORTI IERMINI

Eje temático: Cannabis (uso medicinal, tenencia para consumo personal,
criminalización)

Cannabis medicinal: el actual paradigma jurisprudencial a la luz de la ley 27.350 de “investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados”

Por **MARCOS ANTONIO TORTI IERMINI**¹

Eje temático: Cannabis (uso medicinal, tenencia para consumo personal, criminalización)

Resumen: En el presente trabajo se intentará analizar la sanción de la ley 27.350 de “investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” a partir de uno de sus principales aspectos, el jurisprudencial. Esto, para poder observar la interpretación judicial de forma general e integradora sobre los efectos en la sociedad sobre el uso de los diferentes compuestos del cannabis en pacientes con distintos tipos de enfermedades que agravan su salud.

Presentación

La sanción de la ley 27.350 de “investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados”² marca sin duda, un cambio en relación a la forma de entender el concepto de salud en nuestro país. Ahora bien, si bien se marca un punto de inflexión respecto a los futuros tratamientos que se pueden llevar a cabo en los pacientes con determinadas enfermedades, es necesario entender que la ley resulta en un paso necesario, mas no suficiente ni último.

Además, se debe remarcar que la cuestión sobre los usos medicinales de la planta de cannabis y sus derivados mantiene un amplio trasfondo, el cual se ve intervenido por muchas otras disciplinas, materias, ciencias, creencias y aspectos relacionados con diferentes formas de injerencia sobre la vida de las personas. Ante esto, los poderes e instituciones del Estado no pueden mantenerse al margen.

Por este motivo, en el presente análisis se verá la intervención del Poder Judicial en referencia a la cuestión del uso medicinal de la planta de cannabis, tomando como punto de referencia la propia sanción de la ley 27.350. Para ello, el eje central estará compuesto de

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Empleado del Poder Judicial de la Nación. Fuero Criminal y Correccional. Contacto: tortiierrminimarcosantonio@gmail.com

² La ley de “Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” fue sancionada con fecha 29 de marzo del 2017 por la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación, en razón del proyecto que fuera aprobado por la Cámara de Diputados el día 23 de noviembre del 2016. La ley fue sancionada sin realizar modificaciones al proyecto originario. Luego, con fecha 19 de abril del 2017 se realizó su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina, mediante el decreto 266/17 de promulgación.



dos sentencias judiciales, las cuales mantendrán un conjunto de anotaciones describiendo los otros aspectos que intervienen en la temática planteada.

El plano jurisprudencial³

Para comenzar, es importante remarcar que previo a la sanción de la ley 27.350, la intervención judicial en los casos referidos a pacientes que requerían de los derivados de la planta de cannabis resultó escasa. Pocos fueron los fallos judiciales que resolvieron intervenir respecto a casos donde se ponía en énfasis la salud de los pacientes, siendo que, en dichas situaciones los pacientes debían hacer frente a los múltiples síntomas que sus enfermedades les causaban.

Además, el principal problema de las primeras sentencias judiciales recaía en la falta de regulación interna respecto a la temática. Por este motivo, estos fallos debieron enmarcar su fundamentación recurriendo a los derechos reconocidos y protegidos en nuestra Constitución Nacional, así como también a los derechos resguardados en los diferentes pactos y tratados internacionales a los que está suscripta la Argentina.

Una vez sancionada la ley 27.350, comenzaron a dictarse los primeros fallos judiciales con injerencia en diferentes situaciones de pacientes que requerían de los productos derivados del cannabis. De esta manera, se contribuyó a que los aspectos tratados por la ley, y que fueran enérgicamente resaltados por quienes necesitaban de una posición firme respecto al tema, pudieran verse plasmados en resoluciones que impactaron positivamente en la mejora a sus calidades de vida⁴.

Expediente “L, S. L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO”⁵

En primer lugar, y referido a un momento anterior a la sanción de la ley 27.350, en el marco del expediente “L, S. L c/Obra Social de Petroleros”, con fecha 8 de noviembre del 2016, el Juzgado Nacional en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de La Plata ordenó hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los padres de un niño para

³ El presente análisis jurisprudencial en relación al uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados forma parte de dos trabajos que fueron presentados para la Revista Derechos en Acción de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata. El primero, que fuera publicado en la Edición de Verano 2016/2017 se titula “*El fallo “Smith” de la Corte Suprema de Justicia de Canadá y el análisis sobre el consumo de marihuana y sus derivados para uso medicinal en la actualidad*”, mientras que el segundo trabajo, próximamente a ser publicado en la revista se titula “*Ley 27.350 de “Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados”. Análisis jurisprudencial, legislativo, aspectos de investigación y proyecciones sociales.*”.

⁴ Durante la jornada del día 28 de abril del 2017, se llevó a cabo en el Senado del Congreso de la Nación el plenario de las Comisiones de Salud, Ciencia y Tecnología y Presupuesto de Hacienda en relación al debate sobre el proyecto de ley del uso medicinal del cannabis para uso medicinal, con el objetivo de obtener un dictamen favorable para su tratamiento y sanción como ley. Dicho plenario contó con la presencia de senadores, profesionales de la salud de todas las especialidades, activistas y militantes, y familiares (nucleados en diferentes organizaciones) de pacientes con algunas de las enfermedades que pudieran verse beneficiados por las propiedades de los derivados del cannabis.

⁵ Juzgado en lo Civil, Com. Y Cont. Adm. Federal N° 2 de la Plata, L, S. L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.968, Sentencia del 8/11/16. En: www.saij.gob.ar

que la Obra Social de Petroleros arbitre los medios necesarios para suministrarle al menor y con cobertura integral, el medicamento *Charlotte's Web Extract Oil*.⁶ El principal compuesto activo del medicamento es el Cannabidol (DBD), y el mismo consta de un jarabe en una presentación de 100 ml.

El menor en cuestión, de un año y siete meses edad, padece de encefalopatía epiléptica refractaria, comúnmente conocida como el Síndrome de West, la cual le genera alrededor de 620 espasmos por día. Si bien la medicación le fue prescrita al niño por un médico del Servicio de Neurología del Hospital de Niños "Sor María Ludovica" de la ciudad de La Plata, la misma no se comercializa en el país, y a ello se le suma que su componente substancial es un derivado de la planta de Cannabis, la cual, al momento de la sentencia su uso medicinal no estaba regulado.

En la sentencia del Juzgado Federal de La Plata, se resalta el valor del derecho a la salud, el cual se encuentra mencionado en el Art. 42 de la Constitución Nacional y que debe ser resguardado por el Estado en protección de la salud pública. Asimismo, pone énfasis la estrecha relación que mantiene el derecho a la salud con el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas, entendiendo a salud como el estado en que la persona puede ejercer con normalidad todas sus funciones naturales, sean estas físicas o mentales. Sumado a esto, se detalla el apoyo y la protección que el derecho a la salud posee por parte de los tratados internacionales de derechos humanos que fueran ratificados por la Argentina, y los cuales, a través del inciso 22 del Art. 75 de nuestra Constitución mantienen jerarquía constitucional.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 25 se expresa que: *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"*, mientras que el Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre enuncia: *"toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*.

Además, la salud se encuentra resguardada en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus Arts. 12.3, 18.3, 19.3.b, 21 Y 22.2., en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), al establecer que *"toda persona tiene derecho a que se respete su vida"* en relación a la protección a la salud y luego expresarla en sus Arts. 12.3, 13.2.b, 15, 16.2 y 22.3, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que expresa en su Art. 12.1, *"Los Estados partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"*, mientras que en su Art. 12.2.d establece que es obligación de los Estados partes *"la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad"*. Luego, el Protocolo de San Salvador, adicional a

⁶ Uno de los temas debatidos alrededor de la ley 27.350 refería a los problemáticos trámites que debían iniciar las familias para poder acceder a conseguir los productos basados en compuestos de la planta de cannabis desde el exterior. A esto, se le debe sumar que los precios de los productos en el exterior resultan excesivamente altos para nuestro país.

la Convención Americana sobre Derecho Humanos, en su Art. 10 refiere que *“toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”*.

Por último, se resalta el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su Art. 24 expresa que *“los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*. Asimismo, se nombra la protección especial que le corresponde a las personas discapacitadas mediante la ley 24.901, en conjunto con la ley 26.278 la cual aprobó la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

Por todos los derechos que amparan el derecho a la salud en los tratados y pactos internacionales, el Juzgado Federal de la Plata falló en favor de los padres del menor para que, mediante la obra social, se le otorgue un reconocimiento integral de la prestación para la enfermedad del niño. Además, el cumplimiento de lo ordenado debería hacerse de forma periódica, de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento que sean indicadas por los profesionales y teniendo en cuenta los recaudos previstos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para la importación de sustancias compasivas⁷.

Así, además, se manifestó en la sentencia que todo lo ordenado por el tribunal se respaldaba en base a los informes médicos especializados en neurología infantil respecto del niño en cuestión; y con el objeto de respetar a los derechos que amparan y protegen al menor en relación a su derecho a la salud y a su integridad física y mental y, en definitiva, a su derecho a la vida.⁸

⁷ Este punto sería tratado en la Ley 27.350, en sus artículos 6 y 7. Estos artículos estipulan que la autoridad que resulte designada deberá llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios con el fin de realizar los estudios científicos y médicos de la planta de cannabis con fines medicinales. Este aprovisionamiento se realizará mediante la importación o la producción por parte del Estado nacional, autorizando para esto al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) o al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA). Este proceso se deberá coordinar con la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para la importación del aceite de cannabis cuando sea requerida por los pacientes inscriptos con las patologías contempladas en el programa, debiendo contar con la indicación médica pertinente.

⁸ Siendo el aspecto de la “investigación” uno de los ejes centrales de la ley 27.250, este punto, es importante resaltar el informe realizado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología de fecha 8 de junio del 2016, cuyo objetivo era analizar los usos terapéuticos de los cannabinoides, marcando un punto de previsión ante un debate que se planteaba en nuestro país. El trabajo presenta los resultados obtenidos respecto a la eficacia y seguridad del uso medicinal de los cannabinoides para el tratamiento del dolor crónico, náuseas y vómitos debido a quimioterapia, estimulación del apetito en infección de HIV / SIDA, espasticidad debido a esclerosis múltiple o paraplejía, síndrome de Tourette y epilepsia refractaria, todo en relación a los tratamientos convencionales y en pacientes de cualquier edad.

Expediente “GENCARELLI, NICOLÁS y otros p.aa.as. Infr. Ley 23.737”⁹

Ahora bien, luego de la sanción de la Ley 27.350, con fecha 7 de abril del 2017 el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, en el marco del Expediente N° FBC 13100/2017/ES1, resolvió hacer entrega de un frasco con aceite de cannabis a la menor Magalí, de 14 años de edad, lo que remarcó el camino seguido por nuestro país tanto legislativa como jurisprudencialmente en relación a como se observa la temática del uso de los derivados del cannabis para tratar patologías en pacientes con diferentes tipos de enfermedades.

En el expediente del Juzgado Federal, el pedido fue por medio de la Defensora Oficial la cual requirió la entrega de los frascos de aceite de cannabis, que resultaban necesarios para que Magalí, que padece la enfermedad de West, pudiera mantener su salud en mejoría. Esto debido a que el aceite evitaba las convulsiones propias de su padecimiento, el cual sufre desde los tres meses de vida. La enfermedad de West le causa a Magalí una importante cantidad de mil o más pequeños episodios convulsivos por día.

A pesar de tener una corta edad, Magalí fue atendida en diferentes centros de salud, como el Hospital de Niños de Córdoba, el Hospital de Niños de Catamarca, el Hospital Garrahan de Buenos Aires y en el Sanatorio Allende de Córdoba, donde se le fue suministrando medicación para su enfermedad. El problema recae en la particularidad de esta medicación, ya que la misma ante el paso del tiempo y la repetición de su administración, trae como consecuencia que el efecto de la medicina decaiga por el acostumbamiento del paciente. Esto derivó en la angustiante situación donde Magalí tomaba 16 pastillas diarias y un jarabe para afrontar los episodios de convulsiones.¹⁰

Ante este panorama, y al ver como desmejoraba la salud de su hija, Nancy Ávila (madre de Magalí) recurrió al aceite de cannabis a comienzos del 2016, y tras un año de su utilización, la cantidad de medicación que tenía que tomar Magalí se redujo a más de la mitad. Esto demostraba la mejoría en la calidad de vida, ya que no solo contribuía a disminuir la gran cantidad de fármacos que consumía, sino que disminuía las convulsiones diarias.

Nancy Ávila adquirió el aceite de cannabis por medio de Brenda Chignoli, quien es titular del Movimiento Cannábico Manuel Belgrano y coordinadora en Córdoba de la ONG “Mamá Cultiva”, y que brindaba el aceite a quienes lo necesitaran. Pero con fecha 29 de marzo del 2017 el domicilio de Brenda Chignoli fue allanado, y se secuestraron todos los frascos que contenían aceite de cannabis¹¹. Algunos de los frascos secuestrados eran para

⁹ Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, GENCARELLI, NICOLÁS y otros p.aa.as. Infr. Ley 23.727, Sentencia del 07/04/17. En: www.saij.gob.ar

¹⁰ La Dra. Silvia Kochen analizó en un informe publicado a fines del 2016 que, en la actualidad, existen gran cantidad de casos entre los pacientes de epilepsias (entre un 30% a 40%) que continúan teniendo crisis a pesar de recibir tratamiento con alguno de los más de 20 fármacos que se crearon para hacer frente a la epilepsia. A pesar de la poca experiencia e investigación que existe en la actualidad, algunos datos infieren que el uso de algunos componentes de cannabis, entre ellos el canabidiol resultan efectivos a la hora de emprender un tratamiento con pacientes con epilepsia. El principal problema se presenta cuando, debido a la falta de información concreta y efectiva no se llevan adelante ensayos clínicos respecto al tema, lo que impide que se pueda iniciar una investigación seria.

¹¹ En este sentido, uno de los pedidos realizados por las organizaciones en favor del autocultivo y el cultivo solidario y cooperativo pretendía crear un registro de cultivadores que fuera regulado por el Ministerio de Salud de la Nación, como también fuera requerido en algunos de los proyectos



Nancy Ávila, que solo tenía en su poder gotas suficientes para cubrir la dosis de Magalí hasta el mismo día 7 de abril del 2017.

En el marco del expediente, se hizo referencia a la Ley 27.350 de “Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” que fuera sancionada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación con fecha 29 de marzo del 2016, lo que enmarcaba legalmente la tenencia del aceite de cannabis para fines medicinales¹². Cuestión que, planteada por la Defensora Oficial, no fue objetada por el Fiscal Federal, quien no se opuso a la restitución del aceite a Nancy y Magalí.

En la sentencia del Juzgado Federal de Córdoba, y al igual que en la resolución del Juzgado Federal de La Plata en el expediente “L. S. L c/Obra Social de Petroleros” se resaltó el valor al derecho a la vida y a la salud consagrado y garantiza en la Constitución Nacional de la Nación, así como también en diferentes tratados internacionales con jerarquía constitucional como la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre (Arts. I y XI), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Arts. 3 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12, incisos 1° y 2°, apartado d), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 4°, inciso 1, Art. 5°, inciso 1 y Art. 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Arts. 3°, 23° y 24°).

Sumado a esto, se tomó en cuenta el certificado de discapacidad de Magalí, lo que refiere a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), que fuera suscripta por la Argentina a través de la ley 26.378, y que tuvo rango constitucional a raíz de la ley 27.044. Es así que el Art. 25 de la Convención expresa que: *“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.”*, debiendo entenderse que el Estado no solo debe garantizar el acceso y el goce completo del derecho a la salud, sino que debe proporcionar los medios necesarios para tal fin.

Por último, se hizo referencia al interés superior del niño el cual se consagra en el Art. 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que marca 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.”*. Entonces,

antecedentes ante las comisiones en la Cámara de Diputados del Congreso. Pero al haberse dejado de lado la idea del registro, se sigue criminalizando a cualquier persona que realice autocultivo, ya sea para uso lúdico y recreacional, como a las familias que lo llevan a cabo por no poseer otro medio. De esta manera, se afecta directamente a las familias que realizan el autocultivo para producir productos que mejoren la salud de sus familiares. El autocultivo se presenta como necesario para hacer frente a una demanda de los derivados de la planta de cannabis que cada vez es mayor para hacer frente a diferentes enfermedades.

¹² Ahora bien, en lo que refiere a la ley 23.737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes, en la ley 27.350 se prevé la creación de un registro nacional voluntario, dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, para autorizar a los pacientes y familiares en relación al Art. 5 de la mencionada ley, el cual regula todas las acciones relacionadas con estupefacientes penadas por no estar autorizadas o por tener un destino ilegítimo.

teniendo en cuenta todos los derechos que protegen a los menores y niños, y la constatada mejoría que causaba el uso del aceite de cannabis frente a las consecuencias de su enfermedad, es que se decidió devolver el aceite de cannabis a Nancy Ávila para que Magalí pudiera continuar con su tratamiento.

Conclusión

Como consideraciones finales, podemos observar que la sanción de la Ley 27.350 marca un avance de la Argentina hacia un modelo integral respecto a la utilización de la planta de cannabis para uso medicinal. Un tema tan importante requiere de una intervención de múltiples disciplinas a fin hacer frente a una problemática presente en la sociedad, todo en beneficio de concretar una mejoría en la calidad de vida de muchas personas que encuentran en la planta de cannabis una respuesta a sus padecimientos y enfermedades.

Además, la ley enmarca como la jurisprudencia nacional debe de ir en concordancia con lo planteado respecto al uso medicinal de la planta de cannabis. El derecho a la salud se encuentra protegido no solo en nuestra Constitución Nacional, sino en los tratados y pactos internacionales a los cuales la Argentina ha suscripto, otorgándoles jerarquía constitucional. La sanción de la ley 27.350 refiere al respeto por la protección del derecho a la salud. A causa de esto, en los casos sobre el uso medicinal del cannabis, las resoluciones judiciales mantienen una responsabilidad derivada de la propia posición de nuestro estado, principalmente en relación a la protección derechos y garantías respecto a la salud y a la vida de todas las personas en la sociedad.

Bibliografía

ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA. (2016). Informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides. Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/ETS_Cannabinoides.pdf.

CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LA NACIÓN (2017). Expediente N° 86/17. En: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/83.16/CD/PL>.

CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LA NACIÓN (2017). Plenario de Comisiones de Salud, Ciencia y Tecnología y Presupuesto de Hacienda. 28 de marzo del 2017. En: https://www.youtube.com/watch?v=zd1xj_JPjzQ&t=16s.

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL N° 2 DE LA PLATA, “L. S. L c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo Ley 16.968”, Sentencia de 8 de noviembre del 2016. En: www.saij.gob.ar.

JUZGADO FEDERAL N° 2 DE CÓRDOBA, “GENCARELLI, NICOLÁS y otros p.aa.as. Infr. Ley 23.727”, Sentencia del 07/04/17. En: www.saij.gob.ar

KOCHEN, SILVIA (2016). Uso del cannabis en la Epilepsia. Situación actual a nivel internacional y en nuestro país. Vertex – Revista Argentina de Psiquiatría, Número 130, Volumen XXVII. Noviembre/Diciembre de 2016, pp. 457-462.