

2018

JURISPRUDENCIA ARGENTINA SOBRE USOS TERAPÉUTICOS DE LA PLANTA DE CANNABIS

Fallos anteriores y posteriores a la Ley 27.350



asociación
pensamiento penal
área política de drogas

Argentina. Asociación Pensamiento Penal.

Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal.

Jurisprudencia argentina sobre usos terapéuticos de la planta de cannabis, 2018.

353 páginas; 21x29,7 cm.

Revista Pensamiento Penal – ISSN: 1853-4554.

PRESENTACIÓN

En julio de 2018, con la presentación del **“Modelo de Amparo - autocultivo de cannabis con fines terapéuticos”**, el Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal brindó una herramienta para democratizar el acceso a la justicia de todas las personas que necesitan la sustancia en estado vegetal, pero que no fueron contempladas en la Ley 27.350 de investigación médica y científica de los usos medicinales de la planta de cannabis.

El modelo inicial de Amparo resultó un primer paso con el objeto de reclamar judicialmente, y con argumentos sólidos, el derecho de todas las personas a cultivar cannabis con fines terapéuticos. Además, como fuera referido al momento de presentar el modelo, el mismo no debe mantenerse a los márgenes de los avances legislativos, normativos y jurisprudenciales (nacionales o locales) que hagan a la temática.

Por este motivo, en esta oportunidad tenemos el agrado de presentar el compendio de **“Jurisprudencia argentina sobre usos terapéuticos de la planta de cannabis”**, brindando así, una recopilación de los fallos más importantes de todo el país, referidos a la cuestión del cannabis y su uso terapéutico para distintas enfermedades y patologías que afectan la salud y la calidad de vida de miles de personas.

La presente colección comienza con los fallos dictados en el marco del Expediente “Cibotti” (2012, 2015 y 2017) de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, los cuales resultan antecedentes de gran importancia respecto a la temática, que aún hoy en día son citados y referenciados por tribunales de todo el país al momento de resolver. Asimismo, el trabajo se encuentra segmentado en dos partes generales, las cuales se dividen tomando como referencia la sanción de la ley 27.350 con fecha 29 de marzo del 2017. Esto último, para poder observar las resoluciones desde dos ópticas distintas, antes y después de la sanción de la norma a nivel nacional.

Asimismo, los fallos de cada parte se encuentran clasificados según el tipo de proceso sobre cual versan, y por lo tanto, se podrán encontrar resoluciones en expedientes iniciados por amparos requiriendo la autorización de cultivo de la planta de cannabis con fines terapéuticos, amparos presentados contra obras

sociales que se negaron a cubrir el costo de los productos derivados de la planta de cannabis, y los fallos en procesos penales iniciados contra personas que realizaban el autocultivo de la planta para realizar un tratamiento terapéutico.

Por último, el Área de Política de Drogas espera puedan encontrar de utilidad la presente recopilación, a fin de complementar y reforzar lo expuesto en el **“Modelo de Amparo - autocultivo de cannabis con fines terapéuticos”**, y así, avanzar cada vez más en este camino de luchar contra la criminalización de los más elementales derechos reconocidos por el orden jurídico nacional e internacional, en el marco de una política de drogas respetuosa de los derechos humanos.



PRÓLOGO

Hace exactamente tres años me tocó fallar en el caso de Alejandro, un paciente con HIV y polineuropatía periférica que requería por vía de amparo la posibilidad de acceder al uso terapéutico del cannabis. Hablando más sinceramente, lo que Alejandro solicitaba era poder “blanquear” la utilización terapéutica del cannabis que ya venía realizando de modo artesanal y clandestino, para no tener pendiente sobre su cabeza la espada de Damocles de la penalización estatal y también para poder llevar a cabo un tratamiento con supervisión profesional en un efector público de salud.

Cualquier semejanza con otros debates de actualidad, no es pura coincidencia.

Al momento de dictar sentencia en el caso de Alejandro, no existía en nuestro país ningún precedente judicial de ningún fuero sobre el uso terapéutico del cannabis. Para mayor “tranquilidad” del juzgador, durante el trámite del proceso se sucedieron declaraciones públicas¹ de las más altas esferas del Poder Judicial y de la Iglesia Católica pronunciándose de modo contundente contra cualquier tipo de despenalización del consumo de cannabis u otras sustancias penalizadas, así como editoriales de los grandes medios de comunicación en el mismo sentido.

Va de suyo que este contexto no auguraba la mejor de las recepciones a la decisión que pensaba adoptar. Sin embargo, la realidad fue muy distinta. El fallo fue muy bien recibido, incluso por personas y sectores de los que cabía –prejuicios mediante- esperar otra reacción.

Para el usuario de esta compilación seguramente la historia subsiguiente es conocida, pocos meses después tomó estado público la decisión de la ANMAT de autorizar el tratamiento con aceites a base de CBD de niños/as con patologías tratables mediante tal compuesto y se puso en escena la terrible situación que sufrían (y sufren) numerosas familias.

Se había abierto una brecha en el muro de la política de penalización total y “guerra a las drogas”. Una brecha con consenso social, que con el empuje de numerosas organizaciones y personalidades desembocó en la sanción de la ley

¹ Originadas quizás por la existencia de algún proyecto legislativo o rumores sobre la posibilidad de alguna iniciativa oficial al respecto.

27.350.

Hoy APP puede publicar una voluminosa compilación de jurisprudencia argentina en la materia de distintos fueros, lo que no hace más que reflejar la urgente realidad de un problema que aún aqueja a tantos y a tantas y que dista de contar con la solución que merece.

Resulta claro que la sanción de la ley 27.350 constituye un hito relevante, un valioso instrumento para poder encarar todo lo pendiente, que es mucho aún. También lo es que por las limitaciones de su texto y reglamentación, genera nuevos conflictos que van siendo presentados ante los tribunales con suerte dispar.

No es poco lo que se ha avanzado desde hace tres años a la fecha. Sobre todo en lo que hace a la instalación del tema en el debate público y en la ruptura de cierto “tabú” no escrito sobre la cuestión del necesario debate público acerca de la política de drogas.

En 2016, al cumplirse 30 años del fallo “Bazterrica”, más de doscientos cincuenta magistrados y magistradas de la República Argentina firmamos la “Declaración de Magistrados Argentinos por una Política de Drogas respetuosa de los Derechos Humanos”², que plantea un cambio estructural en el abordaje de esta problemática.

Sin embargo, en lo sustancial, nuestro actual régimen de penalización de drogas continúa siendo liberticida, perverso y fundamentalmente inútil. Liberticida pues al perseguir al consumidor coarta libertades constitucionales básicas, tal como viene señalando la Corte Suprema –con intervalos no lúcidos– desde hace más de 30 años. Perverso pues, por un lado, descarga todo el poder punitivo del Estado mayoritariamente sobre los eslabones más débiles de la cadena del consumo y tráfico. Perverso también, pues las condiciones de prohibición total generan las mejores condiciones para que florezcan las organizaciones violentas y se expanda la corrupción institucional. Pero lo más triste, es que es total, soberana y completamente inútil. Pues ni ha logrado dismantelar el tráfico ilegal, ni se ha constituido en un factor idóneo para proteger la salud pública en general y menos aún la de los consumidores en particular. Con el aberrante agravante de generar

² Impulsada por APP.

condiciones de penalización para quienes requieren el uso medicinal de cannabis para el tratamiento de diversas dolencias y no logran encuadrar en las situaciones previstas por la ley 27.350.

Fuera del mundo jurídico, fuera del mundo imaginado por el legislador de la ley 23.737 existe una realidad muy distinta. En las calles, en los barrios, el fracaso de la política de penalización total y “guerra a las drogas”, se cobra vidas a diario. Tal como sucedió recientemente con el debate del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, una mayoría legislativa se resiste a encarar los cambios que resultan cada día más urgentes y cuya necesidad es evidente.

A contramano de lo que sucede en aquellos países de los que tanto deberíamos —nos dicen— aprender³, no se repiensa sin prejuicios un sistema caduco que sólo reproduce las condiciones para multiplicar la marginalidad y la violencia.

Por ello resulta fundamental la tarea de recopilar, analizar y difundir la existencia de aquella jurisprudencia en la materia que adopta y a la vez inspira una visión distinta del problema. Para tratar de que sirva, en tanto madura el imprescindible cambio legislativo, para cosechar distintos (y mejores) resultados.

GUILLERMO SCHEIBLER

Buenos Aires, Agosto de 2018.

³ La mitad de los cincuenta estados que integran los Estados Unidos —el principal impulsor de la política de “guerra a las drogas” en el mundo— poseen regulaciones que receptan el uso medicinal de las distintas variedades del *cannabis*. Casi todos los países europeos autorizan su uso terapéutico a través de productos farmacéuticos derivados de la marihuana. En la región, Uruguay y Chile³ lo aceptan, mediante diversos tipos de mecanismos legales.

AGRADECIMIENTOS

David Andulce

Guillermo Scheibler

María Luz Felipe

Mariano Fusero

Marcos Chigal

Marcos Torti Iermini

SUMARIO

PARTE I

FALLOS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 27.350

AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL

“Cibott., A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)” (Expediente N° 44899/0 - JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 7 DE C.A.B.A. - 11/07/2012)	13
“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)” (Expediente N° 44899/0 - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT DE C.A.B.A. - SALA III - 12/2012)	19
“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)” (Expediente N° 44899/0 - JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 DE C.A.B.A. - 13/08/2015)	22
“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)” (Expediente N° 44899/0 - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT DE C.A.B.A. - SALA III - 25/10/2017)	55

ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

“V.,F.J. y A., MARÍA L. c/IOMA s/AMPARO” (Expediente N° 80807/2016 - JUZGADO DE PAZ DE VILLA GESELL - 30/03/2016)	62
“L,S.L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 39357/2016 - JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA PLATA N° 2 - 08/11/2016)	66
“L,S.L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 39357/2016 - CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I - 22/12/2016)	71
“LÓPEZ, ANDREA CELESTE (EN REP. DE SU HIJA SARA ISABELLA) c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 65230/2016 - CÁMARA FEDERAL DE CAMPANA - 17/11/2016)	77

PROCESOS PENALES

“Legajo N° 2 - IMPUTADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/LEGAJO DE APELACION” (Expediente N° 002664/2014/2/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA B - SECRETARÍA PENAL - 10/05/2016)	83
“Legajo N° 2 - IMPUTADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/LEGAJO DE APELACION” (Expediente N° 002664/2014/2/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA B - SECRETARÍA PENAL - 27/12/2017)	88

“Principal en Tribunal Oral TO01 - PINTOS, GONZALO EZEQUIEL Y OTROS s/INFRACCION LEY 23.737”
 (Expediente N° 091001183/2012/T001 - TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA - SECRETARÍA - 07/06/2016) 90

“SARGIOTTI, SEBASTIÁN GASTÓN s/INFRACCIÓN LEY 23.737”
 (Expediente N° 1031/2016/CA1 - CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - 11/10/2016) 94

“Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: SCULLY, SANTIAGO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.14)”
 (Expediente N° 045192/2014/T001 - TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN LUIS - 17/02/2017) 101

**PARTE II
 FALLOS POSTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 27.350**

AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL

“B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986”
 (Expediente N° 21814/2017 - JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1 - 02/03/2018) 114

“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”
 (Expediente N° 16005/2018 - FISCALÍA FEDERAL DE VIEDMA - 10/05/2018) 125

“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”
 (Expediente N° 16005/2018 - DEFENSORÍA OFICIAL PÚBLICA FEDERAL DE VIEDMA - 16/05/2018) 139

“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”
 (Expediente N° 16005/2018 - JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA - 02/07/2018) 143

ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

“PAREDES JOSÉ RAMÓN Y RIVERO SILVIA BEATRIZ C/ OSECAC S/ AMPARO”
 (Expediente N° °: X-4CI-17-AL2017 - JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, MINERÍA Y SUCESIONES N° 9 DE RÍO NEGRO - 12/06/2017) 160

“P. A. R. Y OTRO c/CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD”
 (Expediente N° 27894/2016 - CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA - 26/07/2017) 184

“Incidente N° 2 - ACTOR: F, A, I DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”
 (Expediente N° 002708/2017/2 - CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA - 28/08/2017) 191

<p>“T, H. S. c/ OSDEY M Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 14812/2015 - JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 3 - 27/10/2017)</p>	199
<p>“B, L., L. E. c/ OSPE s/SUMARISIMO DE SALUD” (Expediente N° 005794/2016/CA001 - CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL - SALA II - 28/11/2017)</p>	216
<p>“Incidente N° 1 - ACTOR: F, LD DEMANDADO: SWISS MEDICAL S.A s/INC APELACION” (Expediente N° 017233/2017/1 - CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA - 11/12/2017)</p>	219
<p>“F, LD c/ SWISS MEDICAL S.A s/AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 017233/2017 - CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA - 05/04/2018)</p>	225
<p>“Incidente N° 1 - ACTOR: BAUMANN, MARÍA NATALIA Y OTRO DEMANDADO: UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/INC APELACION” (Expediente N° 013801/2017/1/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I - SECRETARÍA CIVIL N° 1 - 15/12/2017)</p>	229
<p>“Incidente N° 1 - ACTOR: BAUMANN, MARÍA NATALIA Y OTRO DEMANDADO: UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/INC APELACION” (Expediente N° 013801/2017/1/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I - SECRETARÍA CIVIL N° 1 - 27/12/2017)</p>	234
<p>“DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES” (Expediente N° 046857/2016/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A - SECRETARÍA CIVIL - 05/02/2018)</p>	236
<p>“Incidente N° 1 - ACTOR: MAFFIA, MARIANA Y OTRO DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE” (Expediente N° 036816/2016/1/CA002 - CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II - SECRETARÍA CIVIL - 20/02/2018)</p>	244
<p>“RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA Y OTROS c/ PEN s/AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 030597/2017/CA001 - CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA - SECRETARÍA CIVIL - 26/03/2018)</p>	252
<p>“S.A.K. Y OTROS c/BRAMED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 67495/2017 - JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 3 - 17/04/2018)</p>	261
<p>“P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° 12325/2017 - JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MISIONES - 26/04/2018)</p>	263
<p>“Incidente N° 1 - ACTOR: YOO, IAN VALENTIN DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”</p>	

(Expediente N° 008880/2017/1/CA001 – CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II – 22/05/2018) 271

“C, V, A c/ OSDE Y OTRO s/AMPARO DE SALUD”

(Expediente N° 009027/2016/CA001 – CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA I – 26/06/2018) 277

“IVANCICH, MARIA PIA c/ DASPU – OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTRO s/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS”

(Expediente N° 054049/2018/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE CÓRDOBA – SALA A – 20/07/2018) 280

PROCESOS PENALES

“GENCARELLI, NICOLÁS Y OTROS PSS.AS. INFRACCIÓN LEY 23.737”

(Expediente N° 13100/2017/ES1 – JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 2 – 07/04/2017) 293

“FUNARO ADRIANA s/INFRACCIÓN LEY 23.737”

(Expediente N° 453/2018 I.P.P. 01-001098-17 – CÁMARA DE APELACIONES Y GARANTÍA DE LOMAS DE ZAMORA – 27/04/2017) 299

“Principal en Tribunal Oral TO01 – IMPUTADO: OTT, CHRISTIAN DARIO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.A) y INFRACCION ART.189 BIS APARTADO (2) 2° PARRAFO”

(Expediente N° 032884/2017/TO01 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTÍN N° 4 – 27/02/2018) 303

“Incidente N° 3 – IMPUTADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL Y OTRO s/INCIDENTE DE FALTA DE ACCION”

(Expediente N° 003273/2017/3/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA PENAL N° 1 – 10/04/2018) 323

“SOLICITANTE: R, ERIKA MELINA Y OTROS s/HABEAS CORPUS”

(Expediente N° 054079/2018 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A – SECRETARÍA PENAL – 06/07/2018) 333

“Principal en Tribunal Oral TO01 – IMPUTADO: ALI BROUCHOUD, EDUARDO NICOLAS Y OTRO s/INFRACCION LEY 23.737”

(Expediente N° 032304/2017/TO01 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTÍN N° 5 – 01/08/2018) 336

PARTE I

FALLOS ANTERIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 27.350

***AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN
ESTATAL***

“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)”

(Expediente N° 44899/0 – JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO
N° 7 DE C.A.B.A. – 11/07/2012)

Ciudad de Buenos Aires, 11 de julio de 2012.

VISTOS:

Estos autos “Cibotti Alejandro Ricardo contra GCBA sobre amparo”, de cuyas constancias **RESULTA:**

1.- Que a fs. 1/10 se presenta Alejandro Ricardo Cibotti, por su propio derecho, y promueve acción de amparo en los términos de la ley 2145, art. 14 de la CCABA y 43 de la Constitución Nacional, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se revoque el acto denegatorio emanado del Hospital General de Agudos Dr. E. Tornú, vulnerando principios y derechos constitucionalmente garantizados, por resultar un acto administrativo arbitrario, desigual, discriminatorio, injusto e inconstitucional, en flagrante menoscabo a sus intereses y derechos personalísimos, por lo que solicita se ordene al demandado, por medio de las autoridades que correspondan, proceda a prescribir y suministrar cannabis (marihuana) en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas; subsidiariamente, en caso de que resulte imposible suministrarle cannabis de la especie sativa o índica, solicita se autorice a su autocultivo.

Refiere que es una persona de 51 años de edad que convive desde hace 10 años con VIH, que han significado muchos años de dolor y sufrimiento, conforme ilustra con la historia clínica del Hospital General de Agudos Dr. E. Tornú que acompaña.

Producto del VIH tiene enfermedades refractarias, tales como hepatitis C desde el año 1992 y polineuropatía periférica en evolución, las que le producen gran intensidad de dolor físico y permanente; y en la esfera emotiva, aislamiento, angustia, depresión y

desasosiego.

Para aliviar su dolor se le prescribe metadona, y por supuesto antidepresivos; las dosis de metadona conforme prescripción médica llegaron a 3,5 mg. cada 8 horas en el mes de agosto del año pasado.

Explica que ante la desesperación por sus dolores y las fuertes dosis de metadona que metía a su cuerpo, decidió como persona adulta que tiene todo el derecho a decidir sobre su salud y su cuerpo, consumir cannabis de la especie sativa o índica haciendo de ello un uso terapéutico, logrando reducir a lo largo del tiempo las dosis de metadona de 15 a 1,5 mg. por día, conforme lo certifica su historia clínica.

Expresa que ante este hecho de gran satisfacción en lo personal, porque el alivio de su dolor mejora transversalmente todos los aspectos de su vida y por haber bajado significativamente la dosis de metadona gracias al uso terapéutico de cannabis, le solicitó a su doctora tratante del Hospital Tornú, Dra. Teresa A. Franco, médica especialista en dolor y cuidados paliativos, que le prescriba cannabis sativa o índica para su tratamiento de neuropatía periférica de los 4 miembros, quien extendió el certificado denegatorio que acompaña, donde señala que al no ser una medicación legal no podrá prescribirlo, lo que lo compele a promover la presente acción de amparo. Sostiene la competencia de este Tribunal atento atacarse un acto administrativo de Hospital Público de la CABA; señala que se encuentran reunidos los recaudos que hacen a la acción intentada, funda su acción en derecho y plantea la inconstitucionalidad del Decreto 722/1991 (PEN) y su modificatorio 299/2010 en relación a la inclusión de cannabis para uso medicinal en los alcances de la ley 23.737 y del art. 14 de la ley 23.737 así como de toda otra norma en la que pudiese excusarse el demandado que justifique la denegación de la solicitud de prescripción de cannabis sativa o índica en su forma natural. Ofrece prueba documental, testimonial e informativa en respaldo de su derecho y hace reserva de cuestión federal.

2.- Que requerida opinión fiscal en los términos del art. 5 de la ley 2145, la Dra. Giocco a cargo de la Fiscalía N° 2 del fuero dictamina que este Tribunal resulta competente para entender en la presente acción, cuestión que no ha sido materia de la vista efectuada.

A fs. 13 pasan los autos a resolver.

CONSIDERANDO:

1.- Que conforme lo prevén el art. 43 de la CN, el art.14 de la CCABA y el art.2 de

la Ley de Amparo 2145, la acción de amparo procede, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en que la Ciudad sea parte.

En ese contexto cabe señalar que en los juicios de amparo el juez debe examinar, con carácter previo, si la acción deducida es o no admisible. -cfr. T.S.J. en “Vera Miguel Angel c/ G.C.B.A. s/ Amparo s/ Recurso de Queja por denegación de Recurso de Inconstitucionalidad”, particularmente, voto del Dr. Muñoz, del 4/5/2001-; y en su caso rechazarla “in limine” cuando no cumple los requisitos de admisibilidad -art. 5 de la Ley 2.145-.

En este sentido, la Excma. Cámara del Fuero, Sala II, ha resuelto que “el rechazo de la acción de amparo sin sustanciación debe reservarse para casos de manifiesta inadmisibilidad, ya que a la luz de la normativa vigente, la Constitución Nacional en sus artículos 43 y 75 inc. 22, y la Constitución de la Ciudad -arts. 10 y 14- se ha abierto una instancia nueva en la interpretación sobre la viabilidad del instituto, en la que la facultad de rechazar la acción “in limine” debe entenderse en sentido restrictivo en virtud de la consagración constitucional y supranacional de la garantía de obtener una rápida respuesta judicial a los casos de palpable ilegalidad” -causas nro. 20 “Diyon s. amparo (art. 14 CCABA), 16.11.00 y nro. 9950 “Fundación Ciudad c. GCBA s. amparo”, 12.12.00-.

Ello así, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló -al plasmar un criterio que no ha perdido vigencia tras el reconocimiento constitucional de la acción de amparo efectuado en la reforma de 1994- que “El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva” (Fallos: 297:93; 298:328; 310:576; 301:1061; 302:299); doctrina receptada por el máximo tribunal local T.S.J. en sus precedentes, entre otros, “GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Akrich Gustavo Raúl

c/ G.C.B.A. s/ Amparo (art.14 CCABA)”, 29/11/2006, Expte.Nº4782/06-.

Se ha señalado que el carácter sumarísimo (acción rápida y expedita) de la acción de amparo, carácter establecido por el constituyente, pretende dotar a las personas de una garantía para aquellos casos en los que se presentan determinadas circunstancias que no admiten la tramitación de un juicio bajo los moldes más complejos, estrictos y dilatados de los procesos comunes.

Las circunstancias aludidas, que operan como *conditio sine qua non* para admitir un amparo son, básicamente, la necesidad de una actuación judicial urgente que prevenga o repare consecuencias notoriamente disvaliosas para quien acciona, y el carácter manifiesto de la conducta lesiva. –cfr. voto del Dr. Julio B. Maier en fallo del T.S.J. citado-.

En tal orden se concluyó que, si uno u otro recaudo no están presentes, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales -y no sólo la acción de amparo—, se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. –voto citado; y voto Dra. Ana María Conde y Dr. José Osvaldo Casás, en el fallo del T.S.J. citado-.

La arbitrariedad o ilegalidad manifiestas requieren que la lesión de los derechos o garantías reconocidos, resulte del acto u omisión de la autoridad pública de manera clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos y de amplio debate o prueba –cfr. CSJN Fallos: 306:1253; 307:747-.

La ilegalidad del acto lesivo debe evidenciarse en forma notoria, siendo insuficiente alegar una conducta estatal cuestionable sosteniendo que afecta o restringe algún derecho constitucional –cfr. C.N.A.C.Fed., Sala V, “Auman”, del 13/11/1995-.

La acción de amparo requiere que la presunta violación a los derechos constitucionales aparezca con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en virtud de la escasa amplitud de debate y prueba que el carácter de la acción permite -cfr. CACAT, Sala II, “Giannattasio, Jorge Horacio y Otros c/ G.C.B.A. (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires – ex IMOS) s/ Amparo”, del 28.5.2001-; siendo inviable la pretensión de utilizarla como un medio susceptible de reemplazar a las vías procedimentales ordinarias – C.N.A.C.A.Fed., Sala II, “Mastrolli”, del 27/4/2000-.

2.- Que cabe adelantar que la cuestión planteada por el amparista no reúne los

requisitos de admisibilidad de la acción de amparo que justifican el trámite de la pretensión por esta vía excepcional. De los argumentos de hecho y de derecho esgrimidos en la demanda, se advierte que la cuestión traída a debate por el amparista se refiere a la revisión judicial de la denegatoria a prescribir por parte de su profesional médica tratante y consiguiente suministro por parte de la Autoridad Administrativa, de cannabis de la especie sativa o índica (marihuana) por los efectos paliativos del dolor que le provoca; o en su defecto, obtener autorización judicial para su autocultivo.

En este sentido, el Decreto N° 722/PEN/1991, modificado por su similar 299/2010, cuya impugnación constitucional efectúa el actor, considera como estupefaciente a los efectos establecidos en el último párrafo del artículo 77 del Código Penal a la sustancia cannabis y resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis – sinonimia marihuana, entre otras sustancias –v. Anexo-.

Sin embargo, de lo que aquí se trata no es de la imputación penal que emerge de esas normas respecto del consumo de marihuana, cuestión que hace a la intimidad personal y amparada por el art. 19 de la C.N. conforme reconocida jurisprudencia –CSJN in re “Arriola”, sentencia del 25.08.2009-, sino de la denegatoria a la prescripción y suministro de una medicina no autorizada legalmente por parte de una profesional dependiente del GCBA.

Al efecto, las actividades referidas a la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana están sometidas a la Ley Nacional N°16.463, reglamentada por el Decreto N° 9.763 y su similar N° 150/92 y demás normativa que en su consecuencia se dicten; tales actividades sólo pueden realizarse previa autorización y bajo control del (entonces) Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública quien ejerce el poder de policía sanitaria referente a dichas actividades, funciones que en la actualidad han sido asumidas por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), ente descentralizado de la Administración Pública Nacional creado por Decreto N° 1490/92, que actúa en el ámbito de la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social.

En este sentido se ha sostenido que “Es ratio manifiesta de la ley 16.463 y su decreto reglamentario 9763 evitar el uso indebido de medicamentos, así como

determinar la peligrosidad de éstos, su comprobada y comprobable acción y finalidades terapéuticas y sus ventajas científicas, técnicas o económicas, de acuerdo con los adelantos científicos” -Fallos 310:112-.

Y en este contexto ha dicho el Alto Tribunal que “...está fuera de discusión que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales, así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan.” -Fallo cit., considerando 13)- Al efecto, no puede dejar de señalarse que “no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que les corresponden a los otros poderes” - Fallos 310:112 cit.-.

Y es en ese contexto normativo reseñado que no se advierte la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la actividad estatal requerida para la procedencia de la acción intentada. Tampoco se observa como procedente la pretensión subsidiaria deducida -autorización judicial para el autocultivo de marihuana-, en tanto es una actividad legalmente prohibida -art. 204 quater del Código Penal, según texto Ley N° 23.737, modificada por su similar N° 24.424-, sin que quepa a la jurisdicción tomar decisión al respecto.

En tales condiciones, la presente acción de amparo incoada resulta manifiestamente improcedente y corresponde su rechazo “in limine” en los términos del art. 5 de la Ley de Amparo 2145. Por las consideraciones expuestas,

RESUELVO:

Rechazar “in limine” la acción de amparo incoada por el amparista en los términos del art. 5 de la Ley 2145. Regístrese, notifíquese y a la Sra. Fiscal en su público despacho; oportunamente, archívese.

LIDIA E. LAGO (JUEZA)

“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)”

(Expediente N° 44899/0 – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT DE C.A.B.A. – SALA III – 12/2012)

Buenos Aires, de diciembre de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. La jueza de primera instancia rechazó in limine el amparo iniciado por el Sr. Alejandro Ricardo Cibotti (v. fs. 14/16 vta.).

Afirmó que la cuestión planteada no reúne los requisitos de admisibilidad de la acción que justifiquen esta vía procesal excepcional. Afirmó que el decreto 722/PEN/91, modificado por su similar 299/10, cuya impugnación constitucional efectúa el actor, se relaciona con la categorización de estupefaciente de la sustancia cannabis, resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis a los efectos del artículo 77 del Código Penal.

Entendió que el pedido de revisión judicial de la denegatoria de la prescripción médica de cannabis de la especie sativa o índica (marihuana) se encuentra regulada en la ley nacional 16463, reglamentada por el decreto 9763 y su similar 150/92, la que establece que todo producto de uso y aplicación en la medicina humana solo puede realizarse previa autorización y bajo el control de la Administración Nacional de Medicamentos y Tecnología Médica (ANMAT), creada por el decreto 1490/02.

Bajo esas premisas citó jurisprudencia de la Corte Suprema y concluyó que no advertía arbitrariedad manifiesta de la actividad estatal, requisito para la procedencia de la acción.

Asimismo, sostuvo que en tanto el cultivo de marihuana es una actividad prohibida no cabe a la jurisdicción tomar decisión al respecto (conf. art. 204 quarter del Cód. Penal, según texto ley 23737, modif. por la ley 24424).

II. La decisión reseñada fue apelada por el actor a fs. 54/57 vta.

Al fundar sus agravios sostuvo que el rechazo resultó extemporáneo de acuerdo a lo prescripto en el artículo 5º de la ley de amparo local.

Aseveró que la jueza de grado efectuó una valoración restrictiva de los requisitos de procedencia de la acción de amparo. Aclaró que la norma que impugna (art. 5º, inc. a, de la ley 23737) es la que declara ilegal el cultivo de cannabis a diferencia del artículo 204 del Código Penal, citado por la a quo, que reprime la venta sin autorización de

sustancias médicas que requieran receta.

En sustento de sus dichos, citó el fallo “Arriola” de la CSJN y afirmó que resulta tautológico rechazar un planteo de inconstitucionalidad de una norma que prohíbe, bajo pena de prisión, una cierta actividad, fundando el rechazo en que la misma norma la declara una actividad ilegal.

III. Es sabido que la facultad de rechazar in limine un amparo es excepcional, reservada para aquellos supuestos en los que sea clara y manifiesta la falta de configuración de los recaudos constitucionales que hacen a su procedencia (v. Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefin, *El amparo régimen procesal*, Librería Editora platense, p. 65 y sig.).

Cabe destacar que en esta etapa del proceso se deben analizar los recaudos que hacen a la admisibilidad de la acción y no a la fundabilidad de la pretensión.

En rigor, no puede ignorarse a los fines de evaluar si corresponde dar trámite a la acción de amparo los derechos constitucionales que se dicen afectados y las circunstancias particulares del caso.

Así las cosas, a la luz de lo establecido en la Constitución Nacional (art. 43, 75, inc. 22) y la local (arts. 10 y 14) el rechazo in limine debe reservarse para situaciones que excedan a todas luces el marco procesal elegido.

Del relato contenido en la demanda surge que el actor, como consecuencia del HIV, tiene enfermedades refractarias, tales como hepatitis C y polineuropatía periférica en evolución. Tales patologías le provocan fuertes y permanentes dolores, además de generar aislamiento, angustia, depresión y desasosiego.

Por distintas razones que alega en su presentación inicial, peticona la prescripción y suministro de marihuana para uso medicinal o, en subsidio, una autorización para cultivar la droga indicada. Las circunstancias personales apuntadas no pueden ser omitidas al resolver sobre la procedencia formal de la acción, a lo que cabe añadir que en autos están comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, su desarrollo (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Tratados internacionales oportunamente invocados por la demandante).

En dicho contexto no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia de la

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

Por todo ello, habiendo dictaminado la Sra. Fiscal, este Tribunal sobre la base de los fundamentos de hecho y derecho señalados,

RESUELVE:

1) Revocar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó in limine litis la presente acción de amparo.

2) Remitir las actuaciones a la Secretaría General a fin de que un nuevo magistrado sustancie la presente acción. Regístrese –en el libro de amparos–, notifíquese, a la Sra. Fiscal de Cámara en su público despacho, a la actora por Secretaría, y devuélvase al Juzgado de origen.

SALA III DE LA CÁMARA CAYT DE LA C.A.B.A.

“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)”

(Expediente N° 44899/0 – JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 DE C.A.B.A. – 13/08/2015)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13 de agosto de 2015.

VISTOS:

Estas actuaciones en estado de dictar sentencia de las que,

RESULTA:

1. Que el señor A. R. C., por su propio derecho, promueve acción de amparo en los términos del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 43 de la Constitución Nacional y de la ley 2145, contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES a fin de que se revoque el acto denegatorio emanado del HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS DR. E. TORNÚ, por cuanto vulneraría principios y derechos constitucionalmente garantizados y, por tanto, resultaría un acto administrativo arbitrario, desigual, discriminatorio, injusto e inconstitucional, en flagrante menoscabo a sus intereses y derechos personalísimos.

Solicita, en consecuencia, se ordene al demandado que, por medio de las autoridades que correspondan, proceda a prescribir y suministrar cannabis de la especie sativa o índica (marihuana) en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas. Subsidiariamente, en caso de que ello resulte imposible, solicita se lo autorice a realizar su cultivo.

Refiere que es una persona adulta que convive con VIH, lo que ha significado muchos años de dolor y sufrimiento, conforme ilustra con la historia clínica del HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS DR. E. TORNÚ —del Gobierno de la Ciudad— que acompaña.

Añade que, producto de ello, tiene enfermedades refractarias, tales como hepatitis C desde el año 1992 y polineuropatía periférica en evolución —las que le producen un permanente dolor físico de gran intensidad— y, en la esfera emotiva, aislamiento, angustia, depresión y desasosiego.

Describe que para aliviar su dolor se le prescribe metadona —cuya dosis llegó a alcanzar 3,5 mg. cada 8 horas— y antidepresivos.

Explica que, ante la desesperación por sus dolores y las fuertes dosis de

metadona que ingería, decidió consumir cannabis de la especie sativa o índica de modo terapéutico, con lo que logró reducir a lo largo del tiempo las dosis de metadona de 15 a 1,5 mg. por día.

Expresa que ante este hecho de gran satisfacción en lo personal —ya que ha bajado significativamente la dosis de metadona gracias al uso terapéutico de cannabis y que el alivio de su dolor mejora transversalmente todos los aspectos de su vida— solicitó a su médica tratante del HOSPITAL TORNÚ, Dra. T.A.F., especialista en dolor y cuidados paliativos, que le prescribiera cannabis sativa o índica para su tratamiento de neuropatía periférica de los cuatro miembros.

Manifiesta que, frente a ello, la profesional le extendió un certificado denegatorio en el que señala que no podrá prescribirlo por cuanto el cannabis no constituye una medicación legal.

Indica que tanto la metadona como el cannabis se encuentran incluidas en el listado de sustancias consideradas estupefacientes a los efectos del Código Penal y de la ley nacional 23.737, conforme decreto 722-PEN-1991 y su modificatorio 299-PEN-2010 y subraya que, sin embargo, desde hace años se le prescribe metadona en altas dosis —aunque sólo para cuidados paliativos— pero en la actualidad se le deniega la prescripción de cannabis en su estado natural, sin químicos, para su uso medicinal.

Entiende que, de este modo, la denegatoria de la autoridad administrativa reviste el carácter de injusta, arbitraria, discriminatoria e ilegítima y cercena su derecho a la salud, a su integridad física y a su dignidad frente a la patología con la que convive.

Concluye que en virtud de lo expuesto se ve compelido a iniciar la presente acción de amparo.

Alega sobre la competencia del Tribunal y la procedencia de la vía intentada, describe los derechos que considera conculcados y plantea la inconstitucionalidad del decreto 722-PEN-1991 y su modificatorio 299-PEN-2010 “[con] relación a la inclusión de cannabis para su uso medicinal en los alcances de la ley [nacional] 23.737 y del art. 14 de la ley [nacional] 23.737” (cfme. fs. 7).

Finalmente, ofrece prueba y funda en derecho su petición.

2. Que a fs. 11 se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, que dictaminó a fs. 12 y concluyó —con cita de los arts. 1º y 2º del CCAyT y 7º de la ley 2145— que el Tribunal resultaba competente para entender en estas actuaciones.

A fs. 14/16 la Sra. Juez previniente resolvió rechazar sin sustanciación la acción

de amparo incoada por el amparista en los términos del art. 5° de la ley 2145, medida que fue apelada por la parte actora a fs. 54/57.

A su turno, la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero decidió revocar la sentencia de primera instancia y ordenó la remisión de la causa a Secretaría General a fin de que sea sustanciada por un nuevo magistrado (fs. 71/72).

En ese estado llegaron los autos a conocimiento de este tribunal y a fs. 81 se dispuso correr traslado de la demanda.

3. Que a fs. 109/113 se presentó el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contestó demanda.

Formula las negativas de rigor y esgrime que la acción instaurada resulta genérica, imprecisa y no ajustada a la realidad, que la pretensión es confusa, en tanto se limita a señalar que la observancia de la ley por parte de una médica del HOSPITAL TORNÚ configura un acto injusto, arbitrario, discriminatorio e ilegítimo, y que tal aseveración configura un despropósito jurídico, en tanto el amparo no fue ideado “para evitar que la Administración cumpla con la normativa vigente, ni tampoco para que sus funcionarios cometan delitos so pretexto de preservar derechos ajenos” (cfme. fs. 110).

Precisa que en la especie no concurren conductas ni omisiones manifiestamente arbitrarias y/o ilegítimas por parte de las autoridades del GCBA, quienes en todo momento han dado cumplimiento con el ordenamiento jurídico vigente en materia de salud, e insiste en que el cumplimiento de una obligación legal por parte de la autoridad administrativa no puede convertir en ilegítimo a acto alguno.

Aduce que la demanda omite indicar las normas que en el caso se hallarían incumplidas y/o violadas por parte de la demandada y habilitarían esta garantía constitucional y que resultaría inadmisibles obligar a un médico del GCBA a cometer un delito castigado por la ley nacional 23.737.

Cuestiona, asimismo, la pretensión del amparista de que se le suministre o se le autorice cultivar la sustancia, ya que la accionada no tiene posibilidad de acceso a ella — en tanto tal hecho configura un delito penal— y por cuanto la pretendida autorización implicaría un acto nulo de nulidad absoluta e insanable.

Concluye que el objeto del amparo resulta fáctica y jurídicamente imposible, que no puede obligarse a una persona a cometer un delito y que no se advierte una acción u omisión por parte del GCBA que viabilice la presente acción de amparo.

Cita jurisprudencia que considera aplicable al caso, alega sobre la improcedencia

de la vía intentada, refiere a la ausencia de caso, causa o controversia y plantea cuestión constitucional y caso federal.

4. Que la parte actora solicitó se declarara la cuestión como de puro derecho, lo que fue rechazado a fs. 149, y a fs. 150 se abrió la causa a prueba y se proveyó la ofrecida por la parte actora y por la parte demandada.

Constan asimismo en autos presentaciones efectuadas en carácter de “amigos del Tribunal” por diversas organizaciones, entre ellas Asociación Rosarina de Estudios Culturales (AREC), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación de Pensamiento Penal (APP), etc. (ver f.s 142/45 y fs. 226/296).

Una vez producidas las medidas ordenadas, a fs. 215 se remitieron los autos al Ministerio Público Fiscal a fin de que tomara intervención en relación con los planteos de inconstitucionalidad efectuados por la parte actora a fs. 7.

A fs. 217/222 se pronunció la señora Fiscal, quien en lo sustancial sostuvo que el actor no lograba desarrollar una argumentación sólida que justificara la declaración de inconstitucionalidad requerida. Apuntó que el demandante “se limita[ba] a alegar que sus derechos amparados constitucionalmente se [veían] lesionados con el actuar de la administración, pero no determina[ba] en forma clara y precisa de qué manera las normas impugnadas le genera[ban] en el caso concreto un gravamen o perjuicio” (v. fs. 218 vta./219).

Luego de efectuar ciertas consideraciones sobre cada norma en particular, precisó que no resultaba aplicable al caso la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal citada por el accionante —Sala I, in re “B.R., R”, expte. 41.025, del 3 de junio de 2008—, que había declarado la inconstitucionalidad del art. 5, inc. a) de la ley nacional 23.737, “por cuanto los hechos ventilados en tal causa no se relacionan con la siembra, cultivo o guardado de cannabis para uso medicinal”. Tampoco consideró de aplicación la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arriola” —Fallos, 332: 1963— pues “la Corte no trató en dicha oportunidad la validez del artículo 5 aquí cuestionado” (v. fs. 221 vta.).

Finalmente, a fs. 300 pasaron los autos a resolver, providencia que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

5. Que, en primer lugar, y toda vez que la demandada ha negado que el amparo

constituya el medio más idóneo a los fines perseguidos por el actor, corresponde analizar el aspecto relativo a su admisibilidad formal.

Conviene recordar, previo a todo, que los presupuestos de procedencia de la acción de amparo han sido establecidos por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad. De este modo, en su parte pertinente, la Constitución porteña establece que este remedio judicial, de carácter rápido y expedito, permite cuestionar “todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte”. Esta norma fija los requisitos constitucionales de la acción de amparo.

Como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (Fallos 306: 1253; y 307: 747).

Luego, resulta procedente cuando la acción u omisión cuestionada reúna prima facie los caracteres de ilegitimidad o arbitrariedad y ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. A su vez, es preciso que se presente una situación de urgencia que dé mérito a la tramitación de esta vía sumarísima y libre de formalidades procesales, de modo tal que conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso se advierta que remitir el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular del derecho presuntamente lesionado. Precisamente por esta última consecuencia la acción de amparo ha sido erigida como garantía constitucional, prevista para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías y en ello consiste su específica idoneidad como vía procesal.

No se trata de una acción excepcional o heroica, sino que tal “excepcionalidad” sólo puede entenderse “como una especificación del principio de que, en un Estado de Derecho, también son o deberían ser ‘excepcionales’ las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de las autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en

cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción” (Voto de la Dra. ALICIA RUIZ, en autos “Vera, Miguel Angel”, TSJ, resueltos el 4 de mayo de 2001).

En igual sentido se ha expresado la Cámara del Fuero al sostener que la acción de amparo constituye una garantía constitucional otorgada a los particulares para tutelar de manera rápida y eficaz sus derechos y, por lo tanto, su procedencia debe ser analizada con criterio amplio, conclusión que se ve corroborada, en el ámbito local, por la disposición contenida en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, según el cual el procedimiento de amparo está desprovisto de formalidades que afecten su operatividad (Sala I, in re “Asesoría Tutelar”, del 1/6/2001).

La existencia de una actuación que se considera irregular, por afectar derechos de raigambre constitucional, torna admisible esta vía cuando lo hace en forma manifiesta. Sobre el punto, resulta insoslayable recordar que la Sala III de la Cámara del fuero —en decisión unánime de los Dres. HORACIO CORTI, HUGO ZULETA y GABRIELA SEIJAS— revocó en su momento el rechazo in limine de la presente acción (ver fs. 71/72). En tal ocasión, señaló que las circunstancias personales del amparista no pueden ser omitidas al resolver sobre la procedencia formal de la acción y que en autos “están comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad y su desarrollo (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Tratados internacionales)” y que “en dicho contexto no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia de la pretensión, lo que basta para admitir la vía expeditiva intentada y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenta con especial resguardo constitucional”.

De ese modo, tal como lo ha resuelto la Cámara, queda configurada una aparente lesión a derechos, que permiten considerar presentes los recaudos constitucionales del amparo, al menos en su plano formal.

Lo expuesto me permite concluir que los referidos requisitos constitucionales de viabilidad del amparo se encuentran claramente reunidos, por lo que, desde el punto de vista formal, resulta admisible en el caso.

6. Que, tras la sustanciación de las presentes actuaciones, y en virtud del modo en que ha quedado planteada la controversia de autos, he de tener por acreditados los

siguientes hechos, relevantes a los fines de adoptar una decisión respecto del fondo de la cuestión.

a) El actor, A.R.C. —de cincuenta y cuatro años de edad— contrajo VIH aproximadamente en 1992 y padece asimismo hepatitis C (ver historia clínica remitida por el HOSPITAL TORNÚ, fs. 188/209, en adelante HC).

b) En noviembre de 2009 concurrió al Servicio de Anestesiología del HOSPITAL TORNÚ y comenzó a recibir asistencia respecto de una “polineuropatía periférica de los cuatro miembros” que sería producto del VIH (fs. 188/191, HC).

En ese momento se dejó constancia de que el actor presentaba una “neuropatía periférica de 7 años de evolución con exacerbación hace 5 meses. Dolor quemante desde cintura escapular hasta punta de los dedos de los pies. Parestesia en ambas manos” (fs. 195, HC).

Asimismo, la “interferencia del dolor” durante las últimas 24 horas se reflejaba (en una escala del 0 al 10) del siguiente modo (fs. 193, HC):

- i. Actividad en general: “10” (impide cualquier actividad)
- ii. Estado de ánimo: “10” (influye mucho)
- iii. Capacidad para caminar: “9”
- iv. Trabajo normal (ya sea en casa o afuera): “10” (limita del todo)
- v. Relaciones con otras personas: “10” (impide cualquier relación)
- vi. Sueño: “10” (lo impide del todo)
- vii. Capacidad de diversión: “10” (impide cualquier diversión).

c) Tras la consulta de admisión, el actor comenzó a recibir a fines de 2009 un tratamiento paliativo del dolor en el mencionado nosocomio de la demandada. En ese marco se le prescribieron diversas drogas, principalmente metadona, y también pregabalina, paracetamol, alprazolam, rivotril, amitriptilina, clonazepan (ver declaración testimonial de la profesional interviniente T.A.F., médica anestesióloga especialista en dolor y cuidados paliativos, fs. 176/77 y constancias de la HC).

d) La pregabalina se encuentra incluida en el “listado de sustancias de riesgo” —controlada bajo la condición de venta bajo receta archivada—, en tanto que el alprazolam, la amitriptilina y el clonazepan son piscotrópicos alcanzados por las prescripciones del decreto-ley 19.903/72. Todas ellas pueden producir “mareos, sedación, sequedad de boca, constipación y, en particular la amitriptilina, puede generar arritmias” y su combinación “puede provocar insuficiencia renal crónica e hipertensión

arterial crónica en la pregabalina” (fs. 176 vta. in fine).

e) La metadona es un estupefaciente (en los términos del decreto-ley 17.818/68 y ley 23.737). Se trata de “un opioide fuerte”, con efectos secundarios o colaterales y adversos. Éstos últimos pueden ser “alucinaciones, constipación pertinaz, dependencia farmacológica, depresión respiratoria por sedación profunda”; en tanto que los “secundarios o colaterales” pueden presentarse como “constipación, mareos, prurito o picazón y sedación” (fs. 176/77, declaración testimonial de la profesional médica interviniente).

f) En el curso del tratamiento iniciado en 2009, el actor presentó efectos secundarios y adversos por la ingesta de metadona, consistentes en mareos que no le permitían trabajar y constipación pertinaz (fs. 176/77, declaración testimonial de la profesional médica interviniente).

g) Frente a esta situación, comenzó a consumir por propia iniciativa cannabis en forma oral —como “extracto/aceite” o como infusión— lo que le produjo mejorías sensibles en su salud. A saber, “alivio de dolor, disminución de ansiedad y mejora en los patrones de sueño”. Ello facilitó su rehabilitación y mejoró su calidad de vida, además de su humor y estado de ánimo. Asimismo, comenzó a disminuir gradualmente el consumo de las drogas que se le habían prescrito originalmente (fs. 17 bis y fs. 176/77, declaración testimonial de la profesional médica interviniente).

h) El 7 de junio de 2012 el actor solicitó a la profesional que lo asiste en el HOSPITAL TORNÚ que le prescribiera cannabis sativa para el tratamiento de su polineuropatía periférica, a lo que ésta respondió por escrito que le resultaba imposible “al no ser una medicación legal” (ver constancia de fs. 17/17 bis).

7. Que corresponde a continuación realizar un breve y esquemático recorrido por el marco normativo general involucrado en los principales ejes jurídicos de caso.

7.a. Derecho a la salud (dignidad de la persona humana y autonomía individual). Tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19 de la Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata

de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal (art. 19 de la Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida —principio de autonomía—.”

“A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), entre ellos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos — Pacto de San José de Costa Rica— e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.”

“El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (en autos “Asociación Benghalensis y otros c/Mo. de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/amparo”, del 1º de junio de 2000; Fallos, 323: 1339).

Así los derechos a la autonomía personal, a la dignidad, a la intimidad y a la salud se encuentran íntimamente vinculados y han sido ampliamente consagrados en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 19, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 4º, 5º y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y arts. 6º y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Preámbulo y art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y art. 20 de la Constitución de la Ciudad).

En este sentido, han sido invocados en casos en lo que se debatían los derechos de los pacientes a decidir sobre el rechazo de tratamientos médicos específicos y, en este marco, el Máximo Tribunal remarcó que “es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley

26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2º inc. e)” (in re “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, del 1º de junio de 2012; Fallos, 335: 799, el destacado no es original).

En este sentido, la referida ley 26.529 consagra los derechos del paciente en su relación con los profesionales y las instituciones de la salud y garantiza, en ese orden, el derecho a la asistencia, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad, a la información, y expresamente la autonomía de la voluntad de las personas.

Más específicamente, el art. 2º prevé el derecho del paciente a recibir “un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales” y establece que toda actividad médico-asistencial que tenga por objeto obtener, clasificar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente “debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad [de aquél] y la confidencialidad de sus datos sensibles” (v. incs. b y c). En particular, la norma recepta, como una clara expresión de la autonomía de la voluntad, el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente la manifestación de la voluntad, sin que ello signifique la interrupción de las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente (inc. c).

Desde esta perspectiva, el art. 5º de la ley exige diversos recaudos para asegurar que el consentimiento del paciente sea informado, esto es, que éste cuente con información clara, precisa y adecuada en cuanto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos, la existencia de procedimientos alternativos, las consecuencias previsibles, el derecho que le asiste a rechazar los procedimientos en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o terminal, y el derecho a recibir cuidados paliativos.

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

oneroso o gratuito.

Precisamente, el art. 5º establece que “[s]erá reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con planta o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otro, estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a ciento veinte mil australes. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco a quince años. En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo receipta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”.

A su vez, el art. 14 dispone que “[s]erá reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

Por otro lado, el art. 9º de la ley prescribe que “[s]erá reprimido con prisión de dos a seis años y multa de tres mil a cincuenta mil australes e inhabilitación especial de uno a cinco años, el médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrare o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias. Si lo hiciera con destino ilegítimo la pena de

reclusión o prisión será de cuatro a quince años”.

En este punto, cabe precisar el significado de los conceptos empleados de acuerdo a las pautas del Código Penal de la Nación. En relación con el término “estupefacientes”, el artículo 77 especifica que comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se encuentren incluidos en las listas que elabora y actualiza periódicamente por decreto el Poder Ejecutivo de la Nación. Así, el decreto 722-PEN-2015 —que sustituye el anexo I del decreto 722-PEN-1991— aprobó la última lista de estupefacientes a los efectos establecidos en el art. 77, que comprende en el n° de orden 45 al cannabis, resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis.

8. Que de una primera y provisoria aproximación al confronte entre los hechos invocados por el actor, las pretensiones que expresa en su demanda y el marco jurídico general aplicable al caso, es posible concluir preliminarmente que se configuraría en autos un caso que requeriría de la intervención judicial para su resolución. Ello por cuanto, determinadas normas vigentes —legales y/o reglamentarias— impedirían al actor acceder a determinadas sustancias o tratamientos que mejorarían considerablemente sus condiciones de existencia, mitigando los efectos de las dolencias que padece.

En ese orden, la innegable sensibilidad y trascendencia de la cuestión aquí debatida exigen extremar el escrutinio de las circunstancias fácticas y jurídicas que el caso presenta a fin de analizar si existen alternativas que permitan contemplar la situación del actor —y el amparo de los derechos que considera vulnerados— dentro del régimen jurídico vigente.

8.a. En esta línea, una primera cuestión a despejar radica en determinar si existen otros métodos para abordar la polineuropatía periférica que padece el actor que no impliquen la utilización de cannabis; si ha podido tener acceso a ellos en el marco de los efectores de salud de la demandada y, en su caso, cuáles han sido los resultados obtenidos.

Se ha afirmado que la neuropatía periférica se inscribe dentro de las diversas posibles causas de dolores crónicos y “[s]e define como un dolor constante o intermitente, quemante o lancinante, fijo o continuo, debido a una enfermedad generalizada o a la lesión de un nervio. [...] Puede adoptar diversas presentaciones: a) dolor quemante, superficial y distal a la lesión, a menudo con disestesia constante y en

el territorio del nervio afectado; b) dolor fijo y continuo, sobre todo nocturno, y c) dolor agudo, intenso, lancinante e intermitente, especialmente en las extremidades” (cfme. Manual de Terapéutica Médica; RODÉS, JUAN; CARNÉ, XAVIER; TRILLA, ANTONI [directores]; Barcelona, Masson, 2002, p. 71, las negritas no pertenecen al original).

Si bien sus posibles causas son numerosas, “un tercio de los pacientes [con VIH] desarrolla neuropatía” y el tratamiento del dolor en estos casos “sigue los mismos principios que en el dolor neoplásico. Deben utilizarse los opioides en estos pacientes si lo requieren a pesar del riesgo de su utilización de forma aberrante por la posible farmacodependencia que presentan algunos de estos pacientes” (cfme. op. cit., p. 73/4).

Sobre el punto, ha de tenerse presente que “[a]ctualmente la utilización de los opioides en el dolor crónico no oncológico es un tema de controversia. Algunos autores argumentan que, si no existe otro tratamiento que pueda aliviar el dolor, es lícito utilizar un opioide; en el lado contrario, se deniega su empleo con el argumento de que se desconoce el peligro que puede suponer la administración de estos fármacos durante muchos años. Es evidente que el tratamiento con opioides en pacientes con dolor crónico no debe ser una primera opción, pero no debería negarse el derecho a recibirlos en aquellas situaciones en las que suponen el único tratamiento eficaz para aliviar el dolor. Lo deseable sería que la decisión final de iniciar un tratamiento con opioides en pacientes con dolor crónico no oncológico fuera tomada por un equipo de dos o más médicos. Asimismo, es aconsejable la obtención de un consentimiento informado y escrito por parte del paciente” y prever un tratamiento preventivo para posibles reacciones adversas, como “el estreñimiento, las náuseas, la somnolencia y el prurito” (op. cit., p. 66/67).

En otro orden, ha de tenerse presente que “[e]l dolor sólo puede tratarse correctamente si se ha evaluado correctamente. El paciente es la sola persona capaz de evaluar la intensidad de su propio dolor”. Asimismo “[e]l resultado de las evaluaciones debe ser anotado en la historia del paciente con la misma propiedad que las otras constantes vitales” y se destaca que “[l]a elección del tratamiento y la dosis se guía no solamente por la evaluación de la intensidad del dolor sino también por la respuesta del paciente que puede ser muy variable en función del individuo” (cfme. Guía clínica y terapéutica para uso del personal sanitario cualificado en programas curativos en hospitales y dispensarios; BROEK, I.; HARRIS, M.; HENKENS, M.; MEKAOUI, H.; PALMA, P.P.; SZUMILIN, E. y GROUZARD, V. [Comité editorial], Edición 2013, disponible en el sitio

web de la Organización Mundial de la Salud, ISBN 2-906498-87-4, p. 31).

En virtud de lo expuesto, he de concluir que conforme surge de los elementos de prueba reunidos en el expediente el actor recibió en el Hospital Público al que asiste un tratamiento conforme lo indica la terapéutica y que las reacciones adversas que éste le produjo, son las que usualmente pueden presentarse en estos casos.

Así, respecto del interrogante planteado al comienzo de este apartado, tengo por probado que, en efecto, no sólo existen tratamientos para neuropatías periféricas que no contemplan el uso de cannabis (o sus derivados o productos a base de ella), sino que son los que indica la terapéutica, si bien ha comenzado a presentarse controversia al respecto. En gran medida se basan en la prescripción de opioides prohibidos por la ley 23.737 —al igual que el cannabis— y, si bien el actor tuvo acceso a ellos en los efectores de salud de la demandada, le produjeron graves efectos secundarios.

8.b. Determinado lo que antecede, ha de recordarse que la legislación penal vigente en nuestro país reprime con prisión, multa e inhabilitación especial al “médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrare o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias” y establece como agravante el hacerlo “con destino ilegítimo” (artículo 9, ley 23.737).

i. De allí que el uso medicinal de las sustancias previstas en los listados anexos de la ley 23.737 —respecto de las cuales el legislador ha evaluado que revisten de una peligrosidad tal que incluso su mera tenencia se encuentra severamente reprimida con pena privativa de la libertad (cfme. artículo 14)— en los casos “que indica la terapéutica” y en las dosis necesarias, no se encuentra alcanzado por la prohibición penal.

En efecto, uno de esos estupefacientes prohibidos es el opioide denominado “metadona”, principal droga utilizada para el tratamiento del actor, conforme lo indica la terapéutica y le fue prescripto en el efector de la demandada. Es decir, que no obstante su calificación como “droga peligrosa” —cuya mera tenencia es reprimida con pena de prisión— y prohibida su “prescripción, suministro o entrega” efectuado por un médico u otro profesional autorizado para recetar, no constituye delito que sea prescripta o suministrada si se lo hace “en los casos que indica la terapéutica” y dentro de las “dosis necesarias”.

ii. En este punto, cabe analizar la situación de la pretendida “prescripción,

suministro y/o entrega” de cannabis al actor frente a la excepción prevista en el artículo 9° de la ley 23.737, respecto del “uso terapéutico” de sustancias prohibidas.

Sobre la cuestión ha de recordarse que existen numerosos países que receptan con distintas modalidades y alcances (ya sea mediante formas de consumo directo o través de fármacos derivados, como por ejemplo el Sativex) el uso medicinal del cannabis.

Sin pretender efectuar una enumeración exhaustiva, entre los países europeos pueden mencionarse el Reino Unido, España, Alemania, Italia, Suecia, Dinamarca, Austria, República Checa, Bélgica, Finlandia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Suiza. En nuestro continente lo prevén numerosos estados de la Unión Americana (Alaska, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, Vermont, Washington, y District of Columbia), Canadá, Uruguay y Chile.

Sin embargo, en nuestro país la autoridad administrativa competente en la materia no ha autorizado aún el “uso medicinal o terapéutico” del cannabis, ni éste se encuentra tampoco reconocido de modo amplio o difundido como integrante de la terapéutica.

8.c. De lo expuesto precedentemente, cabe concluir que efectivamente se presenta en el caso una situación en la cual ciertas normas penales conspirarían contra la posibilidad de un adecuado ejercicio y goce de derechos individuales del actor (salud, dignidad, intimidad, autonomía). Como se expuso, este conflicto tampoco podría ser resuelto en la sede administrativa en la que el actor recibe los servicios de salud a través de algunas de las “válvulas de escape” que prevé la normativa penal a los efectos sanitarios, por lo que se torna necesaria la intervención judicial.

9. Que sentado lo expuesto, corresponde a continuación determinar de qué modo habrá de resolverse el conflicto planteado. Esto es, a qué plexo normativo se le dará preeminencia o de qué modo habrán de articularse las disposiciones legales en principio contrapuestas.

A tal fin, habré de recurrir: a) en primer lugar a los principios generales fundamentales que, conforme lo han resuelto los niveles más altos de nuestro sistema jurisdiccional, deben animar toda la interpretación normativa necesaria para resolver

casos concretos; b) en segundo lugar, a las pautas jurisprudenciales elaboradas por nuestra Corte Suprema de Justicia que se ajusten a tales principios y cuyas circunstancias de hecho y de derecho resulten aplicables al caso de autos.

9.a. Al momento de resolver casos que involucran derechos como los que aquí se debaten resulta imprescindible recurrir como guía interpretativa, al principio pro homine o pro persona, que informa todo el derecho de los derechos humanos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2 de la ley 23.054), dispuso: ‘Los Estados ... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’ (O.C. – 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145)” (en autos “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, del 5 de marzo de 2002; Fallos, 325: 292).

Los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) constituyen instrumentos que impulsan la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos allí consagrados y que, sumados al principio pro homine —que resulta connatural con estos documentos—, obligan al intérprete a escoger, dentro de lo que las normas posibilitan, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (CSJN, in re “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”, del 3 de mayo de 2007; Fallos, 330: 1989).

En otros términos, esta regla impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (CSJN, en autos “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción”, del 23 de abril de 2008; Fallos, 331: 858), recordando que “[l]a dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general” (Fallos 333:405).

9.b. Si bien el caso en estudio no registraría antecedentes análogos en nuestro

país, existen recordados precedentes en los que la Corte Suprema ha resuelto conflictos con aristas que en algún aspecto se le asemejan —ya sea vinculadas al derecho a la vida, a la salud o al derecho a la autonomía individual e intimidad— y de los cuáles corresponde extraer pautas aplicables al presente.

i. En primer término, he de recordar en que en los autos “Saguir y Dib” el Máximo Tribunal decidió autorizar el trasplante de riñón de una hermana hacia su hermano, no obstante, la ley vigente en ese momento lo prohibía expresamente en razón de la edad de la dadora.

Para ello, se abocó a efectuar “la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico”, tarea que —destacó— debía realizarse “en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico”. En esa línea, concluyó en que, en función de los hechos probados del caso, “frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado”.

Finalmente sostuvo que “no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia” (Fallos, 302:1284).

ii. En un caso más reciente, la Corte Suprema decidió anular las actuaciones por infracción a la ley 23.737 iniciadas por personal policial —al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso— a partir de la atención del imputado por una obstrucción intestinal en el Hospital San Bernardo de la ciudad de Salta.

La mayoría del tribunal decidió recurrir a la doctrina del plenario “Natividad Frías” de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 26 de agosto de 1966 y, en esa línea, sostuvo que “el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado” (autos “Baldivieso, César Alejandro”, resueltos del 20 de abril de 2010; Fallos 333:405).

Por su parte, la Dra. CARMEN ARGIBAY, en disidencia de fundamentos, si bien propició la misma solución, diferenció las circunstancias del caso de las del que motivó el plenario “Natividad Frías”. En lo que aquí interesa, expuso que “es difícil concebir un ámbito más ‘privado’ que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada ‘en un sobre’ (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional.

Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones.

Cuando los cuidados del cuerpo son realizados por las personas con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir, al menos sin un fundamento razonable, que ha mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales.”

Finalmente, concluyó que “el deber de denunciar que pesa sobre los médicos

públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados [art. 11 del decreto ley 17.132 y art. 177, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación], y no va más allá [art. 177, primer párrafo, del CPPN].” En ese sentido, basó la nulidad de la causa penal en que su origen estuvo dado por una violación al deber de secreto profesional.

iii. En los reconocidos autos “Arriola” todos los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación unánimemente concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley nacional 23.737, en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Retomaron así, la doctrina anteriormente sentada en los autos “Bazterrica”.

Con diferente alcance según el voto, los magistrados fundamentaron la inconstitucionalidad de la ley en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional).

En ese orden, afirmaron que “toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea” y que “[l]as principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta” (considerando 13 del voto del juez LORENZETTI). Se postuló, por otro lado, que “el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (DWORKIN RONALD, *Los Derechos en Serio*, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España)” (considerando 32 del voto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO y MAQUEDA).

Por lo demás, se afirma que la problemática del consumo de estupefacientes se relaciona con el derecho a la salud, cuyo contenido debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social. Así, se ha sostenido que “tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones positivas por parte del Estado. (...) No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que

propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud”. En ese sentido, se afirmó que “no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado —cuando no incoherente y contradictorio— de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada” (considerandos 24 a 26 del voto del juez FAYT).

iv. Puede extraerse como conclusión de los tres casos reseñados, que no obstante la diversidad de los hechos que los motivan, existe un denominador común en la actuación de la Corte Suprema. Frente a una acreditada, cierta y grave afectación de derechos individuales en un caso concreto ha privilegiado la efectiva vigencia de éstos frente a la generalidad de otros bienes jurídicos tutelados en la legislación infraconstitucional (a menudo de carácter penal).

En palabras del propio Máximo Tribunal, y en orden a la efectiva vigencia del principio pro homine y su relación con los conflictos de derechos vinculados con la normativa penal, la tarea de interpretación de las normas represivas no puede agotarse en las tradicionales reglas generales, sino que “el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (en autos “Acosta” del 23 de abril de 2008; Fallos, 331:858).

En esa inteligencia, a continuación, habrá de determinarse en el caso en estudio, el modo en que puede resolverse el conflicto planteado por el actor.

10. Que corresponde a continuación abocarse al análisis específico de cada una de las pretensiones del actor, a la luz de los criterios expuestos que fluyen del mandato liberal y humanista de la Constitución nacional y el sistema internacional de derechos humanos.

10.a. Solicita el actor en primer lugar que la demandada, por medio de las autoridades que corresponda, le prescriba y suministre “cannabis de la especie sativa o índica en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas”.

He de adelantar que tal pretensión no tendrá favorable acogida. Me conducen a tal decisión las siguientes razones:

i. En primer lugar, he de recordar que las amplias obligaciones que en materia de derecho a la salud, con diversa y jerarquizada fuente, pesan sobre el estado de la Ciudad, le imponen garantizar “el derecho a la salud integral” y asegurar “a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad” (art. 20, CCABA). Tal deber comprende incluso expresamente “el suministro gratuito de medicamentos” (cfme. artículo 21, inciso 10 de la CCABA y artículos 14 y 48 de la ley 153, Básica de Salud).

Sin embargo, y tal como surge del propio objeto de la demanda que da inicio a estos actuados, la sustancia cuyo suministro pretende no se encuentra reconocida —al menos no aún— en nuestro país como “medicamento” o posible integrante de algún tipo de tratamiento en materia de salud. Por el contrario, no sólo se encuentra incluida en los listados anexos de la ley 23.737, sino que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) la ha incorporado en el listado de drogas vegetales que no pueden ser incluidas en las fórmulas de medicamentos fitoterápicos (disposición 1788/2000) o en la composición de suplementos dietarios (disposición 1637/2001).

En tal contexto, no puede desconocerse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la cual se han rechazado las pretensiones dirigidas a que el Estado u otros prestadores del servicio de salud suministren drogas o tratamientos en fase experimental y/o no autorizados para su utilización en medicina humana (vg. ver “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional”, del 27/01/1987, Fallos, 310:112 y “Buñes, Valeria Elisabet c/Obra Social Unión Personal y otro”, del 19/05/2010, Fallos, 333:690).

ii. En segundo término, pues no corresponde al Poder Judicial determinar qué tipo de tratamiento, medicamento o modo de abordar una dolencia o enfermedad corresponde aplicar en un caso concreto. Se trata de una decisión técnica específica reservada a los respectivos profesionales de la salud y, si bien existen numerosos precedentes en los que los tribunales de diversas instancias han ordenado el suministro de tal o cual medicamento o el acceso a tal o cual tratamiento; se trata de situaciones en las que esa decisión se basa en lo actuado o indicado previamente por un profesional de

la salud de modo detallado, concreto y preciso (ya sea en sede administrativa o en el marco del propio proceso judicial).

En el caso, si bien la facultativa que atiende al actor en el Hospital Tornú manifestó en su declaración testimonial que, en virtud de lo observado, el uso que el actor efectúa del cannabis “puede considerarse un uso médico terapéutico” y que se lo “prescribiría si modifica su calidad de vida” (ver fs. 176 vta.); estimo que el contexto y el tono condicional en que tales afirmaciones fueron realizadas no alcanzan a satisfacer adecuadamente el requisito antes expuesto.

En este sentido, tampoco puede perderse de vista que se encuentra prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina practicar tratamientos utilizando productos “no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública” (artículo 20, inciso 8°, del decreto ley 17.132/67).

iii. En otro orden, a mayor abundamiento y sin perjuicio de lo expuesto, no pueden soslayarse las dificultades de diversa índole que traería aparejado el cumplimiento de una manda en los términos requeridos por la actora. En efecto, ya sea el modo en que el GCBA se haría con el cannabis requerido, hasta la determinación de las “dosis necesarias y medicamento recomendadas” de un estupefaciente en estado bruto (no elaborado) cuyo uso no se encuentra autorizado en nuestro país, presentarían complejidades y eventuales problemas derivados del hecho de la prohibición legal general que aún rige al respecto.

Descartada la pretensión relativa al suministro de cannabis al actor por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en que “se lo autorice a su autocultivo”.

Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas “acciones privadas”, ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntiliosamente de aclarar que se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 C.N.).

En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en la que un

ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial para que lo “autorice” a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría — fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público.

De este modo, considerar que corresponda a un órgano estatal (como lo es este Juzgado) conceder una “autorización” para que un ciudadano desarrolle una conducta que no afectaría a terceros en su ámbito de privacidad, relacionada con su bienestar físico y mental, implicaría —más allá de la decisión sustancial del caso concreto— la negación propia y flagrante de uno de los más valiosos preceptos de nuestra Constitución. Por tal razón, estimo que no resulta procedente la pretensión interpuesta en subsidio por el actor.

Va de suyo que la paradójal situación expuesta, constituye una manifestación más de la política de “penalización total” en materia de estupefacientes, y que el actor sólo persigue contar con medios institucionales para repeler eventuales intromisiones estatales a su ámbito de privacidad basadas en la ley 23.737.

Más allá de que tal razonable preocupación no se centra en un hecho cierto ya acaecido y que tal cuestión resultaría ajena a la competencia del suscripto, no puede dejar de destacarse que los elementos de prueba ya reunidos en autos —más los que puedan colectarse en el proceso de ejecución de la sentencia que aquí se dicta— interpretados a la luz de los precedentes de la CSJN ya citados podrían contribuir a paliar tal inquietud.

10.c. Solicita asimismo el actor que se declare la inconstitucionalidad de los decretos 722-PEN-1991 y su modificatorio 299-PEN-2010 (recientemente sustituidos por el decreto 772-PEN-2015) “en relación a la inclusión de cannabis para uso medicinal en los alcances de la ley 23.737 y del art. 14 de la ley 23.737, así como de toda otra norma en la que pudiese excusarse el demandado que justifique la denegación de la solicitud de prescripción de cannabis sativa o índica en su forma natural para uso medicinal del accionante”.

En primer lugar, ha de destacarse que el hecho de que el cannabis se encuentre incluido en los listados previstos en los decretos mencionados, no necesariamente constituye el factor determinante de la proscripción de su uso medicinal. En efecto, la metadona con la que cual se realizó —y parcialmente se continúa realizando— el

tratamiento del actor en el HOSPITAL TORNÚ de la demandada, se encuentra comprendida en las previsiones de tales decretos y, por ende, en las prohibiciones de la ley 23.737 y, no obstante ello, su uso como especialidad medicinal se encuentra expresamente autorizado por la ANMAT (ver, por ejemplo, disposición 4790/2014).

Es que, como ya se señaló, la propia ley 23.737 en su artículo 9 excluye expresamente de la penalización general, aquellos casos de uso terapéutico de estupefacientes, por lo que tampoco sus previsiones constituirían necesariamente un óbice infranqueable para la eventual autorización del uso medicinal del cannabis.

De este modo, estimo que estrictamente en relación a la pretensión del amparista vinculada al uso medicinal del cannabis, no corresponde declarar la inconstitucionalidad de los decretos 722-PEN-1991, 299-PEN-2010 y 772-PEN-2015, ni de precepto alguno de la ley 23.737, en tanto no constituyen un obstáculo insalvable para —eventualmente— acceder a su materialización. Por supuesto que lo expuesto no implica desconocer la afectación constitucional que, en otros planos, pueden materializar tales normas, tal como lo ha señalado la CSJN en los autos “Bazterrica” y “Arriola”.

Diferente situación se presenta respecto de otras normas que, efectivamente, proscriben el uso medicinal del cannabis, y que fueron genéricamente impugnadas por la parte actora. Es el caso, por ejemplo, de la disposición 1788/2000 de la ANMAT que incluye al cannabis en el listado de drogas vegetales cuya utilización se encuentra prohibida en la fórmula de medicamentos fitoterápicos por considerarse que “poseen efectos tóxicos para seres humanos”.

Ahora bien, los considerandos de tal disposición dan cuenta de la intervención en el procedimiento de su dictado del Instituto Nacional de Medicamentos y del “Comité de Armonización de inclusión y exclusión de drogas vegetales creado por la Disposición 2673/99, artículo 9º, integrado por representantes del ámbito académico, industrial y de Salud Pública”.

Así, la cuestión reviste un indudable carácter técnico, frente a lo cual la ausencia en autos de prueba de tal índole ofrecida o producida que pueda desvirtuar lo concluido por los organismos administrativos de competencia técnica específica que intervinieron en el procedimiento de dictado de la norma impugnada, impiden acceder a la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

11. Que tal como quedara expuesto en los considerandos precedentes, no habrá

de hacerse lugar a las pretensiones de la actora en el modo en que fueron formuladas. Sin embargo, la naturaleza de los hechos probados en autos a la luz de derechos cuyo amparo persigue el actor exigen tener presente que, tal como ha señalado en numerosas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el hombre es el centro de nuestro sistema constitucional y los procesos no pueden interpretarse como una sucesión de formulismos alejados de las circunstancias reales y concretas de cada situación. En otras palabras, el derecho no puede resultar insensible al dolor y al sufrimiento humano.

En este sentido, se ha afirmado respecto del derecho a la salud que “[e]l Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (CSJN, en autos Asociación Benghalensis, Fallos, 323:1339). Va de suyo que tal “deber proactivo” impuesto por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos compete a la República en su totalidad, por lo que se extiende a todos los niveles de gobierno y a la esfera de actuación de cada uno de los poderes del Estado, adaptado a las especiales características que reviste la función de cada uno de ellos.

En ese contexto, cobra especial relevancia la doctrina del Máximo Tribunal por la cual se afirma que “el principio *iura novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos invocados por las partes” (Fallos: 298:78; 313:924; 321:1167; 326:3050; 329:1787 y 331:2240, entre muchos otros).

En el marco de las normas adjetivas aplicables al caso de autos se ha afirmado que “el principio procesal conocido como *iura novit curia* implica que el juez tiene facultades para apartarse del marco normativo propuesto por las partes y aplicar el derecho vigente que considere acertado para la resolución del caso. En el marco del proceso contencioso administrativo, el artículo 27 inc. 4º del CCAyT, enumera como deber de los jueces el de fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia” (voto de MABEL DANIELE en los autos „GCBA c/Mik SRL s/cobro de pesos”, EXPTE: EXP 26389/0, sentencia del 24/02/2015). En el mismo sentido, se ha sostenido que “el deber de fundar es menester relacionarlo con la regla establecida en el art. 145, inc. 6º CCAyT (art. 163 CPCCN.), respecto del contenido de la sentencia de primera instancia, en

tanto dispone que las pretensiones deducidas en el juicio deben ser ‘calificadas según correspondiere por ley’, instaurando así el principio *iura novit curia*, por el que los juzgadores se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes y del derecho por ellas invocado” (en BALBIN, CARLOS F. [dir.], Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires – Comentado y anotado”, tomo 1, tercera edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 241).

11.a. La particular relación que se entabla entre médico y paciente se encuentra alcanzada por la más alta protección constitucional destinada a la intimidad individual, que la coloca a extramuros de la posibilidad de intromisiones indebidas de terceros — incluido, por supuesto, el propio Estado—, con la sola excepción dada por un caso de necesidad cierta y concreta de “evitar un mal mayor” (art. 19 CN y art. 11 del decreto-ley 17.132).

Ahora bien, en el marco de la relación entablada entre el amparista y el personal profesional médico de la demandada, resulta acreditado en autos que:

i. El actor en uso de sus derechos como paciente (art. 19, inc. 3°, decreto-ley 17.132 y art. 2°, inc. “e”, ley 26.529) ha rechazado —al menos parcialmente— en determinado momento el tratamiento que venía siguiendo basado principalmente en la utilización de metadona, en razón de los efectos secundarios que su consumo diario por un dilatado período le produjo;

ii. Si bien no le fue ni prescrita ni suministrada por el profesional actuante, el actor comenzó a consumir por propia decisión —y en ejercicio de los más básicos derechos individuales— cierto preparado derivado de alguna variedad de cannabis;

iii. Esta circunstancia fue puesta por el actor en conocimiento del facultativo de la demandada, el modo de continuar el tratamiento “ortodoxo” de su dolencia “tuvo en cuenta” este hecho y se vio “ajustado” por él.

Surge así de los hechos acreditados en la causa que el consumo de un preparado de cannabis que el actor realiza en ejercicio de sus derechos individuales, “impacta” en el tratamiento que lleva adelante en el hospital de la demandada. En efecto, según informa la profesional a cargo, desde la ingesta de cannabis se ha reducido gradual y significativamente la dosis de metadona que se suministra al actor. Si bien no puedo considerar probada con plena certeza la existencia de una relación de causalidad entre

ambos eventos, resulta razonablemente factible presumir su correspondencia, en virtud de lo declarado por el personal médico actuante y por la existencia de numerosos países en el mundo que reconocen tales efectos al cannabis.

Sin embargo, este hecho no consta en el registro de su historia clínica sino como una aislada y mínima expresión sin detalles de las circunstancias de modo, frecuencia, dosis, etc. (ver fs. 208). Indudablemente, no son ajenas a esta falencia, la total, severa e inconstitucional prohibición legal existente respecto del consumo de cannabis, y las penalizaciones y prohibiciones que rigen respecto de los profesionales de la salud (art. 9º, ley 23.737; art. 20, inc. 8º, decreto-ley 17.132).

Cabe recordar que “los asientos que se efectúan en la historia clínica, cumplen funciones significativas, cuales son, por un lado, desde el punto de vista médico asistencial, la de llevar un seguimiento de la evolución del paciente, facilitando con ello la conducta médica a seguir y el tratamiento adecuado según las diversas incidencias que se han ido dando durante la internación” (dictamen del Procurador General, al que adhiere la CSJN en Fallos, 324:2689, el destacado no es original).

Por tal razón, el legislador se ha ocupado de establecer detalladamente que se trata de un “documento obligatorio, cronológico, foliado y completo” que debe contener entre otra información, “todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente” (arts. 12 y 15, inc. “g”, ley 26.529).

También se ha establecido su carácter integral, por cuanto “forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas” (art. 16, ley 26.529).

En la misma línea, la legislación local establece el “Registro Único de Salud” que deberá contener, además de los datos personales del paciente, el detalle de las “enfermedades padecidas o preexistentes, consultas anteriores, diagnósticos y tratamientos, medicación prescrita y toda otra información que resulte necesaria” (art. 2º, ley 1815).

Se advierte de este modo que, sin perjuicio de que el preparado a base de

cannabis que consume el actor no le haya sido prescripto por los profesionales que lo atienden en el efector de la demandada, el hecho de que su consumo de todos modos constituya -tal como ha quedado probado en autos- un elemento que impacta e influye en el tratamiento que oficialmente se le ha indicado, he de ordenar a la demandada que todo lo que hace a la ingesta de cannabis que realiza A.C. como modo de combatir el dolor, debe quedar detalladamente registrado en la historia clínica, habida cuenta de que la legislación penal aún vigente no puede constituir un óbice válido para ello, tal como se ha expuesto en considerandos precedentes.

Dicha manda persigue fundamentalmente garantizar el adecuado cumplimiento a la normativa pertinente, como un modo de asegurar una información completa respecto de las diversas circunstancias de su tratamiento y estado de salud del actor, que permita en lo sucesivo una adecuada y correcta evaluación de su situación.

11.b. Cabe recordar que la CSJN ha resuelto reiteradamente que las decisiones en materia de amparo deben atender a la situación fáctica existente en el momento de resolver (Fallos, 300:844, entre otros), teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no (Fallos, 304:1020, entre otros).

Resulta de público y notorio conocimiento que durante el transcurso del trámite de estas actuaciones la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata ha creado el Laboratorio para la Investigación en Medicina del Dolor –a cargo del Dr. MARCELO MORANTE- que incluye el estudio de uso medicinal del cannabis en casos de dolor oncológico, dolor neuropático no oncológico, dolor en enfermedades neurodegenerativas, epilepsia refractaria, caquexia y vih/sida; en contacto con instituciones académicas canadienses (ver La Nación, 15 de marzo 2015, entre muchas otras noticias de prensa).

A propósito de este hecho, corresponde recordar que al ya referido carácter proactivo de las obligaciones que pesan sobre el Estado en materia de salud, cabe agregar en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, el deber de promover la investigación científica, la vinculación con las Universidades Nacionales y la calidad de “consultoras preferenciales de la Ciudad Autónoma” que expresamente les asigna la constitución porteña a la Universidad de Buenos Aires y demás Universidades Nacionales (art. 58, CCABA).

Así, como modo de materializar los deberes que surgen de los preceptos referidos a la luz de las particulares circunstancias del caso concreto, habré de ordenar

que la profesional médico de la demandada a cargo del tratamiento del actor en el HOSPITAL TORNÚ tome contacto con los investigadores de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP a fin de intercambiar información sobre su situación médica, efectuar interconsultas y evaluar la factibilidad de alternativas de tratamiento superadoras a las dolencias del actor.

11.c. La referida investigación que se lleva a cabo en sede platense, reconoce como fuente y antecedente la experiencia de otros países -fundamentalmente Canadá- en los que se registran estudios y experiencias de larga data que avalan cierto uso terapéutico del cannabis para el tratamiento del dolor en determinadas situaciones clínicas, entre las que podría encontrarse comprendida el cuadro que padece el actor.

Tampoco puede desconocerse que —como ya se reseñó en el considerando 8— numerosos países permiten y reconocen el uso medicinal del cannabis o de productos farmacéuticos derivados de él. Sin ir más lejos, durante 2014 el Instituto de Salud Pública de la República de Chile autorizó la importación excepcional de un fármaco elaborado a base de cannabis (Sativex) en un caso individual (ver numerosas notas de prensa e información que surge del sitio oficial www.ispch.cl).

En este sentido, y si bien como ya se expuso, tales usos del cannabis no se encuentran autorizados hasta la fecha en nuestro país, el cuadro que surge de los hechos del caso impone remitirse al régimen de “uso compasivo de productos médicos” que permite la autorización individual de importación y/o uso de productos médicos no comercializados en el país, “en situaciones clínicas que incapacitan o deterioran la calidad de vida, cuando no es efectiva la terapéutica convencional reconocida” o se presenta “intolerancia” a los tratamientos existentes (ver disposiciones 840-ANMAT-1995 y 3315-ANMAT-2005).

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la situación fáctica probada en el caso - conforme se expuso en el considerando 6- y lo afirmado por la profesional médica a cargo del tratamiento del actor (“prescribiría [cannabis] si modifica la calidad de vida”, fs. 176 vta.), HE DE ORDENAR a la demandada que:

i. si tras la interconsulta e intercambio de información con los investigadores platenses, el personal médico del efector de la demandada considera que corresponde prescribir al actor algún producto médico relacionado con el cannabis, interponga en el plazo más breve posible ante la ANMAT la correspondiente solicitud de autorización para el uso y/o ingreso al país el producto médico de que se trate, en los términos de las

disposiciones 840-ANMAT-1995 y 3315-ANMAT-2005, para su suministro al actor bajo control profesional.

ii. si tras la interconsulta e intercambio de información con los investigadores platenses, el personal médico de la demandada que asiste al actor considera que su tratamiento debe continuar llevándose a cabo en los términos actuales, suministre al actor todo el asesoramiento e información que al respecto haya podido recopilar o se encuentre a su disposición.

12. Que tras la sustanciación de las presentes actuaciones y luego del estudio y análisis de las particulares circunstancias fácticas y jurídicas que se han debatido en ellas, surge la necesidad de efectuar algunas breves consideraciones finales con relación al régimen de penalización total, completa y absoluta que rige en nuestro país respecto del cannabis, y que en el caso, obliga exponerse a la ilegalidad a quien persigue alivio al dolor que le produce una grave enfermedad.

El artículo 40 de la ley 23.737 establece que “el término estupefaciente comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”. Resulta interesante observar el contraste que existe en nuestro régimen legal respecto de otras “sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica” —si bien no incluidos en los listados del Poder Ejecutivo— con probados, graves y múltiples efectos nocivos a la salud y una gran incidencia en las causas de muerte en nuestro país: el tabaco y el alcohol.

En ninguno de los dos casos se encuentra actualmente penalizado su consumo ni su comercio. Respecto al tabaco —que fue durante largos años publicitado con imágenes de éxito social, deportivo y sexual, dirigidas fundamentalmente a los jóvenes— se estableció una política de creciente severidad (ver leyes 23.344, 24.044, 26.687), consistente en restricciones a la comercialización, a la publicidad y de difusión de información.

Así, además de las restricciones para fumar en determinados lugares, se ha dispuesto que las publicidades, promociones o envases de productos elaborados con tabaco deben contener alguno de los siguientes mensajes sanitarios: “a) Fumar causa cáncer; b) Fumar causa enfisema pulmonar; c) Fumar causa adicción; d) Fumar causa impotencia sexual; e) Fumar causa enfermedades cardíacas y respiratorias; f) El humo

de tabaco es causa de enfermedad y muerte; g) La mujer embarazada que fuma causa daños irreparables a su hijo; h) Fumar causa muerte por asfixia; i) Fumar quita años de vida, o j) Fumar puede causar amputación de piernas” (arts. 7 y 10 de la ley 26.687).

Se advierte que, pese a tratarse de sustancias susceptibles de producir dependencia psíquica y física, además de un catálogo aterrador de graves enfermedades, los productos elaborados con tabaco no están prohibidos, ni su consumo penalizado. Pueden adquirirse en cualquier el kiosco, el mismo lugar donde se comercializan golosinas.

Sin embargo, al contrario de lo que sucede con los estupefacientes, este modo de encarar la cuestión —sin aniquilar derechos individuales— parece resultar más eficaz. En efecto, los informes oficiales indican (ver, por ejemplo, 3º Encuesta Nacional de Factores de Riesgo para enfermedades no transmisibles, Ministerio de Salud de la Nación, año 2012) que en nuestro país el consumo de tabaco muestra año a año un sostenido descenso.

Un régimen similar (aunque mucho menos severo en su formulación y en su aplicación) rige respecto de las bebidas alcohólicas (ley 24.788). Ello no obstante, y pese a que se encuentre expresamente prohibido que su publicidad sea dirigida a menores de dieciocho (18) años, sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico, o utilice el consumo de bebidas alcohólicas como estimulante de la sexualidad, es frecuente que los anuncios de bebidas alcohólicas en medios electrónicos sean musicalizados con clásicos del rock de épica adolescente (vg. Teenage Wasteland, The Who), exhiban la calidad de sponsor o patrocinadores de equipos deportivos (la propia Selección Nacional de Fútbol), o se ambienten en situaciones festivas de explícita connotación sensual. Previsiblemente, las mismas estadísticas no muestran un descenso en el “consumo de alcohol regular de riesgo”, ni en el “consumo de alcohol episódico excesivo”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado ya de puntualizar con contundencia al resolver en los autos “Arriola” que la lógica de incriminar al tenedor de estupefacientes como un modo que permitiría facilitar el combate de las actividades vinculadas a su comercio ilícito, ha fracasado rotundamente. Ello por cuanto, desde su vigencia, por un lado a) no sólo no se ha logrado reducir el tráfico ilegal, sino que se ha acrecentado notablemente; y por el otro, b) ha aumentado el consumo de estupefacientes.

Así, la prohibición avasalla derechos individuales en aras de la consecución de un objetivo que no sólo no cumple, sino que dificulta. Más aún, es posible inferir que la lógica de la “prohibición total” no haría más que agravar las consecuencias del consumo de drogas que pretende remediar. Es que, en cualquier evaluación de la cuestión, no podrían soslayarse los considerables “daños colaterales” que este modo de abordar la problemática generan.

En primer lugar en la salud y situación de los consumidores por cuanto: a) se ven obligados a recurrir a un mercado ilegal a productos de mayor nocividad, de contenido incierto, etc., b) padecen la dificultad —o directamente la imposibilidad— de que se encaren campañas serias y eficaces de información y concientización sobre las consecuencias del abuso de las drogas y c) se exponen a sufrir estigmatización, marginalización y violencia institucional o de integrantes del ambiente del comercio ilícito.

En segundo término, respecto de terceros y de la sociedad toda, en razón de que: a) implica un dispendio de recursos policiales y del sistema de justicia dignos de mejor destino (ver considerando 29 del voto del Dr. FAYT en los autos “Arriola”, donde señala que en los últimos veinte años, sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley 23.737 lo ha sido por tráfico) y b) genera un ingente mercado ilegal con un fabuloso movimiento de dinero no declarado, que constituye el “caldo de cultivo” ideal para la proliferación de condiciones de violencia criminal y corrupción institucional. Esta última cuestión, lamentablemente hace tiempo que ha dejado de ser para nosotros sólo una referencia agorera a la situación de otros países de la región —desde dónde nos llega y no cesa el grito de 43 ausencias—. En efecto, cada vez son más frecuentes los múltiples crímenes que se atribuyen a estas causas en distintos puntos de nuestro país y en barrios de nuestra Ciudad (ver, por ejemplo, las noticias de prensa relacionadas con un quíntuple homicidio en el Bajo Flores en octubre de 2013, entre muchas otras).

En la región predomina una tendencia “totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tendeor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros” (ver considerando 16 del voto del Dr. LORENZETTI en los autos “Arriola”) y Uruguay ha legislado siguiendo un nuevo paradigma.

La urgente necesidad de encarar una revisión de la actual política para enfrentar el problema de las drogas se pone de manifiesto incluso en los principales países que

han sostenido históricamente las posiciones más restrictivas en la materia. Así, no obstante la penalización existente a nivel federal respecto del cannabis, un número creciente de estados de los Estados Unidos —más de dos tercios— poseen en la actualidad normativa que se aparta de ella (ya sea legalización del uso recreativo, del uso medicinal, penalizaciones más leves, etc.). Reconocidos medios de prensa editorializan por el fin de la prohibición existente respecto del cannabis (ver, por ejemplo, la serie de editoriales en THE NEW YORK TIMES, entre julio y agosto de 2014, www.nytimes.com) y la cuestión es tratada como “nota de tapa” en prestigiosas revistas de divulgación (ver “Marihuana. Entre la ciencia y el prejuicio”, edición junio de 2015 de la Revista National Geographic).

Se afirma que el impulsor de la “ley seca” en los Estados Unidos afirmó instantes antes de su entrada en vigencia que “[e]sta noche, un minuto después de las doce, nacerá una nueva nación. El demonio de la bebida hace testamento. Se inicia una era de ideas claras y limpios modales. Los barrios bajos serán pronto cosa del pasado. Las cárceles y correccionales quedarán vacíos; los transformaremos en graneros y fábricas. Todos los hombres volverán a caminar erguidos, sonreirán todas las mujeres y reirán todos los niños. Se cerraron para siempre las puertas del infierno.” No hace falta aclarar que el resultado “real” de la prohibición fue muy diferente.

Nuestro actual diseño legislativo en la materia, que penaliza el consumo, se plantea similares objetivos mediante similares métodos. La realidad, una vez más, nos devuelve un resultado diferente.

Por las razones expuestas, habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal;

RESUELVO:

1. Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta en los términos del considerando 11.

2. Hacer saber a la demandada que deberá presentar un detallado informe de lo actuado dentro del plazo de 30 días de notificada la presente.

Regístrese, notifíquese —a la señora Fiscal en su despacho— y, oportunamente, archívese.

GUILLERMO SCHEIBLER (JUEZ)

“Cibotti, A.R. c/ G.C.B.A. s/AMPARO (ART. 14 CCABA)”

(Expediente N° 44899/0 – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT DE C.A.B.A. – SALA III – 25/10/2017)

Ciudad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2017.

VISTAS:

estas actuaciones, para resolver los recursos de apelación interpuestos y fundados a fs. 320/325 vta. y 327/336 vta. -por la actora y la demandada, respectivamente- contra la sentencia de fs. 301/313, y

CONSIDERANDO:

1. Alejandro Ricardo Cibotti inició la presente acción de amparo (fs. 1/10 vta.) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), con el fin de obtener que: a) se revocara el acto del Hospital General de Agudos Dr. E. Tornú que le denegó la prescripción de cannabis saliva o índica para el tratamiento de su neuropatía periférica; b) se ordenara al demandado que procediera a prescribir y suministrar cannabis de la especie sativa o índica en las dosis necesarias y médicamente recomendadas; c) subsidiariamente, en caso de que la entrega solicitada fuera imposible, se autorizara al actor el autocultivo de la planta respectiva.

Refirió que al momento de entablar la demanda tenía 51 años y que padece de VIR. Como derivación de tal patología, sufre de enfermedades refractarias, como hepatitis C -desde 1992- y polineuropatía periférica en evolución, que le producen un dolor físico intenso y permanente y, en la esfera emotiva, aislamiento, angustia, depresión y desasosiego. A fin de aliviar el dolor se le prescribió metadona, en dosis que alcanzaron los 3,5 mg. cada ocho horas en el mes de agosto de 2011.

Ante la situación descripta, decidió por sí comenzar a consumir cannabis sativa o índica con fines terapéuticos. En consecuencia, logró una reducción sustancial del dolor y una mejora de todos los aspectos de su vida, como también una disminución de las dosis de metadona a 1,5 mg. diarios. En función de tales avances, solicitó a su médica tratante -la Dra. Teresa A. Franco, especialista en dolor y cuidados paliativos- que le prescribiera cannabis sativa o índica para el tratamiento de la neuropatía que padece.

Sin embargo, la profesional nombrada rechazó el pedido, por no tratarse de una medicación legal. El demandante consideró que tal proceder es arbitrario, ilegítimo,

discriminatorio y lesivo de su salud, de su dignidad y de su ámbito de autonomía personal -consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional-.

En la línea indicada, solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 5º, inciso 'a', 14 y 40 de la ley 23737, 77 del Código Penal de la Nación, de los decretos 722/1991 y 299/2010 y de toda otra norma que pudiese justificar la denegatoria de la demandada.

2. La jueza de grado, Dra. Lidia Lago, rechazó in limine la acción de amparo, ya que consideró que no se advertía la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la actividad estatal que motivó la demanda (fs.14/16). Tal decisión fue impugnada por el actor (fs. 54/57 vta.) y revocada por esta sala que, además, dispuso remitir los autos a la Secretaría General, a fin de que un nuevo magistrado sustanciara la causa (fs. 71/72).

Las actuaciones quedaron radicadas ante el Juzgado de primera instancia CayT N° 13, Secretaría N° 26 (v. fs. 79). Luego tuvieron lugar la ampliación de demanda de fs. 83/83 vta. (v. fs. 84, 102/102 vta. y 103) y la contestación de fs. 109/113.

3. La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones del actor "tal como fueron formuladas" (fs. 310) y, en tal sentido, no juzgó procedente: a) ordenar al GCBA prescribir y suministrar al requirente cannabis sativa o índica; b) autorizar al interesado el autocultivo del vegetal, ni e) declarar las inconstitucionalidades planteadas, en lo estrictamente relacionado con el uso medicinal del cannabis.

Por otro lado, ordenó a la demandada: a) registrar detalladamente en la historia clínica del actor todo lo que hace a su consumo de cannabis como modo de combatir el dolor; b) tomar contacto -a través de la profesional médica a cargo del tratamiento del actor en el Hospital Tornú- con los investigadores de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP)- específicamente, con el Laboratorio para la investigación en Medicina del Dolor a cargo del Dr. Marcelo Morante-; c) si, tras la interconsulta indicada, el personal médico del efector de la demandada considera que corresponde prescribir al actor algún producto médico relacionado con el cannabis, interponga en el plazo más breve posible ante la ANMAT la correspondiente solicitud de autorización para el uso o ingreso al país del producto de que se trate, para su suministro al actor bajo control profesional; d) si, tras la interconsulta indicada en el punto 'b', el personal médico de la demandada que asiste al actor considera que su tratamiento debe continuar llevándose a cabo en los términos actuales, suministre al paciente todo el asesoramiento e información que haya podido recopilar o se encuentre

a su disposición.

4. La decisión reseñada fue apelada por el actor (fs. 320/325 vta.) y por la demandada (fs. 327/336 vta.). Ambos recursos fueron concedidos en relación y con efecto suspensivo (cf. art. 20 ley 2145, fs. 337). Los fundamentos de ambas apelantes fueron respondidos por las respectivas contrapartes (fs. 339/343 vta. y 345/349).

Recibidas las actuaciones en esta Sala (fs. 352) y producido el dictamen fiscal de fs. 354/364, se llamaron autos para resolver (fs. 365).

5. Los agravios de las recurrentes pueden sintetizarse del siguiente modo:

A) El actor sostiene que la sentencia de grado debe ser revocada porque: a) omite pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas en el caso concreto; b) es dilatoria y afecta su derecho a la salud y a la autodeterminación. En relación con este punto, hace notar que el objeto de la acción es la remoción de los obstáculos que le impiden someterse al tratamiento que ha elegido -no la determinación de la terapia más adecuada al cuadro que padece- y manifiesta que resulta innecesaria la interconsulta con el instituto de investigación dependiente de la Universidad Nacional de La Plata.

B) El GCBA objeta la decisión recurrida en tanto: a) considera que la vía del amparo es la más idónea en el caso; b) resulta arbitraria, dado que se aparta de las constancias de la causa y resuelve más allá de lo pedido por las partes; c) invade facultades propias y excluyentes del Poder Ejecutivo; d) vulnera el principio de congruencia.

6. El problema de la admisibilidad de la acción de amparo ha sido adecuadamente resuelto en la sentencia de fs. 301/313. Cabe agregar que la demandada se limita a aseverar que las pretensiones planteadas por el actor “involucran una complejidad técnica que exige una mayor amplitud de debate y prueba” (fs. 328 vta.) y vincula esta afirmación con la ausencia de elementos de convicción que demuestren cual es el preparado que el actor consume para paliar su dolor o los efectos de esta preparación sobre la salud del peticionario. En rigor, estos argumentos se relacionan con el fondo de las cuestiones materia de la causa; es decir, con la procedencia o la fundabilidad de la acción y no con la admisibilidad de la vía procesal elegida. En suma, el GCBA no aporta motivos que conduzcan a apartarse de lo establecido por el juez de grado sobre esta cuestión.

7. Según surge de la demanda, el actor solicita que se ordene a su contraparte

que, “por medio de las autoridades que corresponda, proceda a prescribir y suministrar cannabis de la especie sativa o índica (marihuana) en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas” (fs. 1). No aclara en qué forma requiere que le sea prescrita o suministrada la sustancia. Esta circunstancia tampoco se desprende de las declaraciones testimoniales de fs. 175/179. Sin embargo, del certificado agregado a fs. 17 surge que el actor habría pedido que el cannabis le fuera prescripto y suministrado “en su forma natural”. La falta de definiciones en este aspecto tiene relevancia, dado que “Los términos Cannabis sativa y marihuana no son sinónimos, pues cannabis se refiere a la planta y marihuana describe el preparado elaborado a partir de las flores, hojas y tallos pequeños” (cf. Juan Ramón de la Fuente (58oord.), Marihuana y salud, Fondo de Cultura Económica, Academia Nacional de Medicina de México, Universidad Autónoma de México, México, 2016, ps. 27/28).

No obstante, resulta claro que el actor especificó que pretende acceder a un tratamiento basado en el uso del cannabis y que su demanda se dirige a remover la negativa de su médica tratante, que considera ilegítima. En relación con este punto, además, es importante no perder de vista que -de resultar viable la prescripción que el actor reclama- la forma en que debe administrarse el cannabis requerido y las dosis’ deberán ser establecidos por el profesional de la salud que asista al demandante.

8. Sentado lo anterior, corresponde ingresar al análisis del centro del asunto puesto a consideración de este tribunal: si la negativa del GCBA es manifiestamente ilegítima o arbitraria y si, al descartar la pretensión del actor orientada a que la demandada le suministrara cannabis o a que se le autorizara el cultivo para su uso personal, la sentencia de grado se ajustó a derecho.

Durante el trámite de la causa hubo modificaciones relevantes en el marco jurídico aplicable. En efecto, poco antes de emitirse esta decisión fue sancionada y aprobada la ley 27350 (Boletín Oficial del 19/04/17), que vino a regular la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados (v. art. 1° y concordantes).

La norma crea “el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud” (art. 2°). Establece, asimismo, que la autoridad de aplicación “tiene la facultad de realizar todas las acciones requeridas para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios

científicos y médicos de la planta de cannabis con fines medicinales en el marco del programa, sea a través de la importación o de la producción por parte del Estado nacional” (art. 6°). Por otra parte, se dispone que la “Administración Nacional de Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa” (art. 7°). Por último, la ley prevé que “[e]l Estado nacional impulsará a través de los laboratorios de Producción Pública de Medicamentos nucleados en ANLAP, creada por la ley 27113 y en cumplimiento de la ley 26688, la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para su uso exclusivamente medicinal, terapéutico y de investigación” (art. 10).

La ley de referencia ha sido reglamentada por el decreto 738/17 (Boletín Oficial del 22/09/17). Dicho acto administrativo establece que el programa creado por el artículo 2° de la ley actuará en el ámbito de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud (art. 2°). Los objetivos del programa comprenden acciones de promoción y prevención que “deben estar dirigidas a personas que, por padecer una enfermedad bajo parámetros de diagnósticos específicos y clasificados por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), se les prescriba como modalidad terapéutica el uso de las plantas de Cannabis y sus derivados” (art. 3°, inc. ‘a’). Vale aclarar que la patología que aqueja al actor se encuentra incluida en las condiciones que exige la reglamentación (v. <http://www.who.int/hiv/es/>). A efectos de ser incorporados al programa mencionado, los pacientes deben inscribirse en el registro previsto en el artículo 8° de la ley (art. 3°, inc. ‘d’ del decreto 738/17) y su reglamentación. Por el artículo 4° de la norma reglamentaria se designa como autoridad de aplicación de la ley 23750 al Ministro de Salud, quien estará habilitado para dictar normas complementarias y las demás disposiciones necesarias.

El artículo 6° del decreto 738/17 autoriza al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) a cultivar cannabis “con fines de investigación médica o científica para la elaboración de la sustancia que como medicamento sirva para proveer a quienes estuvieran incorporados al PROGRAMA”.

Con posterioridad, la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud (B.O. del

25/09/17) reglamentó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos No Convencionales. El inciso 1 del anexo I de la resolución mencionada prevé que “las personas que padezcan de epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes, son susceptibles de solicitar la inscripción en los Registros” que dependen del Programa. Agrega que “El PROGRAMA podrá incorporar otras patologías, basado en la mejor evidencia científica”.

9. Así las cosas, se observa que el régimen reseñado -integrado hasta el momento por la ley citada, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud- contempla diversas opciones para el uso medicinal del cannabis. De tal modo, se eliminan los obstáculos legales invocados por la Dra. Teresa Franco, médica que labró el certificado de fs. 17, para prescribir la administración de la sustancia, en caso de que ella lo considere indicado.

Es menester subrayar que no es posible emitir un juicio técnico acerca del tratamiento más adecuado para el cuadro del demandante -cuestión que, por lo demás, no integra la pretensión del actor.

En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del actor y ordenar al GCBA que -a través de los profesionales de la salud que dependan de la demandada y asistan al actor en efectores del sistema de salud pública de la CABA-, siempre que consideren que un tratamiento basado en derivados de la planta de cannabis resulta adecuado para el cuadro que presenta el Sr. Alejandro Ricardo Cibotti, prescriban al nombrado dicha terapia, en la forma y dosis que estimen apropiadas, en el marco de las previsiones de la ley 23750, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud.

Atento al modo en que se resuelve, deviene innecesario analizar los restantes agravios planteados por los recurrentes.

GABRIELA SEIJAS DIJO (EN DISIDENCIA PARCIAL):

1. Si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto del litigio, la decisión debe atender también a las modificaciones introducidas, en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir.

2. A mi juicio, el plexo normativo integrado por la ley 27350, el decreto 738/17 y

la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud, en tanto habilita diversas vías para el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, permite satisfacer la pretensión principal del demandante, esto es, la posibilidad de que le sea indicada la sustancia solicitada (fs. 1, puntos 1 y 2 del objeto de la demanda).

En síntesis, toda vez que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (doctrina de Fallos, 306:1160; 318:2438; 335:905, entre otros), así como al marco normativo existente en ese entonces (Fallos, 329:2897; 330:5; y 337:1152) la cuestión debatida devino abstracta, atento a que fue modificado el fundamento normativo de la decisión cuestionada y la nueva legislación contempla alternativas terapéuticas que pueden, en caso de que los profesionales de la salud habilitados y las autoridades de aplicación lo juzguen procedente, dar satisfacción a la pretensión del actor.

Atento al modo en que se resuelve, deviene innecesario analizar los restantes agravios planteados por los recurrentes.

Por ello, oído el Sr. Fiscal de Cámara, por mayoría

SE RESUELVE:

I- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del actor y ordenar al GCBA que -a través de los profesionales de la salud que dependan de la demandada y asistan al actor en efectores del sistema de salud pública de la CABA-, siempre que consideren que un tratamiento basado en derivados de la planta de cannabis resulta adecuado para paliar los padecimientos del Sr. Alejandro Ricardo Cibotti, prescriban al nombrado dicha terapia, en la forma y dosis que estimen apropiadas, en el marco de las previsiones de la ley 23750, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud.

II- Sin costas, atento al modo en que se resuelve y al cambio normativo operado luego de la interposición de los recursos de apelación de fs. 320/325 vta. y 327/336 vta. (art. 62 del CCAyT).

Regístrese y notifíquese a las partes, al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

ESTEBAN CENTANARO (JUEZ)

HUGO R. ZULETA (JUEZ)

GABRIELA SEIJAS (JUEZA)

ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

“V.,F.J. y A., MARÍA L. c/IOMA s/AMPARO”

(Expediente N° 80807/2016 – JUZGADO DE PAZ DE VILLA GESELL – 30/03/2016)

Villa Gesell, 30 marzo de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Conforme lo establecido por el SCJBA en su Acuerdo del 14 de junio de 2006, en su Artículo 1, remítanse las presentes actuaciones, a la Receptoría General de Expedientes, del Departamento Judicial Dolores, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. Notifíquese personalmente o por cédula.

Atento lo medida cautelar solicitada,

Y CONSIDERANDO:

I. Que se presentan a fs. 123/134 F. J. V. y M. L. A., en representación de la hija menor J. V., con patrocinio letrado, solicitando medida cautelar a efectos la demandada IOMA arbitre los medios necesarios y preste cobertura total de: a) Medicación: “ACEITE DE CBD, CHARLOTTE`S WEB SUPLEMENTO DIETARIO” (se comercializa como HEMP EXTRACT IN MCT); b) Prestaciones: Kinesiología, Fonaudiología, Terapista Ocupacional, Equinoterapia, Hidroterapia y Psicomotricidad; y c) Acompañante Terapéutico.

II. Manifiestan que su hija J., nacida el 23 de enero de 2013, padece Encefalopatía epiléptica (Síndrome de West). Ello provoca en la menor unas 600 convulsiones diarias que, a su vez, ha significado que hoy muestre un retraso madurativo global del desarrollo con compromiso cognitivo, motriz y del habla. Que todo ello se ve reflejado con las historias clínicas adunadas en autos a fs. 21/24, expedidas por el Jefe del Servicio de Neurología Infantil del Hospital de Niños Sor María Lodovica, Dr. NICOLÁS SARISJULIS, MP 110.132, y por el Pediatra FABIO MARZINOTTO, MP 111.849 – MN 98.474.

Que en virtud de esta enfermedad, la niña ha tenido que tomar infinidad de medicamentos, muchos de los cuales le han provocado efectos secundarios adversos. Por ello se buscaron tratamientos alternativos hasta que se le comenzó a suministrar “ACEITE DE CBD, CHARLOTTE`S WEB SUPLEMENTO DIETARIO”, con el cual se obtuvieron buenas respuestas al tratamiento, con dosis terapéuticas de 1 ml/día, estimándose un frasco cada 90 días, según lo prescripto por la Dra. MARÍA M. ZULOAGA,

Secretaria de Salud de la Municipalidad de Villa Gesell, y por el Dr. NICOLÁS SARISJULIS, MP 110.132 (fs. 29 y 44), Jefe del Servicio de Neurología Infantil del Hospital Municipal de Villa Gesell.

Por otro lado, también la niña necesita realizar de manera prolongada distintas terapias que van a permitir su mejor desarrollo, a saber: Fonoaudiología, Terapia Ocupacional, Kinesiología, Hidroterapia, Equinoterapia, Estimulación Temprana y Psicomotricidad, conforme surge de las historias clínicas presentadas a fs. 21/24, expedidas por el Dr. NICOLÁS SARISJULIS, MP 110.132, y por FABIO MARZINOTTO, MP 111.849 – MN 98.474.

III. En virtud de lo brevemente expuesto, corresponde seguidamente analizar si se encuentran reunidos los recaudos de procedencia de este remedio cautelar (art. 230 del CPCC).

IV. Verosimilitud en el derecho: Que el derecho que da sustento a la petición cautelar, en tanto la hija menor de edad de los accionantes padece Encefalopatía epiléptica (Síndrome de West), se halla garantizado por diversos Tratados Internacionales, entre los que destaco, la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica. Asimismo, el art. 75 inc. 23 de la CN, establece que el Congreso Nacional tiene competencia para “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos “, como en el caso el derecho a una vida digna.

En el ámbito provincial, la Constitución local garantiza el acceso a la salud a todos sus habitantes (art. 36 inc. 2, y 8 de la CPBA; arts. 34 y 35 de la ley 13.298).

Las medidas urgentes que requiere la tutela de la integridad física de la enferma, se encuentran consagrados por el Derecho Constitucional Transnacional, entre los que destaco, los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- y el art 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) y que aseguran la asistencia y cuidados especiales que el Estado les debe brindar.

En el ámbito provincial, la Constitución local garantiza el acceso a la salud a todos sus habitantes, como así también la protección integral de los derechos del niño (art. 36

inc. 2, y 8 de la CPBA; arts. 34 y 35 de la ley 13.298).

Que la CSJN ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Fallos: 323: 1339 “Asociación Benghalensis” y 323:3229 “Campodónico de Beviacqua”, entre otros).

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta las directivas emanadas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de la Constitución Nacional y de la Provincia de Buenos Aires, es dable considerar -siempre en grado de probabilidad y no de certeza- que el derecho invocado resulta verosímil (art. 230 del CPCC) habilitando de ese modo el dictado de la medida cautelar peticionada.

En igual sentido la CSJN ha afirmado que: “es de la esencia de las medidas cautelares enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio–sobre el fondo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo. Tales medidas están orientadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad de la suscripta, tornándose de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del pronunciamiento de la sentencia definitiva”. CSNJ: “Camacho Acosta”, Fallos, 320-1633.

V. Peligro en la demora: Que atento las dolencias que padece la niña, es indudable que requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales, de una “acción positiva” que le asegure la vigencia del derecho a la salud, dentro de la garantía constitucional a una “tutela judicial continua y efectiva”.

En función de ello, corresponde dar curso favorable a la pretensión cautelar solicitada, la que deberá cumplirse por la demandada en un plazo no mayor a las cuarenta y ocho (48) horas de notificada (arts. 230 y 232 del C.P.C.C. y art. 22 Ley 7166).

VI. Contracautela: Teniendo especial ponderación por la naturaleza de los intereses y derechos involucrados, exímase al peticionaste de prestar caución alguna (art. 22 de la Ley 7.166).

Por ello, de conformidad a los fundamentos expuestos y normas citadas,

RESUELVO:

1) Hacer lugar a la pretensión cautelar articulada, ordenando a la OBRA SOCIAL IOMA arbitre, dentro de las 48 horas de notificada, los medios necesarios y preste cobertura total a la niña J. V., del Medicamento “ACEITE DE CBD, CHARLOTTE’S WEB SUPLEMENTO DIETARIO” (se comercializa como HEMP EXTRACT IN MCT), un frasco

cada 90 días; y se provea y garantice a la menor las prestaciones de Kinesiología, Fonaudiología, Terapeuta Ocupacional, Equinoterapia, Hidroterapia y Psicomotricidad; y se provea de Acompañante Terapéutico, todo ello bajo apercibimiento de astreintes, las que se fijan precautoria y prudencialmente en la suma de pesos quinientos (\$ 500,00) por cada día de demora, haciendo personalmente responsable al funcionario remiso, y en beneficio del actor (art. 37 del CPCC), a esos fines.

Notifíquese a la demandada en su sede central de la ciudad de La Plata, con habilitación de días y horas inhábiles (arts. 153 del CPCC). Regístrese.

GRACIELA DORA JOFRÉ (JUEZA)

“L,S.L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 39357/2016 – JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA PLATA N° 2 – 08/11/2016)

La Plata, 8 de noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Tiénesse al doctor Mariano Santander por presentado, parte a mérito de la copia del testimonio de poder acompañada y por constituido el domicilio electrónico indicado, incorporándose el mismo al sistema Lex 100.

Por contestado en tiempo y forma el informe requerido en los términos del art. 8 de la ley 16.986 y presente la prueba ofrecida y reserva del caso federal formulada.

Encontrándose pendiente de resolución el tratamiento de la medida cautelar solicitada por los amparistas corresponde abocarme a su tratamiento.

En primer lugar se encuentra acreditada la calidad de afiliado a la Obra Social de Petroleros del menor A. F., DNI, como así también su calidad de discapacitado, según certificado expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, con fecha de emisión 29 de octubre de 2015 (vide fs. 9).

Los accionantes requieren que la Obra Social de Petroleros a la que está afiliado el menor le suministre, con cobertura integral, la sustancia Charlotte’s Web Hemp Extract Oil, cuyo principio activo es Cannabidol, en jarabe de presentación de 100 ml, como también de toda aquella que le fuera indicada en el futuro. Acompañan certificado médico, suscripto por el doctor Sebastián Díaz Basanta, del Servicio de Neurología del Hospital de Niños “Sor María Ludovica” de la ciudad de La Plata con la indicación correspondiente (vide fs. 30).

No puede soslayarse en el sub iudice la particular circunstancia del delicado estado de salud del pequeño A. F. de un año y siete meses de edad que padece de encefalopatía epiléptica refractaria (síndrome de West) y que sufre -según refieren sus progenitores- alrededor de 620 espasmos por día. También que la medicación indicada por el profesional médico tratante no se comercializa en el país y su componente substancial es un derivado de una droga -cannabis- cuya utilización, aún con fines medicinales, no está legalmente autorizada.

La salud se vincula, en un sentido positivo, con el estado en que la persona puede ejercer con normalidad todas sus funciones naturales, sean éstas físicas o mentales.

El derecho a la salud -mencionado expresamente por el constituyente reformador de 1994 en el artículo 42 de la Constitución Nacional, constituye una derivación del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal, con los cuales está íntimamente imbricado.

El derecho a la salud presenta una connotación social, más acentuada que los otros derechos mencionados de los cuales deriva. Su génesis, en el ámbito del derecho público, está vinculada con el constitucionalismo social, y, por ende, con la obligación del Estado de contribuir activamente al resguardo de la salud pública.

El derecho a la salud ha recibido, también, una intensa protección en los tratados internacionales de derechos humanos que han merecido hasta el presente ser reconocidos con jerarquía constitucional, sea por propio mandato constitucional o como consecuencia de una expresa declaración del Congreso de la Nación de conformidad a lo estatuido por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Ley Fundamental.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone, en su artículo 25, 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, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dispone que “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 (artículo XI).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere explícitamente a la protección de la salud en los artículos 12.3, 18.3, 19.3.b., 21 y 22.2.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), luego de establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, refiere específicamente a la protección de la salud en los artículos 12.3, 13.3, 15, 16.2 y 22.2.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce que “se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles...” (Artículo 10.1) y que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (artículo 12.1).

En la misma convención internacional se establece igualmente que es obligación de los Estados partes “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (artículo 12.2.d).

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales – conocido como Protocolo de San Salvador-, establece en su artículo 10 que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

El nudo con la vida es evidente: vivir biológicamente apareja el derecho a vivir con la dignidad y en las condiciones que, por ser persona, exige todo ser humano, tanto de sus demás semejantes como del Estado. Por ende, para vivir con dignidad la calidad de vida se debe integrar con la salud.

En tal sentido la mera invocación de normas reglamentarias de lógico carácter infra-constitucional no pueden esgrimirse con éxito -al menos en esta instancia meramente preliminar- para pretender enervar la eficacia de explícitos contenidos constitucionales.

Ha de agregarse, que en el sub examine, se encuentra acreditado la calidad de menor del afectado y su condición de discapacitado.

La Convención sobre los Derechos del Niño, luego de expresar que “los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna...” (artículo 2.1) dispone que “los Estados parte 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” (artículo 24).

Estas circunstancias fácticas y jurídicas se conjugan, en principio, a los efectos de tener por acreditado, en esta instancia meramente preliminar y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva, el *fumus boni iuris* exigido inveteradamente por las normas procesales como primer recaudo para la procedencia de las medidas cautelares.

Advierto, además, la gravedad del cuadro clínico que aqueja al menor, su condición de discapacitado, la indicación de dos profesionales médicos sucesivos, la prueba previa que se ha realizado con la citada droga con resultados positivos y que la misma es elaborada en países extranjeros con estándares importantes en el cuidado de la salud.

Cabe recordar que en relación a las personas discapacitadas las mismas han recibido del legislador una protección especial, entre las que corresponde destacar la ley 24.901 que estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Además, el Congreso de la Nación ha dado sanción a la ley 26.378 por la cual se aprueba la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, que en su art. 7 refiere expresamente a la especial tutela que deben recibir los niños en condiciones de incapacidad. A esta Convención se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 27.044.

Ante ello entiendo que ha de prevalecer el derecho de los accionantes a obtener por medio de su obra social el reconocimiento integral a esta prestación. Ello, sin perjuicio del estricto cumplimiento de todos los trámites previstos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para la importación de sustancias compasivas.

Debo resaltar que la decisión provisoria que se adopta, en este caso específico, prima facie favorable a la utilización del cannabis y sus derivados como una alternativa terapéutica, lo es al margen de los perjuicios relacionados con el consumo lúdico de esa sustancia y en base a los informes médicos especializados en neurología infantil derivados de una institución oficial de indudable jerarquía científica.

En consecuencia, la utilización en un paciente determinado del uso terapéutico de los cannabinoides y sus compuestos debe depender exclusivamente del criterio médico que -como con cualquier otro fármaco- es una decisión derivada de la ciencia médica que no corresponde que este judicante revise en tal carácter.

La manifiesta urgencia que demanda la necesidad para el accionante de disponer del fármaco indicado por los profesionales médicos tratantes, constituye suficiente fundamento para tener por acreditado el peligro en la demora.

En relación a la contra cautela que ha de requerírsele a los accionantes para satisfacer los eventuales daños y perjuicios que pudieren derivarse de la medida cautelar, entiendo que resulta suficiente la caución juratoria.

Por ello,

RESUELVO:

1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes, disponiendo que la Obra Social de Petroleros deberá arbitrar, en el plazo de diez (10) días hábiles, los medios necesarios para suministrarle con cobertura integral al menor A. F., DNI el medicamento Charlotte's Web Hemp Extract Oil, cuyo principio activo es Cannabidiol, en jarabe de presentación de 100 ml en la cantidad requerida por el profesional médico tratante.

2.- El cumplimiento deberá hacerse efectivo en forma periódica y de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento que sean indicadas por el profesional médico actuante y previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de sustancias compasivas. Ello, bajo apercibimiento de proceder de acuerdo a lo normado por el art. 239 del Código Penal de la Nación.

3.- Cumplida que sea por los accionantes la contracautela dispuesta, líbrese el correspondiente oficio.

Protocolícese, notifíquese personalmente o por cédula y ofíciase.

ADOLFO GABINO ZIULU (JUEZ)

“L.S.L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 39357/2016 - CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I - 22/12/2016)

La Plata, 22 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:

Este expediente N° FLP 39357/2016/CA1, caratulado: “L.S.L. Y OTROS c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/AMPARO LEY 16.986” proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2.

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la parte demandada, contra la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenó a la Obra Social de Petroleros (O.S.P.E.) que preste la cobertura integral al menor A.F. del fármaco Charlotte’s Web Hemp Extract Oil, cuyo principio activo es Cannabidol, en jarabe de presentación de 100 ml en la cantidad requerida por el profesional médico tratante, cumplimiento que deberá hacerse efectivo en forma periódica y de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento que sean indicadas por el profesional médico actuante y previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de sustancias compasivas (v. fs. 112/116 y fs. 105/107 vta. respectivamente).

II. La recurrente se agravia contra la resolución en cuanto que el actor inicia una acción de amparo sin que exista un incumplimiento por parte de este agente del seguro de salud. En este sentido, amplía que la amparista reclama la cobertura de la medicación “Charlotte’s Web Hemp Extract Oil”, cuando la misma no se encuentra aprobada en este País, siendo importado mediante la ANMAT para casos excepcionales, no siendo de cobertura obligatoria para dicha Obra Social.

Atento lo expuesto precedentemente, la recurrente reitera que no ha negado la cobertura médico asistencial que requiere el paciente en cuestión, pero si las mismas deben ser provistas en condiciones de igualdad con la totalidad de los beneficiarios de la entidad a la cual representa. En el caso de la medicación requerida por la amparista, se encuentra fuera del P.M.O- (Programa Médico Obligatorio) por lo cual, considera que no

corresponde la cobertura de la misma.

III. Corresponde destacar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (conf. Fallos: 274:13, considerando 3º; 283: 335; 300: 1231; disidencia del juez Belluscio en Fallos: 313:1513 y disidencia del juez Maqueda en Fallos: 326:2637), su exclusión por la existencia de otros recursos no puede resultar en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299: 358, 417; 305: 307; 307: 444; 327: 2920).

En tal sentido, las particulares circunstancias que rodean el caso, por encontrarse comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimientos cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas – entre las cuales se encuentra, lógicamente, el juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179). Sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (conf. Fallos: 330:4647).

El amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Constitución Nacional; tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (conf. Fallos: 329:255; 326: 4931).

Por el contrario, en atención a la naturaleza de los daños invocados, que involucran la violación del derecho a la salud, sólo podrían alcanzar una protección ilusoria por las vías ordinarias (Fallos: 330: 520; 329: 4741).

IV. El sub examine exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud de la

accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros).

Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. “Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 30/09/03).

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

V. En tal sentido, el derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana

que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 – “R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo”). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

V. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...”. Asimismo, “se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye...” (art. 2).

Debe tenerse en cuenta, además, la condición de persona con discapacidad del menor, acreditada en autos con el certificado pertinente. En su mérito, halla amparo en las disposiciones de la ley 24.901 de protección integral de las personas con discapacidad en tanto, como expresó la Corte Suprema de Justicia “...ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de la obra social a los que esté afiliado.

Mediante dicha ley se creó un sistema de prestaciones básicas “de atención integral a favor de las personas con discapacidad” y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2)” (Fallos: 323:3229, en cita, del dictamen del señor Procurador Fiscal).

Debe recordarse, en ese sentido, que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado que “la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna”. (CSJN, G. 529. XXXIII. Ganora, Mario Fernando y otra s/ habeas corques; entre otros).

VI. Una interpretación global de la normativa constitucional, internacional de derechos humanos y legales permite razonablemente concluir que el Plan Médico Obligatorio fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados (conf. Resol. Gral. MsyAS N° 247/96 y sus modificaciones; Leyes 23.660, 23.661 y 24.754); sin desconocer la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales y el descubrimiento de nuevas patologías, prácticas médicas o medicamentos destinados a su curación o respectivo tratamiento.

Es indudable que el apego estricto al mentado programa colisiona, en el sub examine, con el derecho a la vida y a la salud, a gozar de los adelantos científicos que la medicina incorpora diariamente con el fin de vencer los trastornos psico-físicos, sustentados por una pluralidad de normas de génesis nacional como supranacional, que a partir de la reforma de nuestra Carta Magna en 1994 se encuentran junto a ella en la cúspide de nuestro derecho interno, siendo el meollo de esta disputa disipar cuál de las normas quedará desplazada por la aplicación de la otra, y tiene como única respuesta jurídicamente posible la prevalencia de nuestra Ley Fundamental por el lugar que ocupa en nuestra pirámide legislativa, restándole valor a una resolución ministerial. De esta manera, el PMO no es la excusa jurídicamente válida para no prestar el servicio de salud, sino por el contrario es el marco de referencia a partir del cual se debe cumplir con la Constitución Nacional, en lo referente al derecho a la vida y a la salud, el cual menciona en forma enunciativa y no taxativa como pretenden los encargados de brindar tal servicio las prestaciones que deberán otorgarse, conformándole piso mínimo a partir del cual se agregan otras que en el marco normativo constitucional y legislativo interno e internacional amparan el derecho a la vida y a la salud.

VII. En el caso de autos, resulta comprobado que el menor es afiliado a OSPE, así como el padecimiento de Encefalopatía Epiléptica (Sme de West) y la necesidad de la medicación indicada por su médico tratante. (v. fs. 6, 7, 8, 9, 10 y 25/30).

Asimismo, la situación de discapacidad del menor y las repercusiones negativas en su salud psico-física que provoca la situación descripta, justifica la necesidad de adoptar una solución urgente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso como asimismo, el cumplimiento de la medida cautelar.

Por ello, aun cuando la pretensión solicitada se encuentre fuera de la cobertura del Plan Médico Obligatorio (conf. Fallos: 329: 1638), teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, corresponde rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez a quo.

VIII. Por ello, en orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal,

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso interpuesto y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO VICTOR REBODERO (JUEZ)

CARLOS ROMÁN COMPAIRED (JUEZ)

ROBERTO AGUSTÍN LEMOS ARIAS (JUEZ)

“LÓPEZ, ANDREA CELESTE (EN REP. DE SU HIJA SARA ISABELLA) c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 65230/2016 – CÁMARA FEDERAL DE CAMPANA – 17/11/2016)

Campana, 17 de noviembre de 2016.

Y VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas “LOPEZ, ANDREA CELESTE (EN REP DE SU HIJA SARA ISABELLA) c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986”, expediente número 65230/2016 del registro de la Secretaría Civil N° 2, de este Juzgado Federal de Primera Instancia de Campana, del que,

RESULTA:

1. Que a fojas 30/44 se presenta la señora Andrea Celesta López, en representación de su hija menor de edad Sara Isabella López, e interpone acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios OSDE, a fin de solicitar que ésta la provea del medicamento CHARLOTTE’S WEB HEMP EXTRACT IN OLIVE OIL DIETARY SUPPLEMENT por un frasco x 100 ml (kg 0,2 % THC /1,66 mg THC 1 ml, kg 5 % CBS/ 50 mg CBD 1 ml), el cual debe importarse desde Estados Unidos de Norte América.

Dada la urgencia de contar con la autorización de tal prestación solicita le sea concedida una medida cautelar.

Refiere que Sara posee 2 años de edad y padece de “síndrome de Sturge Weber con compromiso dermatológico con glaucoma de ojo derecho y retraso de pautas madurativas con epilepsia focal sintomática”, siendo ésta una enfermedad progresiva, de tipo congénito, que se caracteriza por tener un angioma que abarca la hemiface derecha y la mitad del cerebro. Dicha patología afecta el sistema nervioso, provocándole una epilepsia refractaria; no solo eso sino que por donde pasa la mancha daña los órganos que atraviesa, en este caso el cerebro y su ojo derecho generándole un glaucoma, lo que a su vez le generó un retraso madurativo significativo.

Al día de hoy lleva más de 15 intervenciones por crisis epilépticas y tres por ACV, los cuales la dejaron al borde de la muerte.

Además le realizaron 2 operaciones de glaucoma para bajarle la presión ocular siendo necesario intervenirla nuevamente pero esta vez para un implante de válvula

porque la mancha que tiene por dentro no solo le dañó la mitad de su cerebro sino que va por detrás del ojo empujando y generándole presión. Esta mancha le comió toda la hemiface derecha de su cerebro y corteza cerebral y de seguir avanzando podría dejarla en estado vegetativo.

Este angioma con el tiempo crece, se va poniendo rugoso con granos y deforma la cara. Para evitar la deformación a los 6 meses de edad la sometieron a una cirugía con láser muy invasiva, llevando a la fecha una totalidad de 7 sesiones con anestesia general.

Su médica tratante, la neuróloga Silvia Kochen le prescribe un tratamiento alternativo con aceite de cannabis, para lo cual su obra social debía proveerla del medicamento denominado CHARLOTTÉ WEB HEMP EXTRACT IN OLIVE OIL DIETARY SUPPLEMENT por un frasco x 100 ml (kg 0,2 % THC /1,66 mg THC 1 ml, kg 5 % CBS/ 50 mg CBD 1 ML, requisitoria que oportunamente realizara mediante la presentación de la orden en la sede central de su obra social.

Ante el silencio de la misma, en fecha 3 de octubre de 2016 realiza una intimación mediante carta documento, y en fecha 5 de octubre de 2016 presenta en sede central una nota de reclamo administrativo no recibiendo respuesta, por lo que se ve en la necesidad de realizar el reclamo por esta vía a fin de salvaguardar los derechos y garantías que la asisten.

En apoyo de sus dichos cita profusa normativa que rige la materia, en términos que se dan por reproducidos brevitatis causae.

Como medios probatorios acompaña la documentación agregada a fojas 3/29, consistente en : 1) fotocopia del DNI de Andrea Celeste López y de Sara Isabella López y su respectivas credenciales de afiliación a OSDE; 2) fotocopia autenticada del Certificado de Discapacidad; 3) fotocopia autenticada del Certificado de Nacimiento; 4) fotocopia de la prescripción de medicamento suscripto por la neuróloga Silvia Kochen; 5) Carta documento fechada el 3/10/2016; 6) Control de Pautas Madurativas realizado por el Equipo Interdisciplinario para Evaluación y Tratamiento Intensivo Funcional en Pediatría aedin en 7 fs.; 7) Resumen de Historia Clínica con membrete del Hospital Universitario Austral; 8) Declaración Jurada para Gestionar la Importación de Especialidades Medicinales de Uso Compasivo, con membrete del Ministerio de Salud.

2. A fojas 46 se agrega el dictamen del señor Fiscal Federal, quien se expide en forma afirmativa sobre la competencia de este Juzgado para entender en autos.

3. A fojas 54/56 obra el dictamen de la Asesora de Menores ad hoc, en

cumplimiento del dispositivo legal que obliga la representación promiscua de los menores en el proceso. En la oportunidad destaca la imperiosa necesidad de que a Sara de que le sea brindada la medicación prescrita, con fundamento en las particularidades del caso. En apoyo de sus dichos acompaña documentación que da cuenta de los antecedentes en casos análogos.

4. A fojas 57 es asumida la competencia de este Juzgado para entender en autos y quedan los mismos en despacho para resolver la cautelar.

CONSIDERANDO:

I. Que en este escueto segmento del marco cognoscitivo, he de tener por acreditada la legitimación activa de Andrea Celeste López para litigar contra la Obra Social Organización de Servicios Directos Empresarios en representación de su hija Sara Isabella, a tenor de la fotocopia del certificado de nacimiento obrante a fojas 7 y la credencial de afiliación glosada a fojas 5.

II. Como quedara asentado, la medida cautelar de la pretensora apunta a obtener por parte de la accionada la provea del medicamento CHARLOTTE'S WEB HEMP EXTRACT IN OLIVE OIL DIETARY SUPPLEMENT por un frasco x 100 ml (kg 0,2 % THC /1,66 mg THC 1 ml, kg 5 % CBS/ 50 mg CBD 1 ML de origen extranjero.

III. Delineado entonces el contorno del tema a decidir, se recuerda que el objeto de las medidas precautorias es asegurar las consecuencias del proceso definitivo mediante el mantenimiento de un estado de hecho o derecho, o prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales, de modo tal que se torne ilusorio el derecho que se pretende proteger.

Para su procedencia son presupuestos de rigor, la verosimilitud del derecho y el peligro de un daño irreparable en virtud de la demora, ambos previstos en el artículo 230 del Código ritual, a lo que debe unirse un tercero, establecido de modo genérico en el artículo 199 del citado código, que es la prestación , por parte del accionante, de contracautela.

Sobre el primer tópico, a fojas 6 obra fotocopia del certificado de discapacidad de Sara, cuyo diagnóstico reza "Epilepsia Hemangioma, de cualquier sitio Glaucoma congénito".

A más de ello, es contundente el resumen de historia clínica que obra a fojas 15/17, que al referirse a los antecedentes personales de Sara enuncia: Diagnóstico de

Síndrome de Sturge Weber con compromiso dermato ocular; con glaucoma de ojo derecho. Retraso de pautas madurativas. Epilepsia focal sintomática desde los 3 meses. 07/11/14 y 08/01/2016: trabeculectomía por glaucoma de ojo derecho En tratamiento con cirugía láser para la reducción de angioma facial. Convulsiones. Última internación el 9/01/16 en la cual aumento la medicación anticonvulsionante.

A fojas 8 obra la fotocopia de la prescripción extendida por la neuróloga Silvia Kochen en fecha 20/09/2016, indicando el medicamento cuyo proveimiento se reclama y a fojas 28/29 obra la constancia de la presentación de la Declaración Jurada para Gestionar la Importación de Especialidades Medicinales de Uso Compasivo.

En fin, con lo reseñado, y con la copia de la Carta Documento enviada por la señora López a OSDE , fechada el 3/10/2016 (ver fojas 9), respecto de la cual la actora manifiesta no haber recibido contestación, tendré por cumplido, en esta fase del proceso, el requisito del “fumus bonis iuris” con relación a las especiales características de la enfermedad y la medicación indicada que da lugar al reclamo delineado en la requisitoria, la que, según el formulario llenado a fojas 18/19, ha comprendido la gestión de la importación, dentro de las especialidades medicinales de uso compasivo.

Respecto al peligro en la demora, está en la idoneidad de la medida cautelar evitar los daños y perjuicios irreparables que podrían ocasionarse de extenderse en el tiempo la falta de cobertura expuesta.

En este sentido, es del caso señalar que concurren circunstancias que advierten sobre los efectos que la demora en autorizar la prestación de las prescripciones médicas en trato pueden ocasionar a la menor, dada la pluralidad de afecciones de las que se dan cuenta en el resumen de Historia Clínica que, en prieta síntesis fuera analizado precedentemente.

A la luz del cuadro fáctico descripto, es indudable advertir que en la especie, está en juego el valor de la preservación de la salud y la vida de la persona y, por ende, las medida requerida se inscribe en el marco de lo prescrito por artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, por lo que -en lo que aquí interesa- resultaría afectado un plexo normativo básico integrado por el derecho a la salud; a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a las autodeterminaciones y el derecho a la igualdad, también constitucionalmente protegidos a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 255 inc. 1 y 30 de la Declaración de Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art.

10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos e materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador); art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; etc.

Sobre lo dicho, es abundante la jurisprudencia sentada por el Címero Tribunal, en torno a que el derecho a la vida es el derecho por excelencia que resulta reconocido y garantizado en la Constitución Nacional, porque el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor final con respecto al cual los restantes tienen siempre carácter instrumental (Fallos. 316: 479; 23:3229; 329: 163; entre otros)

Por ello, en virtud del principio de solidaridad y el carácter redistributivo según los cuales fueron diseñadas las obras sociales, principio que fuera extendido a la medicina prepaga – conf. Ley 26.682 teniendo en cuenta el justo reparto de las cargas que se conjuga con el derecho a la Seguridad Social y el carácter del mismo (art. 14 bis CN) y ante la magnitud del problema y la diferencia de patrimonios, considero que se halla probado el peligro en la demora, por ende, procedente la medida cautelar solicitada.

Por lo dicho, normas legales, jurisprudencia citada y sin que lo hasta aquí expuesto implique prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo es que,

RESUELVO:

I. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la señora Andrea Celesta López, y ordenar a la accionada Organización de Servicios Directos Empresarios -OSDE- arbitre lo conducente para proveer a su hija Sara Isabella López (DNI 54.230.456) el medicamento denominado CHARLOTTE’S WEB HEMP EXTRACT IN OLIVE OIL DIETARY SUPPLEMENT por un frasco x 100 ml (kg 0,2 % THC / 1,66 mg THC 1 ml, kg 5 % CBS/ 50 mg CBD 1 ml), en el plazo de 48 horas hasta tanto de se dicte sentencia definitiva o se produzcan cambios en las prescripciones médicas. A todo evento, atendiendo que la medicación es de origen extranjero, deberá presentar en el expediente -en el mismo plazo- las constancias que den cuenta del inicio del trámite para su importación, bajo apercibimiento de incurrir en el delito previsto por el artículo 239 del Código Penal. A tal fin se le libraré oficio con copia de la presente y de las actuaciones de fojas 8 y fs.18/19.

II. Previo a lo anterior, la amparista deberá prestar caución juratoria en Secretaría (art. 199 CPCCN).

III. Sin costas, atento la ausencia de sustanciación.

IV. Regístrese, notifíquese a la parte y en su despacho a la Asesora de Menores.

ADRIÁN GONZÁLEZ CHARVAY (JUEZ)

PROCESOS PENALES

“Legajo N° 2 – IMPUTADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/LEGAJO DE APELACION”

(Expediente N° 002664/2014/2/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA B – SECRETARÍA PENAL – 10/05/2016)

Rosario, 10 de mayo de 2016.

Visto, en Acuerdo de la Sala “B”, el expediente N° FRO 2664/2014/2/CA1 “Legajo de Apelación en autos HILBE, Alcides Pacífico s/ Infracción Ley 23.737”, (del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 1 de Rosario), del que **resulta** que:

Vienen los autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública Coadyudante de la Defensoría Pública Oficial N° 2 de Rosario, Dra. María Belén Pennisi, en el ejercicio de la defensa técnica de Alcides Pacífico Hilbe (fs. 190/195) contra la resolución de fecha 25/09/2015, en cuanto dispuso el procesamiento del nombrado, en orden a los delitos previstos y penados por el Art. 5º inc. c) de la Ley 23.737 –en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- e inc. a) de la misma normativa legal, -en la modalidad de cultivo de estupefacientes-, en concurso real -Art. 55 del C.P.- (fs. 185/188).

Concedido dicho recurso (fs. 196), los autos se elevaron a la Alzada (fs. 241). Radicados en esta Sala “B” (fs. 243), se designó audiencia oral para informar, poniéndose en conocimiento de las partes la opción por la modalidad escrita establecida en la Acordada N° 166/11 (fs. 244). Agregados: el escrito presentado por la Asociación Civil Rosarina de Estudios Culturales -AREC- (fs. 247/253 vta.), el certificado médico acompañado por la defensa del imputado (fs. 254/255) y el memorial de la Fiscalía General (fs. 257/259 vta.), se labró el acta pertinente (fs. 260), quedando los autos en estado de ser resueltos.

El Dr. Toledo dijo:

1º) La defensa considera que el plexo probatorio conformado hasta el presente, resulta insuficiente para fundar la calificación legal pretendida.

Sostiene que no surgen indicios que afirmen que el destino de la sustancia secuestrada en el domicilio allanado, hubiera podido trascender a terceras personas con fines de lucro.

Alega que la preventora realizó solamente tres días de investigación, observando a una persona presuntamente realizando tareas de “pasamanos”, sin que ello se hubiera podido probar. Aduce que generalmente en los domicilios en donde se realizan ventas de estupefacientes, es común la concurrencia de asidua cantidad de gente al lugar que permanece pocos momentos en el mismo y se retira, cuestión que según su decir no ocurrió en este caso.

Esgrime que los elementos secuestrados (plato con restos de picadura, tuquera, papelillos, tijeras, cajas de papelillos y picador metálico), eran para propio consumo de Hilbe. Manifiesta que las semillas encontradas son fruto de plantas hermafroditas para utilizarlas en cultivos subsiguientes para el consumo de su asistido.

Indica que para la figura reprochada se requiere un componente subjetivo denominado “ultraintencionalidad de la acción” y que la finalidad del estupefaciente secuestrado era destinado para consumo de su pupilo.

Aclara que las plantas se encontraban en un patio trasero de la vivienda y no a la vista de terceros. Expone que el secuestro de estupefacientes no constituye una excesiva cantidad.

Describe las afecciones de salud de su representado y aduce que su consumo de marihuana, le permitieron paliar o disminuir síntomas de las enfermedades padecidas por él padecidas.

Cita jurisprudencia respecto al consumo de marihuana con fines terapéuticos.

Formula reserva del caso federal.

2º) Cabe recordar que la “tenencia” acuñada en la ley 23.737 (en cualquiera de sus formas) se caracteriza por el poder de disposición física de la persona sobre la cosa.

Ahora bien, en lo que refiere al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la intención de comercio debe deducirse y probarse a partir de elementos objetivos –indicios y circunstancias-, incorporadas regularmente al proceso e invocadas en la acusación, que demuestren el propósito del sujeto.

Por otra parte, para el reproche de la infracción al Art. 5 inc. a) de la Ley 23.737, debe suponerse una finalidad de comercio en el cultivo, siembra o guarda, o que estos comportamientos sean parte de un tramo de la cadena de comercialización de estupefacientes.

En relación a la figura penal pretendida por el recurrente, es menester señalar que “... la tenencia para consumo personal, requiere un componente objetivo (relación

del sujeto con la cosa) y otro subjetivo o tendencial (acreditación de un inequívoco destino de uso personal por parte de su tenedor); el que debe verificarse por medio de dos extremos; uno cuantitativo (la escasa cantidad), y otro cualitativo (las demás circunstancias del caso)...” (cfr. CNCP, Sala I, “Rodríguez Montes, Bayron y Paolasini, Martín s/ recurso de casación”, reg. N° 5514, del 14/09/04).

Por ello, y siguiendo la vía de análisis mencionado, considero que en el caso, en esta instancia judicial, no se pudo acreditar -prima facie-, los tipos penales reprochados, empero tampoco hay mérito como para desvincularlo del proceso, lo que implica la posibilidad real de ahondar el cauce de la investigación.

Así pues, analizadas las constancias reunidas hasta el presente, y las bases en que el juez de grado ha fundado su temperamento, cabe adelantar, conforme a mi criterio, que el auto apelado debe ser modificado, correspondiendo a su respecto, el dictado de la falta de mérito del imputado en orden a la figura penal atribuida (Art. 5º inc. c) de la Ley 23.737, en modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización e inc. a) de dicho cuerpo normativo, en la modalidad de cultivo de estupefacientes; en concurso real –Art. 55 del C.P.).

3º) Surge del acta de allanamiento, que el imputado tenía en su domicilio de calle Salta 954 de villa Constitución: cinco plantas de cannabis-sativa; 7000, 46 gramos de marihuana distribuida en varias semillas; un envoltorio con cierta cantidad de esa sustancia, hojas y tallos; un plato de metal que contenía en su interior un paquete de papelillos de armado casero de cigarrillos; germinador casero; tuquera; tijera; diversos papelillos con resto de la sustancia referida; bolsa ziploc con cierta cantidad de esa droga; seis semillas de cannabis más; ampollas de vidrio; tres frascos de vidrio con boca tapada con papel de aluminio en su interior con tierra, restos de mica, arroz y “hongo cucumelo” –*psylocybe cubensis*-; elementos de fraccionamientos como un picador metálico (fs. 35/43).

Obra en la causa, las tareas de inteligencia efectuada por la preventora, en donde se pudo observar a un masculino acercarse al domicilio investigado en tres oportunidades (las dos primeras no fue atendido) y en su tercera aparición, permaneció allí escasos segundos, sacó su billetera, hizo entrega de dinero y se retiró con una bolsa en la mano (fs. 14 y vistas fotográficas de fs. 18/20). Y si bien no pudo concretarse la tarea de “corte” con dicho masculino (fs. 15), tal actitud podría ser interpretada como una típica maniobra de “pasamano”, comúnmente efectuado en comercio de

estupefacientes.

En efecto, las circunstancias del caso habilitaban la sospecha necesaria para indagar a Hilbe por el ilícito investigado, pero no bastan para dar sostén al juicio de probabilidad que se requiere a esta altura del proceso para dictar el auto pretendido por el recurrente.

Se desprende del descargo efectuado por el imputado (fs. 79/80) y de las argumentaciones (que apuntalan su versión) efectuadas por la Asociación Pensamiento Penal (APP) y por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) -agrupaciones presentadas en calidad de “amicus curiae”-; la posible concurrencia de presupuestos fácticos como causales de justificación o de inculpabilidad que no han sido tenida en cuenta hasta el momento, y que de comprobarse, podrían ser consideradas como una probable hipótesis desincriminatoria en esta etapa procesal, atento a la gravedad de la situación de salud alegada.

En tal sentido, tampoco puede soslayarse, que con posterioridad al dictado del auto recurrido, la defensa ha acompañado un certificado extendido por la médica psiquiatra de Hilbe, en donde la profesional informa que el nombrado haría uso de la sustancia cannabis con fines medicinales y refiere a la afección y al cuadro de síntomas por él mencionados e incorpora además otras circunstancias de relevancia para la causa, como ser el hecho de que el paciente presenta un evidente deterioro físico de adelgazamiento y una incidencia negativa en su cuadro psicopatológico de base, agravándose con cuadro de trastorno de ansiedad y depresión (ver fs. 254).

Entiendo que corresponde analizar si, debido a la afección del imputado y a su situación personal, éste se vio en la necesidad de sobrellevar su estado de salud, mediante el consumo de los estupefacientes secuestrados (en todos sus estados, plantas, semillas, sustancia) y éstos eran netamente para su consumo y no para comercializarlos. Es decir, no se ha podido comprobar aún la verdadera finalidad del estupefaciente secuestrado.

Por lo tanto, considero que resulta pertinente recibir testimonio a la profesional de la salud referida en la presente decisión; recabar la historia clínica del imputado y ordenar una evaluación por parte del médico forense para que, contando con estos elementos, se expida sobre el cuadro que presenta Alcides Pacífico Hilbe y sobre el posible uso terapéutico del paciente.

4º) Finalmente, es preciso señalar que el Art. 309 del CPPN dispone que “Cuando, en el

término fijado por el Art. 306, el juez estimare que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare, sin perjuicio de proseguir la investigación, y dispondrá la libertad de los detenidos que hubiere, previa constitución de domicilio.”

Del texto del artículo transcrito, y de la lectura del Art. 311 del citado cuerpo legal, se desprende que el auto de falta de mérito es una medida intermedia de carácter meramente provisorio, que no causa estado y que puede ser revocada y reformada de oficio durante la instrucción, es decir que no pone fin a la tarea instructoria, ni a la causa, pudiendo por tanto el Fiscal proseguir la investigación e incluso solicitar con posterioridad el dictado de un auto de procesamiento del encartado.

Consecuentemente, atento la existencia de dudas, entendidas “como la indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia y la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendibles” (Cafferata Nores, José I., “La prueba en el Proceso Penal”, Depalma, 3ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 8 y 11), corresponde revocar el auto apelado y declarar la falta de mérito del imputado. Ello sin perjuicio de que, con el devenir del proceso, de la prueba que pudiera llegar a producirse en el sumario, tales dudas puedan disiparse posibilitando así el arribo al sobreseimiento del encartado o a su procesamiento. Así voto.

El Dr. Bello adhirió a los fundamentos y conclusiones del voto precedente.

Atento al resultado del Acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:

Revocar la resolución de fecha 25/09/2015, obrante a fs. 185/188 de autos, y en su lugar, dictar la falta de mérito de Alcides Pacífico Hilbe en orden a los delitos reprochados. Insértese, hágase saber, comuníquese en la forma dispuesta en la Acordada Nº 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente, devuélvase al Juzgado de origen.

JOSÉ GUILLERMO TOLEDO (JUEZ)

EDGARDO BELLO (JUEZ)

“Legajo Nº 2 – IMPUTADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/LEGAJO DE APELACION”

(Expediente Nº 002664/2014/2/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA B – SECRETARÍA PENAL – 27/12/2017)

Rosario, 27 de diciembre de 2017.

VISTOS los autos “IMPUTADO: HILBE, ALCIDES PACIFICO s/INFRACCION LEY 23.737”, expte. nº FRO 2664/2014 de entrada ante el Juzgado Federal nº 4 de Rosario, Secretaría nº 1;

Y CONSIDERANDO QUE:

I. En fecha 25/09/2015, se dictó auto de procesamiento de Alcides Pacifico Hilbe por la presunta comisión de los delitos previstos y penados en los artículos 5º inc. c) –en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- e inc. a) de la ley 23.737 –en la modalidad de cultivo de estupefacientes-, en concurso real (art. 55 del C.P.), de conformidad con lo establecido por el art. 306 del C.P.P.N (fs. 185/188).

Mediante Acuerdo de fecha 10/05/2016, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario revocó la resolución de fecha 25/09/2015 y en su lugar, dictó la falta de mérito del imputado, en orden a los delitos por los cuales oportunamente se lo procesó (ver fs. 262/264 de legajo FRO nº 2664/2014/2/CA1).

II. La pericia realizada por el Gabinete Científico “Rosario” de la Policía Federal Argentina determinó que el material secuestrado está compuesto por marihuana, con las demás especificaciones expuestas en ella (fs. 139/164 y 165/173).

III. A fs. 314, el Dr. Enrique Comellas -en ese entonces a cargo de la Defensoría Pública Oficial nº 2-, solicitó se dicte el sobreseimiento de su asistido por los fundamentos expuestos a los cuales me remito en honor a la brevedad.

IV. Conforme surge del acta de procedimiento labrada (fs. 35/43) se advierte que las plantas de marihuana se encontraban plantadas en el patio trasero –sector externo- de la vivienda, es decir, dentro del ámbito de su custodia y privacidad. Por otra parte, de las constancias incorporadas en autos, no se logró comprobar que el destino final del producto de esas plantas sea su comercialización.

Teniendo en consideración la solicitud del Fiscal General interinamente a cargo de la Fiscalía Federal nº 3, Dr. Federico Reynares Solari (fs. 321/326) y que las circunstancias fácticas que rodean al hecho se ajustan a los parámetros establecidos por

la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “ARRIOLA, Sebastián y otros s/ causa n° 9080” (A. 891. XLIV), del 25/08/09, en virtud del cual declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y el que se adecua para encuadrar la conducta del nombrado en las previsiones del art. 5 inc. a) en función del penúltimo párrafo de la ley 23.737, en tanto no advierto que su realización trajera aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

En función de ello y en el entendimiento de que el hecho en las condiciones apuntadas no encuadra en una figura penal, corresponde dictar el sobreseimiento de Alcides Pacifico Hilbe de conformidad con lo establecido en el art. 336 inc. 3° del C.P.P.N.

Por ello;

RESUELVO:

1) Declarar en el caso y en relación a Alcides Pacifico Hilbe la inconstitucionalidad del artículo 5° inc. a) en función del anteúltimo párrafo de la ley 23.737 (cultivo de estupefacientes para consumo personal).

2) Sobreseer a Alcides Pacifico Hilbe (argentino, D.N.I. n° 6.300.031) por la presunta comisión del delito previsto y penado por el artículo 5° inc. a) en función del anteúltimo párrafo de la ley 23.737 (cultivo de estupefacientes para consumo personal), de conformidad con lo establecido en el art. 336 inc., 3° del C.P.P.N., con la declaración de que el presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado (art. 336, último párrafo del C.P.P.N.).

3) Separar para destruir por intermedio de la Autoridad Sanitaria Nacional el material estupefaciente reservado en Secretaría.

4) Destruir por Secretaría los elementos digitados “A15”, un picador metálico, un germinador casero, dos lámparas, seis envases digitados “A16”, un adorno de cerámica con forma de zapato con la inscripción “Holland”, un cajón de plástico colorado, y tres macetas junto con la tierra que se halla en ellas.

5) Agregar al dorso de la caratula en un sobre cerrado 5 cd's y la documental acompañada a fs. 247 vta.

MARCELO MARTÍN BAILAQUE (JUEZ)

“Principal en Tribunal Oral T001 – PINTOS, GONZALO EZEQUIEL Y OTROS s/INFRACCION LEY 23.737”

(Expediente N° 091001183/2012/T001 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA – SECRETARÍA – 07/06/2016)

Comodoro Rivadavia, 7 de junio de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa FCR 91001183/2012/T01, caratulada: “PINTOS, Gonzalo Ezequiel y otros s/ Infracción a la ley 23.737”, en relación a la solicitud de suspensión por incapacidad sobreviniente de José Horacio REY.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 1715 el Tribunal dispone se realice un informe médico forense o policial a los efectos de constatar el actual estado de salud e indicar si el procesado José Horacio REY se encuentra en condiciones de asistir a juicio oral y público.

Que a fs. 1745/53 obra el dictamen pericial confeccionado por el Médico Forense de la Cámara Federal de Apelaciones de la Jurisdicción, Dr. Juan José NICOLAS, el que concluye: “...1) José Horacio REY, fue un consumidor a la forma de uso de cocaína y marihuana. Debió dejar la cocaína por los secundarismos de la misma al ser diagnosticado de enfermedad de Hodgkin. La marihuana la continuó usando con fines medicinales, pero deberá dejarla por la afectación Pulmonar que la enfermedad le produce y la incompatibilidad con el hecho de fumar cannabis.; 2) No es un adicto, pues no reúne la tíaada clínica toxicológica que define hoy la adicción: tolerancia, dependencia y abstinencia; 3) No presenta evidencias clínicas de dependencia psíquica ni física a las drogas usadas; 4) Tiene una personalidad de base de tipo neurótica, sin connotaciones ni evidencia de expresiones psicóticas; 5) Buena tolerancia a las frustraciones con buena adaptabilidad al medio y a la autoridad; 6) Capacidad conservada para comprender y dirigir sus acciones; 7) No hay evidencias clínicas de peligrosidad actual ni potencial. No presenta signos ni elementos psiquiátricos forenses de estado de peligrosidad; 8) Padece enfermedad de Hodgkin, patología oncológica que en estadío IV, el paciente en la actualidad, conforma una mortalidad frl 50% a pesar de los tratamientos. Por ello debe someterse a tratamientos radio y quimioterápicos y trasladarse a la ciudad de Buenos Aires, para completar los mismos en el Instituto Alexander Flemming; 9) La apoyatura

que requieren los individuos que usan drogas, psiquiátrica y psicológica, en su caso está cumplida por estar tratado por un grupo interdisciplinario por su patología oncológica, que contempla la asistencia regular a consultas para el fortalecimiento de la esfera psíquica y su contención; 10) Se deben eliminar en la medida de lo posible y viable los factores ansiógenos y angustiantes que se comportan como detrimentos de los procesos orgánicos y fisiológicos que en el momento actual requiere el causante para salvar su vida. 11) Debe considerarse en este momento y en este estadio a la enfermedad de Hodgkin como enfermedad terminal...”.

Que del informe producido por el Médico Forense a fs. 1754 se dispuso el traslado a las partes, solicitando el Ministerio Público Fiscal a fs. 1755 se requiera al profesional interviniente informe concretamente si José Horacio REY está en condiciones de asistir a juicio oral y público. A su turno la Defensa Oficial solicitó a fs. 1756, por razones de humanidad y respeto a la dignidad de la persona se suspenda el debate.

II.- Asimismo consta a fs. 1636/8 que la Defensa Pública presentó dos informes médicos de 24/09/2013 y del 6/11/2013 de los cuales se destaca “Pronostico: Ganglio linfático: Linfoma de Hodgkin clásico, de tipo esclerosis modular ½ BNLI...” y “Paciente con diagnóstico Linfoma de Hodgkin, debe realizar tratamiento quimioterápico...”

Que el Tribunal, en oportunidad de la audiencia de debate a fs. 1639 el 11/11/2013 decidió separar de la misma a José Horacio REY y realizar por intermedio del Cuerpo Médico que corresponda a los efectos de certificar su estado de salud y su probable evolución para su eventual sujeción a juicio.

Que a fs. 1687/9 el 6/10/2014 el Defensor Oficial hace saber que REY ha sido derivado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para su tratamiento oncológico y además se encuentra bajo tratamiento psicológico, adjunta constancias.

Que a fs. 1710 obra el informe médico del Dr. Mariano Accarda del 18/6/2015 del que se puede extraer como importante: “José Horacio REY se encuentra cursando cuadro compatible con neumonía aguda de la comunidad siendo tratado con antibióticos y antitusivos... se encuentra con una patología de base Linfoma de Hodgkin... no sería aconsejable la asistencia del citado REY JOSE HORACIO mientras dura esta patología aguda”.

III.- Que puestos a resolver el planteo introducido por la Defensa, que tiene por finalidad suspender el trámite de las presentes actuaciones respecto de José Horacio

REY, en primer lugar, cabe destacar que tomando en consideración la totalidad de las conclusiones médicas detalladas a lo largo del presente resolutorio, los exámenes realizados por los diversos especialistas, nos encontramos ante un claro caso de incapacidad sobreviniente en los términos del artículo indicado, que impide la continuación del proceso respecto de REY.

En este orden de ideas, lo cierto es que los informes médicos resultan detallados, precisos, contundentes y categóricos para resolver la suspensión del proceso para el enjuiciado, teniendo en consideración que se han agotado las medidas posibles para obtener la información necesaria a fin de resolver la cuestión que nos ocupa.

En tal sentido, todos los profesionales que evaluaron al procesado concluyeron que presenta una patología de base de Linfoma de Hodgkin, la que ha sido tratada durante más de cinco años y no ha sido aún dominada.

Asimismo, el último y reciente dictamen pericial de fs. 1745/53 es claro al establecer "...deben eliminarse los factores angustiantes que, incidiendo sobre REY, le impiden estar pendiente sola y exclusivamente de su enfermedad y de su recuperación. De efectuar los tratamientos indicados libre de interurrencias, para propender recuperar su salud y si se puede salvar su vida..." y que " se deben eliminar en la medida de lo posible y viable, los factores los factores ansiógenos y angustiantes que se comportan como detrimentos de los procesos orgánicos y fisiológicos que en el momento actual requiere el causante para salvar su vida"...y por último "...Debe considerarse en este momento y en este estadio a la enfermedad de Hodgkin como enfermedad terminal...".

Por todo lo expuesto apreciados los informes periciales a la luz de la sana crítica, de acuerdo a lo establecido por el art. 263 in fine del CPP y los restantes medios de convicción, permiten concluir que se ha determinado la causal de incapacidad sobreviniente, por lo tanto, corresponde ordenar la suspensión del trámite de estas actuaciones, hasta el encausado José Horacio REY se encuentre en condiciones psicofísicas de estar en juicio.

La intervención del imputado en el juicio sin la capacidad suficiente, haría nulo el trámite, pues la norma impide que bajo ninguna circunstancia se realice el debate en esos casos, y ante el conflicto entre bienes jurídicos que ahora se manifiestan con cierto antagonismo, es necesario y obligatorio dar prevalencia a aquel que tutele la vida e integridad psicofísica del procesado.

En consecuencia, además, habrá de ordenarse su evaluación semestral por parte del Médico Forense de la jurisdicción, a fin de indicar si su estado de salud aún se corresponde con las previsiones del art. 77 del CPP; debiendo consignar si el enjuiciado recuperó o no su capacidad para ser sometido a juicio.

Por normas legales citadas, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia;

RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a la suspensión del trámite de la presente causa respecto de José Horacio REY (art. 77 CPPN).

II.- DISPONER por intermedio del Médico Forense de la Jurisdicción la evaluación del estado de salud de José Horacio REY en forma semestral, en los términos del art 77 último párrafo del CPPN, debiendo consignarse en esas oportunidades si el nombrado ha recuperado su aptitud para ser sometido a juicio.

Regístrese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

ENRIQUE JORGE GUANZIROLI (JUEZ)

PEDRO JOSÉ DE DIEGO (JUEZ)

NORA CABRERA DE MONELLA (JUEZA)

“SARGIOTTI, SEBASTIÁN GASTÓN s/INFRACCIÓN LEY 23.737”

(Expediente N° 1031/2016/CA1 – CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA – SALA III – 11/10/2016)

La Plata, 11 de octubre 2016.

VISTO:

Este expediente FLP 1031/2016/CA1, “SARGIOTTI, Sebastián Gastón s/infracción ley 23.737”, del Juzgado Federal n° 1, Secretaría n° 1, de Lomas de Zamora; y,

CONSIDERANDO:

I. El caso:

Llega la causa a esta instancia para el tratamiento del recurso de apelación planteado por la defensa del imputado (fs. 229/230 y vta.) contra la decisión de fs. 206/214 que dispuso su procesamiento como autor responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, en los términos del art. 5, inciso “A”, de la ley 23.737.

II. La causa:

1. Se inició con la denuncia anónima de fs. 2 y vta. que expuso que en un inmueble de la calle Anatole France n° 1762/64, de Avellaneda, existe una plantación de marihuana en el patio. Quien llamó se habría presentado como un vecino y describió al morador del lugar.

El agente consultó con el juez federal en turno en Lomas de Zamora y se dispusieron las primeras medidas.

2. El fiscal requirió la instrucción (fs. 7 y vta.) y se ordenaron medidas de investigación encubierta para constatar algunos aspectos de la denuncia (fs. 8).

Así, se supo que existen la dirección y el domicilio indicados (que se describieron), se individualizó a quienes vivirían en ese lugar (una pareja con un niño), se expuso qué abonados telefónicos se asocian al mismo y se tomaron fotografías (fs. 15/16, fs. 17 a 24 y fs. 25/28).

Como desde la vereda resultó imposible observar el patio, los agentes buscaron otras opciones (fs. 29/30 y 31) y pidieron entrar a un edificio ubicado en la misma manzana, para ver si podían observar desde allí el patio señalado.

Expusieron que, efectivamente, en ese lugar se observa una pileta y en otra área

varias plantas bastantes altas, con follaje, a las que les pudieron tomar fotografías y serían de marihuana.

Los policías dejaron constancia de que observaron aproximadamente 30 plantas, que vieron a un hombre que las miraba y parecía sacar algo de ellas, y de que —en cambio— no observaron venta al menudeo de estupefacientes (ver actuación de fs. 35/36 y vta. y fotos de fs. 37 a 53).

Un agente declaró a fs. 56 y vta.

3. El juez dispuso el allanamiento de la morada (fs. 57/58) y la medida se cumplió como consta a fs. 65/68.

En el acta hay constancia de que se hallaron: a) 27 plantas aparentemente de marihuana, 4 en tierra y el resto en macetas (en el patio trasero al que se accede por el pasillo); b) 2 invernaderos realizados con elementos metálicos con lámparas, equipos de ventilación y termómetros, 29 plantas en macetas, 13 plantines pequeños, 8 macetas más con tallos (todos ellos de plantas que también serían de cannabis) y 1 bolsa de nylon negra con hojas, en un área que denominaron depósito; c) 75 ramas con flores de cannabis rotuladas colgadas en una habitación lindera al depósito; d) 9 frascos con flores de cannabis sativa, 2 bolsas de nylon con sustancia vegetal similar a la picadura de marihuana, 31 ramas con flores de cannabis rotuladas, 1 caja con más flores en una bolsa y restos de sustancia vegetal, 2 envases de plástico organizadores (de 22 y 5 dependencias) con restos de sustancia y semillas de cannabis identificadas, 1 caja con 18 blisters de cartón cerrados con semillas, 1 bolsa con 5 ampollas y 3 sobres con 17 semillas, 5 bolsas con un total de 45 semillas, 2 cajas con 3 semillas, 1 estuche metálico con 3 semillas más, 7 envoltorios con 204 semillas más, 1 cilindro picador con 59 semillas, 2 cilindros más con otras 89 semillas, 4 bolsas con papeles de color similar al “lsd”, una bolsa con una pastilla similar al éxtasis y un cuaderno con anotaciones todo ello en el comedor; y e) 17 frascos de vidrio conteniendo flores de cannabis y 1 bolsa con la misma sustancia, en el dormitorio principal.

También se consignó que los moradores estuvieron presentes durante el procedimiento, que se dispuso la detención de Sebastián Gastón Sargiotti, cómo estaba cada uno de los elementos y qué peso arrojaron.

4. A fs. 74 y 75 hay fotos del imputado, luego la declaración de un agente (fs. 76/79 y vta.), las hojas con los resultados de los test orientativos de la sustancia (fs. 80/82), el croquis de la vivienda (fs. 84) y fotos de las plantas y elementos hallados (fs.

85 a 99).

Posteriormente obran declaraciones de otros agentes, el informe médico legal del imputado (fs. 116) y el pedido de informe sobre sus antecedentes (fs. 118/119). El cd que contendría fotografías del allanamiento (fs. 100) fue reservado como consta a fs. 122 y vta.

5. El juez citó a Sargiotti y éste declaró como surge de fs. 126/127 y vta.

Luego se dispuso la realización del estudio técnico del material (fs. 128), el investigado pidió ampliar su declaración (fs. 137) y ello se realizó a fs. 157/160.

Fue imputado en relación al delito previsto por el art. 5, inciso "a" y art. 14, primer párrafo de la ley 23.737.

En lo sustancial expuso: a) que en 2008 y 2009 le realizaron dos operaciones y luego comenzó a consumir cannabis, para evitar los medicamentos analgésicos, que le hacían mal; b) que en 2010 cuando conoció a su actual pareja, que padecía esclerosis múltiple (por un accidente automovilístico que sufrió en 2006) y tenía diagnosticado poco tiempo de vida, resolvieron juntos que también empezase a consumir; c) que ella empezó a sentirse mucho mejor y sin dolores; y d) que en 2013 a la misma le diagnosticaron tumores cancerígenos en el estómago y en la cabeza y eso los impulsó a investigar más, porque no querían que consumiese fármacos.

Agregó que así se enteraron de cómo se produce el aceite de cannabis (procedimiento que detalló); que resulta muy caro y por eso decidieron cultivar las plantas, ya que su mujer consume oralmente aproximadamente 2 jeringas de 10 ml por mes; y que para llegar a cada una de ellas se requieren 2 o 3 frascos de vidrio llenos de flores como los que se incautaron en su casa.

Aclaró que nunca quisieron molestar a nadie y que tampoco trataron de sacar rédito de ello sino, solamente, tener mejor calidad de vida.

Finalmente explicó que las bolsas tienen picadura de las hojas cercanas a las flores, que se emplea para productos cosméticos; se comprometió a acompañar constancias de su situación médica y de la de su pareja; y respondió algunas preguntas.

6. A fs. 166/167 obra el resultado del peritaje realizado. El juez dispuso el envío a otro laboratorio para completar algún aspecto de ese estudio (fs. 168, segundo párrafo) y ello aún está pendiente (ver fs. 196, 200/202 o 232/233).

7. El juez citó a la pareja de Sargiotti (fs. 168), que declaró a fs. 193/194 y acompañó recortes periodísticos (fs. 173/187) y copias de su historia clínica (fs.

188/192).

En lo sustancial, María Gimena Pereyra se expresó en igual sentido que el investigado.

Se recibió otro informe pericial (fs. 200/202) y luego el juez dispuso el procesamiento que aquí se cuestiona.

8. Luego de ello se agregaron constancias médicas de Sargiotti (fs. 215/227 y vta.).

III. La decisión y el recurso:

El juez entendió que el imputado es responsable ya que la figura por la que lo imputó comprende a quien —sin autorización— siembre o cultive plantas, o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, materias primas o elementos destinados a su producción; y expuso sus fundamentos al respecto.

El recurrente, a su vez, se agravia por considerar: a) que todo lo secuestrado es para consumo personal —propio del imputado y de su mujer— como expusieron y puede verificarse; y b) que la calificación es incorrecta, ya que no existen pruebas de comercialización ni de que tuviesen intención de hacerlo.

IV. Tratamiento de la cuestión:

1. La lectura de los elementos existentes muestra, a juicio del Tribunal, que el procesamiento dispuesto es prematuro.

Ello es así sin perjuicio de la tipificación legal —sobre la que alega la defensa— ya que para precisar si la figura es correcta y determinar —por caso— si el uso del estupefaciente podría ser personal (fuese o no terapéutico) es imprescindible recabar más elementos.

Nótese por caso: que las dolencias de Sargiotti y su mujer, así como su estado de salud no han sido suficientemente documentados ni evaluados; que el estudio químico pericial no contiene siquiera la información requerida por el juez al pedirlo y que tampoco se han evacuado algunos dichos, como el de Pereyra, en el sentido de que el componente del cannabis sativa que requieren es el CBD y no el THC.

Por ello se revocará la decisión adoptada, disponiendo la falta de mérito prevista por el art. 309 del C.P.P.

2. En concordancia con lo anterior, para avanzar respecto a los elementos que faltan y lograr el nivel de convicción requerido para decidir —aún en el estadio procesal por el que atraviesa la causa— el Tribunal estima necesarias y conducentes las medidas

de prueba que se indican a continuación, sin perjuicio de otras que el juez pueda entender igualmente pertinentes:

2.1. Solicitar al imputado Sargiotti y a María Gimena Pereyra:

a) que precisen quién/es es o son su/s médico/s tratante/s clínico/s o especialistas (vinculados a las dolencias que padecen), particularmente los que controlan su salud con cierta periodicidad, actualmente; y quien/es o cual/es lo eran antes de que cada uno de ellos comenzara a tratarse con marihuana o a consumirla (en base a lo que expusieron en sus declaraciones de fs. 126/127 y vta., fs. 157/160 y fs. 193/194 y/o presentaciones);

b) que acompañen copias de los estudios clínicos de todo tipo vinculados a las enfermedades o patologías que exponen, especialmente los que les fueron realizados previamente al comienzo de sus tratamientos con cannabis, los efectuados durante el mismo y los más actuales que posean;

c) que precisen si consumen algún otro tipo de sustancia, fármaco o elemento, con qué regularidad y dosis y si se los ha indicado algún profesional.

2.2. Requerir a los médicos nombrados en función del anterior punto 2.1.a) que expongan: si conoce/n el tratamiento que realizan sus pacientes Sargiotti y Pereyra; si han observado evolución, cambios o inconvenientes en ellos, vinculados a aquel; cuál/es es o son su/s opinión/es profesional/es sobre esa terapia; y si conocen las propiedades del CBD con relación al tratamiento de las patologías de sus pacientes.

2.3. Previa recuperación de todo el material remitido al Departamento Científico Pericial de la Prefectura Naval Argentina y a la División de Cromatografía Gaseosa de la Dirección Química Legal de la Policía Científica de la Provincia de Buenos Aires, para su estudio (ver fs. 65/68, fs. 162/164 y vta., fs. 168 y vta., fs. 196 y fs. 200/202 o fs. 232/233) disponer su remisión a un laboratorio o dependencia oficial, reconocido, que se encuentre en condiciones de efectuar la evaluación del mismo en relación a todos los puntos solicitados por el juez a fs. 128 —particularmente el porcentaje de pureza y la cantidad de dosis umbrales— (el destacado es propio y toma en cuenta lo que la dependencia informa en los puntos 5, 7 y 8 del ítem “Conclusiones” de fs. 166/167) y, además, los siguientes aspectos:

a) si el CBD está o no incluido en las previsiones de la ley 23.737;

b) cuál sería su calificación, efectos, potencialidad/es, nivel toxicológico, de generar acostumbramiento o adicción y cualquier otro dato que estimen pertinente;

c) que grado de pureza o concentración posee ese componente en los distintos tipos de material secuestrado, cuál es la dosis mínima a partir de la cual la sustancia genera efectos verificables en el organismo de quien la consume y si esto varía según las diversas formas en que eventualmente puede administrarse

d) qué potencialidades, propiedades o efectos produce su consumo o administración.

Todo ello, naturalmente deberá estar acompañado de cita de la bibliografía o elementos académico-técnicos de consulta, que se han tenido en cuenta.

Y en caso de que para el organismo requerido fuese imposible la evaluación o respuesta de alguno de los puntos establecidos, deberá solicitársele que indique qué otro órgano, cuerpo técnico, laboratorio, universidad o dependencia entiende que estaría en condiciones de completarlo y/o qué instrumental o capacidades se requieren para hacerlo.

2.4. Disponer que se realice una evaluación médica completa del imputado y su pareja que, teniendo a la vista el material existente, el que aportaren en función de lo requerido en el punto 2.1 del Considerando IV, los informes del punto 2.2 (del mismo Considerando) y los exámenes complementarios que los expertos considerasen necesario efectuar determine:

a) cómo evalúa/n su estado de salud actual;

b) qué padecimiento/s o dolencia/s posee/n;

c) cómo meritúa/n la evolución de las anterior/es y si puede/n realizar un pronóstico sobre estas.

d) si los estudiados presentan sintomatología compatible con el consumo regular de sustancias estupefacientes, especificando en relación a cuál/es han detectado tal situación y especificando si serían consumidor/es, experimentador/es, adicto/s, etcétera; particularmente si tendrían alguno de esos niveles, también, respecto al componente CBD.

e) si estima/n que el tratamiento que se administra/n es conveniente, inconveniente o inocuo respecto a su salud en general

f) si recomienda/n o aconseja/n algún tratamiento alternativo o complementario a los que actualmente sigue/n, y determinados estudio/s o seguimiento.

Por todo lo expuesto,

SE RESUELVE:

1. Revocar la decisión apelada de fs. 206/214;
2. Disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a Sebastián Gastón Sargiotti, en los términos del artículo 309 del C.P.P, y
3. Disponer la prosecución de la investigación según su estado, en orden a lo expuesto en el Considerando IV, punto 2, así como toda otra medida que se estime conducente.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

CARLOS ALBERTO NOGUEIRA (JUEZ)

ANTONIO PACILIO (JUEZ)

“Principal en Tribunal Oral T001 – IMPUTADO: SCULLY, SANTIAGO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.14)”

(Expediente N° 045192/2014/T001 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN LUIS – 17/02/2017)

San Luis, 17 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA N° 521

Conforme lo dispuesto por los arts. 399 y 400 del Código Procesal Penal de la Nación, se reúnen los integrantes de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis, Señores Jueces de Cámara Doctores Gretel Diamante, Raúl Alberto Fourcade y Alejandro Waldo Piña, con la Presidencia de la primera de los nombrados, en presencia de la Señora Secretaria de Cámara Dra. Alejandra M. Suárez, luego de la audiencia de debate oral y público celebrada en los autos N° FMZ 45192/2014/TO1, caratulados: “SCULLY, Santiago s/ Infracción Ley 23.737”, el día 10 de febrero de 2017.

En las presentes actuaciones se encuentra acusado Santiago Scully, argentino, nacido el 20 de junio de 1975 en Villa Mercedes, San Luis, divorciado, estudios secundarios completos, conductor y director de radio, hijo de Emilia Argelia Pereyra y de Santiago Scully, con D.N.I. N°27.953.868, con domicilio en calle Libertad n° 831, Villa Mercedes, San Luis; como autor penalmente responsable del delito tipificado en el art. 14, 1° parte de la Ley 23.737.

I.- El Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio:

Los hechos que abrieron la instancia ante este Tribunal fueron delimitados por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio de fojas 429/433 y vuelta, y por el Sr. Juez Federal en el Auto de Elevación a Juicio de fojas 449/456, donde se imputó a SANTIAGO SCULLY la comisión, en grado de autoría del delito previsto y reprimido por el art. 14, apartado primero de la ley 23.737.

Así entonces, se sostuvo respecto de los antecedentes del caso, que la presente causa se inició en fecha 23 de diciembre de 2014, en virtud de los datos aportados por un informante anónimo a personal de Subdelegación Villa Mercedes de PFA, que textualmente dijo: “señor, en la calle Libertad 831 tienen plantas de marihuana, en un lugar donde vive una señora mayor y la visitan unos jóvenes con tatuajes”. Luego de que los preventores verificaron la existencia de las plantas en el lugar denunciado, con la

pertinente autorización judicial se iniciaron tareas investigativas en torno a la vivienda en cuestión, bajo Sumario Preventivo N° 73/2014 en averiguación infracción a la ley 23.737.

Se obtuvieron así, fotografías del patio de la vivienda sita en calle Libertad N° 831 de Villa Mercedes, en las que se observaban claramente las plantas de marihuana, el tamaño de las mismas, -de aproximadamente 2,00 metros de altura-, que por el tipo serían hembras, -ya que presentaban en forma visible los denominados cogollos- como así también, otros elementos relacionados, tales como una media sombra de color verde a modo de invernadero por sobre las plantas, un sistema de iluminación dado por un reflector, una lámpara y tras ellos sobre una pared, un elástico metálico de cama apoyado sobre la pared que podría ser utilizado para expandir, y acelerar el secado de las mismas.

También pudieron individualizar los actuantes a los moradores de la vivienda, como Mirta Villar (propietaria) Virginia Parladorio, hija de la dueña, la pareja de esta, Santiago Scully y una hija menor de ambos.

El día 29 de marzo de 2015 a las 00:30 horas, efectivos de Subdelegación Villa Mercedes de PFA procedieron al allanamiento de la vivienda investigada, conforme lo ordenado por el Sr. Juez Federal y en presencia de testigos hábiles. Se dejó constancia en el acta labrada al efecto, que desde la vereda del lugar emanaba un fuerte olor característico a la planta de marihuana, como así también escucharon el ruido de una podadora que provenía del interior de la vivienda, por lo que personal policial accedió por el techo para ingresar al patio y asegurar el lugar. En primer término, redujeron a quien se encontraba podando las plantas, identificado como Santiago SCULLY, y luego procedieron al allanamiento ante la presencia de los testigos y del Ingeniero Agrónomo señor Daniel Arroyo, a fin de clasificar las plantas encontradas.

Se secuestraron los siguientes elementos: SOBRE N° 1: una tijera; SOBRE N° 2: una rama de cannabis sativa; SOBRE N° 3: un cogollo seco; SOBRE N° 4: un fertilizante; SOBRE N° 5: dos pipas; SOBRE N° 6: tres cigarrillos armados con sustancia vegetal similar a la picadura de marihuana (Peso: 1,2 gr.); SOBRE N° 7: cuatro frascos con cogollos secos; SOBRE N° 8: dos pipas y una navaja; SOBRE N° 9: seis estuches con papel para armar cigarrillos, dos estuches con filtro de pipas y un picador metálico con el dibujo de una calavera; SOBRE N° 11: un frasco con cogollos secos; SOBRE N° 12: cuatro frascos con cogollos secos; SOBRE N° 13: dos frascos grandes con cogollos secos;

SOBRES N° 14, 15 Y 16: una muestra de cada una de las plantas y en otro envoltorio el resto de la planta que lleva los mismos números; BOLSA N° 17: 306 ramas con cogollos en proceso de secado; SOBRE N° 18: tres envoltorios de papel de diario con hojas de cannabis en proceso de secado; BOLSA N° 19: 6 kg. Con hojas y restos de plantas; SOBRE N° 20: un caloventor; CAJA N° 21: cinco frascos con cogollos secos; SOBRE N° 22: cinco frascos con fertilizantes y dos frascos con plaguicidas; BOLSA N° 23: dos paños de malla media sombra color verde; BOLSA N° 24: un reflector.

A fojas 98/99 y vuelta luce el acta de allanamiento, medida en la que intervino el Ingeniero del INTA, Daniel ARROYO, a los fines de reconocimiento de las plantas halladas y secuestradas por tratarse de la especie cannabis sativa hembra por sus características morfológicas, flor bien definida, como así también los cortes de las plantas encontradas en la habitación serían correspondientes a la misma planta en proceso.

A fojas 188/194 y vuelta se dictó el procesamiento sin prisión preventiva del indagado Santiago SCULLY por la comisión en grado de autoría del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto en el artículo 14 apartado primero de la ley 23.737.

A fojas 238/247 se agregó el peritaje químico definitivo que determinó que la sustancia secuestrada se trata CANNABIS SATIVA, incluida en las previsiones de la ley 23.737 con un peso total de 569,63 gramos, representativos de 3611,52 dosis umbrales.

A fojas 285/286 luce la pericia psiquiátrica remitida por el Hospital Escuela de Salud Mental, y a fojas 301/303 la encuesta socio ambiental practicada por el Cuerpo Médico Forense de la Segunda Circunscripción Judicial de San Luis en el domicilio del procesado Santiago Scully.

A fojas 251/254, 262 y 269/270, glosan las declaraciones testimoniales del personal policial y testigos intervinientes.

II.- La prueba recibida en el juicio oral:

Al llevarse a cabo la audiencia de debate oral y público, y luego de la lectura de los hechos contenidos en el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio y considerandos del Auto de Elevación a Juicio (art. 374 C.P.P.N.), no planteándose cuestiones preliminares del art. 376 del C.P.P.N., fue individualizado en primer lugar el imputado Santiago Scully, de conformidad a lo prescripto en el art. 297 del C.P.P.N., el que expresó su voluntad de declarar.

Manifestó en lo pertinente que tiene dos hijos, una hija de siete años que convive

con él y su pareja, que el estupefaciente hallado era para su consumo y que nunca han consumido delante de la hija. Que está en tratamiento por adicción a cannabis y alcohol. Que desde el año 2009 cuando obtuvo su libertad, pudo salir adelante con el apoyo de su familia y su trabajo en la radio, que siente un compromiso con la sociedad para informar sobre el abuso de las drogas y el uso medicinal de cannabis sativa.

Que ha logrado rehabilitarse y vencer los prejuicios y reincorporarse a la vida social y hace una vida normal. Que consume desde los 13 años pero nunca trascendió su ámbito privado, que lo ha hecho por problemas intestinales. Continuó explicando el imputado acerca de las ventajas que el cultivo implicaba para él.

Expresó, que de esa manera no se alimenta la cadena del narcotráfico, que las plantas estaban en el patio y las cultivaba para consumo propio y de su pareja. Agregó entre otras cosas que siente que ha logrado reinsertarse con la ayuda de su familia y la psicoterapia.

A preguntas de las partes, refirió el declarante que los cogollos de las plantas son los que tienen la mayor cantidad de principios activos y se reservan en frascos de vidrio por los hongos. Que las hojas y tallos no se consumen. Que el cultivo se hace una vez al año. Que sembró las plantas cinco meses antes del allanamiento. Que esa cosecha era la primera de esas plantas. Que antes compraba la marihuana pero cuando luego de que salió en libertad comenzó a cultivar para no comprar más y salir de ese ámbito. Que actualmente está en tratamiento para dejar el consumo. Afirmó finalmente que nunca vendió ni convidó a nadie.

Seguidamente, y con la anuencia de las partes, se dispuso la incorporación por lectura de los testimonios prestados en sede judicial y se recibió declaración testimonial al psicólogo Pablo Aguiar y al Licenciado Jorge Rodríguez, que se expresaron en relación a las evaluaciones psicológicas practicadas al imputado.

El primero de los nombrados, refirió que en junio de 2015 le realizó una evaluación psicológica al imputado Santiago Scully y elaboró un informe. Puntualmente diagnosticó un cuadro de inestabilidad emocional de angustia y ansiedad y pudo advertir en aquel momento, algunos mecanismos maníacos, de negación, de los que se podía inferir que el consumo de marihuana tenía un papel considerable en ese manejo primitivo de la angustia.

Por su parte, el Licenciado Jorge Rodríguez declaró en la audiencia de debate en relación al tratamiento terapéutico realizado al imputado Santiago Scully que comenzó

en el año 2015 y luego de las vacaciones continuó en 2016, con una frecuencia semanal. A pedido de la defensa, el testigo fue relevado del secreto profesional para referirse al desarrollo del tratamiento y manifestó en lo atinente al consumo de sustancias tóxicas, que pudo observar -a partir del año 2016- que el paciente fue logrando transformar una situación problemática en una situación sumamente productiva.

Hizo mención a un movimiento que el imputado puso en marcha para despenalizar el uso medicinal de cannabis y promover la difusión de la nocividad del consumo de sustancias tóxicas, incluso de las permitidas como el alcohol. Advirtió asimismo que el paciente presentaba un cuadro de depresión debido al proceso judicial que transitaba y mucha preocupación ante la posibilidad de una condena, debido a que había logrado construir una vida social y familiar.

A continuación, declaró el Ingeniero en Recursos Naturales Daniel Nicolás Arroyo, que intervino en el allanamiento a solicitud de los efectivos policiales para identificar las plantas. Relató el testigo que ingresó al domicilio allanado y constató que las plantas eran de Cannabis. Que también observó flores colgadas secándose y frascos. Preciso que una de las plantas tenía dos metros de altura, otra planta había sido podada y había otra de menor tamaño.

Seguidamente, el testigo expresó acerca del proceso de crecimiento de las plantas de cannabis sativa que necesitan cuidado, que la época de cosecha es entre marzo y abril, depende de las plantas y se realiza una cosecha al año, que presume que el momento apto para el consumo es cuando se secan los cogollos. Que durante el allanamiento, alcanzó a ver que los que estaban colgados estaban recién cosechados y los que se encontraban en los frascos, estaban secos. Preciso también que el peso depende de la humedad, que el peso seco es el treinta por ciento del peso húmedo.

Se incorporaron formalmente al debate oral los instrumentos, informes y prueba documental conforme se da cuenta en el acta de debate glosada a fojas 515/518 y vuelta.

III.- Los alegatos.

Al momento de alegar el representante del Ministerio Público Fiscal, promovió formal acusación en contra de Santiago Scully. Sobre la prueba producida en el debate, el Sr. Fiscal evaluó los hechos concordantemente con los merituados en el requerimiento fiscal, así como ratificó la calificación legal originalmente atribuida, esto es la de tenencia de estupefacientes y acusó al imputado en grado de autoría de la comisión del

delito previsto y reprimido por el art. 14, 1º parte de la Ley 23.737.

Fundó su alegato en la cantidad de la marihuana secuestrada y peritada, que por sí misma era peligrosa y daña irrefutablemente el bien jurídico protegido. Sobre el punto, afirmó el Señor Fiscal que Scully era conocido por los vecinos por las plantas que tenía, sumado a que convivía con una hija menor de edad, con lo que estimó acreditada la trascendencia a terceros. Continuó su alegato poniendo de resalto que el imputado no invocó ningún padecimiento de salud que permita sostener que el consumo de marihuana tuviera fines medicinales, sino que el mismo era puramente recreativo. Agregó el Sr. Fiscal que tampoco se acreditó dependencia física ni psíquica a la droga, sino un cuadro depresivo producto de la situación legal en que se encontraba. Culminó su alegato citando precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal donde queda sentado, que el inequívoco destino al uso personal es la escasa cantidad, no se considera escasa cantidad a la que se tiene para consumos sucesivos o a futuro, sino para consumo inmediato. Finalmente, el representante del Ministerio Público Fiscal puso de resalto la edad, nivel educativo y la plena conciencia que tiene el acusado de la peligrosidad de su conducta y solicitó la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo.

Por su parte, al presentar su alegato el Sr. Defensor Particular del imputado Scully, ejercida por el doctor Ariel Abel Becerra, rechazó de plano los argumentos de la acusación referentes a la cantidad excesiva de la marihuana secuestrada a su defendido. Puso de resalto que no toda la planta de marihuana es apta para el consumo, sino solo el peso de los cogollos que hacía una cantidad de poco más de trescientos gramos. También se opuso la defensa a lo afirmado en cuanto a la trascendencia hacia terceros que invocó el señor fiscal para lo cual trajo a colación el informe socio ambiental en el que se presenta a la hija de su defendido como una niña apegada a su padre, buena alumna en el colegio, cariñosa e inteligente lo que no permite denotar ninguna alteración.

Puso de resalto asimismo la actividad de resocialización que lleva adelante Santiago Scully, y refuerza su alegato destacando que durante el allanamiento no se incautó elemento alguno relacionado al comercio de estupefacientes, como lo han declarado los efectivos policiales que intervinieron en el allanamiento.

Sostuvo el Sr. Defensor que ha quedado acreditado que el fin de la tenencia de la cantidad de marihuana secuestrada, ha sido para consumo personal del imputado y de su esposa por lo que corresponde aplicar el art. 14, 2º apartado de la Ley 23.737.

Por su parte, la codefensora del imputado, Dra. Claudia Roxana Scully refirió en lo pertinente que al no existir elementos que permitan presumir el fin de comercialización de la marihuana secuestrada, se impone subsumir la conducta en la figura del artículo 14, apartado segundo de la ley 23.737, puesto que no se observaron elementos que permitan presumir otro destino que el de uso personal. Concluyó con la enunciación de precedentes jurisprudenciales que versan sobre la inconstitucionalidad de esa normativa

IV.- Materialidad de los hechos y autoría:

Sentadas las posiciones de las partes, a título liminar cabe señalar que de la prueba producida en el debate y de la prueba documental e instrumental que fue incorporada, puede tenerse por plenamente acreditado que, efectivamente, el imputado había sembrado y cultivado plantas destinadas a obtener estupefacientes, lo que realizó en un patio interior de su vivienda al que sólo tenía acceso el grupo familiar (vistas fotográficas de fs. 9/10 y 12).

Se hallaron en la cocina de la vivienda donde reside el imputado, un papel de diario con una rama de la planta cannabis sativa a medio deshojar, un pequeño cogollo seco, un frasco de bioestimulador para fortalecer el crecimiento de las plantas. En el dormitorio matrimonial se encontraron en el interior de un cajón cuatro frascos de vidrio conteniendo cogollos secos y una caja de cartón de lencería que en su interior se encontraba una caja metálica con tres cigarrillos de marihuana de armado casero, dos pipas, dos bombillas de alpaca y una tuca. En una estantería había una caja de madera que contenía dos pipas y una navaja con restos de marihuana; en otro estante un picador metálico y papeles para armar cigarrillos dentro de un neceser. En una lata de caramelos había dos sobres con filtros para pipas y un envoltorio de nylon blanco conteniendo una sustancia verde amorrugada similar a la picadura de marihuana. En otro estante se encontró un frasco de vidrio conteniendo cogollos secos. Sobre la mesa se encontraron cuatro frascos de vidrio conteniendo cogollos secos y al costado de la mesa en una caja de cartón se encontraron dos frascos grandes con cogollos secos.

Del patio del domicilio se secuestraron tres plantas de cannabis sativa de unos dos metros de altura y una de las mismas se encontraba a medio podar, con un peso aproximado de 20 a 25 kilogramos cada una, las cuales se encontraban cubiertas por dos paños de media sombra en color verde y a la mitad de la pared había un reflector. En un galpón lateral utilizado como depósito, se encontraron trescientos seis cogollos

colgados para su secado, tres envoltorios de papel de diario conteniendo hojas de la cannabis sativa, una bolsa de aproximadamente seis kilogramos con hojas y restos de las plantas, un calo ventor, cinco frascos de vidrio con cogollos secos, cinco frascos con diversos fertilizantes y dos frascos con plaguicida.

Ahora bien, a la luz de los resultados de las tareas investigativas desarrolladas por la prevención policial -previas al allanamiento del domicilio, iniciadas el 20 de marzo de 2015, según surge de la prueba incorporada por lectura consensuada-, surge que nunca se observaron las ventanas de la vivienda abiertas ni se pudo constatar la comercialización de estupefacientes.

Tampoco se verificó la concurrencia de presuntos compradores a la vivienda del imputado ni otras circunstancias que indicaran que en el domicilio vigilado se desarrollaran actividades sospechosas, por el contrario, cuando hacen referencia a los movimientos observados, refieren que Scully se trasladaba de su domicilio particular de calle Libertad 831 hasta el situado en calle España 136/8 ambos de la ciudad de Villa Mercedes, donde funciona la radio. -lugar de trabajo de Scully- (fojas 11 y vuelta y 391).

En este marco es que adquiere trascendencia el descargo exculpatorio de Scully al declarar durante el juicio en el que asumió que el cultivo estaba destinado a procurarse los insumos para su autoconsumo, iniciado a los 13 años de edad, así como el de su pareja.

Es que a las circunstancias ya reseñadas en particular en cuanto a que se acreditó que el hallazgo de las plantas de marihuana y los frascos con cogollos se produjo en lugares de exclusivo acceso de los habitantes del domicilio, así como que los frascos con cogollos en su mayor parte fueron encontrados en una estantería del dormitorio matrimonial, es decir en su esfera íntima de custodia y dominio, se añaden otros aspectos que deben ponderarse.

En ese orden, en cuanto a su situación personal, la encuesta socio ambiental lo define como un hombre apegado a su familia, con una hija menor de edad que no presenta problemas. De los datos aportados por una docente surge que la niña ha sido abanderada en el último acto escolar y que nunca ha hablado del tema de drogas en la escuela.

A su vez, del sondeo a los vecinos no surgen elementos negativos en tanto expresaron que Santiago Scully no se da mucho con sus pares y que tampoco han visto gente extraña frecuentar la casa.

Por su parte, la pareja del imputado, Virginia Parladorio, manifestó que su esposo ha demostrado un cambio a partir de la admisión de su adicción para encarar el verdadero problema con tratamientos indicados, añadiendo que ella también ha modificado su hábito.

Así entonces, tanto el Informe socio ambiental efectuado por personal del Cuerpo Profesional Forense del Poder Judicial Provincial de la 2º Circunscripción Judicial en el domicilio del imputado Santiago Scully obrante a fojas 301/303 como el de fojas 319/320, concluyen en que el pronóstico es bueno, de seguir con el tratamiento integral para abordar alternativas de reinserción y evaluación periódica por su adicción.

Igualmente, debe ponderarse lo manifestado por el imputado Santiago Scully en su propia declaración, donde afirma que se siente contenido por su familia y por su trabajo como locutor en una radio, y las actividades que desarrolla lo ayudan a cambiar su imagen de adicto, que siente un compromiso con la sociedad y se siente reinsertado como una persona sana, lo que resulta coincidente con lo declarado por los psicólogos Pablo Aguiar y Jorge Rodríguez en la audiencia de debate. Para acreditar esas actividades adjuntó a la causa material documental que da cuenta de ello. En definitiva, a nuestro modo de ver ha quedado comprobado que el cultivo que Scully realizaba en el patio posterior de la vivienda en la que residía, era destinado a su consumo personal y de su pareja.

En el debate se comprobó la inexistencia de toda prueba que permitiera presumir una finalidad destinada al tráfico, tal como admitió el propio titular de la Fiscalía al ratificar en los alegatos la calificación legal primigeniamente asignada, esto es, en la del delito de tenencia simple, postura que sostuvo en el entendimiento de que si bien no se había comprobado la ultra intención que exigen las hipótesis contempladas en el artículo 5 inciso a) y c) de la ley 23737, tampoco podía aseverarse inequívocamente el destino al consumo personal por considerar que la cantidad de marihuana secuestrada del domicilio y las plantas habidas no podían considerarse escasa.

Al respecto cabe considerar que, según el resultado de la pericia química incorporada a la causa, el cálculo de dosis umbrales que ha arrojado el secuestro de material estupefaciente alcanzó a mil veinte ocho dosis (1028).

Sin embargo, esa cantidad que ab initio puede aparecer como no escasa se relativiza cuando se consideran las características propias e inherentes a la siembra y cultivo, cuya efectividad va de la mano del cumplimiento de determinadas condiciones

climáticas y ambientales, así como por el hecho de que la obtención del producto es estacional y sujeto a un ciclo temporal anual que debe transitarse para obtenerlo. Así lo expresó el propio imputado y se reafirmó con los dichos del Ingeniero Agrónomo Arroyo al testimoniar en el debate, como testigo propuesto por la Fiscalía.

De allí que no aparezca irrazonable que la cantidad que se decida sembrar para autoconsumo, sea cuanto menos la suficiente para procurar el abastecimiento a lo largo de ese periodo.

Cabe añadir además que el imputado expresó que dicha producción también era para el consumo de su pareja, circunstancia esta última que no ha sido desvirtuada de manera alguna y que por el contrario se fortalece con la información que surge del informe socio ambiental aludido anteriormente, de donde se infiere que, efectivamente, su pareja también era consumidora.

V. Calificación Legal

Definidos así los hechos, entendemos en este estadio del análisis que debe modificarse la calificación legal asignada por el titular de la acción pública al formular sus alegatos, es decir la de la tenencia reprimida en el apartado primero del artículo 14 de la ley 23.737.

Es que consideramos que la tipificación en que mejor se subsumen los hechos es la prevista en el art 5, anteúltimo párrafo de la Ley 23737 con remisión al inciso a), que establece que “En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y será aplicables los artículos 17,18 y 21.

En el caso en concreto el concepto de “escasa cantidad sembrada o cultivada” indudablemente tiene que ir de la mano con la posibilidad de producción que puede obtenerse de la superficie y cantidad de la siembra en cuestión, así como también debe considerarse el ciclo temporal necesario para que esa siembra o cultivo dé sus frutos y pueda ser utilizado para el consumo.

De ello se sigue que las circunstancias concretas acreditadas en el debate, esto es, condición de consumidor habitual que era Scully, condición de consumidora de su pareja con la cual residía en el mismo domicilio, cantidad de estupefaciente secuestrado, ámbito privado en donde se hacía su cultivo -más precisamente en un patio de escasas dimensiones anexo a la vivienda familiar-, inexistencia de circunstancias que generen

la sospecha de un destino distinto al del propio consumo, todo ello ponderado en conjunto y en acto único, demuestra inequívocamente el destino de consumo personal, así como que este se hacía en un ámbito privado sin trascendencia a terceros de lo que pudiera inferirse la posibilidad de producir un perjuicio.

VI. Constitucionalidad

Ahora bien, llegados a este punto, se impone analizar si a la luz de los lineamientos del fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación así como del precedente “Bazterrica”, cuya doctrina fue retomada en aquel último decisorio, la punibilidad de la siembra y cultivo para producir estupefacientes destinados inequívocamente al consumo personal, establecida en la normativa en cuestión, , lesiona un derecho constitucional, más concretamente el derecho a la privacidad garantizado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada. Por supuesto siempre teniendo en consideración las circunstancias que rodearon el caso y se han relatado.

En el considerando 19 del fallo “Arriola” se dijo que “No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una re victimización”.

Esta conclusión adquiere trascendencia en el caso por cuanto se vincula con lo dicho por Scully insistentemente en cuanto tras relatar su experiencia de haber estado privado de su libertad y en virtud de su adicción a las drogas decidió proveerse de su propio consumo y no contribuir o depender del narcotráfico para procurarse los insumos para satisfacer y contrarrestar su adicción.

Desde esa perspectiva, las circunstancias del caso apreciadas en el debate y tras escuchar al imputado al ejercer su defensa material, han demostrado inequívocamente el destino para consumo personal invocado por el imputado, lo que conduce a este Tribunal a declarar la incompatibilidad del anteúltimo párrafo del artículo 5 de la Ley 23737 que remite al inciso a) con el diseño constitucional.

Sobre ese aspecto, es dable destacar que la determinación de la cantidad que correspondía a un uso personal se tradujo en una casuística jurisprudencial que hizo de muy difícil aplicación la norma legal, de allí que el contexto y circunstancias que rodean el caso son los que brindan los lineamientos para sacar una conclusión, sobre si en el

caso concreto la habilitación del poder punitivo lesiona o no el ámbito de reserva que garantiza el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Se tiene presente la jurisprudencia inveterada de la Corte que establece que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico” (Fallos: 315:923; 316:158 y 321:441, entre otros).

Sin embargo, en este caso se advierte que el encuadramiento de la conducta de Scully en la norma punitiva en cuestión, conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de órganos estatales.

Los criterios establecidos en “Arriola” se presentan plenamente aplicables al caso en concreto en función de las circunstancias invocadas.

Recuérdese que a partir de “Arriola” que recoge la doctrina del precedente “Bazterrica” se han adoptado distintos criterios interpretativos entre los que se encuentran el que propicia no penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros; o bien el que considera es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.

El máximo Tribunal en el fallo “Arriola” ha expresado en relación al ámbito privado: “El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea” (Voto del Dr. Lorenzetti-“Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080).

Expresó también el Doctor Lorenzetti en su voto: “Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona...toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea” ... “Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones

perjudiciales a la sociedad”.

Así fue como resolvió el Máximo Tribunal que “corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14, 2º párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, por considerar que conculca el art. 19 de la C.N., en la medida en que invade la esfera de libertad personal, excluida de la autoridad de los órganos estatales”.

La citada Jurisprudencia se adecua a estos obrados, dada la calificación legal, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, que se le reprocha a Santiago Scully, en relación al nexo persona-sustancia prohibida, lo que así se declara.

Por las razones expuestas y circunstancias descriptas, concluimos que el anteúltimo párrafo del artículo 5 con remisión al inciso a) de la Ley 23737 debe ser invalidado toda vez que conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina el cultivo y siembra de estupefacientes para el auto consumo que se ha realizado en condiciones tales que no ha aparejado un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en esta causa.

En consecuencia, de la inconstitucionalidad declarada precedentemente, corresponde disponer la Absolución del imputado.

Que atento no mediar condena no corresponde imponer al imputado el pago de la tasa de justicia, conforme lo normado en Ley 23.898.

Firme que se encuentre la sentencia, por Secretaría deberá practicarse comunicaciones de ley y la destrucción del material secuestrado en autos conforme art. 30 de la ley 23.737.

Con lo que quedó formulado el acuerdo que motivó el presente debate.

GRETEL DIAMANTE (JUEZA)

RAÚL ALBERTO FOURCADE (JUEZ)

PARTE II

FALLOS POSTRIORES A LA SANCIÓN DE LA LEY 27.350

AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL

“B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 21814/2017 – JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1 – 02/03/2018)

Salta, 02 de marzo de 2018.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en este expediente N° FSA 21.814/2017, caratulado: “***** c/ Estado nacional s/ Amparo Ley 16.986”, y;

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs.160/170 ***** por sus propios derechos y por los de su hijo ***** con patrocinio letrado, interpuso acción de amparo en contra del Estado Nacional, a los fines de que se la habilite al cultivo de cannabis en su domicilio con fines de consumo medicinal para su hijo menor, y se declare la inconstitucionalidad de los art. 14 y 5 inc. a) y e) en relación con los párrafos penúltimo y último de la ley 23.737, como de toda otra normativa de rango inferior que obste al ejercicio de nuestros derechos.

En forma subsidiaria, pidió se ordene al Estado Nacional a que le suministre aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC y en cantidad suficiente de cepas para su rotación permanente.

Explicó que su hijo tiene 6 años y padece una enfermedad genética llamada como Neurofibromatosis NFI, que le fue diagnosticada cuando tenía 7 meses.

Indicó que esa enfermedad consiste en la alteración del gen 17 que, entre otras cosas, le provoca tumores en torno de su sistema nervioso que al condicionar ese tipo de tejido conllevan una situación permanente de indecibles dolores regulares que lo desestabilizan por completo llevándolo a presentar pánico, histerias incontrolables e incluso convulsiones que afectan su personalidad y calidad de vida.

Agregó que a los 2 años se le extrajeron 2 tumores de la mano derecha, que el 22/02/2015 fue intervenido de un tumor en la espalda y que el niño debe recibir

monitoreo médico permanente sobre su sistema nervioso con especial dedicación en el nervio óptico y otras que pudieran afectarlo aún más.

Señaló que desde octubre del 2014 la sintomatología se intensificó, los tumores se extendieron en sus manos y pies y que se le suministró Paracetamol, Ibuprofeno, Diclofenac, Novalgina; luego Pregabalina y alguna vez Morfina y Ketorolac pero sin resultados.

Manifestó que hasta septiembre de 2016 ***** era un niño con una vida muy dura, resultaba difícil relacionarse con él, dormía entre espasmos involuntarios que le interrumpían el reposo, sufría convulsiones secundarias y temblores en el cuerpo en todo momento, lo que conllevaba agotamiento, mal humor, histeria, agresividad contra otros y contra sí mismo, déficit de atención y demás consecuencias.

Continuó diciendo que si bien el dolor neuropático permanente era controlable con medicamento, cada dos días se presentaba una crisis de dolor que podía llegar a durar dos días seguidos; que sin la Pregabalina las crisis resultaban diarias; y que debido a ello el niño ya no escuchaba porque estaba atormentado por el dolor, no concurría al jardín de manera regular, no asistía a los cumpleaños de los otros niños, gritaba, se enfurecía sin límites, no podía caminar, ni comer y solo tomaba leche.

Expresó que con la desesperada curiosidad con la que una madre explora posibilidades de alivio para la vida de un hijo, el 30/09/2016 llegó a sus manos de manera fortuita un poco de aceite de cannabis, durante una prolongada crisis ocasionada por tumores en los nervios de las manos y de los pies.

Afirmó que la respuesta a la medicación fue inmediata y con una patente superioridad respecto de las, otras medicinas antes suministradas; que los síntomas cedieron como nunca antes había sucedido; y que por ello comenzó a retirar la Pregabalina y a profundizar los resultados con alternación de aceites de otras proveniencias y el cannabis a través de cremas y tinturas.

Señaló que a los 40 días el menor dejó por completo la anterior medicación, los espasmos al dormir se redujeron en un 80 %, que son tan leves que no lo despiertan, que las parestesias prácticamente desaparecieron, los temblores y convulsiones secundarios se redujeron en un 95 % (pese a que puede esperarse un retroceso atento al proceso de demielinización inherente a la Neurofibromatosis como condición genética); que su conducta mejoró, el insomnio cedió abruptamente, descansa hasta nueve horas y se levanta de buen humor.

Agregó que las crisis de dolor se han convertido casi en un recuerdo y que sólo tuvo una cuando debió suspender el tratamiento cannábico para tratar una gripe. Destacó que el niño goza de buen ánimo, muestra interés por los juegos, las actividades y la relación con otros chicos. Su asistencia al jardín de infantes es fluida y regular; que inclusive los tumores de pies y manos que lo aquejan parecen estar detenidos o ralentizados en su progreso; y aseguró que ello es el resultado de un rápido proceso de búsqueda de la mejor combinación y rotación de cepas y de técnicas de administración.

Explicó que por ahora la enfermedad de su hijo no tiene “curación” y que los tumores seguirán apareciendo, pudiendo ocasionarle daño nervioso grave y pérdida de la función en dicha zona; pero que evitar el dolor es crucial para que él pueda desarrollarse y experimentar de manera satisfactoria su vida.

Se refirió a los recaudos necesarios para la procedencia del amparo y señaló que los derechos constitucionales lesionados son la vida, salud, integridad física, libertad e igualdad.

Luego indicó que el primer derivado con el que fue tratado el menor era de “Shaman Genetics, Romulan x Island Sweet” (9% CBD y 6 % de THC; diluido en aceite de oliva) y que sus efectos fueron muy ostensibles ; que luego de dos semanas y media los dolores volvieron por el acostumbamiento por lo que debió utilizar aceites de cepas distintas que le brindaron madres como ella; y por ello concluyó que resulta indispensable la rotación de las cepas para que el alivio se mantenga.

Expresó que actualmente el menor es medicado con derivados de plantas híbridas índicas y sativas, tales como “Strawberry Cough” y la “Prozack x Crital” ambas al 40 % en aceite de oliva extra virgen o de coco.

Destacó que la superioridad terapéutica de cultivar la hierba de la que se extrae es una experiencia unánime de todas las personas que se ven obligadas a utilizarla, ya que el costoso aceite estandarizado que se puede conseguir por importación no ofrece la paleta de matices y combinaciones que se le suministra a su hijo para alcanzar el mejor estado de salud posible.

Citó antecedentes jurídicos de la cuestión y finalmente solicitó el dictado de una medida cautelar a los fines de que se la habilite a cultivar cannabis con fines de consumo medicinal para su hijo *****hasta tanto recaiga sentencia en esta acción o hasta que la demandada acredite estar en condiciones confiables de abastecer al niño con aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y

THC en cantidad suficiente de cepas para su rotación permanente, asegurando que ese es el tratamiento adecuado para lograr el más alto nivel de salud posible de su hijo.

Sostuvo que el peligro en la demora se da porque el niño se encuentra medicado exclusivamente con cannabis, y que la interrupción del tratamiento no es una alternativa aceptable, por lo que en caso de denegatoria, el escape al dolor de ***** deberá seguir transitando el gris camino entre la legalidad y la clandestinidad indigna, con la grave disminución práctica que eso significa para el goce de su derecho a la salud y a la vida; y que a ello debe agregarse el grave riesgo de que la demora posibilite la eventualidad de la acción policial e incriminadora, con sus desesperantes consecuencias, entre ellas, la de privar al niño de su madre y del tratamiento permanente.

Ofreció su caución personal. Esgrimió que la verosimilitud de su derecho surge de las argumentaciones expuestas y de la prueba documental ofrecida y aseguró que la cautelar se asienta en un proceso creciente del derecho que viene sacando de la oscuridad un derecho humano para los afectados; que el Estado argentino debe asegurar el derecho a la salud; y aseguró que no es opinable que condiciones de dolor crónico e intratable como las de su hijo encuentran alivio en el cannabis, lo que afirmó está en la esencia teleológica de la ley 27.350.

A fs. 175 y vta. la amparista aclaró que el cultivo se realizaría dentro de su inmueble en macetas y a resguardo de la mirada de terceros: que se parte de las semillas de las cepas identificadas como medicinalmente eficaces; que se realizan plantines con las que germinan; que a medida que van las plantas se las coloca en recipientes mayores hasta poder determinar su sexo ya que los machos se descartan por su improductividad medicinal y que las plantas hembras son colocadas en macetas definitivas donde crecen hasta su tamaño de floración, que en el caso estará limitado por el volumen del recipiente.

Añadió que para el consumo en gramos de ***** sería suficiente lograr el florecimiento de tres o cuatro plantas anuales, pero la imprescindible “rotación de cepas” para evitar el acostumbamiento la obliga a tener garantizada la disposición de variedades alternativas, lo que sumado a algunas dificultades y aleatoriedades del proceso (plagas, pestes, condiciones climáticas, errores, etc.) le exigen el cultivo de doce plantas adultas y de cuarenta plantines sin clasificación sexual.

II.- Que a fs. 178/180 se presentó el Defensor Oficial Coadyuvante, como Defensor de Menores y en representación del niño y consideró procedente la acción de

amparo, a los fines de que se autorice a la actora a cultivar cannabis en su domicilio con fines de consumo medicinal y en las proporciones indicadas a fs. 175.

III.- Que a fs. 173 vta. tercer párrafo, se dispuso, en forma previa a resolver la cautelar y como medida para mejor proveer, se requiera a los médicos tratantes brinden un soporte científico sobre los beneficios del tratamiento en el menor a partir del mes de septiembre.

A fs. 195 el Dr. ***** médico pediatra tratante, acompañó un informe en el que explica que al menor se le diagnosticó la enfermedad Neurofibromatosis tipo I NFI aproximadamente a los seis meses, que desde los tres años empezaron a aparecer los primeros neurofibromas en las manos y pies que van aumentando en número y tamaño y le provocan dolor intenso y a menudo invalidante; que la medicación analgésica habitual y el uso de Pregabalina no mejoraron la sintomatología; que en el inicio de 2016 presentó manifestaciones de compromiso neurológico por afectación de un ganglio nervioso de la cadena cervical con alteración ocular y pérdida de fuerza del brazo izquierdo y que dicho tumor es resecado quirúrgicamente.

Luego informó que el niño inició tratamiento con aceite de cannabis en septiembre de 2016; que desde el punto de vista clínico de los padres refiere buena respuesta terapéutica y que en los controles pediátricos no se observaron efectos secundarios.

Finalmente expuso que el uso de cannabis por ***** ha tenido una respuesta clínicamente favorable mejorando su calidad de vida; que los efectos secundarios han sido leves, pero se desconocen las consecuencias a largo plazo y resaltó que la forma clínica que padece el niño es particularmente agresiva, lo que la hace muy sintomática.

A fs. 233 y vta. se adjuntó una historia clínica resumida confeccionada el 30/01/2018 por el Dr. ***** especialista en ortopedia y traumatología infantil donde certificó que el menor se encuentra tratado con derivados del cannabis con respuesta muy satisfactoria. Además, informó que no hay consensos publicados en la literatura para su uso pero que empíricamente el paciente es beneficiado con ese tratamiento.

IV.- Que a fs. 200/202 y vta. la actora acompañó una “Declaración Jurada para gestionar la importación de especialidades medicinales de uso compasivo” extendida el 11/12/2017 por la Dra. *****, médica neuróloga tratante, en la que se solicita dos frascos de “Charlotte’s Web Hemp Extract.” concentración 6 mg/dosis en aceite de 100 ml. para tratar el “dolor de tipo neurítico que no responde a otra medicación”.

V.- Que a fs. 203/205 y vta. el apoderado del Estado Nacional presentó el informe circunstanciado previsto en el art. 4 de la ley 26.854, solicitando el rechazo de la medida cautelar.

Aseguró que no se encuentran acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y que el interés público se encuentra comprometido por implicar lo solicitado una inadecuada intromisión en temas de política de prevención contra el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que configuran políticas públicas y, por ende, no justiciables, lo que podría implicar no solamente un delito sino el incumplimiento de una normativa de orden público como lo es la ley 27.350 y su decreto reglamentario 738/2017.

Señaló que la amparista no acreditó que el niño se encuentre inscripto en el “Programa Nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” en la órbita del Ministerio de Salud y que por ello no pueden acceder al suministro de aceite de cannabis ni de los aceites, cremas y material vaporizable que solicitan.

VI.- Que a fs. 237 se llamaron autos para resolver la medida cautelar.

VII.- Que en primer lugar cabe recordar que la finalidad de las medidas cautelares radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad que se dicte una sentencia favorable.

En el caso de autos la actora solicita el dictado de una medida cautelar a efectos de que se la autorice a cultivar cannabis sativa en su domicilio a los fines del consumo medicinal de su hijo ***** hasta tanto recaiga sentencia, o bien hasta que el Estado Nacional acredite estar en condiciones de abastecer al niño de los aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC, y en cantidades suficiente de cepas para su rotación permanente.

Por otro lado el Estado Nacional se opone asegurando que no se encuentran cumplidos los recaudos de verosimilitud del derecho ni peligro en la demora; que el otorgamiento de la cautelar implicaría la intromisión en temas de política de prevención contra el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que configuran políticas públicas y por ello no son justiciables; y que el paciente no se encuentra inscripto en el Registro del Programa Nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales.

Sentado ello, cabe destacar que el 19/04/2017 se publicó en el Boletín Oficial la

ley 27.350 de “Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados”, que regula la utilización terapéutica de la mencionada sustancia disponiendo que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente (art. 7).

Además, la norma establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados y dispone la creación de un Programa Nacional en la órbita del Ministerio de Salud, a fin de que las personas que se incorporen a éste, tengan garantizado el acceso gratuito al aceite y demás derivados.

Por otra parte, determina que se podrá autorizar el cultivo de cannabis por parte del Conicet y del INTA, con fines de investigación médica y científica, y para elaborar la sustancia con fines de tratamiento, y que se fomentará la producción en el país, a través de los laboratorios públicos nucleados en ANLAP (Agencia Nacional de Laboratorios Públicos) y que hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional, la ANMAT permitirá la importación del aceite, el cual, en la actualidad, se produce en los Estados Unidos.

Con posterioridad a dicha norma, el 21/09/2017, se dictó el Decreto Reglamentario N° 738/2017 que autorizó al CONICET y al INTA el cultivo de cannabis con fines de investigación médica o científica para la elaboración de la sustancia como medicamento (art. 6) y dispuso que la provisión de aceite y sus derivados será gratuita para quienes se encuentren inscriptos en el Programa y se ajusten a sus requerimientos y que los pacientes no inscriptos que tuvieren como prescripción médica el uso del aceite y sus derivados lo adquirirán bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación (art. 7).

El Art. 8 establece que “El Registro Nacional que funcionará en el ámbito del Ministerio de Salud y registrará a pacientes en tratamiento para estudio de casos y pacientes en protocolo de investigación, que voluntariamente soliciten su inscripción, o sus representantes legales en caso de corresponder, de acuerdo con las pautas que a continuación se indican: 1.- Pacientes en tratamiento para estudio de casos: Son aquellos pacientes que presenten las enfermedades que determine el Programa en base a la evidencia científica existente y que cuenten con indicación médica de tratamiento

con cannabis o alguno de sus derivados. Estos pacientes continuarán con el uso del cannabis en el marco del estudio de casos con supervisión del Programa y con los requisitos que éste establezca; 2.- pacientes en protocolo de investigación: Son aquellos pacientes que hayan sido incorporados como participantes en un protocolo de investigación objeto de la presente ley, con los requisitos que se establezca en el correspondiente Programa; 3.- Familiares: Los familiares que actúen en carácter de representante legal, cuando así correspondiere, en los términos de las disposiciones que dicte la Autoridad de Aplicación.

A su vez, el Ministerio de Salud de la Nación emitió la Resolución N° 1537-E/2017 de fecha 21/09/2017 - ANEXO 1 del Programa Nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales, estableciendo que entre sus propósitos está la “..necesidad de comprobar los beneficios y los efectos adversos del uso de la planta de cannabis y sus derivados como modalidad terapéutica y/o paliativa de enfermedades cuyo diagnóstico se ajuste a las normas aceptadas internacionalmente, y que sean objeto de atención en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y “.. favorecer la investigación y/o supervisión de la investigación con fines médicos y científicos de las propiedades derivadas del uso de la planta de cannabis y sus derivados”.

Además, si bien en el primer párrafo del art. 1 se establece que podrán solicitar la inscripción en el Programa las personas que padezcan epilepsia refractaria y a las que se les prescriba el uso de cannabis y sus derivados, en el segundo párrafo se deja autorizada la incorporación de “... otras patologías, basado en la mejor evidencia”.

VIII.- Que sentado ello, cabe señalar que en autos se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho, por cuanto surge “prima facie” ***** padece de Neurofibromatosis tipo 1, presenta lesiones de piel, tumores subcutáneos compatibles con la enfermedad y dolores intensos de tipo neuropático que no pudieron ser controlados con medicación analgésica ni específica (Pregabalina en dosis altas), que inició tratamiento con aceite de cannabis en septiembre de 2016, con buena respuesta terapéutica desde el punto de vista clínico de los padres, sin observarse efectos secundarios significativos (certificado médico del Dr. ***** , médico pediatra tratante, agregado a fs. 76).

Además, se encuentra demostrado que el Dr. ***** , médico traumatólogo

tratante, certificó que desde que el paciente comenzó con el tratamiento de cannabis no recibe otra medicación y se encuentra asintomático y sin riesgos deficitarios distales (fs. 77 y vta.); y que la médica neuróloga, Dra. *****, le prescribió 2 frascos de aceite “Charlotte’s Web Hemp Extract” de 100 ml. para ser importado desde Estados Unidos como suplemento dietario vía oral – tópico (fs. 200/201).

Es decir que en el caso, el menor cuenta con prescripción médica de cannabis realizada por la ***** debido a que es el único tratamiento que calma los dolores que le produce la enfermedad que padece, y que existe una ley gracias a la cual se ha dispuesto la creación de Programas en los cuales los padres deberán inscribirse para que se les provea el medicamento de conformidad a los requisitos que se establezcan y con la supervisión del pertinente Programa.

IX.- Que ahora bien, la amparista solicita se la autorice al cultivo de cannabis en su domicilio hasta tanto la demandada se encuentre en condiciones confiables de abastecer al niño con aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y T HC y en cantidad de cepas para su rotación, fundando su pedido en la excelente respuesta del tratamiento en el niño lo que le permite llevar una experiencia de vida de la mejor manera posible, y en el temor y la inseguridad que le provoca la tipificación y penalidad dispuestas en los art. 5 y 14 de la ley 23.737.

El referido art.5 establece que “...será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de ... el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; y el art. 14 dispone que será reprimido con prisión de uno a seis años y multa... El que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

En ese sentido, cabe señalar como lo hizo el Sr. Juez del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en fallo de fecha 13/08/2015, en los autos: “C. , A. R. c. GCBA s,” Amparo”, (en los que el actor por su propio derecho, promovió acción de amparo contra el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires a fin de que se revoque el acto denegatorio emanado de un hospital solicitando se ordene al demandado que, por medio de las autoridades que correspondan, proceda a prescribir y suministrar cannabis de la especie sativa o índica (marihuana) en las dosis

que sean necesarias y médicamente recomendadas; subsidiariamente, en caso de que ello resulte imposible, solicita se lo autorice a realizar su cultivo. El juez a-quo rechazó sin sustanciación la acción de amparo incoada. La Cámara revocó la sentencia e hizo lugar a la acción) que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por unanimidad en el reconocido fallo “Arriola” concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley nacional 23.737 “...en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fundamentando la decisión en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional)”.

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

Además, a diferencia de tal precedente, en la actualidad, como ya se señaló, se encuentra vigente la Ley N° 27.350, el Decreto reglamentario N° 738/2017 y el Anexo I establecido en la Resolución N° 1537- E/2017, que regulan el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y posibilitan el tratamiento con dicha sustancia a los pacientes inscriptos en el Programa Nacional, es decir que el uso medicinal del cannabis está siendo autorizado bajo determinadas condiciones.

No obstante ello, cabe destacar que seguramente el trámite que debe llevarse a cabo a los efectos de la inscripción y posterior aceptación del niño en el Programa Nacional a los fines de que se le provea el cannabis, insumirá un tiempo prudencial durante el cual se le debe continuar suministrando la sustancia en las cantidades y modalidad que la médica tratante lo indique a los fines de paliar “el dolor de tipo neurítico que no responde a otra medicación” (fs. 200/201), razones por las cuales corresponde hacer lugar a la medida cautelar y en consecuencia, permitir a la amparista el cultivo 12 plantas adultas y 40 plantines sin clasificación sexual de cannabis, lo que deberá llevarse a cabo en la esfera íntima y privada de su hogar y con el exclusivo fin de medicar al niño ***** *****, en la medida que sea prescripto por los profesionales tratantes.

Por lo demás, tal autorización resulta procedente, toda vez que si bien el cultivo

de estupefacientes para uso personal que no trasciende a terceros está garantizado constitucionalmente, no debe soslayarse que de suyo entraña un riesgo permanente por la interpretación de las fuerzas de seguridad y eventualmente de la justicia respecto del límite cuantitativo y demás circunstancias acerca de lo que configura una actividad prohibida de tráfico ilícito de droga con la de una loable actitud de una madre en protección de la vida y salud de su hijo como ocurre en autos.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la ley 26.854 y teniendo en cuenta que el trámite para inscribir al menor en alguno de los Registros del Programa Nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales podría demandar un tiempo prudencial, se fija como plazo para la vigencia de la medida el de seis (6) meses a partir del día de la fecha; o bien hasta que el Estado Nacional, a través del Programa Nacional correspondiente le comience a entregar la medicación de cannabis prescrita al menor y le garantice que el tratamiento se podrá llevar a cabo sin interrupciones.

En mérito a lo expuesto:

RESUELVO:

I.- HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada y, previa caución juratoria de la actora y personal de sus letrados, AUTORIZAR a ***** a cultivar cannabis en su domicilio exclusivamente para uso medicinal de su hijo ***** , que deberá llevarse a cabo en la cantidad y modalidad establecida en el penúltimo párrafo de los considerandos. A tal fin librese oficio a la demandada a los fines de que comunique la medida a los organismos nacionales y provinciales que estime necesario y prudente.

II.- REGISTRESE y notifíquese. –

JULIO LEONARDO BAVIO (JUEZ)

“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 16005/2018 – FISCALÍA FEDERAL DE VIEDMA – 10/05/2018)

CONTESTA VISTA.

Señora juez:

MARCOS J. ESCANDELL, Fiscal Federal Subrogante de Viedma, conjuntamente con DIEGO A. IGLESIAS, Fiscal Federal a cargo de la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR), en los autos caratulados “Navarro, Julia Macarena y Otro c/Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986”, Expte. N° FGR 16.005/2018 del registro de la Secretaría Civil N° 1 de ese juzgado a su cargo, ante V.S. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I) Que en el presente se requirió la colaboración de la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR) en el marco de las funciones propias de “prestar asesoramiento técnico y brindar la colaboración necesaria a las Fiscalías”, “disponer enlaces y acciones íter-institucionales con organismos especializados en la materia, con el propósito de mejorar las investigaciones y el juzgamiento de los casos relacionados con la criminalidad organizada en materia de narcotráfico...” y “planificar, juntamente con los titulares de las fiscalías de distrito y las direcciones generales correspondientes, la política de persecución penal” (Resolución PG N 208/2013 y artículo 24 de la ley 27.148).

II) Vienen las presentes actuaciones a los efectos de dictaminar en virtud de la vista que se confiriera a este Ministerio Público Fiscal (artículo 30 y 31 de la ley n° 27.148), respecto de la medida cautelar solicitada por JULIA MACARENA NAVARRO y MARÍA EUGENIA SAR, en nombre y representación de JOAQUÍN NAVARRO, hijo y nieto de las presentantes respectivamente; y por los legisladores provinciales NICOLÁS ROCHAS y JAVIER IUD.

III) Los presentantes promueven acción de amparo contra el Estado Nacional solicitando la inmediata provisión de “aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificadas de cannabis con balances variados de CBD y THC, en cantidad de cepas suficiente para su rotación permanente” para el tratamiento de JOAQUÍN NAVARRO.

Explican que se trata de un niño de 7 años de edad, a quien le fue diagnosticado

“Síndrome de Tourette” a los 5 años, lo que ameritó se le extendiera certificado de discapacidad, emitido por la junta Evaluadora de Discapacidad de San Antonio Oeste.

Describen pormenorizadamente la complejidad de la dolencia que afecta al niño y la ineficacia de los distintos tratamientos aplicados.

En razón de ello, y ante el fracaso de los métodos tradicionales, relatan que decidieron iniciar tratamiento con aceite de cannabis, de diversas cepas, el cual trajo excelentes resultados que impactaron categóricamente en la calidad de vida y salud de Joaquín.

De dicha favorable evolución da cuenta el informe que acompañan como prueba, suscripto por la médica especialista en psiquiatría MARÍA DOLORES ROMERO.

Asimismo, cautelarmente y hasta tanto el Estado Nacional lleve adelante el suministro petitionado, solicitan se autorice a la madre y a la abuela a cultivar cannabis en sus domicilios con el único fin de consumo medicinal para el niño. A tales fines, y de manera subsidiaria, dejan planteada la inconstitucionalidad de los artículos 2 incisos a) y e) y 14 de la ley n° 23.737 y cualquier otra norma que obste al cabal ejercicio de los derechos a la vida y salud del niño.

Finalmente, invocan en sustento de la petición, el derecho a la salud del niño como derivación del derecho a la vida, la necesaria doble tutela en su carácter de niño y de persona con discapacidad, alegando la procedencia de la vía procesal intentada al reunir los requisitos de admisibilidad del amparo.

VI) Consideramos que la medida cautelar solicitada debe tener favorable acogida por los fundamentos que a continuación desarrollaré.

(i) En primer lugar, existe hoy una ley nacional reglamentada que habilita el uso de cannabis y sus derivados con fines terapéuticos.

Cabe destacar que con fecha 29 de marzo de 2017 fue sancionada la ley 27.350 de “Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados”, regulatoria del uso terapéutico de dicha sustancia. Dispone la norma que la AN MAT permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías incluidas en el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” y cuenten con la indicación médica pertinente (artículo 7).

Asimismo, la normativa establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor, de la planta de

cannabis y sus derivados y crea un Registro Nacional Voluntario de los pacientes y familiares del paciente que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis.

A su vez, también habilita el cultivo por parte del CONICET y del INTA para investigación médica y científica y también para la elaboración de la sustancia con fines de tratamiento; fomenta la producción en el país, a través de los laboratorios públicos nucleados en ANLAP (Agencia Nacional de Laboratorios Públicos); y dispone que, hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional, la ANMAT permitirá la importación del aceite.

Por otra parte, la mencionada ley fue reglamentada con fecha 21 de septiembre de 2017 a través del decreto n° 738/2017 que, entre otras cuestiones, reguló la gratuidad de la provisión de aceite, como de sus derivados, establecida en el artículo 7 para quienes se encuentren incluidos en el Programa antes referido. Asimismo, la normativa establece para el caso de los pacientes no inscriptos que tuvieran prescripto el cannabis medicinal, que lo adquirirán a su cargo.

El Ministerio de Salud, organismo a cargo del Registro Nacional mencionado, emitió la Resolución 1537-E/2017 que establece (artículo 1, primer párrafo) que podrá solicitar la inscripción en el Programa las personas que padezcan epilepsia refractaria y a las que se les prescriba el uso de cannabis. En el segundo párrafo autoriza la incorporación de otras patologías, basado en la mejor evidencia.

Por lo tanto, y tal como se desprende de la normativa aplicable al caso, existe hoy una ley nacional n° 27.350 reglamentada por decreto 738/17 que habilita: (a) el uso del cannabis o sus derivados con fines terapéuticos o paliativos para pacientes con patologías diversas (reglamentadas o prescritas bajo ciertas condiciones); (b) el cultivo por parte del Estado -CONICET o INTA- para la producción de sustancias con fines de tratamiento; y (c) la importación del aceite hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional a través de los laboratorios de la ANLAP.

(ii) En segundo lugar, se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho pues ha sido probado en autos que JOAQUÍN NAVARRO padece un caso típico de Síndrome de Tourette; que los tratamientos farmacológicos prescritos por los médicos tratantes fueron ineficaces; y que el tratamiento con aceite de cannabis ha sido el que ha tenido mayor éxito en el tratamiento de la enfermedad.

Tal como se desprende de las constancias del expediente acompañadas al proceso, JOAQUÍN NAVARRO fue diagnosticado con Síndrome de Tourette a los 5 años de edad (fs. 75), lo que ameritó la extensión, a su nombre, de certificado de discapacidad - Ley 24.901- (fs. 51). Hoy Joaquín tiene 7 años (fs. 46).

La magnitud de la dolencia se encuentra acreditada a fs. 71/74 a través del relato realizado por la especialista en psiquiatría doctora María Dolores Romero, quien explicó: “Al momento del diagnóstico Joaquín sufría parpadeos, muecas faciales, encogimiento de hombros, sacudidas de cabeza y hombros. Luego sus tics fueron complejizándose, en este sentido explica su familia primero sólo guiñaba un ojo luego además torcía la boca, luego además movía un hombro.

Además de tener siempre los tics vocales simples como el aclarar la garganta, el olfateo/resoplido, gruñidos. Los tics fueron in crescendo y complejizándose, combinándose, comenzaron a ser tan molestos que interferían en su vida cotidiana, tenía uno combinado que al estirar el brazo tiraba lo que estaba cerca, otro que cerraba el puño y no le permitía por ejemplo tomar un vaso con la mano. Del jardín avisaron que había dejado de tomar la leche porque en varias oportunidades se le había caído la taza. Además de los tics fónicos y motores típicos del síndrome Joaquín presentaba como síntomas comórbidos: hiperactividad, déficit de atención, ansiedad, fobia social, insomnio de conciliación; conductas agresivas rituales del espectro obsesivo compulsivo.

A partir de su diagnóstico (hecho por el Dr. Juan Domingo Donari), se le indicó tratamiento con Risperidona (antipsicótico atípico considerado primera línea para el tratamiento según revisiones Científicas). Posteriormente, su familia realizó una interconsulta con la Dra. María Beatriz Moyana, directora del Centro interdisciplinario de Tourette, TOC y Trastornos Asociados (CITTTA) y jefa de la Unidad de Tics y Tourette de la Universidad Favaloro, quien le indicó Flunarizina (bloqueante de los canales de calcio que está indicado en la prevención de la migraña y para aliviar los síntomas de vértigo vestibular, que cuenta con un estudio realizado en 1990 por la Universidad de Buenos Aires en siete pacientes que presentaron buen resultado).

No obstante la terapéutica farmacológica, la familia de Joaquín observaba que el niño presentaba crisis de enojo con agresividad, inhabilidad para el aprendizaje, conductas obsesivas, ansiedad, aumento de apetito con el consecuente aumento de peso (aumentó 7 kg en dos meses y medio desde el inicio de la terapia con Risperidona) y

conductas inapropiadas (tales como orinar en el comedor o en la vereda en lugar de usar el baño). Asimismo, refieren que el niño perdía progresivamente sus habilidades sociales, como entablar un diálogo con otro niño o simplemente mirar a otra persona a los ojos, dormía 5 a 6 horas por día y se lo observaba hiperactivo. Debido a esta situación, en agosto de 2016 su familia decidió suspender el tratamiento con psicofármacos.”

A idéntico diagnóstico llegaron tanto el Centro interdisciplinario de Tourette, TOC, TDAH y Trastornos Asociados (fs. 53/70), como el Dr. JUAN DONARI (fs. 75).

Por lo tanto, tal como se desprende del relato realizado por la médica tratante y por los estudios del “Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC, TDAH y Trastornos asociados”, Joaquín padece un típico caso de Síndrome de Tourette con todos los síntomas asociados: hiperactividad, TDAH, ansiedad, fobia social, TOD, TC, agresividad, tics fónicos y motores, los cuales se fueron complejizando (fs. 53/70).

Sin embargo, los tratamientos farmacológicos recibidos, en el caso dos, Risperidona y Flunarizina-Sibelium (fs. 53/56, 72 y 75) no dieron mayor resultado en el control de la enfermedad tal como lo explican las peticionantes, lo que se encuentra acreditado a través del informe de la doctora MARÍA DOLORES ROMERO antes transcrito.

Fue por tal motivo que la familia de JOAQUÍN decidió comenzar un tratamiento con aceite de cannabis y sus derivados, el cual mejoró los síntomas de la enfermedad y, en algunos casos, los hizo desaparecer. Tal circunstancia se encuentra acreditada también en el informe realizado por la doctora MARÍA DOLORES ROMERO (fs.71/74) quien explicó: “En la actualidad Joaquín es consciente de su cuadro y de la respuesta al tratamiento con cannabis. Los informes escolares relatan que el niño está más concentrado durante las clases y puede prestar más atención, situación que se traduce en una mejora de su rendimiento académico. El uso de cannabis es bien tolerado por su organismo, no ha presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC, regularizó su desequilibrio metabólico secundario al uso de psicofármacos y recuperó su peso habitual. Se encuentra de ánimo estable, ha mejorado su conexión con el mundo y su vida de relación.

A partir del uso de extractos caseros de cannabis, Joaquín ha mejorado su calidad de vida. Este tratamiento ha sido el de mayor eficacia desde el diagnóstico, no sólo por la ausencia de efectos secundarios, sino también por el control de los síntomas de su

enfermedad, este niño ha logrado permanecer libre de síntomas durante períodos prolongados, lo que contribuye sobremanera a que pueda tener una infancia normal”.

Los informes médicos resultan así de contundencia suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho invocada, al menos para sustentar una medida provisional como la peticionada, que no tienen por objeto sino evitar que los efectos de una eventual resolución de fondo favorable se tornen ilusorios.

(iii) En tercer lugar, también se encuentra probado el peligro en la demora, pues el Estado Nacional aún no ha podido garantizar a JOAQUÍN la provisión gratuita e ininterrumpida del tratamiento con aceite de cannabis prescripto, dado que se encuentra en proceso de implementación el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” y la inscripción allí requerida demandará un proceso durante el cual Joaquín no puede suspender su tratamiento. Todo ello nos convence sobre la procedencia del pedido provisorio de autocultivo.

A los fines de comprender la necesidad de conceder la medida con carácter temporal, hasta tanto el Estado Nacional implemente y efectivamente haga entrega al niño de los distintos requerimientos formulados en el objeto de este amparo, resulta necesario traer a colación el debate parlamentario que se diera en la Cámara de Diputados de la Nación, al tiempo de discutir la aprobación de la que en definitiva sería la ley 27.350, en la sesión ordinaria (especial) del día 23 de noviembre de 2016.

Hubo allí dos despachos, uno de mayoría que terminó convirtiéndose en la ley actual, y otro de minoría. De este último, vale destacar los siguientes pasajes formulados por la diputada de Entre Ríos (así se la menciona y no se la individualiza en el Diario de Sesiones), a saber:

“Hoy nos abocamos al tratamiento de un marco regulatorio para el uso medicinal del cannabis. Se ha afirmado que no corresponde hacerlo en el contexto de la ley de estupefacientes. Al respecto quiero decir al señor diputado Petri que, aunque está muy bien que dictemos un marco regulatorio, sucede que la mencionada ley actualmente penaliza a las madres que si no fuera por el cultivo no tendrían cómo garantizar a sus hijos el tratamiento con aceite de cannabis.

Por lo tanto, resulta necesario que contemplemos una autorización para que las madres y los miles de pacientes que en nuestro país usan el cannabis para mejorar su calidad de vida puedan continuar con esa práctica sin quedar expuestos a la normativa

penal. De acuerdo con la ley de estupefacientes, una madre que cultiva y usa cannabis puede recibir una pena de cuatro a quince años de prisión. Luego, si esa madre se junta con otras para cultivar cannabis y extraer su aceite a fin de bajar la cantidad de convulsión es de su hijo, queda enmarcada en la figura de asociación ilícita.

A continuación, quiero referirme al dictamen de minoría que suscribimos desde la Comisión de Acción Social y Salud Pública, donde trabajamos en los más de quince proyectos presentados por diputados y diputadas de distintos bloques políticos. Estamos ante un tema de salud; no de adicciones o drogas. Por eso creemos que el Estado debe garantizar el acceso al tratamiento.

Si se me permite, quiero explicar la situación del cannabis en nuestro país. Hoy día no existen regulaciones y la ley de estupefacientes penaliza a la madre que cultiva para reducir la cantidad de convulsiones de su hijo: la considera una narcotraficante. Por eso una madre, un paciente oncológico o una persona que sufre fibromialgia deben recurrir al mercado negro; tiene que llamar a un vecino o a un pariente y comenzar una cadena para ver cómo puede conseguir ese aceite que puede mejorar su calidad de vida o aliviar su dolor.

Reitero que en la actualidad está penalizado el cultivo. No seamos hipócritas; muchas madres y pacientes que no tienen la posibilidad de cultivar acceden al aceite de cannabis gracias a los cultivadores, que también están penalizados. De hecho, dos de ellos fueron detenidos la semana pasada en la ciudad de Córdoba.

Asimismo, las universidades no pueden investigar porque en la Argentina el cultivo de cannabis está penalizado aun con fines de investigación. Si bien, como decía el señor diputado Petri, en función de la ley de psicotrópicos está autorizada la investigación, ninguna universidad la lleva adelante porque no puede hacerse de la materia prima necesaria.

Luego, los médicos no pueden prescribir este producto porque si lo hacen arriesgan sus matrículas. Por eso se sienten temerosos a la hora de prescribir algo que seguramente mejorará la calidad de vida de sus pacientes, porque corren el riesgo de perder sus matrículas.

Esta es la situación en nuestro país, señor presidente. El aceite importado sirve, pero solo para algunas patologías; más conocido como Charlotte's web, es un aceite que sirve nada más que para algunos casos. Además, es necesario hacer un trámite ante la ANMAT -o sea, un trámite burocrático- para autorizar su ingreso al país. Es decir que

permitiendo la importación no resolvemos el problema ni cubrimos las necesidades de las madres ni de los pacientes.

Hay ausencia del Estado y descontrol. A muchos les preocupa que el cultivo se propague o que una madre medique a su hijo a un con el acompañamiento de un profesional. Si el Estado está presente es para criminalizar. En nuestro dictamen de minoría, que suscribimos desde la Comisión de Acción Social y Salud Pública con legisladores de distintos bloques políticos, pedimos que haya control del Estado. Es necesario que impulse, a través de los laboratorios de producción pública de medicamentos, la fabricación de distintas variedades de cannabis. Esto no está contemplado en el dictamen de mayoría.

Por otro lado, nuestro dictamen propone la creación de un registro de pacientes y usuarios de cannabis medicinal previa presentación de historias clínicas y prescripciones médicas, para que estén autorizados a cultivarlo y no sean penalizados. Esto también falta en el dictamen de mayoría y nosotros queremos que se incorpore, porque si no se tiene en cuenta a las madres ni a los pacientes que cultivan, estos lo seguirán haciendo y el Estado los va a criminalizar.

¿De qué Estado presente estamos hablando si no contemplamos la necesidad de miles de argentinos que utilizan el aceite de cannabis como tratamiento complementario para aliviar su dolor? Hablamos de gente que está muriendo, de pacientes oncológicos que tienen sus días de vida contados y que con esta sustancia pueden aliviar un poco su dolor, aumentar su apetito o mejorar su estado de ánimo.

(...) Dejemos de apegarnos a la sociedad científica, que muchas veces está orientada a las investigaciones que interesan a los laboratorios y no a lo que efectivamente hace bien a la población. Después de todo, estamos hablando de una planta.

Hay e-mails con distintas historias que llegaron a los señores diputados. El Estado no puede abastecer la demanda. De esto se dieron cuenta en Canadá y por eso la corte de ese país determinó que se permita el autocultivo. El Estado solo no puede; en cambio, sí puede garantizar el testeo de la sustancia para certificar que sea seguro lo que se cultiva.

El aceite de Charlotte -reitero- no sirve para todos los casos. No es un medicamento, y muchas veces los fármacos legales tienen más efectos adversos que beneficios.

Por último, pido a los señores diputados que se pongan un minuto en los zapatos de estas mamás. Muchos de los aquí presentes son padres o madres que aman a sus hijos; entonces, pónganse en el lugar de ellas, mírenlas a la cara y a la hora de votar este asunto háganlo con conciencia. Hoy tenemos la posibilidad de cambiar la vida de muchísimas personas que sufren distintas dolencias y la están pasando mal. (Aplausos en las bancas).”

Ahora bien, pese a lo sostenido por la minoría, y si bien el modelo implementado por la ley 27.350 se estructura sobre el monopolio del Estado en el cultivo, producción e importación del aceite de cannabis, también es cierto que la situación del autocultivo no era desconocida tampoco para los firmantes del dictamen de mayoría. En tal sentido, obsérvese que dicha situación -cuya autorización se requiere en autos-, se encuentra reconocida en el artículo 3º de la ley dentro de sus objetivos, donde dispone expresamente: “3º Objetivos. Son objetivos del programa: (...) j) Propiciar la participación e incorporación voluntaria de los pacientes que presenten las patologías que la autoridad de aplicación determine y/o el profesional médico de hospital público indique, y de sus familiares, quienes podrán aportar su experiencia, conocimiento empírico, vivencias y métodos utilizados para su autocuidado: (...)”.

Indudablemente, dentro de los métodos utilizados para el “autocuidado”, se encuentra la producción doméstica del insumo que da razón a la citada normativa, la cual no era una experiencia desconocida por los legisladores. Ello, tal como se puede observar los dichos del miembro informante por la mayoría, Diputado Petri:

“(…) Por eso sostuvimos la necesidad de contar con un Estado protagonista. De eso se trata el despacho que tenemos en consideración. Queremos poner las cosas en su lugar, es decir, que el Estado ocupe el centro de la escena y que tenga el lugar que nunca debió perder ni dejar de ocupar a la hora de garantizar la salud a todos y cada uno de los pacientes y sus familiares, que se han vistos forzados a elaborar su propio aceite de cannabis”.

“(…) Cuando presentamos el despacho de mayoría algunos sostuvieron que solo promovía la investigación. Evidentemente, solo se circunscribieron a lo que establece el artículo 1º. Muchos llegaron a decir que era una burla porque solamente promueve la investigación médica y científica, a pesar de que nosotros siempre sostuvimos que con eso no basta. También dijimos que para comprender los alcances del proyecto no alcanzaba con leer el artículo 1º sino que había que analizarlo en toda su extensión,

porque estábamos dando cuenta de todas y cada una de las necesidades de una población que actualmente consume cannabis para uso medicinal y que requiere que existan controles y que se certifique y garantice la pureza.

“(…) A partir de este proyecto, quienes se incorporen al programa van a recibir un cuidado integral de la salud; van a contar con un Estado que les proporcione el aceite de cannabis; se va a informar y se va a hacer docencia con los médicos que muchas veces por falta de conocimiento se presentan como un obstáculo a la hora de prescribir la utilización del cannabis; se va a poner a disposición todo el sistema de salud a fin de facilitar la investigación y la evidencia científica respecto de los resultados positivos, pero también de los adversos, y finalmente se prevé que hasta tanto el Estado pueda elaborar y otorgar a todos y cada uno de los pacientes el cannabis para uso medicinal, tendrán la posibilidad de importar gratuitamente tanto el aceite como sus derivados”.

Surge claro que los diputados reconocen como una práctica asentada la existencia del autocultivo con fines terapéuticos, la cual se busca reemplazar con un rol activo del Estado en la producción. Pero también se reconoce, que hasta tanto el mismo pueda ocupar ese rol, deberá proceder a la importación. Ahora bien, este trámite que se denuncia temporal, tal como lo reconoce la miembro informante de la minoría, es burocrático y demanda un tiempo. En consecuencia, ese interregno es claro que no puede quedar sin cobertura ante un cuadro de salud como el descripto.

De allí que, hasta tanto el Estado Nacional haga entrega efectiva de los elementos requeridos por la actora y que se encuentren cubiertos por la ley 27.350, debe autorizarse de manera temporal el cultivo de la materia prima necesaria para la elaboración del aceite medicinal, a fin de salvaguardar el cuadro de salud del niño, pero también, de asegurar la indemnidad de su madre y abuela.

(iv) En concordancia con los antecedentes parlamentarios antes descriptos, la presente solicitud se encuentra fundada también en el temor que le provoca a los familiares la tipificación y penalidad dispuestas en los artículos 5 y 14 de la ley n° 23.737.

Precisamente, el amparista manifiesta y peticiona en el presente, y dado que en la actualidad el Estado Nacional no se encuentra en condiciones fácticas de proveer en la variedad de cepas que requiere Joaquín para un adecuado tratamiento con aceite de cannabis, y hasta tanto se encuentre en condiciones fácticas de suministrar el aceite de cannabis en la variedad y con la continuidad necesaria, se autorice al cultivo de las

plantas de cannabis “que se requieran para abastecer” al menor.

A tales fines, deja expresamente asentado que “...si bien considera que el presente caso encuadra en las previsiones del fallo Arriola de Ja CSJN, peticiona a V.S., se declare la inconstitucionalidad e inconveniencia de los artículos 14 y 5 incisos “a” y “e” en relación con los párrafos penúltimo y último de la ley 23.737, por los motivos expresados oportunamente, y remitiéndonos – brevitatis causae- a lo expuesto por la CSJN en Arriola, debido a que la aplicación de los mismos en el caso de marras, se contraponen directamente con el ejercicio del derecho a la salud de un niño con discapacidad, el cual tiene anclaje constitucional y convencional, como se ha relatado supra”.

El antes citado artículo 5 de la ley de estupefacientes establece que “...será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de..., el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación”; y el artículo 14 por su parte prescribe que será reprimido con prisión de uno a seis años y multa ...El que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

En ese sentido corresponde señalar en primer término, y tal como lo sostuvo el Señor juez Federal de Salta, Dr. JULIO LEONARDO BAVIO que “...en el caso, la autorización para cultivar cannabis en su domicilio particular se solicita con el exclusivo fin de producir la única medicación que le calma los dolores al niño, la situación encuadraría dentro de aquellas conductas o acciones privadas que la Constitución ha querido proteger y garantizar dejándolas exentas de la autoridad de los magistrados en virtud de que permanecen en el ámbito privado y no afectan los derechos de terceros”. (Causa 21814/2017, Salta, 2 de marzo de 2018, Amparo Ley 16.986).

Tales argumentos esgrimidos por el juez BAVIO encuentra su precedente jurisprudencial en el reconocido fallo “Arriola”, en donde los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737 por cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fundamentando la decisión en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional).

Es precisamente en el fallo “Arriola” donde nuestro máximo tribunal fija el criterio vinculado al “ámbito de privacidad y reserva” de las personas, y es precisamente ese ámbito que mediante el presente se quiere preservar, a efectos de que tanto la madre como la abuela del niño puedan proceder al autocultivo de cannabis sativa y a la autoproducción de aquellos aceites y/o cremas que puedan menguar la enfermedad que aquél padece.

Al respecto, sostuvo el Dr. RICARDO LUIS LORENZETTI en su voto en “Arriola” que “...A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.”

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

Además, y como elemento de actualidad distinto de los motivos que llevaron al precedente antes citado, cabe señalar que se cuenta hoy en día con la vigencia de la Ley 27.350, el decreto reglamentario de la misma nro. 738/2017 y el Anexo 1 establecido en la Resolución nro. 1537-E/2017, que regulan el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y posibilitan el tratamiento con dicha sustancia a los pacientes inscriptos en el Programa Nacional, es decir que el uso medicinal del cannabis está siendo autorizado bajo determinadas circunstancias.

(v) Por último, no puede soslayarse que el Estado Argentino a través del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento interno

por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, garantiza “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 mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

Asimismo, ha reconocido su derecho a recibir cuidados especiales y la obligación estatal de asegurarle la prestación que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado, la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuidan de él.

La prestación de tal asistencia estará destinada a asegurar que el niño tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo, las oportunidades de esparcimiento.

En la misma Convención el Estado Argentino se ha comprometido a que el niño discapacitado reciba tales servicios con el objeto de que logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Así también el artículo 24 de la norma convencional reconoce al niño el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y el derecho a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El Estado debe asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

V) Por todo lo expuesto, en opinión de quienes aquí suscriben, que se encuentra suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho, en atención a que se ha probado prima facie el comprometido estado de salud del niño, la gravedad de la dolencia que lo aqueja y el alivio producido por el suministro del aceite de cannabis.

A partir de tal verosimilitud, no puede escapar al análisis que la normativa vigente tiene por finalidad el garantizar el acceso gratuito al aceite de cannabis y demás derivados a los pacientes necesitados de tales sustancias para el tratamiento de sus dolencias.

Ello más allá de la posibilidad actual de provisión por parte del Estado, o de requerimientos de procedimiento en cabeza de los interesados.

En otras palabras, vigente el bloque normativo que habilita el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, se posibilita el tratamiento de la población con dicha sustancia.

Se ha acreditado, por otra parte, el peligro en la demora dada la urgencia que el

estado de salud del niño impone, así como la imposibilidad de interrumpir el tratamiento que desde hace más de un año viene realizando. Agréguese a ello que el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” se encuentra en proceso de implementación y seguramente el trámite que deberá llevarse a cabo a los efectos de la inscripción y posterior aceptación del niño insumirá un tiempo prudencial durante el cual se le debe continuar suministrando la sustancia en las cantidades y modalidad que establezca el médico tratante, a los efectos de paliar los síntomas que la enfermedad le provoca.

Por último y en cuanto a la modalidad y cantidad de la autorización de cultivo, entiendo que debe permitirse, en la esfera privada de la familia de Joaquín, con el exclusivo fin de medicarlo y en la extensión prescripta por los profesionales tratantes.

Todo ello torna procedente, en cumplimiento del objetivo tuitivo de la ley, la concesión de la medida cautelar solicitada, previa caución juratoria, lo que así postulamos.

Fiscalía Federal de Viedma, 10 de mayo de 2018.

DIEGO ALEJO IGLESIAS (FISCAL)

MARCOS J. ESCANDELL (FISCAL)

“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 16005/2018 – DEFENSORÍA OFICIAL PÚBLICA FEDERAL DE VIEDMA – 16/05/2018)

CONTESTO VISTA.

Señora Juez:

MARCELO OSVALDO SÁNCHEZ, Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, con domicilio legal en calle San Martín 189 – 4to. piso de esta ciudad, y constituyendo domicilio de esta Defensoría, que para el sistema de notificaciones electrónicas se identifica bajo la Clave Única de Identificación de Dependencia (CUID) N° 50000002108, en los autos de referencia, ante V.S., me presento y digo:

I) Que vengo por el presente, en legal tiempo y forma, a contestar la vista conferida a fs. 98 sobre la medida cautelar peticionada por los actores, y atento encontrarse involucrados derechos de un menor, ello en mi carácter de Ministerio Pupilar.

II) Que la medida cautelar peticionada radica en que las Sras. JULIA MACARENA - en su calidad de madre- y MARIA EUGENIA SAR -en su calidad de abuela-, en representación del menor JOAQUIN NAVARRO -solicitan en el amparo presentado contra el Estado Nacional, para que éste provea el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBD y THC, en cantidad de cepas suficientes para su rotación permanente, dadas las condiciones de salud, necesidad y urgencia, acreditadas para una mejor calidad de vida de JOAQUIN.

Asimismo, y en cuanto a la medida cautelar, solicitan que, hasta tanto el Estado Nacional cumpla con lo requerido, se habilite a MARÍA EUGENIA SAR y a JULIA MACARENA NAVARRO, al cultivo de plantas de cannabis en su domicilio con el único fin del uso medicinal para su nieto e hijo respectivamente.

III) Que, en honor a la urgencia y brevedad necesaria en el caso que nos ocupa, y estando en juego la salud y la vida de un menor, adelanto que mi opinión es FAVORABLE a que se haga lugar a la medida cautelar solicitada, hasta tanto el Estado Nacional pueda proveer de los insumos necesarios para el tratamiento de su padecimiento, haciendo

propios los argumentos traídos tanto por los amparistas como por el Ministerio Público Fiscal, dado que sería redundar en lo mismo, y consideramos que los argumentos vertidos en ambos escritos, reflejan la opinión de este Ministerio de la Defensa, a quien le toca actuar en calidad de Pupilar.

IV) Que considero que el cultivo del cannabis con el único uso solicitado, debe realizarse en forma reservada dentro del ámbito de intimidad y privacidad del domicilio de una de las representantes del menor en estos autos, o bien en ambos, tal como lo resuelva S.S., debiendo precisarse la cantidad total de plantas a producir según las indicaciones de los galenos tratantes, para que puedan obtenerse la cantidad suficiente de aceite, crema o material vaporizable, de las diferentes cepas necesarias para el tratamiento de JOAQUIN.

Asimismo, se deberá poner en conocimiento de ello en forma inmediata y bajo apercibimiento legal, a las fuerzas de seguridad para que no se realicen medidas en contra de ese domicilio fijado, por violación a la Ley 23.737 y/o otras normas penales relaciones con este asunto, lo cual llevaría a perder las plantas y con ello agravar la salud del menor en cuestión.

V) Cabe aclarar que la mayor contra que tenemos en este tipo de situación es la de dejar de lado los prejuicios y poder en forma correspondiente tratar el tema con seriedad. El Dr. Morante, uno de los médicos que con mayor responsabilidad y estudio ha elaborado el tema del uso del cannabis para paliar y tratar distintos tipos de enfermedades, manifestó en su momento que para derrotar esos prejuicios hay tres puntales fundamentales: “educación médica, educación comunitaria y educación del paciente”, a lo cual me permito agregar en esta instancia un cuarto puntal, el cual sería educación judicial para hacer lugar a la medida cautelar requerida.

VI) Que, asimismo y a todo evento, dejo asentado el pedido de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 16.986, que establece que la apelación de las resoluciones que recaigan en el amparo y/o medidas cautelares se deberá, en caso de concederse, otorgar con ambos efectos jurídicos.

En esa inteligencia, de receptarse el amparo y/o medida cautelar solicitados, en el supuesto de ser apelados y concedidos éstos con ambos efectos, no tendrían efectivización hasta tanto no medie pronunciamiento de la alzada; configurando ello una verdadera incongruencia, dada la finalidad del presente proceso, creándose así un real privilegio para el Estado, extremo éste que hace aparecer a la Ley 16.986, más que como

protectora del particular -tal como corresponde a las normas reguladoras del amparo-, como destinada a proteger la presunción de legalidad del obrar administrativo, al punto de que, cuando queda puesto en tela de juicio por la decisión judicial de primera instancia, se privilegia aquella presunción aun frente a la decisión judicial destinada a equilibrar e inclusive a neutralizar la del acto.

Las normas de amparo deben establecer, como principio general, un sistema diferencial que permita la efectivización de las resoluciones judiciales, pese a encontrarse apeladas; es más ésta norma, en su artículo 15, es incompatible con lo dispuesto en el Art. 43 de la Constitución Nacional, por contrariar sus exigencias de un amparo “expedito y rápido”, por lo que debe quedar en mano del Juez el prudente criterio de conceder la apelación en ambos efectos solamente en casos excepcionales.

No se comparece el artículo 15 la Ley 16.986 y la norma referenciada de la Constitución Nacional, por cuanto la concesión de la apelación obsta a que sea efectivo el derecho de rango constitucional consistente en que toda persona tenga un acceso rápido a la justicia, derecho éste consagrado en el artículo 43 CN citado y también por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Este último artículo mencionado establece: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen ante actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

Lo expuesto fue recogido por la Cámara Nacional Civil Sala I - E.D. t.188 pág. 553, con comentario favorable de Néstor Sagües: “La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorio de un amparo (E.D. t 188 pág., 554); Rivas: “Pautas para el nuevo amparo constitucional” (E.D. t 163 pág. 702). La norma constitucional produjo la eliminación de todo recurso con efecto suspensivo en caso de accederse a la medida protectora.

Todo lo antedicho expone como notoria la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 16.896 por contradecir principios de rango constitucional como el Derecho a la Salud y la debida protección del mismo, como también pretender anular esta norma legal, el artículo 43 de nuestra carta magna sobre la implementación de una acción

expedita y rápida.

VII) Por todo lo expuesto, considero que debe S.S., hacer lugar a la medida cautelar requerida en el presente amparo, dado que se encuentra acreditado fehacientemente la verosimilitud del derecho, y en caso de no dictaminar favorablemente, su demora traería aparejado el consecuente peligro de la salud del menor; y eventual mente se tenga presente el pedido formulado en apartado **VI)**, de este libelo.

DEFENSORÍA PÚBLICA OFICIAL, Viedma, 16 de mayo de 2018.

MARCELO OSVALDO SÁNCHEZ (DEFENSOR)

“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 16005/2018 – JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA – 02/07/2018)

Viedma, 2 de julio de 2018.

VISTO: la pretensión cautelar precisada a fs. 76/89 de estos autos caratulados: “NAVARRO, Julia Macarena y Otro c. Estado Nacional s/Amparo ley 16986”, en trámite por expediente FGR N° 16005/2018 encaminada a obtener una decisión judicial que, en forma cautelar y hasta tanto el Estado Nacional provea el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBD y THC en cantidad suficiente para su rotación permanente, habilite el cultivo de cannabis en el domicilio particular para suministrarlo, con el único fin del consumo medicinal, al menor Joaquín Navarro quien padece el Síndrome de la Tourette o Trastorno por tics motores y vocales múltiples y combinados, quien en su condición de menor con discapacidad, recibe una doble tutela procesal diferenciada, según lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Nacional –art 75 inc. 22- que otorga jerarquía constitucional a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y;

CONSIDERANDO:

I) Que es preciso señalar que para así pretender en forma preventiva -y en el marco del amparo interpuesto por Julia Macarena Navarro y María Eugenia Sar, con patrocinio letrado, tanto por su propio derecho como en representación del menor Joaquín Navarro contra el Estado Nacional, a fin de obtener la autorización para cultivar las plantas de cannabis para suministrar el aceite derivado de ese vegetal con fines medicinales al menor afectado por el Síndrome de la Tourette-, se señaló que en mayo de 2016 se toma conocimiento que el menor con 5 años de edad en aquel tiempo, padecía de la nombrada enfermedad, para cuyo tratamiento el Dr. Juan D. Donari le prescribe el fármaco Risperidona, mientras que posteriormente, la Dra. María Beatriz Moyano, Directora del Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC y Trastornos Asociados (CITTTA), le indica Flunarizina-Sibelium. Luego de describir los síntomas de esa dolencia, señalan que los mismos fueron aumentando y complejizándose, interfiriendo en su vida cotidiana por cuanto ante ese cuadro, decidieron abandonar la

medicina tradicional y, fruto de la investigación particular de los efectos del consumo medicinal del cannabis y del contacto con otras familias con problemáticas similares, comenzaron con el tratamiento en noviembre del 2016, suministrándole gotas de aceite de la cepa Black Widow, obteniendo una notable mejoría dado que disminuyeron los tics vocales y físicos y cambiando por completo la vida de Joaquín y su familia, la que se fue acrecentando con la rotación de otras cepas como las denominadas Lemon Haze, White Domnina, Mendocino Purple Kush, Hawaiian Snow y CBD, así como algunas sin nombre con alto CBD, destacando por sus resultados, aquéllas con mayor contenido de THC – delta 9 tetrahidrocannabinol-. La mejoría descrita en la sintomatología de la enfermedad, fue certificada por la Dra. María Celeste Romero, especialista en psiquiatría, en su informe médico de fecha 25.04.2018, donde expresa que el resultado positivo de los informes escolares, así como que el uso de cannabis es bien tolerado por su organismo, dado que no ha presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC, regularizando su desequilibrio metabólico secundario al uso de psicofármacos con recuperación de su peso habitual. Se afirma que a partir del uso de extractos caseros de cannabis, Joaquín ha mejorado su calidad de vida, resultando un tratamiento eficaz, tanto por la ausencia de los efectos secundarios, como respecto del control de los síntomas de su enfermedad, destacándose que las mejores respuestas se presentan cuando se utiliza variedades de cannabis con concentraciones equivalentes de los cannabinoides THC y CBD (conocidas popularmente como variedades ratio 1:1), pero que para optimizar el control sintomático requiere rotar la variedad de cannabis que utiliza, ya que se observa que si los síntomas reaparecen, al modificar la variedad nuevamente evoluciona favorablemente. En otro orden señalan que las dificultades logísticas para conseguir las diferentes cepas del aceite de cannabis han impedido sostener la mejoría en el tiempo, a lo que le suman que si bien la ley 27350 representa un importante avance legislativo, no ha sido puesta en vigencia en forma completa, por lo que la ausencia de producción en las cepas cuya rotación necesita el menor para consolidar su mejoría, hace necesaria la habilitación para su cultivo en forma casera hasta que el Estado Nacional se encuentre en condiciones de hacerlo. Luego de argumentar normativamente, en capítulo separado sobre el derecho a la salud, consideran que existe una doble tutela procesal diferenciada por su condición de menor con discapacidad, en cuyo soporte individualizan los instrumentos normativos de orden internacional y convencional con operatividad y jerarquía constitucional por imperio del

art 75 inc. 22 de la CN. Referencian en apoyo a la decisión que solicitan, diversos antecedentes jurisprudenciales, en donde se autorizó el cultivo de cannabis y en lo que atañe específicamente a los presupuestos de orden cautelar; apuntan que el peligro en la demora se verifica en razón de los extensos trámites burocráticos que exige el Estado Nacional a sus entes para la importación y producción del aceite cannabico así como respecto de las personas que deseen incorporarse al Programa establecido por la ley 27350, lo que pondría en riesgo la integridad psicofísica de Joaquín. Aducen finalmente que el cultivo para uso medicinal encuadra en las previsiones del fallo “Arriola” de la CSJN en torno a las consideraciones allí vertidas a las que se remiten respecto de los art 14 y 5 inc. a) y e) de la ley 23737, debido a que la aplicación de los mismos se contraponen directamente con el ejercicio del derecho a la salud de un niño con discapacidad.

II) Que corrida esta presentación en vista al Ministerio Publico Fiscal a los fines de que se expidiera sobre la procedencia de la medida cautelar instada, a fs. 91/97 obra el dictamen pertinente, pronunciándose en el sentido de que la medida cautelar debe tener favorable acogida. Recuerda en primer lugar que con fecha 29.03.2017 fue sancionada la ley 27.350 de “Uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados” reglamentada por el decreto 738/2017, en donde se regula que la AMNAT permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías incluidas en el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la planta cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales” y cuenten con la indicación médica pertinente, así como la creación de un Registro Nacional Voluntario de pacientes y familiares que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados. También se habilita en ese marco legal el cultivo al CONICET y al INTA con fines de investigación y tratamiento, el fomento de su producción a través de los laboratorios públicos nucleados en ANLAP y que, hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional, la ANMAT permitirá la importación.

Concluye en torno al examen de la normativa aplicable que se encuentra habilitado a) el uso del cannabis o sus derivados con fines terapéuticos o paliativos para pacientes con patologías diversas (reglamentadas o prescriptas bajo ciertas condiciones); b) el cultivo por parte del Estado –CONICET o INTA– para la producción de

sustancias con fines de tratamiento; y c) la importación del aceite hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional a través de los laboratorios de la ANLAP.

En segundo lugar, señala que se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho pues ha sido probado que Joaquín Navarro padece un caso típico de Síndrome de Tourette; que los tratamientos farmacológicos prescritos por los médicos tratantes fueron ineficaces; y que el tratamiento con aceite de cannabis ha sido el que ha tenido mayor éxito en el tratamiento de la enfermedad. Seguidamente se expone en detalle el dictamen de la especialista en psiquiatría doctora María Dolores Romero de fs. 71/74 quien describió los síntomas de la enfermedad en Joaquín, corroborado por el informe del “Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC, TDAH y Trastornos asociados” de fs. 53/70, y la falta de efectividad de los tratamientos farmacológicos recibidos por ingesta de Risperidona y Flunarizina-Sibelium (fs. 53/56, 72 y 75), concluyendo que los informes médicos resultan de contundencia suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho invocada.

Respecto del peligro en la demora, resalta que también se encuentra probado, pues el Estado Nacional aún no ha podido garantizar a Joaquín la provisión gratuita e ininterrumpida del tratamiento con aceite de cannabis prescrito, dado que se encuentra en proceso de implementación el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales”. En esa línea trae a colación el debate parlamentario vinculado a la ley 27350 transcribiendo pasajes pertinentes de los despachos de mayoría y minoría, de los que asume le permiten extraer a modo de conclusión que los diputados reconocen como una práctica asentada la existencia del autocultivo con fines terapéuticos, la cual se busca reemplazar con un rol activo del Estado en la producción, a la par que se reconoce que hasta tanto el mismo pueda ocupar ese rol, deberá proceder a la importación, trámite temporal que como lo reconoce la miembro informante de la minoría, es burocrático y demanda tiempo, que no puede quedar sin cobertura ante un cuadro de salud como el descrito, abonado en consecuencia la autorización de manera temporal del cultivo de la materia prima necesaria para la elaboración del aceite medicinal, tanto para salvaguardar la salud del menor como para asegurar la indemnidad de su madre y abuela.

Considera, en concordancia con los antecedentes parlamentarios, que la presente solicitud se encuentra fundada también en el temor que les provoca a los familiares la

tipificación y penalidad dispuesta en los artículos 5 y 14 de la ley 23737. En ese orden recuerda que la petición de autocultivo de las plantas de cannabis encuadra dentro del “ámbito de privacidad y reserva” de las personas acorde al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en el reconocido fallo “Arriola” en donde se declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art 14 de la ley 23737, en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal fundado en la violación del señalado principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art 19 de la Constitución Nacional), señalando, además, como elemento de actualidad distinto de los motivos que llevaron al dictado del precedente antes citado, que hoy en día con la vigencia de la ley 27.350, el decreto reglamentario nro. 738/2017 y el Anexo I establecido en la Resolución nro. 1537-E/2017, se autoriza bajo determinadas condiciones el uso medicinal del cannabis.

Finalmente, y luego de recordar prescripciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporada al ordenamiento interno por el artículo 75, inciso 22, de la CN, reitera en forma sintética la concurrencia de los presupuestos para el acogimiento de la autorización de cultivo en la esfera privada de la familia de Joaquín, con el fin exclusivo de medicarlo en cumplimiento del objetivo tuitivo de la ley.

III) Que dada la intervención al Defensor Oficial que por ley le corresponde en resguardo de los derechos del menor, a fs. 99/100 ese Ministerio Pupilar se pronuncia en sentido favorable a que se haga lugar a la medida cautelar haciendo propios los argumentos traídos tanto por los amparistas como por el Ministerio Público Fiscal, considerando que el cultivo de cannabis con el único uso solicitado, debe realizarse en forma reservada dentro de un ámbito de intimidad y privacidad del domicilio de una de las representantes del menor, debiendo precisarse la cantidad total de plantas a producir según las indicaciones de los galenos tratantes, para que pueda obtenerse la cantidad suficiente de aceite. Asimismo, considera que se deberá poner en conocimiento de ello en forma inmediata, a las fuerzas de seguridad para que no realicen medidas en contra de ese domicilio fijado, por violación a la ley 23737, dejando planteado en acápite por separado y, luego de citar a un especialista en el uso del cannabis, la inconstitucionalidad del art 15 de la ley 16986.

IV) Que en camino de resolver, asumo que según doctrina y jurisprudencia ya consolidada, la admisión de una medida cautelar como la peticionada se encuentra supeditada, en términos generales y por imperativo legal, a la presencia de recaudos

básicos como son la “verosimilitud del derecho” invocado y un interés jurídico que lo justifique denominado “peligro en la demora”, requisitos éstos que no son autónomos o independientes uno del otro, sino que, y por el contrario, mantienen una relación de complementariedad que ante la mayor o menor certeza de derecho, determina el parámetro de la exigencia con que habrá de evaluarse o ponderarse la gravedad del daño (en tal sentido Cfed. Gral. Roca en “Hidroeléctrica El Chocón S. A. c/Estado Nacional (Ministerio de Economía) y otro s/Amparo” sent.int. 531/05; “Bejares, Francisco Antonio c/Universidad Nacional del Comahue, Servicio de Obra Social (Sosunc)” sent.int. 85/93, “Manuel Foglia Roberto Augusto c/Swis Medical S.A s/ley de discapacidad s/inc apelación” (Expte FGR 23589/2015/1 -entre otros-).

V) Que ingresando en la tarea de verificar la concurrencia de la verosimilitud del derecho en el caso concreto, recuerdo nuevamente que la pretensión cautelar se encamina a obtener una decisión judicial que – hasta tanto el Estado Nacional se encuentre en condiciones de suministrar aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBD Y THC, en cantidad de cepas suficiente para su rotación permanente- habilite tanto a María Eugenia Sar como a Julia Navarro, al cultivo de cannabis en su domicilio con el único fin de consumo medicinal para el menor Joaquín Navarro.

Puede verse a priori que la pretensión cautelar no está dirigida a exigir la imposición de una prestación concreta al Estado Nacional como demandado en estos actuados, sino que, como se ha señalado, procura obtener la protección legal a la que los amparistas esgrimen tener derecho para el cultivo en el ámbito privado y en forma temporal de la sustancia vegetal denominada “cannabis sativa”, en diferentes cepas con exclusivo fin medicinal, frente a la amenaza de verse sometidos a la persecución penal estructurada por los arts 14 y 5 inc.a) y e) en relación con el penúltimo párrafo de la ley 23.737, como instrumento para resguardar la salud del menor.

Dar respuesta a ese interrogante que yace en la petición provisional, impone recordar que el menor Joaquín Navarro padece de una enfermedad denominada Síndrome de la Tourette, diagnosticada en mayo de 2016 a los 5 años de edad, caracterizada por un trastorno por tics motores y vocales y asociado a otros trastornos como, hiperactividad, TDAH, ansiedad, fobia social, TOD, TOC, agresividad, otorgándose como consecuencia el certificado de discapacidad previsto en la ley 24091 (ver. fs. 51, 53/56, 57/62). Resulta relevante para describir la enfermedad portada y la respuesta a

los diversos tratamientos que le fueron aplicados, el informe presentado por la Dra. María Celeste Romero en fecha 25.04.2018, en donde allí se ilustra que al momento del diagnóstico Joaquín sufría parpadeos, muecas faciales, encogimiento de hombros, sacudidas de cabeza y hombros. Luego sus tics fueron complejizándose en el sentido explicado por la familia: primero sólo guiñaba un ojo, luego además torcía la boca, y movía un hombro. Agrega que los tics comenzaron a ser tan molestos que interferían en su vida cotidiana, tenía uno combinado que al estirar el brazo tiraba lo que estaba cerca, otro que cerraba el puño y no le permitía tomar el vaso con la mano. Además de los tics fónicos y motores típicos del síndrome, presentaba como síntomas comorbidos: hiperactividad, déficit de atención, ansiedad, fobia social, insomnio de conciliación, conductas agresivas y rituales del espectro obsesivo compulsivo. Continúa diciendo que se le indicó tratamiento con Risperidona (antipsicótico atípico considerado primera línea para el tratamiento según revisiones científicas). Refiere que luego, ante la interconsulta efectuada a la Dra. María Beatriz Moyano directora del Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC y Trastornos Asociados, se le indicó Flunarizina (bloqueante de los canales de calcio que está indicado en la prevención de la migraña y para aliviar los síntomas del vértigo vestibular según estudio que allí se detalla). En el informe que se viene desgranando se informa a su vez que, no obstante, la terapéutica farmacológica, la familia observaba que el niño presentaba crisis de enojo con agresividad, inhabilidad para el aprendizaje, conductas obsesivas, ansiedad, aumento de apetito con el consecuente aumento de peso (aumentó 7 kg en dos meses y medio desde el inicio de la terapia con risperidona) y conductas inapropiadas (tales como orinar en el comedor o en la vereda en lugar de usar el baño). Entre otras consecuencias negativas detectadas en el menor, se mencionaba la pérdida progresiva de sus habilidades sociales, como entablar un diálogo con otro niño, que condujo a la familia a suspender el tratamiento tradicional y explorar con el suministro artesanal de cannabis, a partir de una variedad de diversas cepas y en dosis que allí se describen con resultados que aminoraron los síntomas. Se menciona como positivo que los informes escolares relatan que el niño está más concentrado durante las clases y puede prestar más atención, lo que denota una mejoría en su rendimiento académico. Además, puede extraerse del informe, que el uso de cannabis es bien tolerado por su organismo, no ha presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC, regularizó su desequilibrio metabólico secundario al uso de psicofármacos recuperando su peso habitual, se encuentra de

ánimo estable y ha mejorado su conexión con el mundo y su vida en relación.

El examen de los antecedentes reseñados revela que la autorización para autocultivo de la sustancia vegetal en cuestión, si bien está sugerida en evitar que los responsables puedan verse perseguidos por una infracción de tipo penal, se asienta esencialmente en la mejora en la salud y calidad de vida del menor Joaquín afectado por una enfermedad incapacitante, la que según se viese en el informe médico referenciado en extenso, solo pudo ser alcanzada hasta el momento y ante la respuesta negativa a productos farmacológicos prescritos, con el suministro del aceite cannabico.

Desde esta perspectiva –la protección de la salud del menor- en coincidencia con lo dictaminado por el Ministerio Publico Fiscal y la Defensoría Oficial, asumo la verosimilitud del derecho proclamada bien surge acreditada con el resultado del informe de la Dra. Romero, dado que allí se vuelcan los efectos positivos del tratamiento con el aceite de cannabis que se pretende continuar bajo la modalidad de autocultivo, pues en el mismo se evalúa en concreto una minoración de los síntomas de la enfermedad, desaparición de los efectos secundarios de la medicación que se le venía suministrando y, primordialmente, el buen desempeño que con ese tratamiento paliativo ha experimentado Joaquín según los informes escolares reflejados, dando cuenta que se encuentra con un mejor rendimiento escolar y con recuperación de sus habilidades para socializar, aspectos de su desarrollo que aparecían relegados por las barreras que le impone el Síndrome de Tourette padecido en función de los indeseados tics motores y vocales y trastornos asociados en detrimento de las capacidades del niño –según da cuenta el certificado de fs.51 expedido en el marco de la ley 24091-, sin que a su vez haya presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC (ver nuevamente informe de fs. 71/75).

Puede verse de ese modo, y en este estado provisional del presente trámite, que el suministro del aceite de cannabis viene brindando una mejora en la salud de Joaquín y en su calidad de vida en general, lo que encuadra con el estándar de protección al que se aspira, siempre que la salud desde el punto de vista normativo, tiene una entidad y jerarquía que ha sido sentada por la CSJN en diversos fallos con particular consideración a lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), en donde se resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los

arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en particular del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PISDEC) que define a la salud como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Esta protección, y en atención a los valores aquí involucrados, se ve acentuada a la luz de las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, al cual se encuentra adherida nuestro país y forma parte de nuestro derecho interno por operatividad del aludido artículo 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

Esta faceta positiva en el rendimiento de la sustancia cannabica suministrada por exclusiva decisión y responsabilidad familiar respecto de la enfermedad padecida -dado que no ha existido una prescripción médica previa para el uso de ese derivado aunque luego sí ha sido respaldada clínicamente por la Dra. Romero ante las evidencias médicas que constatase en cuanto a que ha mejorado la calidad de vida del menor-, en contraste con la aplicación de las recetas farmacológicas prescritas, bien puede vincularse con la apertura que ha tenido nuestra legislación positiva a través de la ley 27350 y su decreto reglamentario nro. 738/2017 que establece un marco regulatorio para la investigación médica del uso medicinal terapéutico y/o paliativo del dolor, de la planta de cannabis y sus derivados (art 1) instaurando a ese fin un programa nacional con objetivos precisos (art 2). En especial se autoriza a la ANMAT la importación de aceite de cannabis, para ser destinada a pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa (art. 7) y la creación de un Registro Nacional Voluntario en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, para la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo (art 8).

Si bien la pretensión cautelar no se asienta en este marco normativo, sino que por el contrario, es la demora en su efectiva aplicación por el Estado Nacional la que da pábulo a la autorización temporal para el autocultivo, se observa en definitiva que según el citado dispositivo legal, el uso del cannabis se encuentra habilitado bajo ciertas condiciones para patologías reglamentadas o prescritas, como así también la importación del producto. En relación a esto último, bien podría alertarse sobre que la necesidad que sostiene la pretensión de autocultivo podría verse solventada con la importación del aceite de cannabis y sus derivados, sorteando con ello los eventuales

riesgos asociados al consumo de un producto elaborado de modo “casero” y que no tiene supervisión estatal -aunque si sujeto también a la exigencia de la incorporación al programa establecido por la ley (arts. 2 y 7 ley 27350 y su dcto. 738/2017)- y con ello a la perjudicial demora que se pretende conjurar.

Sin embargo, advierto también que en el escrito inicial se describe que el control de los síntomas propios de la enfermedad se debe a la combinación de una variedad de cepas (Black Widuw, White Domina, Mendocino Purple Kush, Hawaiian Snow y CBD) con concentraciones equivalentes de los cannabinoides THC y CBD (ver fs. 73 y 79-), lo que por su parte conecta con la circunstancia de que según se expone en el despacho de mayoría del debate parlamentario de la ley 27350, el aceite importado denominado Charlotte’s web solo sirve para algunas patologías (ver fs. 94 del dictamen fiscal), lo que a priori y acorde a este estado larval de proceso, no permite afirmar que la importación de la variedad que se vislumbra como única en el mercado internacional, tenga el resultado óptimo en este menor que recoge el citado informe de la Dra. Romero, ello para desechar la alternativa del cultivo casero.

Ahora bien, focalizando el examen en aspectos que pudieran resultar negativos para la salud del menor, teniendo en cuenta que se propone una modalidad terapéutica o paliativa de “producción artesanal”, entendí necesario a fs. 121 requerir a los interesados, como medida para mejor proveer, que brinden una detallada descripción o explicación del proceso de elaboración y transformación “casero” del vegetal cultivado para su provisión con fines terapéuticos a Joaquín, por parte de su madre y/o abuela, de modo de ilustrar a la suscripta y así poder descartar que no engendrarse un riesgo mayor para la salud del menor que el que se pretende conjurar.

En respuesta a ese requerimiento y luego de informar que el Dr. Gabriel Navarro – abuelo del menor- junto con la Dra. Romero supervisarían el suministro del producto, se presentó un nuevo informe de esta última profesional médica (ver fs. 155/156) en donde describe que existen dos componentes terapéuticos de la planta que se destacan: THC (9tetrahidrocannabinol) y CBD (cannabidiol). Señala que el mejor efecto terapéutico del aceite de cannabis sativa –en orden a su eficacia como en su tolerabilidad- tiene lugar en la interacción de estos principales componentes cannabinoides que se denomina “efecto séquito”, término acuñado por el descubridor de la molécula THC en el año 1964, aunque existen otros componentes químicos con potencialidad terapéutica denominados terpenoides. Entre los grandes grupos de

plantas de cannabis sativa según las concentraciones de THC y CBD denominados "quimiotipo I, II o III", precisa que Joaquín ha respondido favorablemente a preparados realizados con plantas que poseen concentraciones equivalentes de THC y CBD (quimiotipo II), aunque precisa que en la segunda mitad del día también han resultado eficaces los aceites con mayor contenido de CBD (quimiotipo III) y en momentos de sintomatología aguda resistente, los preparados con mayor contenido de THC (quimiotipo II). Reconoce que aunque la composición precisa del preparado del cannabis no sea conocida, pues en las descripciones que brindan las empresas que comercializan semillas en el mundo acerca de los componentes de la planta habitualmente se limitan a la mencionada relación entre cannabinoides THC y CBD, afirma que su perfil de seguridad es altamente elevado debido a la baja concentración de receptores de tipo cannabinoide en el tronco encefálico (responsable del control cardiorrespiratorio); esto último se le atribuye a la particularidad de que para que el cannabis resulte letal, su dosis debe ser extremadamente elevada, no registrándose casos de letalidad secundaria al uso de esta sustancia.

En cuanto al proceso de elaboración del aceite, la profesional médica precisa que consiste en la extracción de la resina de las flores de la planta que se realiza a través de la maceración de las mismas en alcohol tridestilados de cereal (apto para el consumo humano) seguido de un proceso de evaporación a baja temperatura del cual resulta el extracto que contiene los componentes de la planta y ello se diluye en un medio oleoso, habitualmente aceite de oliva o de coco. En el caso de Joaquín, señala que el preparado que ha mostrado mayor eficacia se compone de una (1) parte de extracto de cannabis en veinte (20) partes de aceite de oliva, del cual consume entre 10 a 15 gotas diarias que pueden oscilar según la evolución del cuadro.

En síntesis pueden extraerse del nuevo informe brindado por la Dra. Romero, aspectos importantes en este análisis preliminar, pues reafirman que la eficacia de su efecto terapéutico -que ya fuera examinado en el primer tramo de esta resolución-, se apoya en la sinergia de los componentes primordiales de THC y CBD obtenidos de la planta que se denominó "efecto séquito" y que, en razón de ello, se requiere una variedad de ese vegetal para lograr esa interacción, así como, en una combinación de esos componentes de acuerdo a lo explicado por la experta (quimiotipo I, II, III), la mayor eficacia según las necesidades de la sintomatología, a lo que se le adiciona la ausencia de todo efecto secundario riesgoso para la salud del menor por el consumo de

tales componentes, como de igual modo se descarta que en su proceso de elaboración del preparado, los componentes utilizados puedan arrojar un efecto nocivo dado que son aptos para el consumo humano.

El análisis del planteo hasta aquí efectuado me lleva a asumir no solo las bondades que traería aparejado para el menor el suministro del preparado del cannabis a partir del autocultivo de las plantas del vegetal, sino además que se encuentra exento de riesgos para el pequeño según la versión médica acompañada, lo que me permite seguidamente abordar el aspecto que motivara esta cautelar -según fuese adelantado- y que tiene que ver con la prohibición que la ley penal impone respecto de conductas cuya autorización se procura efectivizar cautelarmente, particularmente a partir de lo dispuesto en el art 5 de la Ley 23737 que castiga a quien siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes para consumo personal. Con este punto de partida, debe recordarse que la citada ley penal fue objeto de reproche constitucional en los precedentes de la CSJN “Bazterrica” y “Arriola” desde la perspectiva que su aplicación en determinados supuestos importaba una invasión a la autonomía personal y la privacidad con lesión al art 19 de la CN, cuando el uso personal de los estupefacientes se realice en las condiciones que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. En el último precedente citado, con basamento en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos incorporados con la reforma del año 1994 (art 75 inc. 22), el Alto Tribunal recordó el derecho a la privacidad y su vinculación con el principio de “autonomía personal” destacando que a nivel interamericano se ha señalado que el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Y en lo atinente a la preservación de la salud, los instrumentos internacionales han subrayado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas y, en el marco de la referencia a la adicción como un problema de salud, se señaló que el derecho a la salud no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para así contornear su genuino perfil, reconociendo que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta, ni puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud.

Ya adelantándose al precedente “Arriola” recuerdo que la Cámara Federal de

General Roca en autos “Azari Meza, Oscar Antonio y otros s/ley de estupefacientes” (Expte nº 112/05) cuando decidió la revocación el procesamiento dispuesto en el marco del art 14, parte segunda de la ley 23737, había señalado que la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal no vulnera in abstracto la garantía de intimidad o privacidad contenido en el artículo 19 de la CN y en los tratados internacionales allí individualizados; agregando que esa garantía de máximo rango normativo opera excluyendo la tipicidad material de la conducta, cuando esa tenencia se produce en un ámbito de intimidad o si, dada las circunstancias, puede descartarse verosímilmente -por ausencia de ostentación- el peligro de trascendencia a terceros indeterminados.

Más recientemente, la Sala II de la Cfederal en lo penal de La Plata en la causa N° 6602 del 21/11/2012, declaró la inconstitucionalidad del citado art 5 de la ley 23737 por cuanto examinó que la conducta estaba destinada al consumo personal de los imputados y no tenía otro destinatario más allá del autor de los efectos de esa conducta, por lo que se entendió que no es compatible con el art 19 de la CN sancionar tal conducta, cuando el objetivo en particular de ese artículo es una sociedad de personas que se autogobiernen, lo que requiere -según allí se desarrolló-, una correcta identificación de competencias, definir qué queda en el ámbito de la autonomía privada y que le queda a la esfera pública, reconociendo un ámbito de “autolegislación”, o sea cuando los destinatarios son a la vez autores de sus derechos acorde a esa capacidad de decisión de modo que la voluntad autónoma consiste en la posibilidad de cada individuo de elegir el bien y no como consecuencia de la imposición externa como la que se daría ante la amenaza de sanción estatal por la intromisión penal en el ámbito privada.

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

De este modo asumo que las particularidades del supuesto en análisis dan cuenta

de que la pretensión de autocultivo, basado en la falta de operatividad, de momento, en la ley 27.350 está fincada en un estricto uso medicinal, destino que impone poner en balance el derecho a la salud de un menor de edad portador de una enfermedad incapacitante y sujeto de una preferente tutela constitucional, en tanto que -como se viese- la Convención sobre Derechos del Niño ratificado por ley 23849 establece una pauta axiológica insoslayable como lo es la atención del interés superior del niño (art 3 CDN). Con ese objetivo, va de suyo que el contexto de consumo del producto del vegetal cannábico no puede ser otro que el de un ámbito privado y familiar, promovido por una decisión de igual tenor que marca una frontera exenta de toda injerencia estatal según la doctrina de orden constitucional del Máximo Tribunal de la Nación elaborada en torno al citado art 19 de la CN, a lo que se le adiciona que su cultivo y elaboración del preparado terapéutico, sin efectos nocivos a la salud según aseverara la Dra. Romero, tendrá también lugar en un estricto ámbito privado según se informara a fs. 157 vta., sin mengua del compromiso que expresamente se requiera como condición de ejecución de esta medida. Consecuentemente todo hasta aquí desarrollado conduce a considerar que se encuentra acreditada la apariencia del buen derecho que circunda la pretensión cautelar en análisis.

VI) Que respecto al peligro en la demora que lleva a petitionar este adelanto de la jurisdicción, también entiendo que se encuentra configurado siempre que, como en este caso, se demuestre comprometido el derecho a la salud, el que asumo solo puede resultar preservado para Joaquín con la provisión diaria del aceite cannábico cuyo efecto benéfico ha logrado proporcionar al menor una innegable mejoría frente al Síndrome de la Tourette padecido, según dan cuenta los informes médicos referenciados. En este sentido corresponde puntualizar que la ley 27350 y su dec. Reglamentario n° 738/2017 establece el ya referenciado marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del cannabis, para lo cual autoriza el cultivo de plantas del vegetal por parte del CONICET y el INTA, el cual no solo no se encontraría operativo según señalase el Ministerio Público Fiscal (fs. 93 vta. punto iii), sino que por propia definición legal su implementación llevará necesariamente un tiempo que resulta incompatible con la urgencia que la atención de la salud de Joaquín requiere, a la par que la importación del producto, tampoco garantiza -según se viese- las necesidades sobre la variedad de cepas de la planta que necesita, para suministrar una combinación de los principales componentes de THC y CBD. Ello da cuenta de la existencia en el caso

de este otro presupuesto cautelar, pues de lo contrario, de no procederse como se pide, se consolidaría un perjuicio de muy difícil reparación ulterior, en tanto las consecuencias nefastas de su afección para el niño se mantendrían amén de truncarse en ese trance, la esperanza de una madre para brindar a su hijo una mejor calidad de vida que requiere de soluciones rápidas y eficaces para preservar el derecho a la salud por la que debe velar.

De modo que el cuadro descrito permite afirmar que resulta imperativo salvaguardar sin demora la mejoría que ha experimentado Joaquín en su salud por el consumo del aceite cannábico y que redundará seguramente de manera favorable en otros espacios de su vida ya que logró una mejora en su ámbito escolar y en su socialización, sin trastornos de conducta que puedan entorpecerlo, garantizándose así en forma efectiva los derechos que lo asisten y que éstos no decaigan en meras proclamaciones de buena voluntad, en especial el consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada a nuestro derecho interno por el art. 75 inc. 22 de la CN., en tanto determina “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 mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

En definitiva, frente a esa pauta normativa, deviene inadmisibile cualquier retroceso ante estos notables avances en su calidad de vida y en el de su familia, que como se ha desarrollado permite asumir en este singular caso la urgente necesidad de anticipar favorablemente la protección del derecho a la protección de su salud que en grado verosímil se encuentra acreditado, lo que así decido acogiendo la medida cautelar solicitada.

VII) Que por último corresponde disponer que previo a todo, la Sra. Julia Macarena Navarro –madre de Joaquín- preste caución juratoria ante el Actuario en los términos de lo dispuesto en el art 198 del CPCyC, como así también igual exigencia se impone a la Sra. María Eugenia Sar y al Dr. Gabriel Andrés Navarro, quienes en su calidad de abuelos del menor asumieron la tarea y responsabilidad del cultivo de las plantas de cannabis necesaria, y la elaboración del preparado en los lugares y bajo las condiciones expresadas a fs. 157 para uso medicinal exclusivo de Joaquín. Cabe apuntar que tales condiciones deberán ser estrictamente respetadas de modo que ambas tareas –cultivo y elaboración del aceite cannábico- se realicen en todo momento en ese ámbito denunciado por los interesados y en condiciones de privacidad, que no trasciendan a

terceros, según delimitación impuesta por el art 19 de la CN, ello para guarnecerse de toda injerencia estatal, obviándose así la persecución penal por operatividad legal de los art 5 y 14 de la ley 23737, pues no debe olvidarse que la amenaza se encuentra latente de no seguirse tales reglas de conducta que también operan en este singular caso, como circunstancias de habilitación y subsistencia de la presente medida anticipada que aquí se concede, que tiene limitada su vigencia -en razón de su propia naturaleza esencialmente transitoria- hasta el momento en que se dicte sentencia definitiva en estos actuados.

VIII) Que finalmente, considero oportuno recordar que la presente acción de amparo está dirigida al Estado Nacional a fin de que proporcione el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBH y THC en cantidad de cepas suficientes para su rotación permanente. Y si bien la medida cautelar que se recepta solamente se asienta en una autorización para el cultivo y elaboración con fines de consumo medicinal en el ámbito familiar, entiendo pertinente su notificación al Estado Nacional en su calidad de autoridad de aplicación a través del Ministerio de Salud en el marco de la ley 27350 y sus normas reglamentarias, siempre que en definitiva todas las acciones que se le exigen en este proceso solo podrían resultar examinadas bajo ese régimen normativo. Asimismo, y en forma reservada, deberá comunicarse a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales (Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía Federal Argentina y Jefatura de la Policía de la Provincia de Río Negro) que eventualmente puedan tener, en razón de su competencia, intervención en la materia.

En conexión con lo desarrollado, entiendo también apropiado requerirles a los interesados que promuevan la inscripción en el Registro Nacional previsto en el art 8 de la ley 27350 -de encontrarse ello operativo- que funcionaría en el ámbito del Ministerio de Salud, según las alternativas prevista en su decreto reglamentario N° 738/2017 y el procedimiento determinado en la resolución 1537-E/2017 del citado Ministerio.

Por lo expuesto, de conformidad a las normas legales citadas y en el marco de los arts. 161, 198 y 232 del CPCyC,

RESUELVO:

I) Hacer lugar a la medida cautelar innovativa interpuesta por Julia Macarena Navarro en representación de su hijo menor Joaquín Navarro y autorizar a la nombrada, así como también a la Sra. María Eugenia Sar y al Dr. Gabriel Andrés Navarro -abuelos

del menor-, a cultivar plantas de cannabis en la cantidad necesaria con exclusivo destino medicinal para el menor, bajo estricta sujeción a los lugares y modalidades informada por los interesados a fs. 157, así como a las normas de conducta establecidas en la presente resolución, previa caución juratoria ante el Actuario, según lo dispuesto en el considerando VII).

II) Comuníquese lo aquí resuelto por oficio con copia de la presente al Estado Nacional a través del Ministerio de Salud de la Nación según lo dispuesto en el considerando VIII), como asimismo en forma reservada a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales (Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía Federal Argentina y Jefatura de la Policía de la Provincia de Río Negro) que eventualmente puedan tener, en razón de su competencia, intervención en la materia.

III) Disponer que la Sra. Julia Macarena Navarro en su carácter de madre del menor y representante legal del mismo, promueva la inscripción en el Registro Voluntario establecido en la Ley N° 27350 y sus normas reglamentarias a los efectos allí previstos.

Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula electrónica a la actora y al Ministerio Público Fiscal y Pupilar en su público despacho.

MIRTA SUSANA FILIPUZZI (JUEZA)

ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

"PAREDES JOSÉ RAMÓN Y RIVERO SILVIA BEATRIZ C/ OSECAC S/ AMPARO"

(Expediente N° °: X-4CI-17-AL2017 - JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, MINERÍA Y SUCESIONES N° 9 DE RÍO NEGRO - 12/06/2017)

Cipolletti, 12 de junio de 2017.

VISTOS:

Los presentes autos caratulados: "PAREDES JOSÉ RAMÓN Y RIVERO SILVIA BEATRIZ C/ OSECAC S/ AMPARO" Expte: X-4CI-17-AL2017.

RESULTA:

1. Que a fs. 32/43 se presentan los Sres. José Ramón Paredes con D.N.I. N° 14.657.105 y Silvia Beatriz Rivero con DNI N° 18.278.214, con patrocinio letrado y en representación de su hijo Gustavo David Paredes con D.N.I N° 36.563.008, y promueven formal acción de amparo contra la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (en adelante OSECAC). El objeto de la acción contiene las siguientes pretensiones: (i) Instrumentar en lo inmediato y por la vía correspondiente la cobertura del cien por ciento (100%) del gasto que insume el tratamiento terapéutico del joven Gustavo David Paredes, en su carácter de afiliado a la citada Obra Social; (ii) Arbitrar los medios necesarios para otorgarle la cobertura del fármaco "Aceite de Cannabinoides Hemp Extract MCT", el cual le ha sido recetado por su médico tratante.

Manifiestan que Gustavo padece de Síndrome de West y a causa de ello ha desarrollado autismo desde su niñez; Que por tales afecciones el joven es una persona con discapacidad, estado que surge de la copia del certificado de discapacidad N° ARG-02-00036563008-20141121-20221121-RIO-145, acompañada a fs. 23.

A fs. 5 se adjunta copia de Historia Clínica de fecha 04/12/2015, suscripta por una profesional Neuróloga Infantil, quien fuera su médica tratante con anterioridad: En ella se certifican las dolencias experimentadas, los diversos medicamentos antipsicóticos que fueron parte del tratamiento y resultaron inadecuados (Propericiacina, Meleril, Risperidona, Levomepromazina), y se informa que en tal oportunidad el paciente estaba siendo medicado con Clotiapina, Clozapina y Lorazepam, logrando con ello una mejor respuesta; Además el galeno refiere que "...a los 22 años de edad, Gustavo debuta con convulsiones tónica generalizadas, por lo que se le prescribe

oxcarbazepina 20mg/k/día, 8mil cada 12 horas”.

A fs. 6 se acompaña copia del informe médico actualizado con fecha 01/02/2017, por medio del cual se hace constar que a los 25 años de edad el paciente “... ha presentado una escasa y transitoria mejoría de su cuadro con todos los fármacos indicados anteriormente. Asimismo, se informa que Gustavo (...) actualmente presenta una crisis epiléptica a diario de tipo tónico, clónica generalizada y presenta conductas autolíticas, por lo que debe utilizar un casco para proteger su rostro y cabeza tanto de los golpes auto infligidos como los secundarios a caídas por las convulsiones (...)”.

En igual oportunidad el Dr. Pablo Constantini solicita autorización para procurarle al paciente aceite de cannabinoides, solicitud que fundamenta en la capacidad de este fármaco para mejorar las crisis comiciales del tipo de enfermedad que aquél padece. En apoyo a lo mencionado adjunta bibliografía consultada consistente en un informe que se titula "Cannabinoides para Epilepsia". (Cannabinoids for epilepsy, Review, por Gloss D, Vickrey B, publicado en The Cochrane Library 2014, Capítulo 3, <http://www.thecochranelibrary.com>).

Los amparistas estiman que por la patología reseñada su hijo sufre entre 100 y 200 convulsiones a diario, pero desafortunadamente solo les ha sido posible paliarlas parcialmente mediante los psicofármacos que le administran en la actualidad: Dan cuenta de haber utilizado muestras gratis del aceite de Cannabis Hemp Extract MCT, y con ello han observado mejoras notorias en la salud de Gustavo, habiendo cesado con las conductas heteroagresivas y también mejorado su integración en el núcleo familiar.

Luego acreditan, conforme la constancia de recepción de fecha 20/03/2017 obrante a fs. 20, haber solicitado el pedido de cobertura del fármaco indicado por el Dr. Constantini, por escrito ante la Subdelegación de OSECAC situada en la ciudad de Cipolletti, pedido que según afirman a la fecha de presentación de la acción no recibió respuesta alguna por parte de OSECAC.

Bajo el apartado "SOLICITA OPERATIVIDAD INMEDIATA DE LA LEY N° 27350", hace referencia a la reciente sanción de la Ley N° 27350 "Ley de Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados", promulgada por el Poder Ejecutivo de la Nación con fecha 19 de abril de 2017: Hace una transcripción del contenido de los artículos 1 y 7 de la citada ley, para luego requerir su inmediata operatividad en tanto autoriza el uso medicinal del aceite de cannabis, y de modo gratuito para aquellas personas que se propongan voluntariamente y sean incluidas en

dicho programa.

Exponen que OSECAC al no brindarle a su afiliado el tratamiento terapéutico prescripto por el médico de cabecera vulnera el derecho a la vida y a la salud, amparados por distintos tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, teniendo en cuenta además la especial tutela constitucional de los derechos de personas con discapacidad, que a Gustavo le conciernen.

Entiende que el suscripto resulta competente en virtud de lo establecido por el art. 43 de la Constitución Provincial, funda en derecho y cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Para finalizar solicita que se haga lugar a su petición y se ordene a OSECAC la provisión del "Aceite de Cannabinoides Hemp Extract MCT", así como todo otro medicamento y asistencia personal y/ o profesionales necesarios para el tratamiento de Gustavo David Paredes.

2. A fs. 44 se tienen por presentados a los Sres. José Ramón Paredes y a la Sra. Silvia Beatriz Rivero, en carácter de representantes legales de su hijo Gustavo David Paredes, por interpuesta la presente acción, y conforme lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Provincial se le requirió a OSECAC un informe pormenorizado de la situación y pretensiones exigidas y se ofició de igual modo al Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Río Negro, a fin de que el mismo se expida acerca de una serie de cuestiones vinculadas con la situación denunciada, el peligro en la demora de la misma, la utilización y efectos en la utilización de la sustancia requerida, etc.

3. A fs. 65/72 se presenta OSECAC por intermedio de su letrado apoderado: Deduce excepción de incompetencia y solicita se declare la nulidad de la notificación cursada, ello en razón de poseer la demandada domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, solicita la ampliación del plazo para contestar el traslado en los términos del art. 158 del CPCC, y en forma subsidiaria informa cuales son los recaudos a cumplir por el beneficiario de la Obra Social cuando requiera para sí una prestación del Régimen de Excepción a Medicamentos (RAEM - Disp. 10401/16), cuando ello sea prescripto por médico tratante, tal como acontece en el presente caso. Formula reserva del caso federal.

4. A fs.73/75, luce informe del Cuerpo Médico Forense de la IV Circunscripción Judicial por el cual se expide respecto de los dos Informes médicos elaborados por Neurólogos de la zona, y acerca de una serie de interrogantes formulados en la

oportunidad de requerir de su asesoramiento técnico: Los expertos que suscriben el mismo expresan que de las constancias obrantes en el expediente surge que: "... Gustavo Miranda ha sido adoptado por José Ramón Paredes y Silvia Beatriz Rivero adquiriendo el apellido Paredes...Que de acuerdo a los informes médicos neurológicos (Dra. Mozzi y Dr. Constantini) el paciente presenta Trastorno Generalizado del Desarrollo, Retraso Madurativo Severo, Epilepsia Refractaria, Convulsiones Tónico Clónicas Generalizadas, Patología del espectro Autista, Hipoplasia Cerebelosa, Síndrome de West ...Que el Dr. Constantini le indicó: Aceite de Cannabinoides HEMP EXTRACT MCT X 1 Frasco."

Luego con relación a la descripción del síndrome que padece el paciente, y el uso del medicamento requerido expresan que: "El Síndrome de West es una clase de epilepsia de comienzo en la primera infancia con particulares características clínicas neurológicas, psiquiátricas y electroencefalográficas. Su etiología reconoce causas de diferente naturaleza entre las que se cuentan encefalopatía hipóxico isquémica, anomalías cromosómicas, malformaciones, accidente cerebro vascular perinatal, complejo de esclerosis tuberosa, leucomalacia periventricular, displasia cortical, meningoencefalitis, trauma, trastornos neurocutáneos, infecciones congénitas, trastornos del metabolismo etc. etc. Su fisiopatología es aún desconocida, su tratamiento hasta el momento parece ser mayormente empírico y presenta resistencia a los fármacos antiepilépticos tradicionales. El pronóstico de la enfermedad es incierto, el 70 al 90% evolucionan con retraso mental y hasta el 50% desarrollan formas de epilepsia grave y refractaria."

Bajo el punto 6 de su informe se expiden acerca del uso de Cannabinoides en el Tratamiento de las Epilepsias: "Existen muchos estudios, la mayoría de baja calidad metodológica, con tiempo de estudio insuficiente y baja cantidad de casos. Por ello nos parece útil tomar como guía el informe publicado por la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, alimentos y Tecnología Médica) el 08/06/16. En el citado informe se evaluaron revisiones sistemáticas, metaanálisis y estudios observacionales a fin de obtener información acerca del uso de Cannabinoides en el tratamiento de: Dolor, Epilepsia, Epilepsia Refractaria, Espasticidad en la Esclerosis Múltiple, Náuseas y Vómitos, Apetito, Síndrome de Tourette y la aparición de efectos adversos. De las conclusiones del referido informe nos interesan las relacionadas con la utilización de Cannabinoides en el tratamiento de Epilepsia y particularmente en formas refractarias.

Bajo el punto 2 de las respuestas a los puntos de pericias formulados, expresan

que: “Indique si la medicación recetada por su médico tratante es la adecuada para su tratamiento: de acuerdo al último informe neurológico el paciente ha sido medicado con diferentes fármacos antiepilépticos y neurolépticos con resultados inciertos, y actualmente el Dr. Constantini propone el uso de Cannabinoides, dada la mala respuesta a los fármacos tradicionales. En razón de los resultados del estudio presentado por la ANMAT, parece una alternativa razonable en un paciente con un tipo de epilepsia refractaria que ha tenido una mala o incierta respuesta al tratamiento habitual.”.

5. A fs.76 se tiene a OSECAC por presentada y parte: Se dispone el diferimiento del tratamiento de cuestión de la competencia para la oportunidad de analizarse la cuestión definitiva; Respecto al planteo de nulidad de notificación opuesto por la Obra Social el mismo es rechazado, sin perjuicio de prorrogarse por cinco días el plazo conferido para la presentación del informe requerido, ello en atención a la importancia para la causa de contar con el informe que sobre la cuestión debatida pudiera adjuntar la Obra Social.

Asimismo, se le requirió a la amparista que adjunte en originales una serie de documentos faltantes, lo que fue completado a fs. 81 (acompaña una nueva prescripción médica de fecha 08/05/2017 y el resumen de historia clínica original).

6. A fojas 86 se da intervención a la Defensora de Menores e Incapaces en los términos del art. 103 del CCyC, que es evacuada con la presentación de fs. 87/88. En dicha presentación la titular de la Defensoría de Menores e Incapaces N° 2 manifiesta que no corresponde tomar intervención con respecto a Gustavo David Paredes, y que a los fines de garantizar su derecho de defensa “...se le debe hacer saber sobre el derecho y libertad de elegir un abogado de su confianza, informándole que en el caso de que no contara con los medios necesarios, podrá dirigirse al CADEP para solicitar un Defensor Oficial...”.

7. A fs. 89 pasan los autos para resolver; providencia que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO:

I. COMPETENCIA.

Que corresponde en primer término analizar la competencia del suscripto para entender en la presente causa, ello en virtud de la excepción de incompetencia planteada por OSECAC a fs. 65/72.

En prieta síntesis su postura es sustentada en base a lo dispuesto por el artículo

38 de la Ley N°23661, que somete las cuestiones litigiosas suscitadas contra un Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud exclusivamente a la jurisdicción federal, ello así en razón de la característica personal de la Obra Social.

No puedo soslayar que la cuestión atinente al tema de la competencia, en supuestos como el que se analiza, resulta un tema controvertido, que no ha tenido una postura unánime, tanto a nivel de doctrina como en la propia jurisprudencia dictada en la Provincia.

Sin embargo el tema parece haber quedado definido -al menos por el momento- por dos cuestiones que no pueden obviarse: (i) El dictado reciente del precedente: "MARIEZCURRENA", (STJRN Sentencia D. Nro. 172, Fecha 27/12/2016); (ii) La modificación del Reglamento de Justicia para el ámbito Provincial, mediante el cual se dispuso la aplicación de la jurisprudencia obligatoria para los Tribunales, Jueces y Juezas, de aquellos fallos emanados del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, que hasta entonces subsistiera como de "consideración obligatoria. (Ley Orgánica del Poder Judicial de Río Negro N° 5190, Art. 42 in fine).

Con relación al primer punto, esto es el citado precedente "MARIEZCURRENA", los magistrados con diversos argumentos se pronunciaron -por mayoría- a favor de mantener la competencia de la Justicia Provincial en los supuestos en los que es reclamada una Obra Social.

La mayoría compuesta por los doctores Adriana C. Zaratiegui, Liliana L. Piccinini y Enrique Mansilla sostuvo que: "...en el caso bajo examen nos encontramos frente una controversia ajena a la normativa federal que funda esa competencia excepcional por lo que corresponde sostener la competencia de la Justicia Provincial, máxime al constatarse que en la presente acción no existe afectación alguna de intereses federales por lo que resulta improcedente el fuero de excepción (cf. STJRNS4 Se. 56/11 "ARVIGO" y Se. 111/14 "FRESCO", entre otros). En efecto, el art. 38 de la ley 23.661 se refiere a los eventuales conflictos o situaciones dadas entre la ANSSAL (ente regulador) y los agentes del seguro (obras sociales), pero de modo alguno alude a las controversias que se susciten entre estas últimas y los particulares que resultan los beneficiarios (cf. STJRNS4 Se. 81/16 "PEREZ" y Se. 114/16 "VAZQUEZ", entre otros)". (Cf. MARIEZCURRENA, Viviana Vanesa C/ UNION PERSONAL S / AMPARO S/ APELACION (Originarias).

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO, en el punto atinente a la competencia,

emitió un voto por su fundamento al sostener que: “En cuanto a la declaración oficiosa de la competencia del Fuero Federal para el análisis y resolución del caso de autos que propugna el Dr. Ricardo A. Apcarián en su voto, he de discrepar, sosteniendo que es competente el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro para actuar en el expediente del rubro; ello, por cuanto considero que en el caso de autos es necesario disponer la inconstitucionalidad del Artículo 38 de la Ley No 23.661, por los motivos y circunstancias que explicitase extensamente en oportunidad de pronunciarme en autos \“Vázquez, Mónica E. y otro c. Unión Personal s. Incidente Artículo 250 s. Apelación\” (Expte. No 28717/16STJ) (Se. No 114 del 04.10.16), a los cuales me remito en mérito a la brevedad.”

Luego, el señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN, expreso en su voto, que quedara en disidencia, lo siguiente: “Ingresando al planteo de autos he de señalar que cuando se trata de una obra social la justicia provincial resulta incompetente para entender en las actuaciones cuando se reclama una cobertura médica asistencial (cf. STJRNS4 Se. 81/16 “PEREZ VALLET” y Se. 114/16 “VAZQUEZ”). En dichos precedentes advertí que en los términos previstos en la ley 23.661 el conocimiento de estas cuestiones resultan privativas de la justicia federal. Precisamente, el artículo 38 de la citada normativa prescribe “los agentes de seguro estarán sometidos exclusivamente a la justicia federal, pudiendo optar por la correspondiente a la justicia ordinaria cuando fueren actoras...”. Por ello al tratarse de una obra social y no de una empresa de medicina prepaga la competencia para entender en el caso corresponde de modo exclusivo al fuero federal.

El análisis se complementa con el tratamiento del segundo punto, esto es la aplicación de la jurisprudencia obligatoria para los Tribunales, Jueces y Juezas de aquellos fallos emanados del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley: Tal como surge del Art. 42 in fine de Ley Orgánica del Poder Judicial de Río Negro N° 5190, recientemente modificada y de plena aplicación al momento del dictado de la presente, entiendo que la suerte del planteo queda sellada.

Y si bien con ello el punto queda resuelto, no puedo dejar de expresar que, como regla, comparto el criterio sostenido por el Dr. Ricardo A. Apcarián en el precedente citado quien manteniendo con su voto -disidente- idéntica línea argumental a la que con anterioridad expuso en los casos “PEREZ VALLET” y “VAZQUEZ”, afirma que para el caso

en el que a una Obra Social le sea reclamada judicialmente una cobertura médica asistencial, la Justicia Provincial resulta incompetente para entender en las actuaciones.

A ello agrego que, puede suceder, que en algún supuesto en el que se encuentren presentes determinadas particularidades, y solo de modo excepcional, entendería prudente asumir la competencia para resolver sobre el caso puntual: Así el particular contexto reseñado por los amparistas, ante la existencia de una persona con la discapacidad, en las condiciones que los distintos certificados médicos describen, y donde el bien jurídico a tutelar por esta vía de amparo consiste en la protección del derecho integral a la salud que se encuentra vulnerado por las propias características del síndrome que aqueja al justiciable, derecho éste que se encuentra resguardado por una doble protección convencional y constitucional, observo que la cuestión que en el presente me ocupa, sin dudas ameritaría un tratamiento especial.

Ello además en consonancia con el imperativo que le impone a los magistrados considerar las especiales características fácticas y procesales al momento de pronunciarse (Cf. C.S.J.N. Fallos 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre otros).

Por todo ello, entiendo que la excepción de incompetencia articulada por OSECAC a fs. 65/72 no puede prosperar, debiendo declararme competente para el tratamiento de la acción interpuesta.

II. OBJETO DE LA ACCIÓN.

Superado el análisis de la competencia, cabe entonces analizar el objeto del presente proceso, esto es que se condene al OSECAC a las siguientes prestaciones: a) Instrumentar en lo inmediato y por la vía correspondiente la cobertura del cien por ciento (100%) del gasto que insume el tratamiento terapéutico del joven Gustavo David Paredes, en su carácter de afiliado a la citada Obra Social; b) Arbitrar los medios necesarios para otorgarle la cobertura y provisión del fármaco “Aceite de Cannabinoides Hemp Extract MCT”, el cual le ha sido recetado por su médico tratante.

Dada la forma en que han quedado trabadas las posiciones, máxime cuando la obra social requerida OSECAC no ha contestado el traslado del informe requerido, no media controversia en cuanto a los siguientes hechos: (i) Que Gustavo David Paredes (o Gustavo David Miranda), con DNI 36.563.008 es afiliado a OSECAC; (ii) Que padece Autismo en la niñez: conforme certificado médico actualizado posee retraso madurativo severo secundario a patología dentro del espectro autista, trastornos neuropsiquiátricos con conductas auto y heterolíticas y epilepsia refractaria. (Cf. Certificado del médico

especialista en Neurología a fs.6 y 80); (iii) Que cuenta con certificado de discapacidad vigente.

En consecuencia, el análisis en lo sucesivo se centrará en determinar si existe un daño grave e inminente en la salud del amparista que deba ser atendido a través de este particular proceso constitucional, y por parte OSECAC si existe una omisión arbitraria e ilegal en el otorgamiento de las prestaciones que solicita la amparista, o en su caso si existe una reticencia frente al pedido de cobertura que provoque, en este caso particular, un menoscabo en los derechos y garantías convencionales y constitucionales que posee Gustavo David Paredes.

III. LA ACCIÓN DE AMPARO.

En primer lugar, debe contextualizarse el proceso constitucional de amparo promovido con relación a la cuestión fáctica denunciada, o lo que es lo mismo, analizar si la vía excepcional promovida, resulta idónea con relación a las pretensiones esgrimidas, lo que se abordará bajo los lineamientos Convencionales y Constitucionales.

El proceso de amparo de la persona en la protección de sus derechos asegurados por la Constitución, los tratados internacionales protectores de derechos y por las leyes a través de un recurso rápido y eficaz, constituye un derecho exigible en virtud del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), respecto de los estados Parte de la misma Convención y del deber de respetarlos y promoverlos (Cf. Manili, Pablo -Director-, Tratado de derecho procesal constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 345).

La Corte Interamericana ha señalado que el Art. 25.1 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención y que se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. (Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrs. 101 Y 102. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 131.)

En igual orden de ideas, "el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, consagrado en el artículo 25 de la Convención, es una garantía judicial fundamental mucho más importante de lo que uno

pueda prima facie suponer, y que jamás puede ser minimizada. Constituye, en última instancia, uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de la justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito (Corte IDH, Caso Genie Lacayo, Sentencia del 13 de septiembre de 1997, párrs. 18/21, Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade).

La Corte Suprema ha dicho desde “Siri” hasta “Halabi” y lo sigue sosteniendo cada vez con mayor énfasis, que allí donde hay un derecho constitucional hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la constitución y con independencia de las leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden ser obstáculos para la vigencia efectiva de dichas garantías. Asimismo, entiendo que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objetivo una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. (CSJN, MASES DE DÍAZ COLODRERO, 08/07/97; Fallos: 320:1339).

III.1 Requisitos para su procedencia.

Ya en punto a la procedencia de la acción de amparo, sabido es que éste es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva (Cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, P.LL. 18-05-01, Nro. 102.015; STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, \“ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación\”, Expte. N° 16272/01-STJ-, LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS; STJRNCO.: Se. N° 151 del 04-12-01, “GARRIDO, Antonio s/ Mandamus”, Expte. N° 16204/01-STJ).

Tiene dicho nuestro Superior Tribunal de Justicia que la procedencia de la vía intentada -amparo- está reservada para situaciones delicadas y extremas, en las que por

carecer de otras vías idóneas o aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, motivo por el cual su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva (Cf. "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE María s/amparo s/apelación" - STJRN - Se. 150 del 28-11-01).

Y ello resulta así porque la excepcionalísima vía del amparo sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. Debe partirse de la base que la viabilidad de la vía excepcional del amparo requiere, entre otros requisitos, que el derecho esgrimido sea cierto y líquido, de forma tal que su determinación no exija una profunda investigación: Señala Rivas que: "La función del juez en el amparo es la de, simplemente, verificar conforme los elementos de juicio aportados, la existencia y titularidad del derecho, pero no la de darle certidumbre ni admitir al efecto debates y probanzas que transformen la finalidad de la vía intentada, ya que establecer la liquidez del derecho invocado no es objetivo sino presupuesto, en ese tipo de litigios" (Cf. Rivas, "El amparo", pág. 54).

En la misma línea, y al solo efecto de determinar de manera clara el campo sobre el cual este tipo de procesos tiene andamiaje, "...resulta fundamental discernir que el amparo se da para establecer la lesión o no del derecho o garantía de que se trate y no para discutir primero la conformación del derecho, y luego su eventual violación, dado que con ese criterio todo conflicto podría tramitar por esa vía. En otras palabras, esta particular acción procura dar protección expedita y rápida a los derechos fundamentales, pero no resulta idónea para delinear los contornos del derecho invocado, cuando éste aparece con ribetes dudosos o ambiguos" (Cf. TSJN, 24/11/03 voto del Dr. Massei in re: "Casas Julio César c/Consejo Provincial de Educación s/ Acción de Amparo", citado con voto rector de Marcelo López Mesa en autos "A.K.P. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT-DIRECCIÓN DE AERONÁUTICA PROVINCIAL s/Acción de Amparo", Expte. Nro. 107-año 2016 CAT).

IV. DOBLE ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN.

Del mismo modo que lo expusiera en otra controversia que me tocara resolver, no

puede soslayarse que el amparista goza de un doble estándar de protección: No sólo posee un derecho a la salud cuyo anclaje protectorio trascurre desde el nivel convencional hasta el infra constitucional, sino que además se encuentra amparado por el especial sistema de protección de todas las personas con discapacidad. Tutela del Derecho a la salud:

a) En materia de salud, tal el objeto del presente amparo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental” (Cf. Doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros).

b) El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1) arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1) del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Cf. Se. N° 41 4-5-2005, expte. N° 20088/05-STJ, entre otros).

c) La Constitución Provincial en su art. 59 califica a la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y ser asistidos en caso de enfermedad. A su vez, el Estado Provincial organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud asegurando el acceso, en todo el territorio Provincial al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica.

d) Al mismo tiempo corresponde señalar que las labores de las obras sociales en tanto tienden a preservar bienes jurídicos como la vida, la salud, la seguridad y la integridad de las personas, adquieren un compromiso social con sus afiliados (C.S.J.N. en Fallos 324:677, 330:3275).

Tutela de las personas con discapacidad:

a) La Ley 24.901 (B.O 5.12.1997), que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención "integral" a favor de las personas con discapacidad, y contempla

acciones de prevención, asistencia, promoción y protección con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, establece además -art. 1 Ley 23.660- que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura "total" de las prestaciones básicas en ella enunciadas, sea mediante servicios propios o contratados y que dicha cobertura integral en rehabilitación se deberá brindar con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuera menester, por el tiempo y las etapas que cada caso requiera, debiendo la amplitud de las prestaciones allí previstas, ajustarse a su finalidad, que no es otra que lograr la integración social de los discapacitados y su inserción en el sistema de prestaciones básicas utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. (Cf. arts. 1, 2, 6, 11, 12, 15).

b) Ley 27.044 “Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (CDPD): La CDPD y su protocolo facultativo fueron aprobados por la Organización de Naciones Unidas el 13-12-2006, y entraron en vigor el 3-5-2008. Nuestro país la aprobó mediante Ley 26.378, de fecha 21-05-2008. Luego, a través de la Ley 27.044, sancionada el 19-11-2014 y publicada el 22-12-2014, se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Si bien todos los tratados internacionales de derechos humanos se extienden a las personas con discapacidad, este colectivo de personas no sólo son sujetos de discriminación, sino que a menudo no se respetan sus derechos en condiciones de igualdad con los demás: Puntualmente la Convención tiene carácter amplio y obliga a los Estados partes a garantizar y promover la plena realización de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales de las personas con discapacidad, y reconoce circunstancias especialmente vulnerables de los niños y de las mujeres con discapacidad.

El artículo 25 “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. En particular, los Estados Partes: ...b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños

y las niñas y las personas mayores;...e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional (...).

Por su parte el artículo 26 regula la “Habilitación y rehabilitación”: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; 2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación (...).

c) Constitución de la Provincia de Río Negro: La misma adopta e impone en cabeza del Estado la protección integral de las personas con discapacidad, a través de su Artículo 36: El Estado protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias. Las construcciones públicas prevén el desplazamiento normal de los discapacitados. El Estado promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial.

d) Ley Nacional N. 27.350 (Uso medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados): Establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud (Art.1).

Del mismo modo crea un programa nacional para el estudio y la investigación de la planta del cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales (Art. 2), y entre sus objetivos está el de garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa (Art. 3 inc. 4.d.).

Bajo el Art. 7 se establece que la Administración Nacional de Medicamentos,

Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión se establece como gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa.

Como conclusión, de la normativa Convencional, Constitucional e infraconstitucional expuesta se puede afirmar que los derechos del amparista encuentran protección en un amplio marco de disposiciones de diferente corte, tornándose esencial buscar una solución coherente con el fin tuitivo del sistema protectorio referido, que no es otro que brindarle a la persona con alguna discapacidad una cobertura integral que se ajuste a sus necesidades y requerimientos.

V. APLICACIÓN AL CASO: IDONEIDAD DE LA VÍA.

La idoneidad de la vía planteada estará configurada por dos recaudos que deben estar presentes: (i) El derecho vulnerado o en peligro, que debe ser al decir de la doctrina, de aquellos cuyo inmediato restablecimiento evita daños irreversibles para la persona; (ii) La arbitrariedad o ilegalidad con carácter manifiesta, que no permite por tal que se requiera mayor debate y prueba, ya que de otra manera no sería posible compatibilizar el conocimiento, con el brevísimo trámite del amparo. Corresponde analizar si en el caso es posible verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia, y en su caso con que extensión.

a) Vulneración de derechos fundamentales irreparabilidad del daño.

Tal como se adelantara al inicio del análisis, no se encuentra controvertido que: Gustavo David Paredes padece de Síndrome de West y a causa de ello ha desarrollado autismo desde su niñez.

Que por tales afecciones el joven es una persona con discapacidad (Cf. surge de la copia del certificado de discapacidad N° ARG-02-00036563008-20141121-20221121-RIO-145, acompañada a fs. 23).

Que es afiliado a la OSECAC (Cf. constancia de fs. 24). Que frente a las dolencias que padece ha sido tratado con diversos medicamentos antipsicóticos que fueron parte del tratamiento y resultaron inadecuados (Propericiacina, Meleril, Risperidona, Levomepromazina), y que el paciente estaba siendo medicado con Clotiapina, Clozapina y Lorazepam.

Que conforme lo refieren los galenos que atendieron al amparista: "...a los 22

años de edad, Gustavo debuta con convulsiones tónica generalizadas, por lo que se le prescribe oxcarbazepina 20mg/k/día, 8mil cada 12 horas”. (Cf. fs. 5 copia de Historia Clínica de fecha 04/12/2015, suscripta por una profesional Neuróloga Infantil, quien fuera su médica tratante con anterioridad).

Que a los 25 años de edad el paciente: “... ha presentado una escasa y transitoria mejoría de su cuadro con todos los fármacos indicados anteriormente.

Que actualmente presenta una crisis epiléptica a diario de tipo tónico, clónica generalizada y “...presenta conductas autolíticas, por lo que debe utilizar un casco para proteger su rostro y cabeza tanto de los golpes auto infligidos como los secundarios a caídas por las convulsiones (...)” (Cf. copia del informe médico actualizado con fecha 01/02/2017, obrante a fs. 6).

Que existe un pedido expreso del profesional tratante, Dr. Pablo Constantini, quien solicita autorización para procurarle al paciente aceite de cannabinoides. (Cf. copia del informe médico actualizado con fecha 01/02/2017, obrante a fs. 6).

Que se reitera con fecha 23/02/2017 prescripción médica a nombre de Miranda Gustavo, obra social OSECAC, mediante la cual se prescribe “Aceite de Cannabinoides Hemp Extract MCT x 1 frasco. Dx: Síndrome de West”; Prescripción médica de fecha 08-05-2017 e informe médico de fecha 02-05-2017, todos suscriptos por el Dr. Pablo Constantini, especialista en Neurología.

Asimismo, que han realizado reclamo ante la Obra Social accionada mediante la nota fechada el día 08-03-2017, pero cuyo cargo de recepción da cuenta que ha sido presentada el día 20-03-2017 en la subdelegación OSECAC Cipolletti.

Que OSECAC no ha contestado el informe requerido a fs. 44, para el cual le fuera otorgado, además, un plazo de gracia conforme las constancias obrantes a fs. 76/77.

A lo expuesto agregó que, “... el síndrome de West, tal el que padece el amparista, se trata de una encefalopatía epiléptica, dependiente de la edad caracterizada por la tríada electroclínica de espasmos epilépticos, retardo del desarrollo psicomotor e hipsarritmia en el electroencefalograma...//...La fisiopatología del síndrome de West se desconoce. El pronóstico global del síndrome de West es grave. El retardo mental ocurre en el 90 % de los casos y con frecuencia se asocia con déficit motor, trastornos de conducta y rasgos autísticos. La mortalidad es del 5 %.51 De 55 a 60 % de los niños con síndrome de West desarrollan posteriormente otros tipos de epilepsia como el síndrome de Lennox-Gastaut y epilepsias con crisis parciales complejas”. (Cf. Lo

expuesto por Gustavo Breglia y Marcelo H. Uzal, como Médicos Forenses de la 4ta. Circunscripción Judicial en el cuerpo del dictamen emitido: SÍNDROME DE WEST: ETIOLOGÍA, FISIOPATOLOGÍA, ASPECTOS CLÍNICOS Y PRONÓSTICOS Hospital Pediátrico Universitario William Soler.

Así, siendo que el síndrome que padece Gustavo David se trata de una encefalopatía epiléptica refractaria, viene al caso describir el concepto de epilepsia refractaria; que es tal cuando las crisis epilépticas son tan frecuentes que limitan la habilidad del paciente para vivir plenamente acorde con sus deseos y su capacidad mental física o cuando el tratamiento anticonvulsivante no controla la crisis o sus efectos secundarios son limitantes para un desarrollo normal de la persona (Jaime Carrizosa Moog William Cornejo Ochoa. ¿Qué es la epilepsia refractaria? Iatreia, Vol. 16 nro. 2 Junio 2003.)

A modo de primera conclusión, frente al plano normativo que en lo atinente a su operatividad y exigibilidad será abordado en lo sucesivo-, encuentro el de las circunstancias fácticas que lo tornan operativo para el caso: (i) La existencia de una persona con discapacidad, afectado por el síndrome de West, para lo cual existe un tratamiento que es el que se le viene aplicando a través de la utilización de múltiples esquemas farmacológicos antiepilépticos que incluyen divalproato de magnesio, clobazam, levetiracetam, carbamazepina (todos ellos en dosis máximas) y múltiples medicamentos antipsicóticos, entre ellos clotiapina, risperidona y quetiapina, pero cuya efectividad ha sido escasa y transitoria, presentando en la actualidad más de una crisis epiléptica a diario de tipo tónico clónica generalizada, a lo que se suman las conductas autolíticas: (ii) Frente al plano fáctico relatado, el médico tratante solicitó y prescribió un tratamiento con aceite de cannabinoides dada la evidencia de dicho fármaco.

Lo expuesto me lleva a tener por satisfecho el requisito de admisibilidad y la existencia de un daño grave, en tanto se está ante un problema de salud actual que requiere conforme lo señalan de manera coincidente todos los informes- un tratamiento inmediato, distinto al aplicado hasta ahora, habiéndose efectuado el pertinente pedido a la Obra Social requerida y no existiendo una vía ordinaria adecuada que permita la urgente tutela que se requiere.

Para terminar, no puedo dejar de transcribir una descripción que puede sintetizar de manera clara el elemento que aquí he analizado: "...cada convulsión es un daño...". (Cf. "SIN DOLOR" Historias íntimas del cannabis medicinal. Marcelo Morante Mariela

Morante. Ed. Paidós).

b) Ilegalidad arbitrariedad manifiesta.

Analizar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en un tema de tanta sensibilidad como el que se aborda, pero además frente a la reciente sanción de un marco general de protección como el que otorga la Ley 27350, no resulta una tarea sencilla.

Así, el análisis requiere ser minucioso y cuidadoso a los fines de que el proceso no termine convirtiéndose en un juego de ficciones avaladas por suposiciones y conjeturas. (Cf. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, autos: “A. K. P. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT DIRECCIÓN DE AERONÁUTICA PROVINCIAL S/ acción de amparo” Expediente 107-año 2016 CAT, voto del Dr. Marcelo López Mesa).

En el caso, tengo presente que existen delicadas cuestiones técnicas involucradas sobre las cuales no puedo realizar un análisis de tales tecnicismos, a cuyo fin ha sido solicitado el dictamen del cuerpo médico forense, pero también advierto que lo que sí podré evaluar es sí frente al nuevo marco normativo, resulta legal y razonable la exigencia de la prestación que se pretende.

Para avanzar no puedo sino señalar que si bien hasta ahora -con la sanción de la Ley 27350-, el escenario ante un caso similar obligaba a una interpretación posible pero más ajustada de todo el contexto normativo aplicable (me refiero al doble estándar de protección convencional y constitucional), tal como se puede advertir en los no muchos precedentes jurisprudenciales emitidos sobre el tema, donde incluso en algunos supuestos la posición se direccionaba en orden a sostenerse que no podía obligarse a un médico o a una obra social “a cometer un delito”, en tanto la sustancia pretendida se encontraba prohibida, no puede obviarse que la sanción de la citada norma viene a proporcionar un escenario distinto y más favorable al momento del análisis y decisión. (Ver: Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N. 2, La Plata. Autos: “L.,S.L. c. Obra Social de Petroleros s/ amparo Ley 16.986. Cita Online Thomson Reuters: AR/JUR/70835/16; Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N 13 de la Ciudad de Buenos Aires.

Si bien la Ley sancionada dista mucho de contener un reconocimiento expreso de todos y cada uno de los usos y supuestos que ya la realidad demanda, que sin duda vendrán a través de su complementación y/o su reglamentación en la medida que no altere su sustancia, sí establece: (i) Un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis

y sus derivados, garantizando y promoviendo a través de su utilización el cuidado integral de la salud; (ii) Un programa nacional de estudio e investigación, cuyo acceso es garantizado de modo gratuito para toda persona que esté incorporada al programa; (iv) La habilitación para la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente, la que será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa (...).

Retomando, la obligación de OSECAC de atender al cuidado de la salud de Gustavo David surge precisamente de las leyes 24.901, 23.661, el amplio complejo de normas constitucionales de génesis internacional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 11 y 16; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; Convención de los Derechos del Niño, arts. 23/27, y fundamentalmente de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad L.27.044-), a lo que se agrega también -de especial consideración- la protección establecida en la Constitución Provincial a través del artículo 36 (“El Estado protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizándose su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social...”), del artículo 59, en cuanto atiende el derecho a la salud y la Ley N° 27350.

De modo tal que frente al interrogante que se formulara en el punto, la respuesta afirmativa se impone y OSECAC NO RESULTA AJENA al cumplimiento de toda la normativa que ha sido expuesta y analizada.

A mayor abundamiento, no puede dejar de señalarse que frente a una cuestión que no resulta de fácil resolución y determinación, y ante la cual los amparistas acercaron elementos a la Obra Social, conjuntamente con un emplazamiento a los fines abrir el debate y buscar la forma de darle una solución a la situación que padece Gustavo David, la Obra Social permaneció en silencio, obligando así al inicio de una vía jurisdiccional.

Adviértase que OSECAC no contestó el informe requerido, para el cual se le dio un plazo si se quiere de gracia de 5 días, lo que me lleva a pensar que la misma actitud que asumió frente al requerimiento escrito prestando por parte de los amparistas, es la que asume frente al requerimiento del informe por parte del juzgado, esto es la falta de respuesta, habiéndose limitado a plantear la incompetencia del juzgado, cuestión que ya

ha sido abordada, y de manera subsidiaria señalar una serie de cuestiones administrativas que se evaluarán conforme al resultado de la presente sentencia. En idéntica línea no encuentro en las actuaciones constancias, posturas ni elementos que logren desvirtuar lo hasta aquí expuesto, ello así en tanto la requerida limitó su participación al planteo de una excepción de incompetencia.

c) El uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados.

No se me escapa que el tratamiento que se pretende involucra la aplicación de una sustancia cuyo uso terapéutico ha sido regulado hace tan solo unos meses, de una forma genérica a través de la Ley Nacional 27350 (Fecha de publicación 19-04-2017).

Lo cierto e interesante es que frente a las patologías descriptas, la sanción de la Ley aun cuando esté pendiente de reglamentación- ha venido a otorgarle un marco claro de legalidad a su uso terapéutico, aunque parece haber quedado excluido de la regulación el autocultivo y/o cultivo de dicha planta con cualquier fin, que continúa siendo una práctica que cae fuera del marco de la norma.

También es cierto que la citada Ley no ha sido aún reglamentada: Sin embargo, frente a esto último se reitera lo expuesto con anterioridad acerca de la aplicación los postulados de la CSJN en el caso "Halabi", en cuanto sostuvo que allí donde hay un derecho constitucional hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la constitución y con independencia de las leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden ser obstáculos para la vigencia efectiva de dichas garantías...". (H. 270. XLII. Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986).

Pero, además, no puede aquí soslayarse el riesgo a la salud del amparista evaluado desde la perspectiva de una persona con discapacidad y la especial protección que tiene, como así también el riesgo en concreto que la espera de la implementación de la ley y/o la sanción de una ley provincial de adhesión podría conllevar.

En este contexto, no se me pasa por alto que los jueces carecemos de conocimientos técnicos sobre este especial material, por lo que no nos es dable extraer con seriedad presunciones al respecto, lo que motivó que necesariamente se requiriera el pertinente informe pericial médico, que en el caso fue emitido por el Cuerpo Médico Forense de la Cuarta Circunscripción Judicial. Por la claridad de su exposición me permitiré transcribir aquellos párrafos que resultan de fundamental consideración: "6.

Uso de Cannabinoides en el Tratamiento de las Epilepsias: Existen muchos estudios, la mayoría de baja calidad metodológica, con tiempo de estudio insuficiente y baja cantidad de casos. Por ello nos parece útil tomar como guía el informe publicado por la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, alimentos y Tecnología Médica) el 08/06/16. En el citado informe se evaluaron revisiones sistemáticas, metaanálisis y estudios observacionales a fin de obtener información acerca del uso de Cannabinoides en el tratamiento de: Dolor, Epilepsia, Epilepsia Refractaria, Espasticidad en la Esclerosis Múltiple, Náuseas y Vómitos, Apetito, Síndrome de Tourette y la aparición de efectos adversos. De las conclusiones del referido informe nos interesan las relacionadas con la utilización de Cannabinoides en el tratamiento de Epilepsia y particularmente en formas refractarias. En cuanto a Epilepsia en general, el informe consigna que “las dos revisiones sistemáticas que incluyeron pacientes con epilepsia no hallaron beneficios en la reducción de la frecuencia de las convulsiones durante el tratamiento con CBD”.

En relación a Epilepsia Resistente al Tratamiento, concluye que: “Se incluyeron dos estudios (Devinsky19, 2015 y Tzadok20, 2016), que incluyeron un total de 335 pacientes con ambas patologías, consideradas por su frecuencia como enfermedades raras (incidencia=1:2500). En ambos estudios se observó una reducción mayor o igual al 50% en la frecuencia de las convulsiones en el 47% de los pacientes tratados con CBD o su asociación con THC”. “RESPUESTA A PUNTOS PERICIALES.... Indique si la medicación recetada por su médico tratante es la adecuada para su tratamiento: de acuerdo al último informe neurológico el paciente ha sido medicado con diferentes fármacos antiepilépticos y neurolépticos con resultados inciertos, y actualmente el Dr. Constantini propone el uso de Cannabinoides, dada la mala respuesta a los fármacos tradicionales. En razón de los resultados del estudio presentado por la ANMAT, parece una alternativa razonable en un paciente con un tipo de epilepsia refractaria que ha tenido una mala o incierta respuesta al tratamiento habitual.”

VI. DECISIÓN.

Conforme lo expuesto, agrego y comparto algunas afirmaciones sostenidas por la jurisprudencia y la academia, entre las que se postula que si se parte de la base que el derecho es lógica y sentido común vestido de previsibilidad, cuando las soluciones jurídicas adoptadas aparecen como ilógicas o carentes de sentido común es, sencillamente, porque son incorrectas o el operador jurídico ha hecho una deficiente labor hermenéutica o de integración de textos. (Cf. Voto del Dr. Marcelo López Mesa, en

autos: “A. K. P. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT DIRECCIÓN DE AERONÁUTICA PROVINCIAL S/ acción de amparo” Expediente 107-año 2016 CAT, Cámara de Apelaciones de Trelew). El buen derecho es un producto artesanal que solo la intervención activa de un buen juez puede hacer realidad, pues él es decididamente contrario a aplicaciones mecánicas de cartabones teóricos o criterios excesivamente abstractos.

La ley es normalmente general e impersonal, por lo que el juez debe convertirla en su aplicación a cada caso en concreto y personal, so pena de tornarse ilegítima, pues a los justiciables no se los puede juzgar sobre la base de abstracciones inasibles.

La labor del juez al fallar consiste en devolverle a la ley todo el contenido casuístico y concreto que ha perdido al ser elevada a norma general por el legislador.

De modo tal que, en la interpretación de la ley, “...debe analizarse los resultados que el criterio sustentado por el intérprete provocan en el caso concreto. Los jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de su decisión”. (Holmes, Oliver Wendell, “The path of the law”, en “Harvard Law Review”, vol. 10, pp. 457 y ss; CSJN, “Saguir y Dib”, Fallos 302:1284, con cita de Fallos 234:482) y así, comparto que “Una de las pautas más sensatas para comprobar el acierto del criterio extraído de la norma es si el mismo conduce a una solución razonable en el caso, puesto que la aplicación de una norma nunca puede hacerse de un modo no razonable que conduzca a resultados injustos...” (Cf. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, autos: “A. K. P. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT DIRECCIÓN DE AERONÁUTICA PROVINCIAL S/ acción de amparo” Expediente 107-año 2016 CAT, voto del Dr. Marcelo López Mesa y CSJN Fallos 305:1254 citado en Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/05/2010, Expte. 149-Año 2010 CAT).

Por tanto, entiendo que deberá prevalecer el derecho del amparista a obtener el reconocimiento integral de la prestación que reclama a cargo de su obra social OSECAC, ello sin perjuicio del estricto cumplimiento de todos los trámites administrativos previos, tanto ante el ANMAT, a los fines de la eventual importación de la sustancia prescripta, como así también aquellos que la propia OSECAC señalara bajo el apartado 5 de su escueta intervención y que no hayan sido aún cumplimentados (Formulario de la ANMAT RES CUTAN 842/01 DISPOSICIÓN 10401/16, autorización para el despachante de aduanas, consentimiento informado, etc.).

En idéntica línea debo advertir, y dejar de tal modo a salvo, que no se está avalando la posibilidad de que cualquier afiliado pueda pretender la utilización del fármaco aquí requerido, sino que su viabilidad se encuentra otorgada por la particular

patología y situación por la que atraviesa Gustavo David Paredes, que en el caso en concreto, padece una de las patologías sobre la cual la efectividad del fármaco pretendido encuentra a la ciencia conteste acerca de su eficiencia y efectividad en el control y disminución de las convulsiones diarias, unido a la prescripción médica aportada y el dictamen médico emitido por el cuerpo forense que ya fuera analizado.

Ahora bien, a los fines de determinar de manera precisa cuáles serán las obligaciones a cargo de la obra social, cabe considerar no solo la pretensión contenida en la acción, sino también el marco regulatorio contenido en la Ley 27.350, que aun cuando no se encuentre reglamentada, y la Provincia de Río Negro no haya adherido y/o sancionado un sistema propio en la materia, resulta de aplicación.

En su consecuencia la obra social OSECAC deberá:

1. Arbitrar los medios necesarios para someter el caso del Señor Gustavo David Paredes (o Gustavo David Miranda), DNI 36.563.008, al Programa Nacional contenido en la Ley Nacional 27350 en las condiciones que se establezcan en la reglamentación, y del modo que se implemente en coordinación con los organismos públicos provinciales, cuestiones ellas ajenas a esta magistratura.

2. Hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento lo dispuesto en el punto precedente, la Obra Social OSECAC deberá arbitrar los medios necesarios para suministrarle con cobertura integral al 100% de su costo la provisión del medicamento “ACEITE DE CANNABINOIDES HEMP EXTRACT MCT”, en las dosis y condiciones previstas por el facultativo tratante, como así también la asistencia profesional necesaria para el tratamiento del paciente.

2.1 El cumplimiento deberá hacerse efectivo en forma periódica y de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento que sean indicadas por el profesional médico actuante y previo cumplimiento de los recaudos previstos por el ANMAT para la importación de este tipo de sustancias.

2.2 A los fines de viabilizar cuanto corresponda con relación a la suscripción de documentos, autorizaciones, declaraciones y cuanto se relacione con cuestiones administrativas internas de la Obra Social y/o de los organismos públicos involucrados, OSECAC deberá hacerle saber al amparista por medio fehaciente dicha situación, indicándole cual es la documentación que en su caso deberá suscribir a los fines que el mismo concurra a la sede, subsede o dependencia más cercana a su domicilio para efectivizar el correspondiente trámite.

2.3 La Obra Social OSECAC deberá informar a este Juzgado dentro del plazo de siete (7) días hábiles, cuales es el avance en el cumplimiento de las obligaciones aquí impuestas, como así también los plazos en los que el amparista contará con la provisión del medicamento que requiere y que ha sido condenada a proveer. Lo expuesto en los puntos precedentes lo es bajo aperebimiento de que la renuencia a cumplimentar los mismos por parte de la accionada dará lugar a las responsabilidades civiles y penales pertinentes como asimismo la imposición de las correspondientes sanciones conminatorias para el efectivo cumplimiento de la presente. (Cf. Art. 804 CCyC).

3. En cuanto a las costas, conforme el principio objetivo de la derrota contemplado en el art. 68 del CPCC, las mismas son impuestas a cargo de OSECAC. A tal fin se tiene en especial consideración que fue necesario poner en funcionamiento el mecanismo jurisdiccional para que la demandada cumpla con sus obligaciones legales, ante un cuadro de situación que no ameritaba demoras, resultando su conducta omisiva la que provocó la ocurrencia del amparista a los estrados judiciales, razón por la cual entiendo que resulta ajustado a derecho que sea su parte la que deba cargar con las costas del proceso. Por todo ello:

RESUELVO:

I. HACER LUGAR a la acción de amparo promovida y condenar a la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) al cumplimiento de lo dispuesto en el Considerando VI (puntos 1,2 y 3).

II. Imponer las costas del presente proceso a la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. Adrián Federico Ambroggio, en su calidad de patrocinante letrado en la suma de \$10.180, (Cf. art. 9 de la Ley 2212 -10 IUS monto mínimo para procesos de conocimiento-, y art. 68 del CPCC).

III. REGISTRAR, NOTIFICAR (Cf. Art. 43 CP) y **PROTOCOLIZAR** la presente.

FEDERICO EMILIANO CORSIGLIA (JUEZ)

“P. A. R. Y OTRO c/CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD”

(Expediente N° 27894/2016 – CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA – 26/07/2017)

Mar del Plata, 26 de julio de 2017.

VISTOS:

Estos autos caratulados: P. A. R. Y OTRO c/ CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD. Expediente FMP 27894/2016, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad.

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Ferro dijo:

Que llegan los presentes autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 80/83 y vta., por el Sr. Defensor Público Oficial Dr. Daniel Rubén Darío Vázquez, en nombre y representación de los amparistas, en contra del auto del 26 abril de 2017 en el cual el aquo rechaza la medida cautelar solicitada.

En la presentación de referencia se agravia de la denegatoria de la medida cautelar en razón de generarse un evidente daño a la salud, integridad física y calidad de vida de la persona amparada.

Manifiesta no coincidir con el rechazo de la medida, basado en el hecho de que aún no se ha creado el registro dispuesto por la ley 27.350 ni se ha reglamentado acerca de la autoridad de contralor.

Aclara entonces que mientras sus mandantes pudieron costear la compra del aceite de cannabis –nombre comercial Charlotte’s Web Premium- no tuvieron problema para obtenerlo legalmente en razón de haber realizado los trámites correspondientes para su importación por ante el ANMAT.

Alega que la tutela cautelar que requiriera deriva de principios supranacionales y constitucionales, tales como la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

Resalta que el peligro en la demora se evidencia con los demostrados perjuicios que le ocasiona al paciente no contar con el fármaco solicitado, atento padecer de epilepsia tipo no especificada y retraso mental leve.

Finalmente hace reserva del caso federal, solicitando se revoque la resolución recurrida, haciéndose lugar a la medida cautelar oportunamente solicitada.

Que habiendo analizado la cuestión que nos compele en esta instancia, soy de la

opinión que corresponde hacer lugar a lo solicitado cautelarmente por los amparistas en base a las consideraciones que seguidamente paso a exponer.

Respecto de la medida cautelar dentro de este proceso, corresponde recordar que en las palabras del maestro Carnelutti, cautelar se llama al proceso que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso (definitivo) (4); “tomar medidas” para reparar o solucionar una dificultad no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución.

En ese contexto, la finalidad de las medidas cautelares en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad que se dicte una sentencia favorable. A ese fin, es preciso indagar sobre el cumplimiento de la exigencia procesal atinente a los presupuestos que las medidas cautelares deben ostentar para pensar en su viabilidad; o sea, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela.

La Corte Suprema (5) ha sostenido que la pretensión que constituye el objeto cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, pues, el juicio de la verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad.

En este marco, el juez posee amplias facultades para proceder al análisis de los hechos, así como para valorar los intereses de las partes, no encontrándose vinculado por la petición que se le formule al respecto, quedando librado a su prudente arbitrio resolver lo que sea más razonable para satisfacer aquellos intereses y los más generales y preferentes del servicio de justicia.

Y a mi juicio, tales postulados procesales se encuentran debidamente acreditados para el dictado de la cautelar solicitada.

Primeramente, se impone valorar que en la presente causa se encuentran en juego los derechos de la persona, entre ellos el derecho a la vida y, en consecuencia, el derecho a la salud, reconocidos en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 incs 22 y 23 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I; XI; Declaración Universal de Derechos

⁴Carnelutti, Instituciones ,T. I. p.86, N°44.

⁵ CSJN, 24-7-91, “Estado Nacional c/Prov. de Río Negro s/ solicitud de medidas cautelares”; íd. 19-5-97, “Universidad Nac. de Mar del Plata c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y v. 22-12-92, “Iribarren c/Prov. de Santa Fe s/ acción declarativa”.

Humanos, arts. 3 y 25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5, 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 12.1 y 12.2 d; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 y Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11 e y f).

Tal como lo he sostenido en reiterados precedentes, el derecho a la inviolabilidad de la vida es de carácter absoluto, en el sentido que vale para todos los hombres, desde siempre y para siempre.

El derecho a la vida —no sólo a la vida misma sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica— asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, pues tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas. ⁽⁶⁾

En el caso de marras, he de ponderar la patología que aqueja al amparado, su condición de discapacitado y la prescripción efectuada por el médico tratante que desarrolla su actividad en una institución de reconocido prestigio e indudable jerarquía científica, como lo es la Fundación FLENI.

Señalo, asimismo que los accionantes en su escrito postulatorio manifestaron que, ante la prescripción médica, han realizado las gestiones pertinentes para la importación del CBD por ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología médica abonando la suma de U\$S 350.

Precisamente, es la propia Disposición ANMAT N° 10401 la que considera “Que el acceso excepcional de medicamentos es aquel que involucra una especialidad medicinal no registrada o no disponible en el país, ya sea por no estar comercializada o por ser un fármaco que aún en etapa de investigación clínica debidamente autorizada por la agencia regulatoria de medicamentos del país donde ésta se lleva a cabo.”

He de enfatizar, además que en reiteradas oportunidades el Máximo Tribunal afirmó que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal que los pacientes tienen, a elegir según sus propios valores y

⁶ CFAMDP, “López Andrea I. c/ Osecac s/ amparo”, de fecha 14/7/2000, reg. 5646 de la Secretaría Civil de este Tribunal.

puntos de vista, incluso aunque parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada (Art. 19 Constitución Nacional).

Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente la posibilidad de aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos, con o sin expresión de causa (véase art. 2º inc. e).⁽⁷⁾

En el caso particular de autos, entiendo que frente a una acreditada, cierta y grave afectación de derechos individuales corresponde privilegiar la efectiva vigencia de estos frente a la generalidad de otros bienes jurídicos tutelados en la legislación infraconstitucional, generalmente de carácter penal.

La provisoriedad de una medida cautelar favorable en principio al uso medicinal del cannabis como alternativa terapéutica, impone separar las consecuencias de su consumo lúdico ya que el uso de los cannabionoides depende estrictamente del criterio del médico tratante, materia específica sobre la cual el aquo no cuenta con especialidad para contrariarlo sino sólo sobre la base de eufemismos y/o tecnicismos jurídicos que ponen en peligro la salud y la vida de la persona cuyo amparo se requiere judicialmente.

Teniendo en cuenta pues las dolencias que padece el tutelado, es indudable que requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales “de una acción positiva” que le asegure la vigencia del derecho a la salud, dentro de la garantía constitucional a una “tutela judicial continua y efectiva”.

El certificado de discapacidad agregado en estas actuaciones y la evidente urgencia que demanda la necesidad para el paciente de disponer de un tratamiento adyuvante paliativo (aceite de cannabis) nombre comercial CHARLOTTE'S WEB PREMIUM (ver certificado médico) indicado por el profesional médico tratante constituye suficiente fundamento para tener por acreditado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho que impone el dictado de una medida cautelar.⁽⁸⁾

Cuadra añadir que toda decisión judicial debe fundarse en la ley, y en ese

⁷ Cfr. “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias, 1 de junio de 2012. Fallos: 335:799.

⁸ Cfr. Congressional Research Service. Informing the Legislative Debat since 1914. National Academies Evaluation. The National Academies evaluated cannabis, its constituents, and drugs containing synthetic THC. For each of 11 health topics, the report assessed “fair-and good-quality” research, relying on systematic reviews published since 2011 (where available) and primary research published after the systematic review (or since 1999, if no systematic review exists). The 11 health topics are (1) therapeutic effects; (2) cancer; (3) cardiometabolic risk; (4) respiratory disease; (5) immunity; (6) injury and death; (7) prenatal, perinatal, and postnatal exposure to cannabis; (8) psychosocial effects; (9) mental health; (10) problem cannabis use; and (11) cannabis use and abuse of other substances. The report presents nearly 100 conclusions, including some related to the challenges in conducting research with cannabis and cannabinoids.

contexto no debo prescindir de la ley 25.404 que establece medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia y que impone que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna; que las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes N° 22.431 y N° 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias, como asimismo que en toda controversia judicial o extrajudicial en la cual el carácter de epiléptico fuere invocado para negar, modificar y extinguir derechos subjetivos de cualquier naturaleza, será imprescindible el dictamen de los profesionales afectados al programa, el que no podrá ser suplido por otras medidas probatorias y debe remarcarse que los gastos que demande la presente se tomarán de los créditos que correspondan a la partida presupuestaria del Ministerio de Salud, conforme las previsiones de los arts. 4, 6, 8 y 11 de dicha norma.

Todo ello, sin dejar de advertir el largo tiempo que ha transcurrido desde el inicio de la presente acción y el momento en que el tema referente al rechazo de la media cautelar es revisada por esta Alzada.

Considero entonces que, teniendo en cuenta que la interpretación constitucional constituye un operativo jurídico, no resulta plausible que ante la falta reglamentación de una ley para determinado caso concreto, impida buscar la real interpretación acorde a la Constitución Nacional mediante una adecuada integración para evitar el vacío normativo. Esto por cuanto "...se ha de interpretar que las normas de la constitución que declaran derechos fundamentales, son operativas, y deben ser aplicadas aunque carezcan de reglamentación."⁽⁹⁾

Sostengo ello pues determinada la necesidad práctica de la existencia de una urgencia para salvaguardar los derechos humanos debo remitirme a una de las dos grandes clases de disposiciones, unas que resultan inmediatamente aplicables, operativas (self-executing en el derecho americano) que pueden hacerse valer ante un tribunal sin otro aditamento o norma que precise su contenido o alcance. Estas, son llamadas operativas y comprenden a la mayoría de los derechos descriptos en las declaraciones que forman parte del orden jurídico argentino. Así, no resulta necesaria la sanción de ninguna ley para efectivizar el derecho de los habitantes a la salud, su calidad

⁹ Cfr. Germán J. Bidart Campos en Manual de la Constitución Reformada, T I págs. 298 y sstes.

de vida y a una adecuada atención médica.

Pero más aún, si no se compartiera tal opinión se debería valorar -al tiempo de analizar si una norma es operativa o programática- la presunción que en materia de derechos humanos las normas son operativas. Esto fue admitido desde antaño por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso Siri, en cuanto sostuvo que “las garantías individuales (léase en lenguaje actual derechos humanos) existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas”, para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González que “No son, como puede creerse...simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, su derecho a una buena calidad de vida con todos sus aditamentos.

Actualmente, en apoyo de ello, se ha señalado que “es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado idéntico principio, al decir que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. Sin embargo, la circunstancia de hallarnos frente a una norma programática no implica que carezca de cualquier efecto, sino que, por el contrario, pueden extraerse varias consecuencias. La primera de ellas es que la disposición impide la adopción, por el estado, de normas que se opongan al mandato o plan contenido en aquella, puesto que de lo contrario se estaría desconociendo el programa. En segundo término, si el

mandato normativo aparece claro, el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñar el sentido de otras normas.

Caso contrario podría darse el caso de la violación de un tratado internacional, por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento, lo que resulta un despropósito legislativo y una violación al principio de la jerarquía de las normas.

Es que como nos enseña con meridiana claridad Daniel Herrendorf, “Divulgar los beneficios de la libertad entre personas que no pueden gozarlos se parece menos a una conquista que a un escarnio.” “Los Estados están comprometidos a allanar todos los obstáculos para que los derechos ratificados estén al alcance de todos. No tiene sentido –más que el de obtener un bonito ropaje internacional- consagrar derechos imposibles de los que nadie gozará, porque los jueces hacen caso omiso del derecho de los tratados en sus sentencias, y los gobiernos no respetan las cláusulas ratificadas.”⁽¹⁰⁾

Por todo lo expuesto es que propongo al Acuerdo hacer lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, disponer que la accionada proceda -en forma inmediata- a arbitrar los medios necesarios para que los amparistas tengan acceso al fármaco solicitado según la prescripción médica obrante en autos, bajo caución juratoria; sin costas atento la inexistencia de contraparte (art. 68 2da. parte del CPCCN; arg. art. 22 inc. d) Ley 27.149). Tal es mi voto.

El Dr. Tazza dijo:

Que por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por todo lo expuesto, este Tribunal;

RESUELVE:

Hacer lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, disponer que la accionada proceda -en forma inmediata- a arbitrar los medios necesarios para que los amparistas tengan acceso al fármaco solicitado según la prescripción médica obrante en autos, bajo caución juratoria; sin costas atento la inexistencia de contraparte (art. 68 2da. parte del CPCCN; arg. art. 22 inc. d) Ley 27.149).

JORGE FERRO (JUEZ)

ALEJANDRO OSVALDO TAZZA (JUEZ)

¹⁰ Cfr. Daniel Herrendorf en El Derecho a Tener Derechos. Págs. 64/5.

“Incidente Nº 2 – ACTOR: F, A, I DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”

(Expediente Nº 002708/2017/2 – CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA – 28/08/2017)

Bahía Blanca, 28 de agosto de 2017.

VISTO:

Este expediente nro. CCF 2708/2017/2/CA1, caratulado “Inc. de Apelación... en autos: ‘F, A, I c/ OSDE s/ Amparo de Salud”, venido del Juzgado Federal nro. 1 de la sede, para resolver la apelación de fs. sub 83/90, contra la resolución de fs. sub 68/70 vta.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1ro.) El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenó a OSDE la inmediata provisión del aceite de cannabis (nombre específico: Charlotte Every Day Advanced Hemp Oil) conforme lo prescripto por el médico tratante (4 ml diarios).

2do.) Contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación OSDE, quien centró sus agravios en los siguientes motivos: 1) la pretensión sustancial coincide plenamente con la medida cautelar dispuesta; 2) la provisión de aceite de cannabis resulta una medida de imposible cumplimiento pues “la sustancia no se encuentra aprobada en este país, siendo importado, únicamente mediante la ANMAT para casos excepcionales y a instancias del paciente”; 3) no se acredita la verosimilitud en el derecho, pues la medicación requerida no se encuentra incluida en el P.M.O.; 4) no se acreditada el peligro en la demora, pues de los certificados médicos glosados a la causa no surge que, de no procederse inmediatamente, pudiera cambiar la situación de hecho; 5) no se acredita el periculum in damni; 6) se fijó como contracautela una “simple caución juratoria del actor”, apartándose de las pautas previstas en el art. 199 CPCCN.

3ro.) Conferida la intervención correspondiente al Ministerio Público Fiscal, éste dictaminó en favor de la confirmación de la medida cautelar.

4to.) La presente incidencia refiere a un joven de 20 años, discapacitado, quien padece parálisis cerebral, retardo en el desarrollo y epilepsia encefalopática –refractaria al tratamiento habitual, pero respondiendo al aceite de cannabis– (cfr. f. sub 25, 27 y 28).

El médico tratante, Dr. Luis Gómez, describió que padece “parálisis cerebral,

convulsiones refractarias. ITU [infección de tracto urinario] a repetición, con TTO [tratamiento] con jarabe de cannabis, anti convulsionante. Actualmente sin sonda vesical, se retiró hace seis meses atrás. Presenta menor número de convulsiones según refiere la madre. Se encuentra más sociable sin agresión. Presenta mejor calidad de vida para Agustín y la madre y fliars. directos. (sic)”; (cfr. f. sub 27).

Con mayor detalle de su cuadro general, el neurólogo tratante, Dr. Eduardo Sage, informó que el amparista es “paciente con distocia del parto (hemorragia cerebral, hipoxia, cataratas bilaterales).

Retardo psicomotor: caminó a los 4 años, sin desarrollo del lenguaje, operado en 3 oportunidades para reemplazo de cristalinos.

Se desarrolló siempre con epilepsia: se inició con Síndrome de West; continuó con crisis focales y generalizas T-C [tónico - clónico], quedando con epilepsia refractaria. Ningún tratamiento resultó efectivo para paliar la frecuencia de las crisis; a pesar que se recurrió a una serie amplia de fármacos anti comiciales (ferrobarbital, fenitoina, carbamazepina, ácido valproico, lacosamida, lorazepan, clonazepan y otros) la frecuencia de las crisis continuaba de 15- 20 diarias.

Desde junio 2016 indicamos cannabis en el esquema terapéutico; iniciamos dosis muy baja para relación con su peso (86 kg.) Elevamos la dosis progresivamente sin provocar fenómenos tóxicos (actualmente 2 ml c/12 hs).

En la actualidad las crisis han disminuido en su frecuencia (1 cada 20 días aproximadamente) y se ha logrado una notable resocialización de pte. (incluido mejoramiento en su estado de alerta – atención y sin trastornos de conducta).

Actual esquema terapéutico:

- ácido valproico 2-1,
- lacosamida1-1,
- cannabis 2ml c/12hs.

Por los resultados obtenidos se requiere que este esquema se pueda mantener con la cobertura correspondiente de la O.S. (OSDE)”; (cfr. f. sub 28/vta.).

5to.) En primer lugar cabe señalar que no se encuentra discutida en el caso la condición de afiliado a OSDE del amparista (f. sub 30), como así tampoco la enfermedad que padece, su consecuente discapacidad, el sufrimiento que aquélla le provoca, ni los beneficios que el tratamiento le ha proporcionado.

Lo que está en debate, en cambio, es la obligación de la accionada de otorgar

cautelarmente la cobertura integral de la medicación prescrita por los profesionales tratantes (aceite de cannabis, 4 ml. diarios; fs. sub 27 y 28).

Ahora bien, previo a analizar si en la especie se configuran los requisitos de procedencia de la cautelar, cabe señalar que la coincidencia que se invoca, entre el objeto de la cautelar y la pretensión de fondo reclamada, no resulta tal. Ello así, pues la medida cautelar innovativa en virtud de sus efectos continuos, no se agota en un único cumplimiento, sino que requiere una renovación periódica, que deberá hacerse efectiva durante un tiempo prolongado.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (énfasis añadido, Fallos: 320:1633, in re “Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafo Graf S.R.L y otros”).

Así, se ha dejado sentado que no es posible descartar el acogimiento de una medida cautelar bajo riesgo de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen resolver provisionalmente sobre la índole de la petición formulada.

Desde esta perspectiva, la identidad total o parcial entre el objeto de la medida precautoria y el de la acción no es, en sí misma, un obstáculo para su procedencia en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad, máxime frente a la naturaleza de los derechos aquí involucrados.

Además, tampoco puede obviarse que la cobertura concedida a título cautelar tiene carácter provisional, es modificable si cambian las circunstancias que le dieron lugar, y queda supeditada a lo que se resuelva en definitiva.

6to.) En cuanto a la verosimilitud del derecho, el sub examine involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, que constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico ha dotado de la máxima protección normativa: arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, el amparista goza de un régimen especialmente tuitivo por su condición de discapacitado. Así, nuestro país ha ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En sus cláusulas se prescribió que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias y el derecho a una mejora continua de sus condiciones de vida (énfasis añadido, artículo 28 CDPD).

A nivel interno, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

Por otro lado, la ley 25.404 establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4).

Recientemente, el órgano legisferante nacional sancionó la ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, con el propósito de establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor (art. 1). A su vez, dispuso que “la ANMAT [Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica] permitirá la importación del aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente”; y que “la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa [Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicina de la Planta de Cannabis]” (art. 7).

Por último, la demandada –invocando la falta de verosimilitud en el derecho– sostuvo que la medicación requerida no se encuentra incluida en el PMO. Al respecto, esta Cámara tiene dicho que: “Pese a la especificidad del sistema normativo que regula las prestaciones a favor de las personas con discapacidad, dada la infinidad de variables que pueden tener lugar en el universo de beneficiarios, siempre cabe la posibilidad de un caso concreto que no encuentre un encuadre perfecto dentro de sus previsiones. En tales casos, debe atenderse a los principios generales que surgen de la ley 24.901, como el de la integralidad de la cobertura (art. 1) y el que propicia la necesidad de atender a las características de la patología del beneficiario, su edad y situación socio familiar (art. 19). También debe atenderse a la concreta necesidad del beneficiario para cuya

determinación –conforme ha dicho este tribunal inveteradamente- debe darse prioridad al criterio del médico tratante, que tuvo contacto directo con su paciente y elaboró un diagnóstico científico, frente a la opinión estandarizada de la prestadora” (cfr. CFABB, expte. nro. FBB 4417/2016/CA2, caratulado: “A.J.D. c/ OSDE y otro s/ Amparo ley 16.986”, del 6/4/17).

En virtud de la normativa mencionada, hallándose comprometido en el caso el derecho a la salud –que se encuentra ligado a la dignidad e integridad de la persona– considero acreditado, prima facie, la verosimilitud en el derecho invocado.

7mo.) Respecto al peligro en la demora, la jurisprudencia ha sostenido que en materia de salud “resulta suficientemente acreditado con la incertidumbre y preocupación que tales situaciones generan probando sólo que la medida es necesaria para disipar el temor de daño inminente” (“Czumardewski, Lucas c/ Obra Social Unión Personal Civil de la Nación” CNFed. Civ. y Com. Sala I, 07/02/00, LL On Line, AR/JUR/296/2000. En igual sentido “Soto, Ricardo Oscar c/ Obra Social Unión Personal Civil de la Nación y otros. Incidente de Apelación, CNFed Civ y Com. Sala I, 19/06/2007, Rubinzal Online, RC J 1103/08).

Empero, cabe destacar que cuando se trata de medidas innovativas con sustancia de tutela anticipada, se exige a su vez la concurrencia de un plus, esto es, el perjuicio irreparable, grave o de muy difícil reparación que sufrirá el solicitante si no se la otorga. Sobre tales premisas, considero que este periculum in damni se encuentra configurado por los perjuicios que podría ocasionar la interrupción del tratamiento que le ha proporcionado una innegable mejoría –cuantiosa disminución de la frecuencia de convulsiones–.

En este sentido, corresponde remarcar que –hasta el momento– el amparista ha podido acceder al tratamiento gracias a la ayuda de sus familiares, quienes, según consta en autos, han adquirido el medicamento en los Estados Unidos de Norte América. Ello refleja, no solamente lo engorroso de la gestión para su obtención, sino también la vulnerabilidad e incertidumbre en la que se encuentra, toda vez que la continuidad del mismo se haya subordinada a una coyuntura ajena a su voluntad pues su obtención está sujeta al alea de que su entorno directo pueda continuar adquiriéndolo –con las dificultades que de ello se deriva–, lo que implica que súbitamente el tratamiento podría discontinuarse por imposibilidad de acceso al mismo.

Sumado a ello, corresponde poner de resalto que el amparista consume una dosis

menor a la prescrita, pues es la cantidad que su familia puede costear, según lo manifestado a fs. sub 44 y 66. Así, surge de las constancias obrantes que el joven consume un total de 100 ml. mensuales –o menos– (ver fs. sub 5, 7, 9, 11, 14, 17, 19 y 22), y sin embargo, le han sido prescritos 2 ml. cada 12 hs., lo que se traduce en un total de 120 ml. a razón de 30 días.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta su grave cuadro de salud, los padecimientos incesantemente sufridos a lo largo de su corta vida, considero imperativo salvaguardar la mejoría que éste ha logrado mediante la utilización del aceite cannabico. Vale aquí recordar el informe de su neurólogo tratante, quien sostuvo que las crisis han disminuido en su frecuencia de 15 a 20 diarias a 1 cada 20 días –aproximadamente–. Dicha mejoría también redundó en otros ámbitos de su vida ya que logró una notable resocialización, sin trastornos de conductas y agresiones (cfr. fs. sub 27 y 28).

De forma tal, que cualquier tipo de retroceso ante estos notables avances en su calidad de vida –y en el de su familia– deviene inadmisibile.

Así, teniendo en cuenta que el concepto de salud implica un estado de completo bienestar físico, mental y social –y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades– el cuadro descrito me permite afirmar que el derecho no puede resultar indiferente al sufrimiento humano, pues cada crisis epiléptica que el amparista experimenta, constituye un padecimiento que resulta imperativo detener, pues ocasiona una aflicción que, ciertamente, no podrá ser reparada en una eventual sentencia definitiva que reconozca el derecho invocado.

En este sentido, es dable recordar que nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que “las personas con discapacidad además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su conveniencia, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos” (Fallos: 322:2701; 324 122; 327:2413).

8vo.) Corresponde ahora analizar si la medida cautelar otorgada es imposible de cumplir, como se agravia la demandada, por la dificultad de adquirir una sustancia que “no se encuentra aprobada en este país, siendo importada, únicamente mediante ANMAT para los casos excepcionales y a instancia del paciente”.

Cabe señalar al respecto que la ley 27.350 establece que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis con fines medicinales, contando con la indicación

médica pertinente; que el Programa Nacional creado en su art. 2 no se encuentra operativo, y que resulta menester garantizar la gratuidad del tratamiento consagrada en el art. 7; por lo que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el programa referido, en las condiciones que establezca su reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis, de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante, previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de la sustancia requerida (Disposición 10.401/2016 del Ministerio de Salud, que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos –RAEM–); por lo que de este modo, la medida no resulta de imposible cumplimiento.

De lo contrario, consagrar el derecho al uso medicinal del cannabis sin la posibilidad de garantizarlo implicaría una suerte de reconocimiento de derechos como meros principios de buena voluntad. Los derechos consagrados constituyen un compromiso de tutela efectiva por parte del Estado que los proclama. Éste debe velar por su cumplimiento para asegurar el efectivo goce de los mismos –en este caso a la salud–, pues de lo contrario serían proclamaciones teóricas, simples promesas.

En sentido similar, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (énfasis añadido, Fallos, 323: 1339).

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde remitirse al Dictamen Fiscal, que rebate lo sostenido por la demandada: “de averiguaciones practicadas telefónicamente desde [esta] Fiscalía General a (...) [ANMAT] surge que esa administración tiene previstos los mecanismos para el ingreso al país de la sustancia solicitada (...) cumpliendo con lo exigido por la A.N.M.A.T., la autorización es casi inmediata, pudiendo obtenerse hasta en el día y que la obra social puede solicitar esta autorización no para comprar aceite para tener un stock, sino comprar en nombre del afiliado”.

9no.) Por último, la demandada se agravió porque “se fijó como contra cautela una ‘simple caución juratoria del actor’, apartándose de las pautas previstas en el art. 199 CPCCN”.

Los presupuestos de las medidas cautelares “no deben ser considerados compartimientos estancos sino que debe concebírseles como ‘vasos comunicantes’. De

este modo, cuando asciende el contenido de uno, desciende en el otro y viceversa (...) cuando aumenta la verosimilitud en el derecho se puede ser menos riguroso con la contra cautela, e inclusive se puede dispensarla. De algún modo, esto surge del art. 199 del Código Procesal Civil y Comercial” (Tanzi, Silvia Y., Papillú, Juan M., Juicio de amparo en salud, Hammurabi, 2013, 1ra. ed, pág. 202).

Por ello, propongo al Acuerdo: 1ro.) Se rechace el recurso de apelación interpuesto por OSDE a fs. sub 83/90, y en consecuencia se disponga que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Programa Nacional creado por la ley 27.350 en las condiciones que se establezcan en la reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante. Sin costas por ausencia de contradicción (arts. 68, 2do. párrafo, y 69 del CPCCN). 2do.) Se diferirala regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 14, ley 21.839).

El señor Juez de Cámara, doctor Juan Leopoldo Velázquez, dijo: Me adhiero al voto que antecede por compartir sus fundamentos.

Por ello;

SE RESUELVE:

1ro.) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por OSDE a fs. sub 83/90, y en consecuencia disponer que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Programa Nacional creado por la ley 27.350 en las condiciones que se establezcan en la reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante. Sin costas por ausencia de contradicción (arts. 68, 2do. párrafo, y 69 del CPCCN).

2do.) Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 14, ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase.

PABLO A. CANDISANO MERA (JUEZ)

JUAN LEOPOLDO VELÁZQUEZ (JUEZ)

“T, H. S. c/ OSDEYIM Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 14812/2015 – JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 3 – 27/10/2017)

Córdoba, 27 de octubre de 2017.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “T, H. S. c/ OSDEYIM Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986” (Expte. N° FCB 14812/2015) de los que resulta:

I.- Que a fs. 31/38 comparecen los Sres. H. S. T. y C. E. Z., en representación de su hija A. A. T. Z., con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora Oficial, Dra. María Mercedes Crespi, e inician acción de amparo en contra de la Obra Social de la OSDEPYM y del Estado Nacional, tendiente a que se le reconozca el 100% de la cobertura total de apoyo a la integración escolar (módulo intensivo de 40 horas mensuales), como así también la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales de la obra social y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, de todos los insumos, medicamentos, prácticas, tratamientos y demás prestaciones que resulten necesarios para su atención integral.

Aclaran que la obra social les niega la cobertura solicitada, lo que lesiona en forma actual e inminente el derecho a la salud y desarrollo integral de la menor reconocido en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados en su art. 75 inciso 22.

Requieren la cobertura por encuadrar su hija como discapacitada conforme el certificado que acompañan. Que presenta un diagnóstico de autismo en la niñez, señalándose como orientación prestacional: rehabilitación, prestaciones educativas y transporte.

Refieren que el Dr. Javier Linzoain, atiende a su hija desde los cuatro meses de vida y ha valorado los importes avances logrados desde el jardín de infantes y con la conformidad de los profesionales de diversas disciplinas que tratan su hija – Lic. Sofía Elena Kontos (fonoaudióloga), María Eugenia Lavallen (psicomotricista) y Anahí F. Rodríguez (fonoaudióloga)- les indicó que continuaran con la modalidad con la integración escolar de manera intensiva con módulos de 40 hs. con lo cual la menor ha tenido muy buenos resultados.

Alegan que dichas profesionales consideraron importante para el año 2015

contar con mayor tiempo de acompañamiento e intervención del profesional que cumple el rol de docente de apoyo a la integración escolar, por tal motivo requirieron a la obra social la cobertura del módulo de integración escolar intensivo de 40 hs. mensuales, conjuntamente con fonoaudiología (3 sesiones semanales), psicomotricidad (3 sesiones semanales), psicología (1 sesión semanal) y kinesiología (2 sesiones semanales) y transporte.

Señalan que la obra social autorizaba el módulo integral intensivo, con la salvedad que el módulo Maestra de Apoyo a la Integración Escolar se lo autorizaba según los términos del nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad por la suma de \$ 5.083 en beneficio de la Prof. Andrea Juárez, lo que implica una reducción en las horas de prestación indicadas.

Informan que solicitaron a la obra social revisión de la decisión, sin respuesta favorable, por lo que presentaron reclamo N° 74.975 ante al Superintendencia de Servicios de Salud.

Manifiestan que ante esta negativa concurrieron ante la sede de la Defensoría Pública Oficial, y con su asesoramiento se libró oficio a la obra social para que autorizara las 40 hs. mensuales de apoyo a la integración escolar de conformidad con lo prescripto por el médico tratante. Aclaran que a dicho planteo OSDEPYM respondió que su equipo interdisciplinario evaluó el caso y coinciden en que requerir un acompañamiento permanente en el aula, el dispositivo de integración parecería agotado y que se debería evaluar la necesidad de modificar el tratamiento a un prestador de escuela especial, en contraposición a los requerimientos de los profesionales que asisten a su hija.

Resaltan la necesidad de que su hija no vea interrumpido su proceso de incorporación de conocimientos y aprendizajes en su ámbito educativo donde se encuentra integrada a sus compañeros y equipo docente, todo lo cual le permitirá adquirir las herramientas necesarias para desarrollar su autonomía y así lograr su participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad.

Justifican la procedencia de la acción entablada por ser la vía elegida la más efectiva para la protección inmediata que les permite obtener la protección del derecho y el respeto a la salud, derechos y garantías de raigambre constitucional, por lo que se cumple con el requisito del art. 2 inc. e) de la ley 16.986. Así también, con el requisito temporal, ya que, si bien enviaron en dos oportunidades oficios, ellos nunca fueron respondidos por la obra social.

Aducen que el obrar arbitrario e ilegal de la demandada es actual, y el perjuicio permanente sin solución de continuidad, en cuanto se niega a brindar a su hija la cobertura integral de la prestación solicitada sin ningún fundamento y contrario a su obligación legal de brindar la cobertura de salud avasallando de tal modo el derecho de la menor a la educación y a la salud.

Señalan que existen deberes que el Estado tiene a su cargo y que resultan indelegables en materia de salud, y que la preservación del derecho a la vida y a la salud de cualquier habitante de la Nación, importa el sustrato básico para la consideración de cualquier otro derecho de raigambre constitucional.

Destacan que no resulta controvertido que la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta surge de la interpretación que hace la Obra Social demandada de la normativa vigente, habida cuenta que los derechos humanos trascienden el marco normativo positivo vigente, y que en orden a garantizar la tutela de los derechos constitucionales mencionados, la interpretación del ordenamiento positivo debe inexorablemente informarse y conformarse con los principios jurídicos que emanan de la Constitución Nacional y Provincial y, que en este caso se encuentran en juego intereses vitales y superiores como son las prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la vida, a la educación, al desarrollo humano, a la salud.

Ofrecen prueba documental y efectúan la Reserva del Caso Federal.

Solicitan como medida cautelar se ordene a la demandada la cobertura del 100 % a su cargo de las prestaciones solicitadas para su hija.

II.- Que a fs. 39 y vta. se otorga la medida cautelar solicitada, ordenándose a OSDEPYM la cobertura del 100 % a su cargo de la prestación de Módulo de Apoyo a la Integración Escolar- Módulo intensivo de 40 horas mensuales desde marzo a diciembre de 2015 requerida.

Que habiéndose intimado a la obra social y al Estado Nacional para que presenten el informe del art. 8º de la Ley 16.986, a fs. 58 y vta. comparece el Dr. Salomón Rubins en el carácter de apoderado de la Obra Social de Empresarios, Profesionales y Monotributistas –OSDEPYM- e informa que con anterioridad a la notificación de la medida ordenada ya su mandante había autorizado la prestación requerida, por lo que solicita se declare la cuestión abstracta.

A fs. 61/66 comparece la Dra. María Leandra Cravero Piccione en representación del Estado Nacional- Ministerio de Salud de la Nación-, conforme la copia de la

resolución obrante a fs. 60 y presenta el informe del art. 8.

Plantea la inviabilidad de la vía elegida respecto del Ministerio de Salud, toda vez que no existe omisión, ilegalidad ni arbitrariedad ni perjuicio alguno causado por su mandante, ni apartamiento del plexo constitucional, sumado a que los amparistas no han iniciado reclamo administrativo alguno por ante esa cartera ministerial.

Sostiene que un planteo como el de autos es improcedente para su mandante, ya que ello redundaría en detrimento de la ayuda y cobertura que debe brindar a un gran número de habitantes, no afiliados a ninguna obra social y/o carenciados, y que debe mantenerse la igualdad, y que el PEN no puede ser sujeto pasivo de la presente acción, sólo porque sea el encargado de fijar las políticas sanitarias del seguro.

Opone falta de legitimación pasiva, por cuanto el nudo del conflicto está centrado en la cobertura entre los amparistas y OSDEPYM, que es una obra social que tiene individualidad jurídica, financiera y administrativa, y que el EN sólo debe cumplir un rol prestacional en caso de falta de cobertura social o de tratarse de un paciente carenciado y sin medios suficientes para afrontar los gastos correspondientes, por tanto la presente acción sólo debe ser enderezada única y exclusivamente en contra de la referida obra social, rechazándose la misma en contra del Ministerio que representa. Efectúa la reserva del Caso Federal.

A fs. 67 se corre traslado de la solicitud de la obra social demandada, de que se declare abstracta la cuestión sometida a estudio.

III.- Que a fs. 73/74 el apoderado de la obra social demandada, presenta el informe del art. 8 de la ley 16.986.

Destaca que las prestaciones requeridas por los actores se han otorgado sin ningún inconveniente y acompaña detalle de todas las prestaciones autorizadas desde el inicio de su afiliación.

Expone que el servicio en cuestión es cubierto en su totalidad a los valores facturados por la profesora Juárez y no a los valores que establece la Resolución arancelaria N° 1948/2104 del Ministerio de Salud de la Nación.

Reitera se declare la cuestión abstracta. Hace saber que su mandante otorgará la cobertura de las prestaciones que corresponda conforme la patología de la menor y siempre con prestadores de la cartilla. Que en caso de no contar con este agente de seguro de salud con prestadores para determinada especialidad se procederá a efectuar la auditoría correspondiente, debiendo para ello los padres de la menor realizar ante las

oficinas de la obra social la presentación del pedido médico que den cuenta de la solicitud de práctica, tratamiento, pedido de medicación.

Ofrece prueba y efectúa la Reserva del Caso Federal.

Que a fs. 88, el Tribunal por providencia del 16/09/2015, corre traslado de las excepciones planteadas por el Estado Nacional. A fs. 84/85 la actora evacua el traslado de las excepciones opuestas y del pedido del apoderado de la obra social de que se declare la cuestión abstracta. A fs. 104 la actora desiste de la prueba informativa y de la pericial, ordenando el Tribunal el traslado mediante proveído de fecha 9/05/2016.

IV.- Que a fs. 108 habiendo la actora desistido de las pruebas pericial e informativa ofrecidas, se corre vista a la Sra. Procuradora Fiscal, quien la evacua a fs. 109.

A fs. 141/144 la actora denuncia hecho nuevo y solicita nueva media cautelar. Alega que el 9/09/2016 presentó ante la obra social la documentación requerida a fin de gestionar la importación de especialidades medicinales de uso compasivo según lo establecido por la Disposición N° 840/95 de ANMAT, lo cual les fue denegado.

Requiere la cobertura del 100 % a cargo de la obra social del tratamiento con canabidiol bajo la forma de aceite de cañamo ya que, el tratamiento prescripto resulta ser el más adecuado para el estado de salud actual de la menor a fin de poder mejorar las perspectivas de desarrollo integral. Acompaña documentación.

A fs. 156/157, comparece la Dra. Cecilia A. Coca en el carácter de apoderada de la obra social demandada conforme lo acredita con el poder obrante a fs. 146/150. Destaca que el uso de estupefacientes, así como su comercialización se encuentra penada por ley 27.302, por lo que sostiene que su mandante se encuentra imposibilitado a importar un producto que se encuentra penado por ley y que se encuentra fuera del comercio.

Sostiene que atento que el aceite de cannabis es considerado un estupefaciente por lo que constituye un accionar ilícito.

Agrega que la efectividad y seguridad de la utilización del mismo es escasa y de baja calidad de conformidad a lo expuesto por su auditoría médica.

A fs. 160/161vta. el Tribunal mediante proveído de fecha 29/12/16 hace lugar a la medida cautelar solicitada y ordena a la obra social proceda a brindar la cobertura del aceite de cañamo en la dosis indicada por su el médico tratante, con más los gastos de envío e importación.

A fs. 179 se ordena que pasen los autos a despacho para resolver providencia que

una vez firme deja la causa en condiciones de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que la presente acción de amparo iniciada por los Sres. H. S. T. y C. E. Z. en representación de su hija A. A. T. Z., en contra de la Obra Social de Empresarios, Profesionales y Monotributistas –OSDEPYM- y del Estado Nacional tiene por finalidad que se le reconozca y otorgue la cobertura del 100% a cargo de la obra social de 40 horas mensuales del módulo de apoyo a la integración escolar –módulo intensivo- y el aceite de cannabis, prescripto por el Dr. Javier Linzoain.

II.- Que en lo que refiere a la vía elegida, es criterio del Tribunal considerar que la vía seleccionada es la procedente conforme art. 43 de la Constitución Nacional y art. 321 inc. 2º del CPCCN, toda vez que la cuestión de salud invocada de una discapacitada amerita plenamente la habilitación de la vía del amparo, pues podría acarrearle un daño grave e irreparable la remisión del reclamo a juicio ordinario.

III.- Sabido es que el derecho a la salud es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También se ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479). Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) se ha reafirmado el derecho a la salud.

En efecto, los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del -art. 25 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; -de los arts. 4º inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; -del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; -del art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, - de los arts. 4, 10, 17, 19, 25, 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26.378. Así como también los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Que además, la niña se halla amparada por las disposiciones de la Ley 22.431 de “Protección Integral de las Personas Discapacitadas”, particularmente en el caso de autos, a fs. 3 obra el certificado de Discapacidad conforme al art. 3º de la ley citada y la

Ley 24.901 emitido por el Hospital Preventivo San Roque, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, que da cuenta que la menor padece “Autismo en la niñez” con orientación prestacional “Rehabilitación- Prestaciones Educativas – Transporte”.

La Ley 22.431 instituye en su art. 1º: “un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación (...) seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca...”. Asimismo, en el capítulo II art. 4º inc. a) se prevé los siguientes servicios: “Rehabilitación integral, entendida como el desarrollo de las capacidades de la persona discapacitada”. Finalmente, el art. 27 estipula que se propondrá a las provincias la sanción en sus jurisdicciones de regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley.

A su vez, la Ley 24.901 estipula un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, disponiendo en su art. 2 que las Obras Sociales, enunciadas en el art. 1º de la ley 23.660 tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en dicha ley. El art. 6º dispone que los entes obligados brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad, mediante servicios propios o contratados.

Asimismo, la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social nº 428/99 aprueba el Nomenclador de prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, que serán aplicadas a aquellos beneficiarios que acrediten su discapacidad de acuerdo a los términos de la Ley 22.431 y que hayan completado su rehabilitación médico-funcional, para lo cual su cobertura está contemplada a través del Programa Médico Obligatorio (art. 3).

IV.- En cuanto al planteo efectuado por la actora solicitando para la menor la atención por parte de especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales de la obra social demandada –OSDEPYM- cabe precisar que, el mismo es abstracto, por cuanto la obra social demandada no ha cometido omisión, ni ilegalidad, ni arbitrariedad, ni perjuicio alguno en contra de los derechos de la menor.

No obstante ello cabe señalar que, el principio general que establece la ley 24.901 consiste en que las prestaciones que los agentes del seguro de salud deben a sus beneficiarios corresponde sean brindados por medio de prestadores propios o

contratados (art. 6), sin embargo dicha regla admite excepciones, en caso en que el financiador no tenga prestadores adecuados para dar la cobertura al beneficiario.

Es decir, la misma ley prevé igualmente que los entes que prestan cobertura social deben reconocer la atención de las personas discapacitadas a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así lo determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el art. 11. Ahora bien, el acceso de las personas discapacitadas a las acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal y en general a todas aquellas acciones que favorezcan su integración social y su inserción en el sistema de prestaciones básicas, se lleva a cabo por medio de equipos interdisciplinarios capacitados al efecto, quienes son los encargados de efectuar la evaluación y orientación correspondientes de conformidad a los arts. 11 y 12 de la referida ley.

Pero este tema, deberá resolverse con un cuestionamiento en concreto en donde la obra social haya obrado en forma arbitraria o no tenga los prestadores que la menor en un caso en particular necesite o que éstos no sean los adecuados para la patología que padece.

V.- En claro ello, e ingresando al examen de la cuestión planteada, cabe recordar que, a fin de obtener la cobertura respectiva, es menester que la amparista haya acreditado que padece la dolencia invocada, que necesita de la cobertura solicitada para su tratamiento, que la cobertura está contemplada normativamente y que media una obligación de la accionada en tal sentido, por encontrarse afiliada a ella y finalmente, que solicitó la cobertura y no le es ofrecida.

Que de las constancias obrantes en autos resulta que la menor, A. A. T. Z. es afiliada a OSDEPYM, bajo el N° 20-28849197-7/02 (fs. 4).

Que, con respecto a la dolencia que padece, del certificado de discapacidad glosado a fs. 3 resulta que padece “Autismo en la niñez”.

Que en relación a la cobertura de apoyo a la integración escolar solicitado por la actora a fs. 15 y vta. obra el informe médico expedido, el 12/02/2015, por el Dr. Javier Linzoain que refiere: “La niña T...Z...A...A...de 7 años de vida... presenta un trastorno generalizado del desarrollo. Para su rehabilitación se indica la asistencia a un jardín normal con un módulo de integración escolar intensivo (40 hs. por mes) ya que se han observado cambios positivos en su conducta, socialización y aprendizaje. Por tal motivo

es indispensable continuar este año con módulo de integración intensiva para evaluar el año próximo la conducta a seguir. ¿Escuela especial?”.

A su vez respecto al tratamiento con canabidiol bajo la forma de aceite de cañamo, a fs.110 se glosa el informe labrado el 21/10/2016 por el médico tratante de la menor, quien la evalúa y, concluye: “Dejo constancia de estar atendiendo a la niña, desde los 4 meses de vida, quien consulta en esa oportunidad por un retraso psicomotor. Luego de realizarse los estudios correspondientes tanto neurológicos como genéticos, se permitió hacer el diagnóstico de un Trastorno Generalizado del Desarrollo. La paciente presentaba como clínica, un retraso en la adquisición de su lenguaje y de sus habilidades sociales. Se comenzó con tratamiento de Fonoaudiología, Psicomotricidad, Neurokinesiología y psicología. Con dichas terapias la niña ha ido evolucionando lentamente pero de una manera positiva. También se ha incorporado hace un par de años la integración escolar de una manera intensiva, con módulos de 40 hs. Con lo cual la paciente ha mostrado muy buenos resultados. En el año 2015 comienza con crisis convulsivas generalizadas, con caída de cabeza y motoras generalizadas. Estos episodios van en aumento. Llegando a tener 10 a 15 por día. Se realizó EEG que mostró descargas generalizadas de espiga onda lenta con alta frecuencia de repetición. RMN cerebro: Normal. Estudios neurometabólicos: normales. Se comenzó con ácido Valproico sin respuesta positiva y se fue probando con lamotrigina, Etosuximida, Topiramato, Levetiracetam, Lorazepan, clobazan, Zonisamida. Sin lograr el control de sus crisis por más de 72 hs. y continuó teniendo 2 a 5 crisis por día. Diagnóstico: Trastorno generalizado del desarrollo –Epilepsia Refractaria a la medicación. Se indica iniciar tratamiento con canabidiol bajo la forma de Aceite de Cañamo, ‘EVERYDAY ADVANCED 5000’, dosis inicial 50 mg. hasta llegar a 100mg. día en gotas vía oral”. Dicho pedido es reiterado con fecha 20/12/2016 por el médico tratante de la menor (fs. 158).

Establecido ello, es menester señalar que la obra social accionada, en su carácter de agente de salud, está obligada no solamente a cumplir las prestaciones del PMO, sino que también debe cumplimentar lo dispuesto en las leyes 24.901 y 24.431, a través de sus prestadores directos o contratados, teniendo presente que en el caso de autos, ha quedado acreditado que la menor, A. A. T. Z., tiene 10 años de edad, que padece de “Trastorno Generalizado del Desarrollo” y “Epilepsia Refractaria a la Medicación” conforme dan cuenta los informes médicos precedentemente citados y en los cuales se enumera la cobertura médica requerida por el especialista tratante.

Además, y al ser titular de un certificado de discapacidad, como consecuencia merece una “cobertura integral” a las prestaciones indicadas por el facultativo.

Es menester tener presente que la prestación requerida tiende a paliar las deficiencias de la menor; a lograr una mayor calidad de vida, a una igualdad de oportunidades e integración a la comunidad, para lo cual resulta absolutamente indispensable la cobertura de las mismas en los términos requeridos, que además está expresamente consagrado en las leyes mencionadas.

Repárese, que a través de la asistencia requerida, se cumplimenta el objeto previsto en el art. 1º de la Ley 22.431 que instituye por ley un sistema de protección integral de las personas con discapacidad, tendiente a asegurar a éstas tanto su atención médica como su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos “que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales”.

Que conforme lo ha sostenido la Corte en autos: “G.M.E. C/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, en el cual se remite al dictamen de la Sra. Procuradora fiscal: “...es incuestionable que la atención de una patología como la que padece el incapaz (...) requiere de gastos relevantes, ineludibles e imposterables de diversa índole...”.

Asimismo, que el art. 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con rango constitucional (conf. art. 75 inc. 22) requiere a los Estados partes adoptar las medidas efectivas y pertinentes, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A cuyo fin, ordena a los Estados partes la organización, intensificación y ampliación de servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de salud, el empleo, la educación y servicios sociales.

Sentado ello y en relación a la cobertura en forma total de apoyo a la integración escolar (módulo intensivo de 40 horas mensuales) requerido por la actora, cabe señalar que conforme lo informa el apoderado de la demandada a fs. 58 y vta y al momento del presentar el informe previsto en el art. 8 (fs. 73/74), la referida prestación fue autorizada en su totalidad por la obra social demandada el 22/01/2015 lo cual acredita con la documental obrante a fs. 56. Es decir, con anterioridad a la iniciación de la

presente acción.

Respecto de la cobertura del aceite de cannabis, partiremos de señalar que la ley 25.404 que establece medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia –caso de autos- y que impone que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna, que las prestaciones médico asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio y sumado también a lo dispuesto por las leyes N° 22.431 y 24.901.

A su vez, la ley 27.350 referida al uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis en la órbita del Ministerio de Salud. En su art. 7 dispone: “La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa”.

Por otro lado, el decreto N° 738/2017, reglamentario de dicha ley, refiere en el art. 7 que: “La provisión de aceite de Cannabis y sus derivados será gratuita para quienes se encuentren inscriptos en el PROGRAMA y se ajusten a sus requerimientos. Aquellos pacientes no inscriptos en el PROGRAMA que tuvieren como prescripción médica el uso de aceite de Cannabis y sus derivados, lo adquirirán bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación”.

La Resolución N° 1537-E/2017 que aprueba la reglamentación del Programa, en el Anexo I punto 1 refiere: “El PROGRAMA establece que las personas que padezcan epilepsia refractaria –caso de autos-, y a las que se prescriba el uso de Cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes, son susceptibles de solicitar la inscripción en los Registros que le dependen” (resaltado y aclaración propios).

En claro esto cabe destacar que, el médico tratante de la menor puso de manifiesto de forma clara las razones por las que considera necesario contar el aceite de cannabis a fin de mejorar la calidad de vida de la menor y en razón de la falta de respuesta de los medicamentos brindadas con anterioridad –lamotrigina, etosumixida, topiramato, levetiracetam, lorazepam, clobazan, zonisamida-.

Por último, cabe resaltar la actitud asumida por la accionada, que en relación a la

cobertura de apoyo a la integración escolar autoriza lo solicitado por actora (fs. 56), aclarándole en la nota que le envía con fecha 4/03/2015: "...Por todo lo mencionado anteriormente, y a modo de resumen, reiteramos nuestra autorización por el módulo de Apoyo a la Integración Escolar -Maestra de Apoyo - con la Prof. Juárez, con un tope mensual a facturar de \$ 5.083 (pesos cinco mil ochenta y tres por mes), según resolución arancelaria N° 1948/2014 del Ministerio de Salud de la Nación. en caso de que la prestadora no acepte estas condiciones, la Obra Social pondrá a disposición de la familia prestadores alternativos, para que la niña cuente con el tratamiento que requiera" (fs. 22).

No obstante ello, a fs. 73/74 la obra social demandada informa que esta cumpliendo con la referida prestación por los valores facturados por la profesora Juárez y no a los que establece la Resolución Arancelaria N° 1948/2014 del Ministerio de Salud de la Nación.

Por lo concluyo que, en relación a dicha prestación, la obra social demandada no ha cometido omisión, ni ilegalidad, ni arbitrariedad, ni perjuicio alguno en contra de los derechos de la menor.

Con respecto a la actitud de la demandada respecto de la cobertura del aceite de cannabis, cabe destacar que la apoderada de la obra social el 23 de diciembre de 2016 informa que no puede cumplimentar con la prestación requerida debido a que el uso de estupefacientes se encuentra penado por ley. Asimismo, alega que en el informe realizado por la auditoría médica sostiene que la utilización del aceite de cannabis con carácter medicinal, que la efectividad y seguridad es escasa y de baja calidad; y que su uso no se encuentra aprobado por parte de los organismos reguladores, tales FDA o la EMA.

Cabe aclarar que a la fecha en que la demandada deniega la cobertura solicitada ya se encontraba con media sanción por parte del Congreso de la Nación Argentina el Proyecto de ley para el uso terapéutico del aceite de cannabis. Sumado que también se encontraba en vigencia la Disposición N° 10401/2016 del Ministerio de Salud-Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos, y regula lo referido a los casos de tratamientos en que se utilizan medicamentos no registrados o no disponibles en el país.

Que la obra social demandada no dio ningún argumento válido para no autorizar

el aceite medicinal requerido ni desvirtuar los fundamentos del médico tratante, cumplimentando recién dicho pedido al ordenarlo el suscripto (fs. 160/161vta.).

Es preciso señalar que la jurisprudencia en relación a la negativa de cobertura invocada por las obras sociales o agentes de salud por no estar contemplada la prescripción requerida en el PMOe, ha dicho que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284).

Ello conduce a considerar manifiestamente arbitraria e ilegítima la conducta al no acceder a la cobertura requerida en tiempo oportuno, máxime cuando es deber de priorizar el derecho a la salud de la persona discapacitada por tanto una solución contraria a su requerimiento sería altamente disvaliosa y conculcaría un derecho jurídicamente tutelado.

En este entendimiento y teniendo en cuenta el marco fáctico supra explicitado resulta que el derecho a la salud de la menor no encontraba adecuado resguardo por parte de la obra social.

Por lo expuesto, considero que la obra social debe cubrir el tratamiento con aceite de cannabis requerido por la parte actora a los fines de lograr minimizar las desventajas de su discapacidad, toda vez que existen intereses superiores como el derecho a la salud que debe ser protegido.

En ese orden de ideas y en relación al retroactivo reclamado por la parte actora respecto de lo abonado para iniciar el tratamiento con canabidiol, soy de la opinión de que debe hacerse lugar a lo solicitado atento que la peticionante presentó ante la obra social demandada los formularios necesarios para que tramitara el pedido por vía de excepción de la medicación solicitada con fecha 9/09/16 (fs. 111/114), sin obtener respuesta. Ante esta actitud y la urgencia que requería la entrega del mismo, la madre de la menor cumplimentó los trámites necesarios para obtener el aceite medicinal indicado por el Dr. Linzoain requerido por el médico tratante, a fin de lograr controlar las crisis que sufre, conforme surge de la documental obrante a fs. 127/132.

Por lo que corresponde, ordenar la devolución a la actora de lo abonado en concepto de: pasajes para presentación del trámite \$ 780 -7/11/2016-, \$ 780 -8/11/2016-y \$ 1.050 -8/11/2016- (fs. 120/122) y envío e importación: u\$s 324,98 (fs. 131/132).

Las sumas ordenadas pagar en pesos devengarán desde la fecha en que cada una fue abonada hasta el efectivo pago la tasa activa cartera general nominal anual vencida con capitalización cada 30 días.

VI.- En este punto corresponde, expedirme respecto de la procedencia de la cobertura a cargo de la co-demandada el Estado Nacional, que articula la defensa de falta de legitimación pasiva, alegando carecer la amparista de derecho alguno contra el Ministerio de Salud de la Nación, en virtud de la responsabilidad que la normativa vigente impone a los agentes del seguro de salud, incluidos en la ley 23.660 y 26.682.

Cabe señalar, que si bien es cierto que las leyes citadas constituyen en obligado principal de las prestaciones que requieran sus afiliados a las Obras Sociales y empresas de medicina prepaga, no menos cierto es que el Estado Nacional en su carácter de obligado subsidiario no puede desentenderse de casos como el presente, atento su calidad de garante de los derechos de raigambre constitucional contenidos en las normas supra enunciadas.

En este sentido cabe acotar que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986" del 1 de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten) (Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho" del 24/10/2000 - Fallos 323:3229).

Y es del caso que los estados parte se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los

derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2 inc. 1). Por otra parte, en lo que concierne al modo de realización en estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto (conf. Naciones Unidas. Consejo Económico Social. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los estados parte con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza -E/1990/5/Add.33-, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en "investigaciones" 1 (1999), págs. 180 y 181). (Fallos 323:3229). Asimismo, la "cláusula federal" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28 incs. 1 y 2). (Fallos 323:3229). Consideramos que el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, frente a la solicitud peticionada no han dado adecuada tutela asistencial, con lo cual procede dar preferente atención a las necesidades derivadas de la salud y revalorizar la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación.

Por consiguiente, las razones expuestas autorizan el rechazo de la falta de legitimación pasiva invocada por el Estado Nacional. Sin perjuicio de ello, entiendo que esta responsabilidad del Estado es de tipo subsidiaria, puesto que el obligado principal a la prestación es el agente del Sistema de Salud del que resulta afiliada la amparista - OSDEPYM-, por lo que sólo ante su incumplimiento debe verse compelido a cumplir con las prestaciones médicas que requiera.

VII.- Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de amparo entablada por los Sres. H. S. T. y C. E. Z., en representación de su hija discapacitada A. A. T. Z. en contra del Estado Nacional y de la Obra Social de Empresarios, Profesionales y Monotributistas, en consecuencia, ordenar a esta última, la cobertura del 100% a su cargo del "ACEITE DE CAÑAMO- JARABE-SABOR MENTA O

CHOCOLATE- Every Day Advanced 5000” en la dosis indicada por su médico tratante, con más gastos de envío e importación, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud de acceso de excepción de medicamentos que determina la Autoridad de Aplicación.

VIII.- Que en cuanto a las costas considero justo y equitativo, imponerlas en el orden causado, ya que si bien se hace lugar parcialmente al amparo, esto es a raíz del hecho nuevo planteado con posterioridad a la iniciación de la acción de amparo (art. 68 2do. párrafo del CPCCN). Que la circunstancia de que no haya recaído resolución en el beneficio de litigar sin gastos, no obsta proceder a la regulación de honorarios. La regulación de honorarios del profesional interviniente se practica atento el resultado del proceso, la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la labor profesional y el carácter actuado (arts. 6, 9 y conc. de la Ley 21.839 modificada por la Ley 24.432) fijándose a la representante de la parte actora, Sra. Defensora Oficial, Dra. María Mercedes Crespi, en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000), a los apoderados de la obra social demandada –OSPEDYM-, Dres. Salomón Rubins y Cecilia A. Coca, en conjunto y proporción de ley en la suma de pesos SIETE MIL (\$ 7.000). No correspondiendo regularle a la Dra. María Leandra Cravero Piccione por ser profesional a sueldo de su mandante de conformidad a lo dispuesto por el art. 2 de la referida ley.

IX.- La tasa de justicia se fija en la suma de pesos sesenta y nueve con setenta centavos (\$ 69,70) conforme art. 6 de la ley 23.898.

Por todo lo expuesto;

RESUELVO:

1.) Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo entablada por los Sres. H. S. T. y C. E. Z., en representación de su hija discapacitada A. A. T. Z. en contra del Estado Nacional y de la Obra Social de Empresarios, Profesionales y Monotributistas – OSDEPYM- y, en consecuencia, ordenar a esta última, para que proceda, a la cobertura del 100% a su cargo del “ACEITE DE CAÑAMO- JARABE-SABOR MENTA O CHOCOLATE- Every Day Advanced 5000” en la dosis indicada por su médico tratante, con más gastos de envío e importación, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud de acceso de excepción de medicamentos que determina la Autoridad de Aplicación.

2.) Ordenar la devolución a la actora de lo abonado en concepto de: pasajes para presentación del trámite \$ 780, \$ 780 y \$ 1.050 y envío e importación: u\$s 324,98, de conformidad a lo señalado en el considerando respectivo.

3.) Rechazar la falta de legitimación pasiva articulada por el Estado Nacional de conformidad a lo expresado en el punto V del considerando.

4.) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 2do. párrafo del CPCCN). Regular los honorarios de la representante de la parte actora, Sra. Defensora Oficial, Dra. María Mercedes Crespi, en la suma de pesos DIEZ MIL (\$ 10.000) y a los apoderados de la obra social demandada, Dres. Salomón Rubins y Cecilia A. Coca, en conjunto y proporción de ley, en la suma de pesos SIETE MIL (\$ 7.000). No regular a la Dra. María Leandra Cravero Piccione por ser profesional a sueldo de su mandante de conformidad a lo dispuesto por el art. 2 de la referida ley

5.) Fijar la tasa de justicia en la suma de pesos sesenta y nueve con setenta centavos (\$ 69,70) conforme art. 6 de la ley 23.898.

6.) Protocolícese y hágase saber.

MIGUEL HUGO VACA NARVAJA (JUEZ)

“B., L., L. E. c/ OSPE s/SUMARISIMO DE SALUD”

(Expediente N° 005794/2016/CA001 – CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II – 28/11/2017)

Buenos Aires, 28 de noviembre de 2017.

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 74/77, que contó con las réplicas de fs. 81/83 y 87, contra la sentencia de fs. 69/72; y

CONSIDERANDO:

I.- Que la señora juez hizo lugar a la acción promovida por L. E. B., L., condenando a la Obra Social de Petroleros a otorgarle cobertura para la medicación reclamada en autos, de acuerdo con las indicaciones del profesional médico interviniente en el caso, imponiéndole además las costas del proceso.

La demandada apeló esa decisión. Afirmó que no han existido incumplimientos de su parte, habiendo garantizado a su adversaria todas las prestaciones médico asistenciales previstas en las normas vigentes. En tal sentido sostuvo que no existe obligación de otorgar cobertura para el medicamento requerido, invocando un informe de la Superintendencia de Servicios de Salud que, estima, respalda su postura. También destacó que no existen de su parte intereses económicos o negociales de ninguna índole, por lo que no negará un medicamento salvo por cuestiones médicas o jurídicas. Adujo que las disposiciones de la Ley N° 27.350 no son aplicables al sub lite y que no se había tenido en cuenta la responsabilidad patrimonial de la obra social, que veda brindar más prestaciones que las contempladas en las normas vigentes. Por último, cuestionó la imposición de las costas y los honorarios regulados al profesional de su adversaria.

La parte actora contestó el traslado de esos agravios en los términos que surgen del escrito obrante a fs. 81/83, que a su vez contó con la adhesión expresada por la señora Defensora Pública Oficial a fs. 87.

II.- Así planteada la cuestión a resolver, cabe adelantar que las quejas de la recurrente no bastan para adoptar una solución distinta de la que surge de la sentencia apelada.

El hecho de que la medicación reclamada en autos no se encuentre comprendida en las previsiones del programa médico obligatorio vigente no puede ser válidamente invocado como un obstáculo. Esta Cámara ha sostenido en múltiples ocasiones que

dicho programa no conforma una enumeración exhaustiva de las prestaciones que en cada caso pueden estar a cargo de las obras sociales o entidades de medicina prepaga, ni constituye su tope máximo (esta Sala, causa n° 6571/15 del 6.9.17; Sala 1, causa 14/06 del 27.4.06; Sala 3, causa 5411/07 del 9.10.08, entre muchas otras).

Sin perjuicio de ello, debe estimarse que las normas de la Ley N° 24.901 son igualmente aplicables al caso, de acuerdo con las constancias del certificado cuya copia obra a fs. 4. En función de ello, la previsión contenida en el art. 38 de esa norma basta para sustentar la obligación de la demandada de otorgar la cobertura requerida en estas actuaciones. En efecto, se prevé allí que cuando la persona con discapacidad requiera “medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se le reconocerá el costo total”.

Sin dudas esa situación se configura en el sub examine, ya que no es materia de controversia que la medicación requerida en autos no se produce localmente. En el caso de la actora, su importación fue realizada bajo el régimen establecido por la ANMAT para especialidades medicinales de uso compasivo, de acuerdo con lo que surge de las copias acompañadas a fs. 11/12). En las condiciones descriptas, parece razonable que el producto en cuestión no se encuentre incluido en el vademecum de la demandada, precisamente porque no es elaborado ni comercializado en el territorio nacional. No obstante, de acuerdo con la citada disposición de la Ley N° 24.901, ello no es una razón válida para denegar la cobertura reclamada en autos.

III.- Si bien lo expuesto basta para confirmar la sentencia apelada, es dable agregar que lo expresado por la Superintendencia de Servicios de Salud con relación a medicamentos que incluyen productos derivados del cannabis no es susceptible de modificar esa conclusión, teniendo en cuenta que es anterior a la sanción de la Ley N° 27.350. Esta norma no sólo prevé un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta del cannabis y sus derivados, sino que también contempla en forma expresa la importación de aceite de cannabis y sus derivados, según las condiciones allí establecidas.

Por otra parte, no es posible considerar que ese régimen implica que coberturas como la que se reclama en el sub lite se encuentren a cargo del Estado Nacional. Las disposiciones de la ley citada no contienen previsiones concretas al respecto, en tanto la gratuidad que se menciona en sus arts. 3 y 7 sólo se encuentra prevista para quienes se encuentren inscriptos en el programa para el estudio e investigación que allí se crea, que

naturalmente no es obligatorio.

En lo que hace a la responsabilidad patrimonial que invoca la demandada, se debe compartir lo expresado por el señor Fiscal General a fs. 92, en cuanto señala que no ha aportado elementos de convicción que demuestren las consecuencias concretas que en ese aspecto tendría lo resuelto en estas actuaciones.

IV.- Cabe puntualizar aquí que no escapa a la consideración del tribunal que en su momento la accionada apeló la medida cautelar dispuesta a fs. 18. No obstante, es claro con el dictado de la sentencia definitiva el tratamiento del recurso antedicho deviene insustancial.

En mérito a lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General, el tribunal;

RESUELVE: confirmar la sentencia apelada, con costas.

Teniendo en cuenta la entidad, mérito y extensión de las tareas realizadas y la etapa cumplida, dado que la causa fue declarada de puro derecho a fs. 52, se elevan los honorarios del Dr. Máximo Gándara –quien se desempeñó como letrado patrocinante hasta el otorgamiento del poder mediante el acta obrante a fs. 48– a la suma de DIECISIETE MIL pesos (\$ 17.000), en tanto por las tareas de alzada se fija su retribución en la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA pesos (\$ 5.250) y los de la letrada apoderada de la obra social, Dra. María Estefanía Germán, en TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO pesos (\$ 3.675) (arts. 6, 9, 14, 37 y 39 de la ley 21.839, con las modificaciones introducidas por la 24.432).

El señor juez Dr. Alfredo Silverio Gusman no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese –al señor Fiscal General en su despacho– y devuélvase.

RICARDO V. GUARINONI (JUEZ)

EDUARDO D. GOTTARDI (JUEZ)

“Incidente Nº 1 - ACTOR: F, LD DEMANDADO: SWISS MEDICAL S.A s/INC APELACION”

(Expediente Nº 017233/2017/1 - CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA - 11/12/2017)

Bahía Blanca, 11 de diciembre de 2017.

VISTO:

Este expediente nro. FBB 17233/2017/1/CA1, caratulado “Inc. Apelación... en autos: ‘F, LD c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo ley 16.986’”, venido del Juzgado Federal nº 1 de la sede, para resolver la apelación de fs. sub 112/131, contra la resolución de fs. sub 93/96.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1ro.) El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenó a Swiss Medical S.A.: 1) la provisión y cobertura inmediata e integral del tratamiento psicológico con la licenciada Molla; 2) la provisión y cobertura del aceite de cannabis (nombre específico: Charlotte Web Premium Hemp Extract Supplement - Everyday advanced) conforme lo prescripto por el médico tratante; 3) la cobertura integral de los gastos que insume la asistencia al colegio La Inmaculada, desde la notificación de la presente y hasta que exista sentencia definitiva.

2do.) Contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación Swiss Medical S.A., quien sostuvo la falta de los requisitos de procedencia de la cautelar peticionada, analizando así cada una de las prestaciones concedidas: 1) en cuanto a la prestación de psicoterapia: no corresponde que sea Swiss Medical S.A. quien la cubra, sino que dicha cobertura está a cargo exclusivo de la obra social ASE por cuanto del contrato celebrado entre ambas partes, se acordó que la empresa de medicina prepaga únicamente debe cubrir las prestaciones de acuerdo al PMO; 2) idénticos argumentos sostuvo con relación a la cobertura de escolaridad en cuanto al acuerdo con ASE y así afirmó que las prestaciones médicas relacionadas con la patología discapacitante quedan reservadas únicamente a la referida obra social. Asimismo, añadió que no se ha acreditado: la necesidad de concurrir al colegio La Inmaculada: que el mismo se encuentre inscripto en el registro; que el programa de aprendizaje se encuentra aprobado conforme el art. 17 de la ley 24.901; y que no exista oferta educacional estatal adecuada a las

características de su discapacidad conforme prescribe el art. 6 de la res. 428/99; 3) en cuanto a la provisión de aceite de cannabis, sostuvo que nunca negó la cobertura. En este sentido, afirmó que, para lograr su importación, los padres deben acompañar la documentación necesaria (que enumeró) y que la acompañaron en forma parcial; 4) falta de contracautela suficiente; 5) anticipo de jurisdicción, en tanto el a quo ha agotado el objeto del amparo con la cautelar concedida y 6) vulneración del principio de división de poderes.

3ro.) A fs. sub 138/156 vta. la parte actora contestó el traslado conferido, y a fs. sub 160/163 el representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó en favor de la confirmación de la medida cautelar.

4to.) La presente incidencia refiere a un niño de 11 años con epilepsia generalizada de tipo ausencia, refractaria al tratamiento.

De la historia clínica surge que el paciente comenzó con crisis epilépticas en los inicios del año 2014, que se manifestaron de forma discontinuada, llegando a sufrir un promedio de 40 crisis diarias. En diciembre de 2016 comenzó con un nuevo tratamiento con Etosuximida, tomando “altas dosis” –2.000 mg. por día, 10 comprimidos diarios–, con “muchos efectos adversos”, respuesta parcial y baja tolerancia, generándole náuseas, vómitos y mareos. Por ello, en febrero del corriente, se implementó al tratamiento el consumo de aceite de cannabis en combinación con Etosuximida, reduciéndose a la mitad la dosis de este último, y observándose una disminución de las crisis sufridas (fs. sub 10 y 12).

5to.) En relación a la prestación de psicoterapia, la recurrente refiere que, dado el contrato celebrado entre Swiss Medical y la obra social ASE, quedan a cargo de esta última la cobertura de las prestaciones que exceden el PMO, entre las que se encuentran la prestación aquí en análisis.

Sin embargo, y más allá de que la recurrente no haya arrojado constancia alguna del acuerdo que acredite el vínculo entre ambas, y su consecuente deslinde de obligaciones para con el amparista, lo cierto es que la pretensión analizada –contrariamente a lo sostenido por Swiss Medical– se encuentra consagrada en el Programa Médico Obligatorio. Por ello, dado que esta misma invocó estar obligada a cubrir únicamente las prestaciones reguladas en el PMO y estando acreditada la afiliación del menor de la prepaga (f. sub 4), su agravio no tiene acogida.

Así, el denominado *fumus bonis iuris*, se desprende de las constancias adosadas a

la causa, que, cotejadas con la normativa aplicable, dan cuenta de la admisibilidad prima facie del derecho que se pretende hacer valer cautelarmente. En efecto, quedó acreditado que el niño requiere retomar el tratamiento psicológico con la Lic. Molla –especialista que no ha sido cuestionada por la recurrente–, conforme prescripción del neurólogo que lo asiste (f. sub 12). Dicha circunstancia fáctica encuentra asidero en el PMO, cuyo art. 4.3., del Anexo I establece: “Prestaciones cubiertas [de salud mental]: atención ambulatoria hasta 30 visitas por año calendario, no pudiendo exceder la cantidad de 4 consultas mensuales. Esto incluye las modalidades de entrevista psiquiátrica, psicológica, psicopedagogía, psicoterapia individual, psicoterapia grupal, psicoterapia de familia y de pareja, psicodiagnóstico”.

Por otro lado, el menor, por su condición de discapacitado (v. certificado de discapacidad a f. sub 6) se encuentra amparado por la Ley 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, que establece un catálogo de prestaciones a las que los agentes de servicio de salud tendrán a su cargo con carácter obligatorio (art. 1). Así, conforme la resolución 428/99 del Ministerio de Salud, art. 2.1.d. regula –entre las prestaciones de modalidad ambulatoria– la atención psicológica, limitando la cobertura en función de un arancel periódicamente modificable.

Por todo lo expuesto, entiendo que se configura en la especie la probabilidad de la existencia del derecho invocado, por lo que la medida dispuesta por el a quo en este punto debe ser mantenida, limitando su cobertura al arancel dispuesto en el nomenclador, (art. 2.1.6.2.).

6to.) En cuanto a la prestación de escolaridad en la institución La Inmaculada, corresponde descartar en este estadio procesal el argumento de la prepaga en cuanto a que ciertas obligaciones quedan a cargo exclusivo de ASE en virtud del contrato celebrado entre ambas, dado que, tal lo sostenido ut supra, no ha acreditado la relación que invoca.

Así, para el estrecho marco cognoscitivo que esta instancia exige –tal lo indicado supra–, el carnet de afiliación obrante a f. sub 4 luce suficiente para acreditar el vínculo entre el amparista y Swiss Medical, y en consecuencia, las obligaciones que se desprenden de aquel. Por otra parte, los cuestionamientos relativos a su vínculo con la obra social ASE, remiten a temas que corresponde se analicen al resolver el fondo.

Ahora bien, la recurrente se agravió además en la ausencia de verosimilitud en el

derecho por entender que la parte actora no ha acreditado la necesidad de concurrir al referido colegio, ni la ausencia de oferta educacional estatal adecuada.

En primer lugar, luce agregado el informe del neurólogo tratante, Dr. Peralta, que da cuenta de la necesidad de continuar concurriendo a dicha institución. Así, el profesional sostuvo que “se solicita continuar con su círculo social y contención escolar en la institución actual (sic), lo cual favorecería si situación actual” (f. sub 12).

Dicha necesidad encuentra encuadre normativo en el art. 6, Anexo I de la resolución ministerial 428/99, que establece “Las prestaciones de carácter educativo contempladas en este Nomenclador serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad, conforme a lo que determine su reglamentación”. La referida norma ha sido interpretada por nuestro Máximo Tribunal en el caso “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de Sanidad s/ amparo, del 27/11/2012, donde estableció diversas pautas respecto de la carga probatoria: “la prueba de dicho extremo no puede recaer en la familia del niño discapacitado, desnaturalizándose el régimen de discapacidad al dejar sin cobertura una necesidad central, fundado únicamente en la ausencia de una prueba negativa que la ley 24.901 no exige”.

En efecto, y teniendo en consideración que la demandada no ha acompañado posibles alternativas u ofrecido prestaciones educativas en instituciones diferentes a la solicitada con una oferta educacional adecuada a las necesidades del amparista –cuya prueba es susceptible de producirse oportunamente en la instancia de grado–, y a la luz de la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal, considero que corresponde rechazar el recurso interpuesto en este punto y, en consecuencia, mantener la orden de cobertura dispuesta por el magistrado de grado, limitándola al monto mensual previsto en la Resol. 428/1999 del Ministerio de Salud y sus actualizaciones.

7mo.) En cuanto a la provisión de aceite de cannabis, la recurrente no cuestionó los requisitos para la procedencia de la medida bajo análisis.

Sin perjuicio de ello, entiendo que los extremos necesarios para su dictado se encuentran prima facie acreditados, por cuanto, respecto del *fumus bonis iuris* el neurólogo tratante sostuvo que “al comenzar con el tratamiento con aceite de cannabis Charlotte’s se observa una disminución de las crisis de ausencia pudiendo y así progresivamente disminuir la dosis de Etosuximida a 1000 mg día (5 comprimidos por día) mejorando la tolerancia al mismo” (sic); (f. sub 11).

Así, la acreditación de la necesidad de dicho tratamiento (3 gotas de aceite cada 12 horas, f. sub 10) confrontada con el régimen normativo para el uso medicinal del cannabis con fines paliativos y terapéuticos que viene emergiendo en nuestra legislación desde principios del corriente año (integrado hasta el momento por ley 27.350, su decreto reglamentario 738/17 y resolución ministerial 1573-E/17), resultan en principio constitutivos del derecho invocado.

En cuanto al periculum in mora, considero que este se configura con el temor a sufrir posibles nuevas crisis epilépticas de no suministrarse el aceite solicitado. En efecto, del informe realizado por el neurólogo pediatra (f. sub 12), luego de realizar un recuento de las crisis experimentadas desde el 2014, refirió que, desde la ingesta del aceite de cannabis, el niño ha mostrado considerables mejorías. Por ello, entiendo que el requisito en análisis se configura pues, la aflicción que cada evento le genera al niño, no resulta susceptible de posterior reparación con una eventual sentencia definitiva que reconozca el derecho invocado.

Por ello, propicio y voto: 1ro.) Se rechace el recurso interpuesto de fs. sub 112/131 y, en consecuencia, se confirme la resolución apelada con los alcances expuestos en los consid. 6to.) in fine, y 7mo.). Con costas (art. 68, CPCCN). 2do.) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del principal (art. 14, ley 21.839).

El señor Juez de Cámara, doctor José Mario Tripputi, dijo:

Que en el marco de las actuaciones de referencia, me adhiero al voto del doctor Pablo A. Candisano Mera.

Con la finalidad de refrendar este voto, désignese al Secretario de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Pampa y, cumplido ello, elévese su original a la Secretaría N° 2 de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca por corresponder. Así lo voto.

Por ello;

SE RESUELVE:

1ro.) Rechazar el recurso interpuesto de fs. Sub 112/131 y, en consecuencia, confirmar la resolución apelada con los alcances expuestos en el consid. 6to.) in fine, y 7mo.). Con costas (art. 68, CPCCN). 2do.) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del principal (art. 14, ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. El señor Juez de Cámara, doctor José Mario Tripputi, suscribió su voto en la ciudad de Santa Rosa (La Pampa) y se incorpora en formato .pdf como parte integrante del presente. No suscribe el señor Juez de Cámara, doctor Juan Leopoldo Velázquez (art. 3º, ley 23.482).

PABLO A. CANDISANO MERA (JUEZ)

JOSÉ MARIO TRIPPUTI (JUEZ)

“F, LD c/ SWISS MEDICAL S.A s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 017233/2017 – CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA – 05/04/2018)

Bahía Blanca, 5 de abril de 2018.

VISTO:

Este expediente nro. FBB 17233/2017/CA2, caratulado “F, L.D. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo ley 16.986”, venido del Juzgado Federal n^{ro}. 1 de la sede, para resolver la apelación de fs. 297/305 vta., contra la resolución de fs. 279/283.

El señor Juez de Cámara, doctor José Mario Tripputi dijo:

1ro.) El juez de primera instancia hizo lugar al amparo interpuesto por Paula Alejandra Vera en representación de su hijo menor, L.D., F. y, en consecuencia, ordenó a Swiss Medical S.A. a la cobertura integral de: 1) los gastos que insume la asistencia del menor al colegio La Inmaculada; 2) tratamiento psicológico con la Lic. Mariana Molla y 3) tratamiento con (CBD – cannabidol) con provisión directa conforme a lo indicado por el médico tratante atento a los fundamentos expuestos (f. 279/283).

2do.) Contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación Swiss Medical S.A., quien sostuvo el pago de los gastos que insume la asistencia del menor en el colegio La Inmaculada cuando se trata de educación común con integración y no educación especial, siendo la educación una prestación social y no médica; se obliga al pago del tratamiento de aceite de cannabis (CBD cannabidol) con provisión directa al medicamento lo que es materialmente imposible ya que el trámite de importación del aceite es personal o a través de apoderado; y por último la imposición de costas (fs. 297/305 vta.).

3ro.) A fs. 307/315 vta. la parte actora contestó el traslado conferido, y a fs. 322/325 el representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó por el rechazo del recurso interpuesto.

4to.) El presente refiere a un niño de 11 años con epilepsia generalizada de tipo ausencia, refractaria al tratamiento.

De la historia clínica surge que el paciente comenzó con crisis epilépticas en los inicios del año 2014, continuando de forma discontinuada, llegando a sufrir un promedio de 40 crisis diarias. En diciembre de 2016 comenzó con nuevo tratamiento con Etosuximida, tomando “altas dosis” –2.000 mg por día, 10 comprimidos diarios–,

con “muchos efectos adversos”, respuesta parcial y baja tolerancia, generándole náuseas, vómitos y mareos. Por ello, en febrero del corriente, se implementó al tratamiento el consumo de aceite de cannabis en combinación con Etosuximida, reduciéndose a la mitad la dosis de este último, y observándose una disminución de las crisis sufridas (fs. 8 /12).

5to.) La Constitución Nacional (art. 75 inc. 23) y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional establecidos en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna otorgan sustento normativo a los derechos que le fueran conculcados al menor discapacitado (DAD Y DH arts. 11y 17; DUDH, art, 22 y 25, PIDEsYc, art. 12; PIDCyP art. 24; CADH, arts, 19 Y 25 y CIDN arts. 3, 23 y 24).

En este marco he de señalar que el menor discapacitado se encuentra amparado por la ley 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad, que establece las prestaciones a las que los agentes del servicio de salud tendrán a su cargo con carácter obligatorio (art. 1).

El Nomenclador de Prestaciones Básicas regula, dentro de los distintos niveles de atención y tratamiento, las modalidades de atención ambulatoria, y distingue, entre otros el módulo centro de educación terapéutico y las prestaciones educativas. Dentro de estas últimas distingue la educación inicial, la educación general básica y el apoyo a la integración escolar (Resol. 428/1999).

La ley 24.901 prevé la educación general básica y el apoyo a la integración escolar en escuela común, para el alumno con necesidades educativas especiales, sin distinguir si se trata de establecimiento público o privado.

En este marco, la escolaridad en la institución La Inmaculada, estaría dentro de las prestaciones que la norma reconoce, ya que en el caso el médico neurólogo infantil que asiste al menor indicó que el paciente debería continuar con su círculo social y contención escolar en la institución actual, lo que favorecería a su situación vigente (fs. 11).

La institución educativa elaboró, en consenso con el neurólogo, un plan de trabajo con el fin de favorecer la integración del alumno y disminuir la posibilidad de vivenciar situaciones ansiógenas que puedan influir en su condición, ya que el niño concurre a dicho establecimiento educativo desde los 3 años (fs. 28).

Por lo cual teniendo en cuenta la normativa vigente, y la prescripción médica, los agravios de la demandada no han de prosperar.

6to.) En cuanto a la queja vertida por la provisión directa del aceite cannabis, he de señalar que hace más al trámite de la ejecución de la sentencia que al fondo de la cuestión.

Sin perjuicio de ello cabe indicar que dentro del marco normativo que reglamenta el uso medicinal de la planta de cannabis cabe la posibilidad que la prestataria pueda hacer efectiva la provisión del medicamento.

Ello, pues la disposición 10874/ E de la ANMAT, establece un régimen de excepción a medicamentos no registrados, por medio del cual se establece un procedimiento para la importación de medicamentos no registrados en el país destinados al tratamiento de un paciente para el que no exista disponible un registro de producto idéntico, similar o alternativa terapéutica adecuada (art. 1).

Tal norma exige la presentación de la documentación que surge del instructivo y asimismo hace referencia a que en caso de no ser el paciente quien retire el producto de la aduana solo podrán hacerlo laboratorios, droguerías y/o distribuidoras habilitadas por la ANMAT.

Es decir que cumplidos los trámites que incumben al amparista, la prestataria está en condiciones de proveer el aceite de cannabis, ya que según lo informado por el Director General de Aduanas se a fs. 295, la obra social debe resultar autorizada u apoderada por el destinatario o en su caso así haberse dispuesto por la autoridad competente.

Asimismo, manifiesta que la entrega de la mercadería se le realiza a quien resulte titular – beneficiario/paciente – resultando aplicable al respecto las reglas generales en cuanto a la representatividad padre/madre/tutor/curador/apoderado o autorizado por mandato judicial.

Por lo que ante cualquier obstáculo que se presente por parte de la autoridad, deberá manifestarlo de inmediato, tal como lo dispuso el a quo ya que el Estado debe velar por su cumplimiento para asegurar el goce efectivo de los derechos consagrados – en este caso la salud–, ya que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4 Ley 25.404).

El Máximo Tribunal sostuvo que “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (Fallos: 323:1339).

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde remitirse al dictamen fiscal, que rebate los fundamentos de la demandada: “de averiguaciones practicadas telefónicamente desde esta Fiscalía General a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) surge que esa Administración tiene previstos los mecanismos para el ingreso al país de la sustancia solicitada, (...) cumpliendo con lo exigido por la ANMAT, la autorización es casi inmediata, pudiendo obtenerse hasta en el día y que la obra social puede solicitar esta autorización no para comprar el aceite para tener en stock sino comprar en nombre del afiliado”.

7mo.) Finalmente, en punto a la imposición de las costas, el art. 14 de la ley 16.986 expresa que "se impondrán al vencido", haciendo aplicación del principio de la derrota consagrado por el art. 68 del CPCCN.

En el caso, el soporte de dicha imposición es un corolario del vencimiento sustancial que tiende a resarcir al vencedor de los gastos en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho, por lo que no habrá de prosperar el agravio expuesto por la demandada al respecto.

Por ello, propicio y voto: 1ro.) Rechazar el recurso interpuesto de fs. 297/305 y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada. Con costas (art. 68, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del principal (art. 14, ley 21.839).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

Me adhiero al voto del doctor José Mario Tripputi.

Por ello;

SE RESUELVE:

1ro.) Rechazar el recurso interpuesto de fs. 297/305 y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada. Con costas (art. 68, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del principal (art. 14, ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. Firman únicamente los suscriptos por haberse integrado con ellos el tribunal.

PABLO A. CANDISANO MERA (JUEZ)

JOSÉ MARIO TRIPPUTI (JUEZ)

“Incidente N° 1 – ACTOR: BAUMANN, MARÍA NATALIA Y OTRO DEMANDADO: UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/INC APELACION”

(Expediente N° 013801/2017/1/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA CIVIL N° 1 – 15/12/2017)

Salta, 15 de diciembre de 2017.

VISTO:

El recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 152/156 y su ampliación de fs. 159 y vta.

CONSIDERANDO:

1.- Que vienen las presentes actuaciones en virtud de la impugnación de referencia efectuada por el apoderado de la obra social Unión del Personal Civil de la Nación en contra de la sentencia dictada en fecha 20 de septiembre de 2017 (fs. 142/148 y vta.) por la que el Juez de la instancia anterior hizo lugar a la acción de amparo promovida por María Natalia Baumann en representación de su hijo Simón Vargas Baumann y, en consecuencia, ordenó a la accionada que en forma inmediata cumpla con la cobertura médico integral que precisa la actora, esto es, el reconocimiento del tratamiento con aceite de Charlotte; ortesis; equipamiento; kinesiología; fonoaudiología; terapeuta ocupacional; autorización para realizar una interconsulta al Servicio de genética del Hospital Gutierrez de Buenos Aires con la Dra. Florencia Villegas Herbas y acompañante terapéutico 8 horas diarias de lunes a viernes, con más el reintegro de lo ya abonado, aclarándose con el pronunciamiento de fs. 158 y vta., que la cobertura de todo ello debía ser del 100 % para mejorar la salud física y psíquica del menor Simón Vargas Baumann.

2.- Que en su memorial de agravios (fs. 152/156 y su ampliación de fs. 159 y vta.) el apoderado de Unión Personal expresó su disconformidad con la resolución en crisis, por considerar que su objeto es amplio, genérico e hipotético, refiriéndose a prestaciones futuras que no fueron solicitadas a la obra social ni rechazadas por ésta.

Con relación al tratamiento con aceite de charlotte, manifiesta que el juez le otorga carácter operativo a una ley expresamente programática, por cuanto la ley 27.350 de “Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados” a la fecha no se encuentra reglamentada, por lo que los agentes del seguro de salud no están obligados a

brindar dicha cobertura. Lo mismo ocurre respecto de la equinoterapia, atento a que actualmente no es considerada una práctica médica y tampoco se encuentran acreditados los beneficios que provoca.

Expresa que del escrito de interposición de la acción de amparo y de la sentencia recurrida no surge a qué tipo de ortesis y equipamiento se refiere, resultando por ello una prestación sumamente genérica.

Asimismo, se agravia por cuanto el juez dictó su fallo ordenando prestaciones de kinesiología, fonoaudiología, terapeuta ocupacional, respecto de las cuales en fecha 21/11/16 se dictó sentencia en los autos “Baumann María Natalia en Rep. de su hijo Simón Vargas c/ Unión Personal s/ Amparo Ley 16.986”, expte. N° 15.070/16, por lo cual no se entiende porque se incluyó en la presente acción.

Considera que la vía excepcional del amparo no es idónea para efectuar el reclamo de reintegros, por lo que la amparista debe ocurrir por la vía correspondiente.

Por último, manifiesta que conforme pedido médico, la obra social autorizó acompañante terapéutico por 5 horas diarias, a fin de efectuar integración escolar, cuya jornada es de 3 horas.

3.- Que en fecha 2/11/17 (cfr. fs.163/165) la parte actora contesta el traslado conferido, solicitando el rechazo del recurso por considerar que carece de una crítica concreta y razonada. Expresa que la sentencia hace efectiva la garantía de los derechos expresamente reconocidos al hijo de la actora por tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional como son la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

A fs. 168/170 y vta. el Defensor de Menores se manifiesta por la confirmación del fallo de primera instancia, y en el mismo sentido dictaminó el Fiscal General Subrogante ante esta Cámara a fs. 172/182 y vta.

4.- Que, ante todo, cabe analizar si se verifica en el recurso la alegada falta de fundamentación. Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, la expresión de agravios debe constituir una exposición que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución recurrida y que sea idónea para demostrar la errónea aplicación del derecho o la injusta valoración de las pruebas producidas, porque el mero hecho de disentir con la interpretación dada en el pronunciamiento apelado o de reiterar planteos anteriores no es suficiente para sustentar el recurso (esta Cámara -

antes de su división en salas- en “Alimentos de Argentina S.A. – Alimar S.A.- c/ Dirección General de Aduanas”, del 1/10/13; CNCont. Adm. Fed., Sala III, “Rizzo, Jorge Gabriel –Inc. Med. y otro c. EN – PEN – Ley 26.855”, del 25/06/13, entre otros).

En tal marco, más allá de que del cotejo del escrito de expresión de agravios (fs.152/156 y 159 y vta.) con el informe presentado por la demandada en los términos del artículo 8 de la ley 16.986 (fs. 129/131), se advierte una identidad entre ambos escritos, la apelación satisface las exigencias requeridas por el citado art. 265 y, además, conforme se expondrá seguidamente, existen dos cuestiones que validan los reproches esgrimidos en la medida en que ellos no fueron considerados con la sentencia, por lo que corresponde ingresar al tratamiento del recurso.

5.- Que siendo ello así, cabe aclarar primeramente que las prestaciones solicitadas fueron debidamente justificadas por las médicas tratantes (confr. fs. 48/53), sin que la obra social haya en ningún momento negado la patología del niño -consistente en encefalopatía epiléptica, epilepsia refractaria, retraso madurativo global y déficit sensorial- y mucho menos la necesidad médica de brindar tales prestaciones.

Asimismo, a fs. 50/53 se describe minuciosamente el diagnóstico, el estado clínico actual, los profesionales que intervienen en el tratamiento de rehabilitación y las prestaciones que se requieren para lograr que el mismo sea adecuado, integral e inclusivo, entre ellas: kinesiología, fonoaudiología, terapeuta ocupacional, acompañante terapéutico, integración escolar, ortesis (valvas supra maleolares), equipamiento (silla de traslado/ silla postural), estudios genéticos complementarios, derivación y seguimiento a centros de mayor complejidad, tratamiento medicamentoso, entre otros.

De igual forma, con relación a la acompañante terapéutica, a fs. 54/55 consta informe en el cual se fundamenta con criterio médico su necesidad durante ocho horas diarias -5 horas en el hogar y 3 horas en el ámbito escolar-, expresando que su incorporación es clave en la evolución del menor, detallando la función que desarrolla, la cual excede la mera administración de medicación y no tiende a suplir el cuidado del menor, sino más bien a lograr mediante una persona especializada una mayor estimulación e integración del niño con su medio.

Por su parte, si bien es cierto que el juez en su sentencia se refiere a “kinesiología, fonoaudiología y terapeuta ocupacional”, puntos que fueron debatidos y resueltos en los autos caratulados “Baumann María Natalia en Rep. de su hijo Simón Vargas c/ Unión Personal s/ Amparo Ley 16.986”, expte. N° 15.070/16, de ello no se vislumbra agravio

alguno para la accionada, ya que, según sus propios dichos, tales terapias vienen siendo cumplidas y son legalmente debidas en los términos de la ley 24.901.

En el mismo sentido, cabe recalcar que los términos amplios de la resolución que se impugna se colige con el sistema de la ley citada precedentemente que prevé prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, correspondiendo en consecuencia desestimar los agravios esgrimidos al respecto por la obra social demandada, lo que no impide recordar que las prestaciones futuras que resulten necesarias para mejorar la calidad de vida del menor deben ser solicitadas y cubiertas en el marco de la ley 24.901.

Igual suerte ha de correr el agravio sostenido en relación al reconocimiento del reintegro por parte del juez de la causa, resultando clara su procedencia -en virtud de lo considerado anteriormente-, pues negar la posibilidad de hacer efectiva la obligación de la obra social demandada con el solo argumento de la excepcionalidad de la vía constituye un excesivo rigor formal que ya fue desestimado por este Tribunal en diversas oportunidades (confr. esta Cámara antes de su división en salas en autos “B., L., A. c/ PAMI s/ Acción de amparo” Expte. 316/12, sent. del 14/1/2013; sala II en “Riva Franco, Liliana Noemi C/ Obra Social De Petroleros Privados, de 19/10/16 entre otros) y más aún cuando la Obra Social demandada no puso en duda el comprobante acompañado por la actora (fs. 15), ni cuestionó el monto reclamado, por lo que resultaría un ritualismo excesivo en el caso concreto rechazar el reintegro solicitado y obligar a la parte actora a iniciar un nuevo juicio para llegar a la misma situación.

6.- Que no obstante lo expuesto y como ya se anticipó, distinta es la solución a la que cabe arribar con relación a la cobertura de equinoterapia, respecto de la cual este tribunal tiene dicho que no se encuentra incorporada en el programa médico obligatorio (PMO) circunstancia que si bien no basta por sí sola para sustentar el rechazo de la pretensión, tampoco alcanza para su procedencia la invocación de apreciaciones genéricas acerca de sus beneficios o propiedades.

En efecto, de las circunstancias de la causa surge que la documentación presentada resulta insuficiente en orden a justificar la pretensión en examen, ya que la indicación médica del tratamiento en cuestión (confr. fs. 50/53) no efectúa una medición concreta acerca de cómo influye la terapia de marras en su evolución, ni está

acreditado que ese tipo de práctica sea mejor que otros tratamientos existentes, o –más aún- que sea insustituible (confr. esta Cámara como Sala única en “Antinori Julia c/ Obra Social Unión Personal s/ amparo ley 16.986” sent. de fecha 23/12/13), por lo que su reconocimiento debe revocarse.

Por último, con relación al aceite de Charlotte, corresponde tener en cuenta que a través del decreto nacional 738/2017 se reglamentó la ley 27.350 sobre “Investigación Médica y Científica de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados”, por lo que los argumentos esgrimidos por la demandada en ese sentido deben rechazarse. Sin embargo, a raíz de lo establecido en la citada norma, corresponde que la parte actora proceda a inscribirse en el registro nacional que allí se prevé (confr. art. 3 y 8 del decreto reglamentario) debiendo la Obra Social comprometer esfuerzos a fin de lograr la efectiva provisión del mismo y cumpliendo para ello con el deber de informar a la afiliada tal como lo prescriben los arts. 42 de la C.N y 4 de la ley 24.240.

7.- Que al prosperar parcialmente el recurso, corresponde imponer las costas de esta instancia por el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCCN).

Por todo lo expuesto, se

RESUELVE:

I. HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 152/156 por la demandada y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el decisorio de fecha 20 de septiembre de 2017 (fs. 142/149), con la salvedad de lo dispuesto con relación a la equinoterapia y al aceite de Charlotte, **DEJANDO ESTABLECIDO** que las prestaciones futuras que resulten necesarias para mejorar la calidad de vida del menor deben ser solicitadas y cubiertas en el marco de la ley 24.901. Costas por su orden (art. 68 del CPCCN).

II. REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvanse.

ERNESTO SOLA (JUEZ)

LUIS RENATO RABBI BALDI CABANILLAS (JUEZ)

“Incidente N° 1 – ACTOR: BAUMANN, MARÍA NATALIA Y OTRO DEMANDADO: UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/INC APELACION”

(Expediente N° 013801/2017/1/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA CIVIL N° 1 – 27/12/2017)

Salta, 27 de diciembre de 2017.

VISTO Y CONSIDERANDO:

1.- Que actora y demandada se presentaron a fs. 189 y 190, respectivamente, e interpusieron recurso de aclaratoria en relación a lo resuelto en esta instancia con fecha 15 de diciembre de 2017 (fs. 184/188).

En ese sentido la actora solicitó se aclare lo expresado en el último párrafo del considerando sexto vinculado con su petición de que la obra social demandada le provea el aceite de Charlotte. Entiende que los fundamentos allí expuestos resultan contradictorios con la parte resolutive, requiriendo se especifique que la obra social tiene a su cargo dar cobertura del mencionado aceite.

Por su parte, la demandada pidió se aclare la imposición de costas de primera instancia por entender que debieron ser distribuidas por su orden igual que las de la alzada, al haberlo solicitado expresamente en el punto I de su escrito de apelación, y por la modificación parcial del resolutorio por parte de esta Cámara.

2.- Que respecto del planteo efectuado por la actora, tal como surge de la resolución de fecha 15 de diciembre de 2017 (fs. 184/188), el Tribunal tuvo en cuenta la reglamentación de la ley 27.350 a través del decreto nacional 738/2017 y, con expresa referencia a lo establecidos en los arts. 3 y 8 de ambas normas, entendió que la actora a fin de obtener el aceite de cannabis debía inscribirse en el registro nacional que allí se prevé.

Es que el art. 3 de la ley 27.350 estableció entre los objetivos a cumplir por parte del Ministerio de Salud de la Nación a través del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamiento no convencionales, el de “garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa, en las condiciones que establezca la reglamentación”; y que la incorporación al referido programa requería la inscripción en el Registro referido en el art. 8 de la ley citada y en el ámbito del

Ministerio de Salud. Por su parte, la referida reglamentación -decreto 738/2017- reiteró que la provisión del aceite y sus derivados se encuentra a cargo del Estado Nacional y “será gratuita” para quienes se encuentren inscriptos en el Programa y se ajusten a sus requerimientos, determinando finalmente que aquellos pacientes “no inscriptos en el Programa” que tuvieren como prescripción médica su uso, “lo adquirirán bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación” (en todos los casos el resaltado es propio), resultando de todo ello que las normas vigentes disponen los pasos a seguir para poder obtener el aceite.

Sin perjuicio de todo ello, el Tribunal estimó oportuno recordar que la obra social debía cumplir con su deber de mantener informada a la afiliada en los términos de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 4 de la ley 24.240 y aunar esfuerzos para lograr la efectiva provisión del aceite en los términos de las normas vigentes, todo ello en la inteligencia de facilitarle a la actora a través de su estructura burocrática una fluidez en el trámite que deba realizar a fin de obtener la inscripción en el Programa y, por ello, al confirmar la resolución de la instancia anterior hizo la salvedad referida al aceite de Charlotte.

Por ello, cabe desestimar el recurso de aclaratoria articulado a fs. 189 por la parte actora, pues no se advierte la concurrencia de un concepto oscuro o error material susceptible de subsanarse por la vía articulada en los términos de los arts. 36 inc. 6º y 166 inc. 2 del CPCCN.

3.- Que a igual solución desestimatoria se arriba en relación al planteo de la demandada, pues además de que en lo sustancial se confirmó el decisorio de la instancia anterior, la accionada -contrariamente a lo sostenido ahora en el escrito aclaratorio- no articuló un agravio diferenciado respecto de la imposición de costas que efectuara el Juez de grado, por lo que tampoco surge error material o concepto oscuro que haga procedente la vía articulada, quedando las costas de primera instancia a su cargo y las de segunda por el orden causado. ASI SE DECIDE.

REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas 15 y 24 de 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y devuélvase la causa al Juzgado Federal de Salta N° 2.

ERNESTO SOLA (JUEZ)

LUIS RENATO RABBI BALDI CABANILLAS (JUEZ)

“DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES”

(Expediente N° 046857/2016/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A – SECRETARÍA CIVIL – 05/02/2018)

Rosario, 5 de febrero de 2018.

VISTO, en Acuerdo de la Sala “A” integrada, el expediente n° FRO 46857/2016/CA1 caratulado “DE LOSANTO, KARINA C/ OSPRERA S/ AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES”, de esta Cámara Federal de Apelaciones (originario del Juzgado Correccional N° 1 del Departamento Judicial Pergamino), del que resulta:

Vienen los autos a la Alzada a raíz del recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada (fs. 35/39) contra la resolución de fecha 13 de octubre de 2016, mediante la cual se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y se declaró de oficio la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia (fs. 18/20vta.).

Concedido el recurso por ante la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental, se corrió el pertinente traslado (fs. 53) que fue contestado a fs. 55/56vta.

Elevadas las actuaciones, mediante el decreto de fecha 27 de noviembre de 2016 (fs. 59) la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental dispuso declarar la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia sobre la que versa la acción y ordenó la remisión de las actuaciones a esta Cámara Federal a fin de que se diera tratamiento al recurso de la demandada.

Recibidos los autos ante esta Alzada, se dispuso la intervención de la Sala “A” (fs. 71). Corrida la vista al Fiscal de Cámara fue contestada a fs. 72. A fs. 73vta. se notificó al Defensor Oficial de Menores por ante los Juzgados Federales y de esta Cámara. Notificada la nueva integración de la Sala y dictado el pase al Acuerdo (fs. 80/81) quedó la causa en estado de ser resuelta.

La Dra. Vidal dijo:

1°) Se agravia la demandada de lo resuelto en autos en cuanto considera que el juez se apartó del régimen aplicable a las Obras Sociales y no expuso fundamentos razonados que sostengan su decisión.

Manifiesta que el fallo incurre en afirmaciones dogmáticas sin fundamento legal.

Afirma que no se ponderó la inexistencia de la negativa de las solicitudes de la contraria y del peligro en la demora.

Se agravia en cuanto estima que no hubo incumplimiento alguno en tanto la medicación cuya cobertura pretende la amparista no se encuentra aprobada para su comercialización en el país. Entiende que, siendo importada mediante la ANMAT para casos excepcionales, la cobertura no es obligatoria. Transcribe parte de una resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud que alude a las solicitudes de medicamentos de uso compasivo por vía de excepción.

Agrega que su parte ha puesto a disposición de la actora las prestaciones necesarias para la patología de acuerdo a las ciencias médicas y guías de práctica clínica y que cuenta con las prestaciones del PMO.

Expone que la medicación que se solicita no se encuentra incluida en el PMO, por lo que estima que no corresponde la cobertura médica en los términos de las leyes 23.660 y 23.661. Además, que la medida cautelar excede el deber de cobertura por consistir en un tratamiento que se encuentra en fase experimental, no habiendo sido incorporado a los protocolos formales.

Transcribe parte de un dictamen expedido por un especialista en farmacología y reitera que el PMO no ha incluido la medicación requerida por lo que no puede exigirse su provisión.

Considera que su accionar no fue arbitrario ni ilegítimo y se queja en cuanto entiende que el a quo no consideró que su parte no se niega a brindar la cobertura sino que exige que sea cumplimentada dentro de los extremos fijados por la normativa vigente y con medicación que se encuentre autorizada por el Ministerio de Salud.

Realiza consideraciones respecto de las medidas cautelares innovativas y se agravia en cuanto lo decidido por el sentenciante configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final.

Funda en derecho, efectúa reserva del caso federal y manifiesta sobre la imposibilidad de cumplimiento de la medida dispuesta por el juez hasta tanto no sea presentada en la documentación requerida por la ANMAT.

2º) Con motivo de la prescripción médica (fs. 25 de autos y documental reservada) en fecha 22 de septiembre de 2016 la actora, en su carácter de progenitora del afiliado menor de edad y con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial Civil N° 1, solicitó a OSPRERA la provisión de la medicación objeto de este amparo consistente en

extracto de cannabinoides –nombre comercial “Everyday Advanced”- (cfr. nota reservada en dos fojas en Secretaría).

La demandada rechazó la solicitud fundado en que, como Agente del Seguro de Salud, debe adecuar sus provisiones a lo establecido en la normativa vigente y en el PMO y resoluciones ss y cc. Además, por encontrarse la medicación en etapa experimental de investigación y ensayos científicos y por estar controvertida su utilización (ver nota externa N° 042 A9/16 de fecha 28/09/2016 reservada en sobre).

3°) En virtud de ello, la actora inició la presente acción de amparo a fin de obtener la autorización, gestión y cobertura del 100% del tratamiento indicado por su médico consistente en extracto de cannabinoides (nombre comercial “Everyday Advanced”) en la dosis y por el tiempo necesarios para cumplir lo indicado. Como medida cautelar peticionó que se ordene a la obra social que provea la medicación dentro de las 48 horas de notificada (fs. 8/9). A lo que el juez accedió.

4°) Uno de los requisitos de las medidas cautelares está configurado por la verosimilitud del derecho (art. 230 inciso 1° CPCCN). Este se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no una incontestable realidad, que sólo se logrará determinar al agotarse el proceso, lo cual implica una amplitud de criterio a su respecto.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (conf. Fallos 306:2060).

Otro de los presupuestos indispensables es la existencia de peligro en la demora (Art. 230, inciso 2° C.Pr.). Esto significa que debe existir un temor grave y fundado en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (conf. Falcón, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. II, p. 235, Abeledo Perrot, 1983).

Cabe decir –además- que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un juicio. La fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el

proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713).

Se ha dicho que: “A partir del caso “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió, mediante la medida cautelar innovativa, la posibilidad de anticipar la tutela cuando se acredite la verosimilitud del derecho y peligro en la demora...El tribunal valoró que la tardanza en la colocación de la prótesis, hasta el momento de la sentencia definitiva, provocaría al actor un perjuicio irreversible en la posibilidad de su recuperación física y psíquica, como también que la permanencia en su situación actual-hasta el momento que concluyera el proceso-le causaría un menoscabo evidente que le impediría desarrollar cualquier relación laboral” (Roland Arazi; “Medidas Cautelares” pág 40, 3º ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea; Bs As.; 2007).

En el fallo citado, el más Alto Tribunal en el Considerando 12 señaló además que “...el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie-según el grado de verosimilitud-los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del imputado...”.

5º) Así, definidos conceptualmente los recaudos que cabe examinar, y despejada la cuestión respecto del argumento esgrimido por la apelante en cuanto al adelanto de jurisdicción, corresponde establecer si en el caso se encuentran configurados, atendiendo a la crítica expuesta por la demandada.

Teniendo en cuenta las constancias acompañadas a la presente causa, prima facie se advierte que la verosimilitud del derecho aparece demostrada. Resulta acreditado con la documentación reservada que el menor SMA es afiliado a la Obra Social demandada; que la actora efectuó administrativamente el pedido de cobertura de la prestación y que la respuesta de la accionada fue negativa. También surge acreditado el padecimiento del niño y su condición de discapacitado; la necesidad del tratamiento con la medicación peticionada conforme la indicación de su médico tratante y su prescripción (ver indicación médica suscripta por el Dr. Pablo Vercell Neurólogo Infantil y recetario de OSPRERA N° 02-178-00304637 firmada por el profesional, ambos reservados en sobre en Secretaría con el resto de la documentación antes mencionada).

Y ello así además, en tanto la propia demandada ha reconocido el carácter prometedor en la utilización práctica del derivado del cannabis. En oportunidad de transcribir el dictamen en consulta emitido por el Dr. Ricardo Cerda, refirió que: “Los tratamientos con cannabis en esta patología, empíricamente parecerían ser prometedores. Si la OSPRERA decide cubrir este tratamiento por razones humanitarias, no nos parecería impropio, y tendría nuestro aval” (el resaltado en negritas me pertenece).

Resulta comprobado asimismo el peligro en la demora que se vislumbra en forma objetiva, atento a la patología que aqueja al niño de cinco años de edad: “Cuadriplejía, no especificada Parálisis cerebral infantil Epilepsia, tipo no especificado” (véase certificado de discapacidad N° 00568280-1 con validez hasta el 16/07/2019, reservado en sobre).

Además, a fs. 17 consta informe del perito médico de la Asesoría Pericial Departamental, Dr. Daniel Vallejos, que luego de analizar la documental y de efectuar examen médico al menor, concluyó que: “...existe la necesidad y urgencia de realizar el tratamiento indicado a la mayor brevedad. El factor tiempo sí puede provocar agravamiento de las mismas”.

6°) Frente a todo esto, el apelante no ha acreditado qué medicamento ofrece en concreto que tenga la misma idoneidad y cumpla con la misma función que el indicado por el médico tratante del hijo de la actora; sino que se limitó a referir que la medicación se encuentra en fase experimental y lo controvertido de su utilización.

Sabido es que la tecnología y la medicina avanzan rápidamente en el tratamiento de diversas enfermedades, por lo que la normativa reglamentaria resulta muchas veces atrasada e insuficiente. En este sentido, cabe considerar lo dispuesto por esta Cámara, Sala “B” –que integro- en autos: “GODOY, Nélica c/ Obra Social Unión Personal s/ Amparo”, en cuanto que el Estado Nacional ha definido en los considerandos de la Resolución 939/2000 el “Programa Médico Obligatorio” señalando que constituye un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (Ac. Nro. 161/12 del 07.08.2012, Sala B).

Allí, se destaca, además, que debe quedar garantizado el mecanismo para la actualización del Programa Médico Obligatorio en virtud del carácter dinámico del conocimiento científico, estableciendo una metodología de análisis para la incorporación de tecnologías que asegure la probada eficacia de todo procedimiento

diagnóstico o terapéutico a financiar por la Seguridad Social. Y, por último, que los Agentes del Seguro son responsables de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de sus beneficiarios y no meros financiadores de las prestaciones.

7º) Por tanto, de acuerdo a lo expuesto, tengo por configurados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Esta Cámara, en un caso similar al presente, en el que se encontraban en juego los derechos de una menor discapacitada que requería la cobertura de determinados estudios a fin de obtener un medicamento de uso compasivo importado como el reclamado en autos, sostuvo que: “En definitiva, la medida cautelar recurrida –conforme lo resuelto por el a quo- ha reunido los requisitos exigidos por la norma de rito, no compartiendo por ello lo expresado por la recurrente en sus agravios en cuanto a que el fallo se encuentra desajustado con la normativa tuitiva que gobierna el acceso a las prestaciones destinadas a las personas con discapacidad.

8º) En el caso se encuentra en juego la salud e integridad física de las personas (conf. CSJN, Fallos: 302:1284), reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. D, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), tratándose además de resguardar la calidad de vida de una menor de edad.

Lo decidido –como se acaba de expresar- compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854; 325:292). Como lo señalaron los jueces Fayt y Moliné O’Connor en Fallos 318:1269 –a quienes se sumó el juez López en Fallos 318:1676- los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, viene a orientar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

En este marco, teniendo presente la doctrina antes reseñada, la jerarquía de los

valores que se hallan en juego –la preservación de la salud de una niña, comprendida dentro del derecho a la vida-, se estima que no resulta razonable dejar sin efecto la disposición precautoria dictada en su resguardo.” (del voto del Dr. Toledo al que adherí, en Acuerdo de la Sala “B” de esta Cámara del 17/11/2016 dictado en autos “ZACCARI, Diego c/ Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina s/ Amparo contra actos de particulares”).

Por lo expuesto, la decisión adoptada en el caso es la que mejor se compadece con la tutela del derecho que se pretende proteger y atento que en el presente amparo se encuentra en juego el interés superior del menor SMA, receptado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada en el citado fallo. Esta norma constitucional proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, en el sentido de que la decisión se defina por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.

Además, cabe agregar que, como es de público conocimiento, en fecha 29 de marzo de 2017 el Senado y la Cámara de Diputados sancionaron la Ley 27.350 (publicada el 19.04.17) que crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, que dependerá del Ministerio de Salud; y que aún se encuentra pendiente de reglamentación. Entre los objetivos del Programa está el de garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis.

En ese contexto, a fin de garantizar las acciones de prevención, asistencia, promoción y protección del niño con discapacidad (art. 1 de la Ley 24.901), conforme la doctrina sentada por nuestro máximo Tribunal de Justicia en cuanto al derecho que se protege, estimo que corresponde rechazar los agravios y confirmar la sentencia apelada.

Lo dicho es sin perjuicio del carácter provisorio de este tipo de tutela y de lo que se resuelva en el fondo del asunto.

9º) En relación a las manifestaciones vertidas por la apelante en el punto VIII de su escrito recursivo, corresponde señalar que lo resuelto por el magistrado, se encuentra sujeto a la presentación por parte de la actora, de la documental requerida para el trámite de importación correspondiente a la adquisición del medicamento a través de la ANMAT (ver resolutive, punto 1º, fs. 20vta.). Así, entiendo que cabe también su rechazo.

10º) En relación a la imposición de las costas, habrá de diferirse al momento de

dictar sentencia en la cuestión de fondo, oportunidad en la cual será analizada integralmente la cuestión de las costas suscitadas en el litigio.

Así voto.

El Dr. Fernando L. Barbará adhirió al voto precedente.

En mérito de lo expuesto;

SE RESUELVE:

I) Confirmar la Resolución de fecha 13 de octubre de 2016 (fs. 18/20vta.), en lo que ha sido materia de recurso.

II) Diferir el pronunciamiento sobre costas hasta que se dicte sentencia sobre la cuestión de fondo. Insértese, hágase saber, comuníquese conforme lo dispuesto en la Acordada N° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente remítanse los autos al Juzgado Federal competente. No participa del presente Acuerdo el Dr. Gallino por encontrarse cumpliendo funciones fuera de la jurisdicción.

FERNANDO LORENZO BARBARÁ (JUEZ)

ELIDA VIDAL (JUEZA)

“Incidente N° 1 – ACTOR: MAFFIA, MARIANA Y OTRO DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE”

(Expediente N° 036816/2016/1/CA002 – CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA – SALA II – SECRETARÍA CIVIL – 20/02/2018)

La Plata, 20 de febrero de 2018.

Y VISTOS:

Este Expte. N° FLP 36816/2016/1/CA2, caratulado: incidente de M. M. OSDE L., L. en autos “M., M. y otro c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Junín;

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación presentado a fs. 136/142 por el Defensor de Menores Público Oficial, Ariel M. Hernández, contra la resolución de primera instancia de fs. 133/135 que resolvió no hacer lugar a la ampliación de la medida cautelar solicitada.

En primer lugar, expresa que resulta arbitraria e infundada en atención a que no se dio intervención al ministerio pupilar conforme lo establece en el art. 103 inc. a del Código Civil.

En segundo lugar, entiende que el juez de grado no ha valorado la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra el menor. Indica que Lucas posee certificado de discapacidad por presentar Trastorno Generalizado del Desarrollo no especificado (TGD), epilepsia, retraso mental leve y otros deterioros del comportamiento con trastornos del espectro autista, como falta del lenguaje, problemas de comunicación, de relaciones sociales, bajo tono muscular, bajas defensas de su sistema inmunológico, episodios convulsivos, intolerancia alimentaria, entre otros.

En virtud de ello, es que considera que se encuentran acreditados los recaudos correspondientes para el dictado de la medida cautelar solicitada. Así, manifiesta que el peligro en la demora y la verosimilitud en el derecho resultan evidentes y fluyen expresamente de los certificados médicos acompañados que dan cuenta de la necesidad de contar con el tratamiento para la patología que lo aqueja.

Por otra parte, cuestiona que se haya rechazado la ampliación de la medida

cautelar solicitada con fundamento en que la pretensión que se examina se confunde con el propio objeto de la acción.

II. Es de importancia recordar que la actora M. M., inició la presente acción de amparo por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad, contra la Organización de Servicios Directos Empresarios con el fin de que se ordene cubrir el 100% de los honorarios profesionales que mensualmente le abona a la Lic. María Aránzazu Rodríguez por el acompañamiento terapéutico que diariamente le brinda a su hijo Lucas.

A fs. 73/78 el juez de primera instancia ordenó a Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), que suministre a L. L. en forma inmediata la cobertura hasta tanto dure su incapacidad de la prestación médica necesaria para afrontar la patología que padece, todo ello previa caución juratoria, resolución que fue confirmada por esta Sala a fs. 116/121.

Cabe señalar, que lo solicitado se debe a que su hijo, L. L., de catorce años de edad, padece de Trastorno Generalizado de Desarrollo (TGD) no especificado Epilepsia – Retraso mental leve y otros deterioros del comportamiento, conforme al certificado de discapacidad que acompaña.

Indicó a fs. 158/170 que conforme se desprende del resultado del Estudio de Mineralograma que le fue realizado a Lucas en el mes de diciembre de 2016 en el laboratorio “The Great Plains Laboratory, Inc” de los Estados Unidos, su hijo posee niveles altos de metales pesados en su organismo (aluminio, uranio, plata, cadmio, plomo, cobre, vanadio, boro y estroncio). En virtud de tal diagnóstico le fue indicado por Marcela Ronald, médica psiquiatra y naturópata, un tratamiento biomédico consistente en: a) dieta libre de gluten, caseína (proteína de leche), azúcar, conservantes y colorantes, con suplementación de vitaminas y minerales y probióticos; b) terapia de quelación endovenosa; c) terapia de oxigenación hiperbárica; d) consumo de aceite de cannabis; e) estudio de mineralograma; f) estudio de intolerancia alimentaria; g) test genético neurofarmagen.

Atento a ello, el día 30/08/2017 se presentó en el centro de atención personalizada de OSDE de la ciudad de Lincoln y requirió el tratamiento prescripto para su hijo Lucas. Explicó que con fecha 22/09/2017 la empresa de medicina prepaga le rechazó la cobertura de todos de los tratamientos y estudios prescriptos por la Dra. Ronald.

Así y ante la negativa de OSDE de cubrir de manera integral con la prestación, se vio obligada a presentarse y solicitar una ampliación de la medida cautelar ordenada y confirmada por esta Cámara.

Cabe destacar que la actora hizo un pormenorizado detalle de las prestaciones médicas cuya cobertura se solicita, señalando su necesidad y su urgencia, a los fines de paliar el trastorno generalizado del desarrollo no especificado que aqueja al menor.

Por su parte, la parte demandada al contestar el traslado, explicó los justificativos del rechazo de la prestación solicitada, argumentando, en una apretada síntesis, que no aparece acreditada suficientemente la obligación de su mandante de dar cobertura a indicaciones que no provienen de especialistas concretos, siendo cuestionables científicamente los resultados en relación a la enfermedad que padece el menor.

III. Consideración de los agravios:

Sentado lo expuesto y en primer lugar corresponde precisar que, para la procedencia de las medidas cautelares se requiere la verificación de los presupuestos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora, conforme lo determina el artículo 230 del CPCCN.

En ese sentido, los recaudos para su procedencia previstos en dicho artículo se hallan de tal modo relacionado que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad o inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

Ahora bien, de las constancias de la causa han quedado acreditadas las siguientes circunstancias: que L. L. es afiliado N°61374453404 a OSDE BINARIO (cfr. fotocopia de carnet de fs. 5), como asimismo las enfermedades que padece: TRASTORNO GENERALIZADO DEL DESARROLLO (TGD) NO ESPECIFICADO – EPILEPSIA RETRASO MENTAL LEVE Y OTROS DETERIOROS DEL COMPORTAMIENTO (ver fotocopia del certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires a fs. 2).

Asimismo, de los informes producidos por la médica psiquiatra tratante, Dra. Ronald, ha quedado demostrada la imperiosa necesidad de la prestación del tratamiento, cuyo objetivo es mejorar la calidad de vida en virtud de las enfermedades que padece el menor: TGD; epilepsia; retraso mental leve; falta de lenguaje; conductas estereotipadas, bajo tono muscular, bajas defensas en el sistema inmunológico; ausencia de componentes químicos que permitan la conexión de neurotransmisores; episodios

convulsivos; intolerancia alimentaria y diarrea, entre otros (ver fs. 88/90 y 94/98).

Por otra parte, también ha quedado acreditada la prescripción del tratamiento con el certificado suscripto por el médico neuroendocrinólogo Luciano Maggi que refirió "... teniendo en cuenta especialmente el resultado negativo del estudio de Mineralograma que le fue realizado a dicho paciente en el mes de diciembre de 2016 en cuanto a la acumulación de metales pesados que tiene en su organismo (como Aluminio; Boro; Cadmio; Plata; Plomo; cobre; etc.), deviene indispensable que el mismo comience cuanto antes terapia de quelación endovenosa para poder eliminar dichos metales los cuales resultan ser muy peligrosos para la salud"... "...que en forma complementaria a la terapia de quelación endovenosa Lucas inicie un tratamiento de oxigenación hiperbárica para la desintoxicación de los referidos metales pesados."..."También prescribo para Lucas dieta libre de gluten; de caseína; de conservantes; de Azúcar y de colorantes... "recomiendo que comience un tratamiento prolongado con GcMAF 50.000 mg., previa autorización del ANMAT para su importación"... "...prescribo para el mismo la realización del Test Genético Neurofarmagen"(ver fs. 102/103).

En el mismo sentido se manifestó el Dr. Luis A. Mazzarini, en su carácter de médico toxicólogo (ver fs. 104/105).

En virtud de las consideraciones que anteceden, considero que se ha acreditado el presupuesto de la verosimilitud en el derecho.

En segundo lugar, corresponde examinar si se encuentra presente el restante requisito previsto por el artículo 230 del CPCCN, es decir el peligro en la concreción de un daño irreparable.

Para ello, es preciso señalar que resultan de suma importancia los tres informes anteriormente mencionados que son coincidentes en señalar la conveniencia y la necesidad de adoptar una pronta solución en virtud de la enfermedad que padece el menor.

Cabe destacar que a fs. 115 y vta., la Dra. Ronald dejó constancia que considera fundamental para el desarrollo evolutivo del menor no suspender el tratamiento con GcMAF spray (importado a nuestro país previa autorización de la ANMAT), en atención a que ha obtenido excelentes resultados en virtud del tratamiento durante 2016/2017.

En consecuencia, y para este caso concreto en donde se encuentra en juego la salud e integridad de un menor con una discapacidad, estimo que resulta estar cumplido el restante requisito que se examina.

Sentado ello, es preciso recordar que la condición de discapacitado del actor, torna aplicable al caso bajo examen la ley 24.901, que hace inmediatamente operativa la obligación de los agentes de salud y de las empresas médicas de cubrir las prestaciones enumeradas en dicho plexo normativo, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1). Asimismo, establece que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas establecidas en la ley que requieran sus afiliados con discapacidad (art. 2).

En las presentes actuaciones, con las prescripciones médicas adjuntadas se busca que el niño cumpla con el tratamiento biomédico; en este sentido, el artículo 38 de la normativa que impera en la materia ley 24.901 establece que en caso de que una persona con discapacidad requiriera, en función de su patología, medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se le reconocerá el costo total.

Sumado a esto, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, etc., se atenderá al interés superior del infante (art. 3, 1); que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad y le permitan bastarse a sí mismo (art. 23, 1), de forma tal, que se asegure el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, a fin de lograr su integración social y el desarrollo individual en la máxima medida posible (art. 23, 3).

Por otra parte, resulta necesario aclarar que si bien la innovativa es una medida precautoria excepcional, porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable, en autos ha quedado demostrado esa situación, pues la prolongación temporal del proceso pone en riesgo la realización del derecho reivindicado.

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de

muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

Es dable agregar que en un caso análogo al presente (“P. A. c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986” expte. N° FLP 31434/2017/CA1, 13 de julio de 2017) en el que se requirió la cobertura del tratamiento biomédico y frente a las discrepancias entre el criterio médico y la demandada se consideró que “El carácter experimental que pudiera tener un tratamiento determinado no alcanza para obstaculizar el derecho del accionante a contar con una esperanza de mejora en su estado de salud, en tanto se encuentre prescripto por el médico tratante ponderando los resultados obtenidos, debiéndose considerar que dicho profesional es quien se encuentra en mejores condiciones a los fines de determinar la terapia más adecuada para el paciente (Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I en la causa “L. B. c/ OSDE s/Amparo de salud”, sent. 8/11/16).

A lo expuesto, cabe mencionar que recientemente se sancionó la ley 27.350 (B.O 19/04/2017) que crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, con el propósito de establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor (art. 1). A su vez, dispuso que “la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica) permitirá la importación del aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente”; y que “la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa (Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicina de la Planta de Cannabis)” (art. 7).

Corresponde tener en cuenta que a través del decreto 738/2007 se reglamentó parcialmente la mencionada ley.

Por ello y hasta tanto el Programa Nacional creado en su art. 2 se encuentre totalmente operativo y en pleno funcionamiento, y dado que resulta menester garantizar la gratuidad del tratamiento consagrado en el art. 7, la demandada deberá suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis, de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante, previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de la sustancia requerida (disposición 10.401/2016 del Ministerio de Salud, que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos – RAEM-).

Por último, es de importancia resaltar la sanción de la ley 27.043 (B.O. 7/01/2015) que declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan trastornos del espectro autista (tea); la investigación clínica y epidemiológica en la materia, así como también la formación profesional en su pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento; su difusión y el acceso a las prestaciones. Así en su artículo 4° se establece: “Los agentes de salud comprendidos en las leyes 23.660 y 23.661; las organizaciones de seguridad social; las entidades de medicina prepaga; la obra social del Poder Judicial, de las universidades nacionales, personal civil y militar de las fuerzas armadas, de seguridad, de Policía Federal Argentina; la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación y los agentes de salud que brinden servicios médicoasistenciales, independientemente de la figura jurídica que tuvieren, tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, las prestaciones necesarias para la pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento de los Trastornos del Espectro Autista (TEA), de acuerdo a lo establecido en los incisos c), e) y j) del artículo 2°. Las prestaciones citadas en los incisos c) y e) del artículo 2° de la presente quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio (PMO).”

En base a todo lo expuesto, dentro del contexto cautelar que nos ocupa, y lo indicado por los médicos que asisten al menor L. L., resulta razonable, que obtenga precautoriamente la prestación solicitada, al menos hasta el dictado de la sentencia.

IV. Por último, advirtiéndose a a fs. 147/153 se ha glosado el recurso de apelación de la parte actora en virtud de lo dispuesto a fs. 155, deberá el juez a quo expedirse sobre dicho recurso.

V. Entonces, en orden a las consideraciones que anteceden y los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la conforman, es que:

1) corresponde hacer lugar a lo solicitado y en consecuencia ordenar a OSDE cubrir con el tratamiento biomédico consistente en: a) dieta libre de gluten, caseína (proteína de leche), azúcar, conservantes y colorantes, con suplementación de vitaminas y minerales y probióticos; b) terapia de quelación endovenosa; c) terapia de oxigenación hiperbárica; d) consumo de aceite de cannabis; e) estudio de mineralograma; f) estudio de intolerancia alimentaria; g) test genético neurofarmagen.

2) Deberá procederse en origen conforme lo dispuesto en el último

considerando.

Se posterga un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI Y EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJERON:

Que adhieren al voto del Juez Álvarez.

Por ello;

SE RESUELVE:

1) Hacer lugar a lo solicitado y en consecuencia ordenar a OSDE cubrir con el tratamiento biomédico consistente en: a) dieta libre de gluten, caseína (proteína de leche), azúcar, conservantes y colorantes, con suplementación de vitaminas y minerales y probióticos; b) terapia de quelación endovenosa; c) terapia de oxigenación hiperbárica; d) consumo de aceite de cannabis; e) estudio de mineralograma; f) estudio de intolerancia alimentaria; g) test genético neurofarmagen.

2) Proceder en origen conforme lo dispuesto en el último considerando. Se posterga un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

OLGA ÁGELA CALITRI (JUEZA)

CÉSAR ÁLVAREZ (JUEZ)

ROBERTO AGUSTÍN LEMOS ARIAS (JUEZ)

“RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA Y OTROS c/ PEN s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 030597/2017/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA - SECRETARÍA CIVIL – 26/03/2018)

Mar del Plata, 26 de marzo de 2018.

VISTOS:

Estos autos caratulados: “RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA y otros c/ PEN s/ Amparo - LEY 16.986”, Expediente FMP 30597/2017, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad;

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Jiménez dijo:

I) Que arriban estos autos a la Alzada, en virtud del recurso de apelación incoado por la parte actora, contra la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., por la cual se rechaza in limine la acción de amparo promovida.

Se agravia la recurrente por entender que el a-quo ha partido de premisas falsas, llegando a una resolución incoherente e incongruente; y que ha omitido el tratamiento de los asuntos planteados.

Sostiene además, que en la demanda no se ha atacado la falta de reglamentación del autocultivo, sino que se ha requerido el permiso para utilizar cannabis con fines legítimos (derecho a la salud, a la vida), y – en su caso - se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.737, cuestión esta última, que el a quo ha omitido tratar.

Asegura que está en juego el derecho a la libertad individual además del derecho a la salud, adunando a lo referido, que aquí no se requiere la utilización de la marihuana con fines recreativos, sino terapéuticos.

Subraya que, teniendo en cuenta lo antedicho, lo solicitado no es un “destino ilegítimo” en los términos planteados por el tipo penal; y – luego de citar jurisprudencia en su apoyo - solicita que se revoque el proveído recurrido, y por ende se habilite la vía y se haga lugar a la cautelar solicitada.

II) La causa está en condiciones de ser resuelta luego del llamado de fs. 76, firme y consentido; por lo cual corresponde adentrarme al tratamiento del recurso

interpuesto.

III) Que de la detenida lectura de las constancias de autos, me encuentro en condiciones de adelantar criterio, en el sentido de revocar lo decidido por el Sr. Juez de Grado, ello en base a los fundamentos que a continuación expondré:

Comenzaré por recordar el actual texto del art. 43 de la C.N., que reza: "(...) Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución" (textual de la norma).

En tal sentido puedo señalar que el amparo ha sido concebido como un proceso constitucional para la tutela urgente e inmediata de los derechos fundamentales, que custodia en tal contexto, la supremacía de la Constitución.

En este caso, las prerrogativas que aquí se dicen implicadas – conforme a las manifestaciones oportunamente vertidas en la demanda - son el derecho a la salud, a la calidad de vida, a la dignidad, y a la libertad individual.

Ante la envergadura que detentan tales derechos, y su alegada violación, es necesario advertir que los argumentos para denegar la vía del amparo deben ser en estos casos, absolutamente convincentes; y – de acuerdo a mi perspectiva - eso no se aprecia en autos, al punto de habilitar equivocadamente el rechazo "in límine" de la acción promovida.

Es que si bien es cierto que los jueces mantienen hoy la facultad para analizar la admisibilidad de una pretensión, también lo es que ésta potestad se debe interpretar con criterio restrictivo cuando se trata de denegar sin más trámite, el reclamo de tutela a un derecho constitucional.

Bien ha sostenido en este sentido la mejor doctrina, que "(...) de esta forma si "toda persona" tiene derecho a un proceso rápido y expedito contra cualquier acto o amenaza de sus derechos constitucionales, ningún juez puede obstaculizar el derecho a obrar la garantía, esto es, a tener un proceso tutelar de esos derechos, y si interpreta que no puede actuar por las razones que fundadamente explicita, le debe indicar al recurrente cual es "la vía judicial más idónea"///" (Cfr. Gozaíni, Osvaldo "Derecho Procesal Constitucional/Amparo" Edit. Rubinzall-Culzoni, pág. 420, el resaltado me pertenece).

En efecto, teniendo en cuenta que lo requerido por los amparistas se relaciona con un presunto impedimento al uso medicinal del cannabis, no luce razonable aseverar –como lo hizo el a quo- que la acción “debe encuadrarse como una autorización judicial para incurrir en la conducta tipificada actualmente por el art. 5to. de la ley 23.737(...)”, sobre todo si se advierte que los actores solicitaron asimismo la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley en cuanto fuera necesario, para así garantizar sus pretendidos derechos.

Asimismo, si bien es claro que la sola existencia de la ley 27.350 no produce automáticamente la autorización requerida en autos, ello no implica que no se pueda habilitar la vía judicial para abrir el debate sobre si corresponde o no el otorgamiento judicial de dicha autorización.

Lo dicho debe enmarcarse en la instancia en la que nos encontramos, y de ninguna manera implica adelantar criterio alguno respecto del fondo del asunto, ni siquiera respecto del otorgamiento o no de la medida cautelar solicitada; para lo cual el a quo deberá extremar el análisis de los recaudos propios de procedencia para resolver oportunamente la cuestión.

Por último, es oportuno aclarar –desde el punto de vista de la legitimación de la entidad amparista- que el propio artículo 43 de la C.N. otorga legitimación a las Asociaciones que propendan a la defensa de los usuarios y consumidores, registradas a tal fin (Cfr. Quiroga Lavié, Humberto “El Amparo Colectivo” Edit. Depalma, 1998, pág. 186/87, íd. CSJN Fallos 95:419, autos “A.G.U.E.R.A. c/ Provincia de Buenos Aires” LL.29/5/97). En tal sentido, ha sido clara y unánime la más calificada doctrina al respecto, cuando indicó que en estos casos la legitimación ha de concederse a asociaciones de cualquier tipo, en la medida en que se encuentre definida su finalidad institucional en sus estatutos (Cfr. por todos ellos, Quiroga Lavié, citado, pág. 191). Por otra parte, la relevancia de las entidades no gubernamentales en la temática particular debatida en autos está reconocida por la propia ley 27.350, que en su art. 5 autoriza a la autoridad administrativa a firmar convenios con ONG para promover la aplicación de tal normativa. En este caso, los fines terapéuticos esgrimidos por la entidad se relacionan directamente con el objeto pretendido en autos, y éste con el objeto social que consta en el art. 1 de su estatuto (fs. 2); por lo cual –tanto desde su capacidad jurídica como desde su legitimación procesal- la entidad amparista no encuentra escollos para actuar en autos.

Que, asimismo, debo recordar que desde los albores de la reforma constitucional me he inclinado tanto desde el plano académico como desde la faz jurisdiccional -en virtud de haberme desempeñado como magistrado federal de primera instancia de esta jurisdicción- en favor de la amplia y garantizadora formulación que el artículo 43 de la Carta Magna ha brindado a la acción de amparo.

Debo adicionar a lo expuesto que en el marco de la protección al derecho a la salud, cuando el interés reviste un carácter general, es que cobra especial relevancia la necesidad de que la acción procesal de garantía sea plena y amplia ya que estos derechos no serían tales, sin posibilidad de ser actuados a fin de evitar su deficiente cobertura, o aún peor, la no prestación del mismo.

Que, a lo precedentemente expuesto, debo adicionar que la Constitución Nacional ha incorporado varios tipos de amparo cuyo impulso corresponde a distintas categorías de sujetos legitimados; en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de abordar estas cuestiones en el pronunciamiento dictado en los autos caratulados: “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873, Dec. 1563/04- s/ amparo, ley 16.986” (Fallos: 332: 111), conceptos que luego fueron nuevamente aplicados por el alto Tribunal al rechazar la falta de legitimación activa de la asociación co-actora “Proconsumer” en el posterior pronunciamiento: “Cavaliere, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo”, registrada en la colección de Fallos: 335: 1080, sentencia del 26 de junio de 2012 (confr. especialmente considerando 6º a 8º del citado precedente).

En efecto, el artículo 43 citado, establece en el segundo párrafo que “(...) [P]odrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley”.

De este modo, además del denominado amparo individual, personal o clásico reconocido en el primer párrafo del ya tantas veces mencionado artículo 43 de la Ley Fundamental, se admiten otras categorías que tutelan, por un lado, los derechos de incidencia colectiva en general, y por el otro, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales. En el primer caso, - los derechos de incidencia colectiva - tienen por objeto bienes colectivos y para cuya tutela sólo se concede una legitimación extraordinaria al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de

defensa de aquellos fines. En este caso no existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos sino un bien de naturaleza colectiva (vgr. el ambiente). En cuanto a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos se producen frente a la afectación mediante un hecho único o continuado que provoca la lesión de derechos individuales enteramente divisibles, tales como los casos de afectación de derecho a la salud cuyas incidencias en una posible limitación, son claramente generales respecto del grupo que se dice afectado (confr. Considerandos 9 a 13 del citado precedente “Halabi” y lo expuesto por este Tribunal en autos: “Orgambide, Jorge c/ Poder Legislativo Nacional s/ amparo”, T^o CXI, F^o 158.808; Cons. III).

Que, en consecuencia, desde la citada norma se reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, una tratado o una ley.

Luego, de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo, no se sigue la automática aptitud para demandar sin el examen de la existencia de “causa” la cual presupone la de “parte”, quien, a su vez “[...] debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas [en el artículo 43] de la Constitución Nacional.” (Cfr. Fallos: 331: 1364 y su cita de Fallos: 326: 3007).

En tal sentido no debemos olvidar que “[...] [A]plicar la ley es objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar por sí misma una ley o una cláusula constitucional, y estudiarlas e interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes: su facultad para explicitarlas o interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones. Conceder tales facultades sería dar al Poder Judicial mayor fuerza y autoridad que a los

otros dos, destruyendo el sistema de Gobierno y exponiéndolos a continuas controversias (...)” (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1964, pág. 456 y 457).

Que, dentro del contexto apuntado, es que interpreto que el apoderado de la ONG demandante en Autos se encuentra en condiciones de instar la debida tutela, motivando de ese modo la actuación de la legalidad constitucional, en procura de la defensa de los derechos de la tercera generación, como lo es el derecho a la salud del colectivo demandante, enmarcado en éste peculiar contexto.

Así, avalar esta modalidad de legitimación ha sido objeto de la jurisprudencia constante en este fuero cuando se pretendieron afectados los citados derechos humanos de la tercera generación (confr. autos: “MGP s/ medida cautelar”, del Juzgado Federal de Mar del Plata, sentencia del 18 de diciembre de 1991, N° 7893, con nota de Germán J. Bidart Campos; “Millán c/ AFA” y otra s/ acción de amparo”, expte. 35.746 y causa “Katz, Intendente Municipal del Partido de General Pueyredón”, sentencia del 30 de mayo de 2002, entre muchos otros).

Que, en consecuencia considero pertinente tener al representante de la ONG amparista “Red de Personas Viviendo con HIV/SIDA, Delegación Mar del Plata”, por debidamente legitimado para obrar, en atención a la incidencia colectiva que presenta el reclamo de Autos (ver fs. 36 vta., Punto 1, 3º párrafo.).

Por último, y a todo evento, se hace saber al magistrado de primera instancia actuante, que por razones de seguridad jurídica e imperativo legal, y a fin de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han participado a la fecha en el proceso, deberá poner en conocimiento del recientemente creado Registro Público de Proceso Colectivos la existencia de las presentes actuaciones (acordada CSJN 32/2014), haciendo adecuar – si así correspondiese – la demanda promovida a los parámetros legales allí mencionados.

Conforme lo antes vertido es que propongo al Acuerdo:

1) REVOCAR la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., y por ende **HABILITAR LA VÍA DEL AMPARO, DETERMINANDO SU CARÁTER “COLECTIVO”;** debiendo el a quo analizar entonces las peticiones efectuadas en la demanda conforme a los parámetros indicados en la presente resolución;

2) SIN COSTAS, atento la inexistencia de contraparte (art. 43 de la C.N., arts. 1 y ccs. de la ley 16.986).

Tal, el sentido de mi voto.

El Dr. Ferro dijo:

I.- Que arriban estos autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación incoado por la parte actora, contra la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., por la cual rechaza in limine la acción de amparo promovida.

Se agravia la recurrente por entender que el a quo ha partido de premisas falsas, llegando a una resolución incoherente e incongruente; y que ha omitido el tratamiento de los asuntos planteados.

Sostiene que en la demanda no se ha atacado la falta de reglamentación del autocultivo, sino que se ha requerido el permiso para utilizar cannabis con fines legítimos (derecho a la salud, a la vida), y –en su caso- se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.737, cuestión –esta última- que el a quo ha omitido tratar.

Asegura que está en juego el derecho a la libertad individual además del derecho a la salud, y que no se requiere la utilización de la marihuana con fines recreativos sino terapéuticos.

Subraya que, teniendo en cuenta lo antedicho, lo solicitado no es un “destino ilegítimo” en los términos planteados por el tipo penal; y –luego de citar jurisprudencia en su apoyo- solicita que se revoque el proveído recurrido, y por ende se habilite la vía y se haga lugar a la cautelar solicitada.

La causa está en condiciones de ser resuelta luego del llamado de fs. 76, firme y consentido; por lo cual corresponde que nos adentremos al tratamiento del recurso interpuesto.

II.- Que de la detenida lectura de las constancias de autos, estamos en condiciones de adelantar nuestro criterio en el sentido de revocar lo decidido por el Sr. Juez de Grado, ello en base a los fundamentos que a continuación exponemos.

Comenzaremos por recordar el actual texto del art. 43 de la C.N., que reza: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución (...)”.

En tal sentido podemos decir que el amparo es un noble proceso constitucional

que custodia la supremacía de la Constitución.

En este caso, los derechos implicados –conforme a las manifestaciones vertidas en la demanda- son el derecho a la salud, a la calidad de vida, a la dignidad, y a la libertad individual.

Ante la envergadura de tales derechos, es necesario advertir que los argumentos para denegar la vía del amparo deben ser absolutamente convincentes; y –de acuerdo a nuestra perspectiva- eso no se aprecia en autos.

En efecto, teniendo en cuenta que lo requerido por los amparistas se relaciona con el uso medicinal del cannabis, no luce razonable aseverar –como lo hizo el a quo- que la acción “debe encuadrarse como una autorización judicial para incurrir en la conducta tipificada actualmente por el art. 5to.de la ley 23.737(...)”, sobre todo si se advierte que los actores solicitaron asimismo la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley en cuanto fuera necesario para garantizar sus pretendidos derechos. Asimismo, si bien es claro que la sola existencia de la ley 27.350 no produce automáticamente la autorización requerida en autos, ello no implica que no se pueda habilitar la vía judicial para abrir el debate sobre si corresponde o no el otorgamiento judicial de dicha autorización.

Lo dicho debe enmarcarse en la instancia en la que nos encontramos, y de ninguna manera implica adelantar criterio alguno respecto del fondo del asunto, ni siquiera respecto del otorgamiento o no de la medida cautelar solicitada; para lo cual el a quo deberá extremar el análisis de los recaudos propios de procedencia para resolver oportunamente la cuestión.

Por último, es oportuno aclarar –desde el punto de vista de la legitimación de la entidad amparista- que el propio artículo 43 de la C.N. otorga legitimación a las Asociaciones que propendan a la defensa de los usuarios y consumidores, registradas a tal fin (Cfr. Quiroga Lavié, Humberto “El Amparo Colectivo” Edit. Depalma, 1998, pag.186/87, íd. CSJN Fallos 95:419, autos “A.G.U.E.R.A. c/ Provincia de Buenos Aires” LL.29/5/97). En tal sentido, ha sido clara y unánime la más calificada doctrina al respecto, cuando indicó que en estos casos la legitimación ha de concederse a asociaciones de cualquier tipo, en la medida en que se encuentre definida su finalidad institucional en sus estatutos (Cfr. por todos ellos, Quiroga Lavié, citado, pág.191). Por otra parte, la relevancia de las entidades no gubernamentales en la temática particular debatida en autos está reconocida por la propia ley 27.350, que en su art. 5 autoriza a la

autoridad administrativa a firmar convenios con ONG para promover la aplicación de tal normativa. En este caso, los fines terapéuticos esgrimidos por la entidad se relacionan directamente con el objeto pretendido en autos, y éste con el objeto social que consta en el art. 1 de su estatuto (fs. 2); por lo cual –tanto desde su capacidad jurídica como desde su legitimación procesal- la entidad amparista no encuentra escollos para actuar en autos.

Por ello, propongo al Acuerdo revocar la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., y por ende habilitar la vía del amparo; debiendo el a quo analizar entonces las peticiones efectuadas en la demanda conforme a derecho. (art. 43 de la C.N., arts. 1 y ccs. de la ley 16.986).

Tal es mi voto.

El Dr. Tazza dijo:

Que por sus fundamentos adhiere al voto del Dr. Jiménez.

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

(Por unanimidad)

1) REVOCAR la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., y por ende **HABILITAR LA VÍA DEL AMPARO**, debiendo el a quo analizar entonces las peticiones efectuadas en la demanda conforme a los parámetros indicados en la presente resolución;

(Por mayoría de los Dres. Tazza y Jiménez)

2) DETERMINAR la acción de **CARÁTER “COLECTIVO”**,

3) SIN COSTAS, atento la inexistencia de contraparte (art. 43 de la C.N., arts. 1 y ccs. de la ley 16.986).

JORGE FERRO (JUEZ)

ALEJANDRO OSVALDO TAZZA (JUEZ)

EDUARDO PABLO JIMÉNEZ (JUEZ)

“S.A.K. Y OTROS c/BRAMED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 67495/2017 – JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 3 – 17/04/2018)

Córdoba, 17 de abril de 2018.

Al escrito de fs. 136 téngase presente lo manifestado. Atento la denuncia de incumplimiento efectuada por la actora en relación a que no obstante haber dado cumplimiento con el trámite legal establecido por la disposición de la ANMAT, conforme fuera ordenado en el proveído de fecha 24/1/2018 (fs. 87), no obtuvo aun la prestación requerida, como se solicita provéase a la medida cautelar solicitada en autos.

En consecuencia, a la solicitud de que se provea la cobertura del tratamiento de cannabis medicinal, configurándose en la especie los requisitos previstos en el art 230 del CPCCN, toda vez que, sin que esto importe adelantar criterio sobre el fondo de la cuestión planteada, de los extremos invocados y documental acompañada, resultaría la verosimilitud del derecho invocado en los términos que para la presente cautelar se requiere, esto es de posibilidad razonable de que el derecho exista, toda vez que en la especie se encuentra comprometida la cobertura de salud del menor B. S., G., quien se encuentra discapacitado según certificado de discapacidad (fs. 23) con diagnóstico de RETARDO DEL DESARROLLO, OTRAS EPILEPSIAS Y SÍNDROMES EPILÉPTICOS GENERALIZADOS, SINDROME DE DOWN, con orientación prestacional de "PRESTACIONES DE REHABILITACIÓN, PRESTACIONES EDUCATIVAS (INICIAL/EGB) - TRANSPORTE", y que a raíz de este diagnóstico según dan cuenta las Lic. Silvana M. Tullan, Agustina Pérez Carletti - Fonoaudióloga, Beatriz Caminos - Fonoaudióloga, C. Noelia Rosales - Kinesiología y Fisioterapia y Melina Moreno - Psicomotricista con fecha 7/11/2017 (fs. 24/25), el menor se encuentra "...desde el inicio de tratamiento (2016) al día de la fecha se ha notado buena evolución en el paciente, particularmente desde el inicio de tratamiento con aceite de Cannabis indicado por el médico tratante. Se observa al niño con menos convulsiones...", obrando a fs. 53 la prescripción médica del Dr. Claudio Palacios de la medicación de Charlotte's Web.

Que encontrándose prima facie comprometida seriamente la salud de un menor discapacitado deben observarse las cláusulas de Convención de los Derechos del Niño aprobadas por el Estado Argentino mediante ley 23.849 cuyas disposiciones se han incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad federal por imperio del art 75 inc

22 de la Carta Magna, luego de la reforma del año 1994, las cuales prevén 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, se atenderá al interés superior del niño (art 3.1), y que los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan (art 4), reconociendo que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (art 6.1) y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (6.2), reconociendo 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 (art 24), debiendo asimismo observarse las cláusulas contenidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, como así también la ley 27.350.

Que el peligro en la demora resulta de la patología que sufre el menor.

En consecuencia, encontrándose la parte actora exenta de contracautela conforme art. 200 inc. 2 del CPCCN, ha lugar a la medida cautelar solicitada, ordenándose a BRAMED S.R.L.-MEDICINA PRIVADA a que en el término de 48 hs., de notificado del presente proceda a brindar la cobertura al 100% a favor del Menor B. S., G., "Charlotte's Web" conforme prescripción médica de fs. 53, con más gastos de envío e importación, todo condicionado a que previamente la actora gestione y obtenga por ante ANMAT la autorización del ingreso al país del producto médico requerido, conforme fuera establecido en el proveído de fecha 24/1/2018 (fs. 87).

La presente medida se dicta por el término de seis meses de conformidad a lo establecido por la Excm. Cámara Federal de Apelaciones mediante acuerdo n° 155/2011 de fecha 12/10/2011, bajo apercibimiento a cuyo un oficiese.

Al punto II, previo notifíquese el proveído de fecha 2/2/2018 (fs. 104) a la parte actora. Remítanse las presentes actuaciones a la Sra. Fiscal Federal de conformidad a lo dispuesto en los proveídos de fecha 10/1/2018 (fs. 56) y de fecha 31/1/2018 (fs. 92).

MIGUEL HUGO VACA NARVAJA (JUEZ)

“P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 12325/2017 – JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MISIONES – 26/04/2018)

Posadas, 24 de abril de 2018.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados como: "Expte. N° 12325/2017 P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ Ministerio de Salud de la Nación y otro s/ Acción de Amparo Ley 16.986";

RESULTANDO

1) A fs. 16/26 se presenta Jorge Marcelo Armanini en carácter de apoderado de la Sra. ***** quien viene en representación de su hijo menor a interponer acción de amparo constitucional contra el Ministerio de Salud de la Nación y OSDE a fin de que condene a las demandadas a tornar todas las medidas pertinentes hasta obtener la provisión para el tratamiento médico con aceite de cannabis con cobertura total. Manifiesta que dicho aceite está indicado para la enfermedad que padece el menor, epilepsia refractaria a múltiples esquemas de drogas, la cual se encuentra asociada a un retardo del desarrollo, epilepsia y síndrome epiléptico sintomático con localizaciones focales y parálisis cerebral infantil.

Relata que el menor de dos años padece desde su nacimiento "retardo del desarrollo, síndrome epiléptico sintomático relacionado con localizaciones focales parciales y parálisis cerebral infantil".

Que se inició tratamiento médico y farmacológico en el que el menor fue sometido al uso de más de seis medicamentos de provisión autorizada, sin tener ninguna mejoría y, por el contrario, experimento un agravamiento de su estado de salud ya que esto le produjo epilepsia refractaria al tratamiento farmacológico.

Que, a los fines de obtener una adecuada atención, se tramito ante el Ministerio de Salud de la Provincia de Misiones el certificado único de discapacidad, y la Junta Medica corroboró la patología padecida por el menor.

Relata que, como consecuencia de los intentos fallidos con medicación convencional para este tipo de enfermedad, la Dra. Marisol Torna, neuróloga infantil del

Hospital Italiano, prescribió y requirió a la ANMAT, la provisión de aceite de cannabis, medicamento de uso compasivo permitido por tal organismo.

Relata que dicho medicamento no se produce ni comercializa en el país, debe ser importado, por lo que se debió solicitar al laboratorio proveedor "Grown and Made in Colorado USA".

Que una vez realizado el trámite ante la ANMAT y con el pedido de la neuróloga, se requirió a OSDE la autorización y cobertura de la mencionada droga, pero la prepaga rechazo la cobertura de la misma amparándose en el hecho de no estar nombrada conforme la Resolución 310/04 del Ministerio de Salud de la Nación.

Que ante dicha negativa y la necesidad de proporcionar al niño una mejor calidad de vida, los padres procedieron a la compra de la medicación por cuenta propia, abonando la suma aproximada de dólares estadounidenses ochocientos cuarenta y ocho (u\$ 848).

Manifiesta que la condición económica de su mandante torna imposible adquirir dicha medicación debido al costo del aceite de cannabis. Y que ha quedado totalmente demostrada la mejoría experimentada por el menor luego del uso del aceite.

Funda en derecho y solicita medida cautelar. Ofrece pruebas.

2) A fs. 28/29 dictamina el Sr. Fiscal Federal, opinando que el conocimiento de la causa es de competencia del suscripto y que se encontraría habilitada la vía una vez que la solicitante presente HC que acredite la evolución de los tratamientos que recibiera el menor, su falta de efectividad y los efectos observados durante la administración del aceite de cannabis.

3) A fs. 31/35 la actora acompaña documental que fuera requerida.

4) A fs. 37/38 toma intervención la Sra. Defensora Dra. Telma Verónica Laurenz quien asume la representación como Ministerio Pupilar del menor.

5) A fs. 40 se tiene por habilitada la instancia y por iniciada acción de amparo y se ordena el libramiento de oficios al Ministerio de Salud de la Nación y a OSDE, a fin de que expidan los informes circunstanciados, finalmente se deniega la cautelar solicitada.

6) A fs. 48/58 se presentan los Sres. Emilio Cesar Joulia y Graciela Beatriz Canteli en representación de la Organización de Servicios Directos Empresariales OSDE, a presentar el informe circunstanciado.

Señalan en primer lugar que nos encontraríamos ante un panorama particular y

novedoso acerca del uso del aceite de cannabis con fines terapéuticos y que por ello le resulta necesario aclarar que no le corresponde a OSDE la cobertura ni la provisión de tal medicamento.

Que el medicamento solicitado no se encuentra incluido en el Plan Médico Obligatorio (PMO), no se encuentra aprobado por la ANMAT, se desconocen los resultados adversos o contraindicaciones y solamente puede ingresar al país mediante el Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos no registrados, a través de un trámite que debe llevar a cabo el mismo paciente, por lo cual el medicamento solo puede entrar al país, si se cumplen una serie de requisitos establecidos por la Disposición 10874-E/2017 y que dicho trámite es perfectamente conocido por el afiliado porque ya lo ha realizado en al menos una oportunidad.

También alegan que la no comercialización del medicamento significa que los laboratorios y droguerías estiman inconveniente su fabricación o libre importación para nuestro país. Que, si bien hay un Régimen de excepción de Medicamentos, es de carácter estrictamente excepcional.

Que no puede observarse, por las razones ya expuestas arbitrariedad o ilegalidad manifiesta alguna por parte de la obra social.

Que no fue acreditada de forma alguna que el niño se encuentre inscripto en el Programa para adquirir el medicamento en forma gratuita.

Solicita una audiencia a los fines de arribar a una conciliación o simplificar la cuestión litigiosa. Hacen reserva del caso federal y solicitan el rechazo de la acción.

7) A continuación -fs. 67- la Dra. Galarza, en su carácter de Defensora Publica, también solicita una audiencia de conciliación.

8) A fs. 70/72, obra contestación de la Superintendencia de Servicios de Salud, del Oficio diligenciado a su parte.

9) A fs. 74, se fija fecha de audiencia, la cual se lleva a cabo el día 8 de febrero del corriente -fs.76/78- en la cual las partes no arriban a un acuerdo.

10) A fs. 79 se dicta medida de mejor proveer, la cual se agrega a fs. 82/85.

11) Finalmente, luego de agregada documental perteneciente a un informe actuarial, a fs. 88 obra llamamiento de autos para sentencia, y;

CONSIDERANDO:

En primer lugar, debo señalar que en autos no se encuentra discutida la condición de afiliado a OSDE de ***** como así tampoco la enfermedad que

padece y su consecuente discapacidad -fs. 3,4,32-, y luego de las manifestaciones de la madre y de su pediatra de cabecera *****, tampoco de la mejoría en el estado del menor a través del uso de aceite del cannabis "En lo mirada de los papás y lo que uno ve desde el uso de cannabidiol uno ve la reducción del 50% de los crisis de *****".

Lo que está en debate, en cambio, es la obligación de la prepaga de otorgar o no la cobertura integral de la medicación prescripta por los médicos tratantes.

Cabe en primer lugar destacar que la presente acción, involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, que constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico ha dotado de la máxima protección normativa - arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 24 establece el reconocimiento de los estados partes del 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 (...) se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios-.

Sumado a ello, ***** , en su condición de discapacitado, goza de un régimen especialmente tuitivo instaurado por la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En sus cláusulas se prescribió que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias y el derecho a una mejora continua de sus condiciones de vida.

Asimismo, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y la ley 25.404 en su art. 4 estableció que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna.

Recientemente, fue sancionada la ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, con el propósito de establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, la

cual dispuso en el art. 7 que "la ANMAT permitirá la importación del aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente"; y "la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa (Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicina de la Planta de Cannabis)".

En coincidencia con ello, el Ministerio de Salud de la Nación dictó, en septiembre de 2017, la Resolución 1537-E/2017 la cual, en su Anexo I, establece "1. ...que las personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de Cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes, son susceptibles de solicitar la inscripción en los Registros que le dependen, (...) 2.a) De Pacientes en Tratamiento (R.N.P. en T.) Podrán solicitar la inscripción al registro aquellas personas que, padeciendo los enfermedades establecidas por el Programa, tengan prescripción médica de cannabis y sus derivados (...) Una vez registrado el paciente, EL PROGRAMA iniciará el trámite para la provisión de aceite de cannabis, en los términos del art. 3° inc. d) ley 27350, a través del Banco Nacional de Drogas Oncológicas en sus delegaciones jurisdiccionales ...".

En relación a lo manifestado por OSDE respecto a que la medicación no se encuentra incluida en el PMO cabe señalar que "Pese a la especificidad del sistema normativo que regula las prestaciones a favor de las personas con discapacidad, dado la infinidad de variables que pueden tener lugar en el universo de beneficiarios, siempre cabe la posibilidad de un caso concreto que no encuentre un encuadre perfecto dentro de sus previsiones. En tales casos, debe atenderse a los principios generales que surgen de la ley 24.901, como el de la integralidad de la cobertura (art. 1) y el que propicia la necesidad de atender a las características de la patología del beneficiario, su edad y situación socio familiar (art. 19). También debe atenderse a la concreta necesidad del beneficiario para cuya determinación debe darse prioridad al criterio del médico tratante, que tuvo contacto directo con su paciente y elaboró un diagnóstico científico, frente a la opinión estandarizada de la prestadora" (CFABB, expte. N° FBB 44 17/2016/CA2, "A.J.D. el OSDE y otro si Amparo ley 16.986", 6/4/ L7).

Clarificado lo anterior, no puedo dejar de poner resalto en lo manifestado por el Dr. ***** a audiencia celebrada: "En la mirada de los papás y lo que uno ve desde el uso

de cannabidiol uno ve la reducción del 50% de las crisis de *****. Ese es un punto importante. Permite que el cerebro de ***** este más receptivo o los estímulos en el cerebro.

Asimismo, tampoco puedo dejar de destacar lo manifestado por la madre quien enfrenta el día a día con ***** "A él le cuesta volver cuando tiene una crisis fuerte. Lloro. Tiene como 4 tipos de convulsiones diferentes. Todas son cortas por suerte. Lo que notamos con el cannabidiol es que se le cortaron las convulsiones que le hacen llorar y duerme toda la noche, se levantaba a las 2 o 3 y no dormía más. Dormía 4 horas por día. Mi marido tiene que dormir con el bebé para girarle para que no se acalambre." "Lo que más responde es el cannabidiol. Con la Dra. Torna llego a tomar, probó con 7 drogas, y se quedó con 3. Mi hijo quedaba tirado todo el día... Después de 7 u 8 meses de la dieta cetogénica, como no dio resultado, la Dra. Torna dijo que iba a probar con el aceite porque le hicieron el estudio del sueño en el NIBA porque convulsionaba muchas veces al día. Le recetó el Charlotte Web Oil. La cuestión es que a la primera semana el niño fijaba la mirada porque tenía la mirada siempre perdida y comenzó a tener menos descargas... Lo que notamos es que las convulsiones fuertes que duran 10 o 15 segundos ya no tiene. Lo único que le da es leve. Antes le daba todo el tiempo. A la mañana le dan 2 o 3 (sic). Antes le daban como 20 o 30. Hace un año que no toma puridol y desde que toma puede asistir a las terapias. Antes era imposible. No fijaba la mirada. No veía los objetos podía quedar tirado todo el día."

Y continúa manifestando: "Yo sé que OSDE cubre todo, es lo mejor no lo cambio por nada, pero estamos al cope. No podemos más. Mi tarjeta esta al tope. También tengo que pagar un gestor que me hace los trámites para pagar el cannabis y realizar los trámites en Ezeiza. Cada compra sale \$ 32.000". Ello refleja la vulnerabilidad e incertidumbre en la que se encuentra su madre y lo complejo de la gestión para la obtención de la medicación, toda vez que la continuidad del tratamiento del niño se haya subordinada a una articulación extraña a su voluntad, lo que implica que intempestivamente el tratamiento podría discontinuarse por imposibilidad de acceso al mismo.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta el grave cuadro de salud del menor, reconocido por todas las partes, los padecimientos sufridos a lo largo de su corta vida, por el niño y sus padres, considero imperativo salvaguardar la mejoría que éste ha logrado mediante la utilización del aceite cannábico, lo cual quedó clarificado por lo

manifestado por el Dr. ***** y la madre. De forma tal, que cualquier tipo de retroceso ante estos avances en su calidad de vida -y en el de su familia- se toma inadmisibile.

Así, siendo que el concepto de salud implica un estado de completo bienestar físico, mental y social -y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades- el cuadro descripto me permite afirmar que el derecho no puede resultar indiferente al sufrimiento humano.

Cabe señalar al respecto que la ley 27.350 establece que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis con fines medicinales, contando con la indicación médica pertinente; que el Programa Nacional creado en su art. 2 no se encuentra operativo, ello surge de información recabada vía mail con la Licenciada Norma Belixan de la ANMAT -fs. 86-, de donde surge que si bien se encuentra firmada la autorización de importación de aceite de cannabis que será suministrado por un laboratorio canadiense a los pacientes incluidos en el Registro de Pacientes en tratamiento (R.N.P. en T.) reglamentado por Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, y resultando necesario garantizar la gratuidad del tratamiento consagrada en el art. 7; por lo que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el programa referido, en las condiciones que establece su reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis, de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante, previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de la sustancia requerida (Disposición 10.401/2016 del Ministerio de Salud, que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos -RAEM-).

De lo contrario, consagrar el derecho al uso medicinal del cannabis sin la posibilidad de garantizarlo implicaría una suerte de reconocimiento de derechos como meros principios de buena voluntad, así la CSJN sostuvo que "el Escodo no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio" (Fallos, 323: 1339).

En consecuencia, resuelvo se disponga que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Registro Nacional para pacientes en tratamiento -creado por Resolución 1537-E/2017 en su Anexo 1- respecto a la provisión gratuita del aceite de cannabis, La obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para

suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis a través del Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados, de acuerdo a las dosis y prescripciones de su médico Tratante. Asimismo, y en forma simultánea, la madre del menor deberá comunicar a este Juzgado mensualmente, el cumplimiento de los trámites para la inscripción de ***** al Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento (R.N.P en T.) conforme el Anexo 1 de la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud para el uso medicinal del cannabis. Una vez inscripto ***** en el Registro y operativa la provisión del aceite mediante el procedimiento allí establecido, cesará la obligación de OSDE (art.43 CN; art. 1 y concordantes de la Ley 16.986, doctrina y jurisprudencia aplicable).

Que respecto de la imposición de costas, y tratándose de un caso "novedoso", las mismas se imponen en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

Entonces, y en atención a los fundamentos expuestos es que;

FALLO:

1) Hacer lugar al amparo y ordenar que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Registro Nacional para pacientes en tratamiento -creado por Resolución 1537-E/2017 en su Anexo 1- respecto a la provisión gratuita del aceite de cannabis, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis a través del Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados, de acuerdo a las dosis y prescripciones de su médico tratante. Asimismo, y en forma simultánea, la madre del menor deberá comunicar a este Juzgado mensualmente, el cumplimiento de los trámites para la inscripción de ***** al Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento (R.N.P en T.) conforme el Anexo 1 de la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud para el uso medicinal del cannabis. Una vez inscripto ***** en el Registro y operativa la provisión del aceite mediante el procedimiento allí establecido, cesará la obligación de OSDE.

2) Que, respecto de la imposición de costas, y tratándose de un caso "novedoso", las mismas se imponen en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

Regístrese. Notifíquese, y una vez firme, cese la intervención del Sr. Fiscal Federal.

JOSÉ LUIS CASALS (JUEZ)

“Incidente Nº 1 – ACTOR: YOO, IAN VALENTIN DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”

(Expediente Nº 008880/2017/1/CA001 – CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II – 22/05/2018)

Buenos Aires, 22 de mayo de 2018.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 114 del presente incidente -fundado a fs. 134/141-, cuyo traslado fue contestado a fs. 144/151 por la actora y a fs. 153/155 por el Sr. Defensor Público Oficial, contra la resolución de fs. 103/104; y

CONSIDERANDO:

I.- Que el señor juez hizo lugar a la petición cautelar formulada, ordenando a O.S.D.E. -Organización de Servicios Directos Empresarios- garantizar al menor Ian Valentín Yoo la cobertura al 100% de “Charlotte’s web” en la dosis y especificaciones que surge de la prescripción obrante a fs. 76, así como de los demás tratamientos que viene recibiendo según prescripción médica obrante a fs. 77.

La demandada apeló esa decisión. Destacó ante todo su carácter innovativo, enfatizando la coincidencia entre el objeto de la acción y el de la medida precautoria. Cuestionó que el sentenciante haya considerado suficiente que la parte actora preste caución juratoria, la que claramente no se corresponde con los perjuicios que la medida cautelar pudiera causarle a la obra social. Enfatizó que en el caso no se configura la verosimilitud del derecho, invocando la arbitrariedad de la decisión del juzgador. Por otra parte, invocó el principio establecido en el art. 6 de la Ley Nº 24.901, según el cual debe satisfacer las prestaciones contempladas en dicha norma mediante sus prestadores contratados y resaltó que nada dispone con relación a que la cobertura deba ser a través de profesionales que no tengan relación contractual con la obra social. En ese sentido, advirtió que la cobertura por reintegro que O.S.D.E. ofrece para que los beneficiarios puedan elegir profesionales ajenos al listado de prestadores, es un beneficio adicional que no tiene origen legal, sino convencional de acuerdo al plan superador contratado. Añadió que los padres del actor discrecionalmente optaron por profesionales ajenos a su cartilla. En ese sentido, destacó que no existió conducta reprochable de su parte, dado que puso a disposición de Ian sus propios prestadores al

100% de cobertura y autorizó, además, a través de plan superador contratado por sus padres, el reintegro correspondiente de las prestaciones, aunque con las limitaciones propias del plan elegido. Por otra parte, y con relación a la cobertura del 100% del aceite “Charlotte’s web” sostuvo que aquel no se encuentra contemplado entre los medicamentos que integran el Programa Médico Obligatorio, motivo por el cual no corresponde reconocer su cobertura. Sobre este punto, añadió que la Ley N°27.350 nada dice de la cobertura por parte de las obras sociales respecto del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, en tanto si dispone que su cobertura será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa. Por último, sostuvo que en el caso no se había acreditado que se configure el peligro en la demora.

Conferido el traslado pertinente, fue replicado por la actora en los términos que surgen del escrito obrante a fs. 144/151, en tanto el señor Defensora Pública Oficial hizo lo propio mediante la presentación de fs. 153/155.

II.- Que así planteada la cuestión a decidir, se debe recordar inicialmente que el carácter innovativo de una medida precautoria no es, por sí mismo, un obstáculo para su procedencia; y lo mismo sucede con la coincidencia total o parcial entre su objeto y el de la acción, en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (confr. esta Sala, causa 6814/14 del 21.8.15, entre otras), valorando para ello tanto el estado de la parte que la solicita como el resguardo del derecho de defensa de su contraria (C.S.J.N. Fallos: 320:1633).

Ello no implica desconocer la prudencia con que se debe apreciar los recaudos que hacen a su procedencia, ponderando que alteran el estado de hecho o de derecho existentes al tiempo de su dictado y configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (confr. C.S.J.N., Fallos: 316:1833; 319:1069, entre otros), aunque no se debe descartar la aplicación de una medida de ese tipo por temor a incurrir en prejuizgamiento cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, procurando evitar los perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (C.S.J.N. Fallos: 320:1633).

Sin perjuicio de ello, reiteradamente este Tribunal ha juzgado que en casos como el presente, donde el objeto último de la acción está dirigido a cubrir las necesidades de una persona con discapacidad, el criterio para examinar la procedencia de una medida

precautoria –aun cuando tenga carácter innovativo– debe ser menos riguroso que en otros, dadas las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer prestaciones como la que es objeto de la decisión apelada (confr. causas 1993/12 del 14.5.13 y 407/14 del 18.11.14, entre otras).

III.- Que, en el caso, se encuentra fuera de debate la aplicación de la Ley N° 24.901. Como es sabido, ésta fija estándares mínimos obligatorios para todos aquellos entes que tienen a su cargo la prestación de servicios relacionados con la salud (ver, en particular, art. 2 de la citada ley y art. 7 de la Ley N°26.682). La normativa está informada por el principio de cobertura integral y máxima inclusión social de las personas con discapacidad (ver art. 1 de la Ley N° 22.431 y arts. 1, 2, 11 y 15 de la Ley n° 24.901), lo que aquí debe conjugarse con el estatuto jurídico de la niñez, que eleva a rango de principio la consideración primordial de su interés superior (confr. arts. 3, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional y arts. 1, 2, 3, 8 y 14 de la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes).

La ponderación de estos principios rectores, entre otros, condujo a la Corte a resolver en una causa en la que se debatían cuestiones análogas a las traídas a conocimiento del Tribunal, que cuando se encuentran implicados el derecho a la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes –en el particular contexto del estatuto de la discapacidad–, los padres del menor sólo deben acreditar la condición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional; y la parte demandada debe probar –y poner a disposición– una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio y demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna. Además añadió que dejar sin cobertura una necesidad central con único fundamento en la ausencia de una prueba negativa que la Ley N° 24.901 no exige implica la desnaturalización del régimen de la discapacidad. Y que frente a la disyuntiva que puede generar la limitación impuesta por la resolución ministerial N° 428/99 (punto 6, Anexo I), debe estarse a las directrices tuitivas que impone el régimen propio de la ley en favor del niño y, por añadidura, de sus cuidadores (confr. dictamen de la Procuradora Fiscal al que la Corte Suprema se remitió in re “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, R. 104. XLVII del 27-11-12 y sus citas; esta Sala, causa 2.150/13 del 6-8-13 y sus citas).

IV.- Que en el sub lite no está cuestionado que el menor (de 10 años de edad) es

afiliado a O.S.D.E., que padece Trastorno Generalizado del Desarrollo con epilepsia refractaria (confr. fs. 5), que se le extendió el certificado de discapacidad previsto en la Ley N° 22.431 (fs. 16), que necesita recibir –en lo que aquí interesa- las prestaciones aludidas (v. informes obrantes a fs. 7, y fs. 10/12) y que en la actualidad los planes de los distintos tratamientos están siendo abordados por los profesionales cuyos informes se encuentran agregados a fs. 17/18, 31/34 y 48/49.

En lo que aquí interesa, y más allá de la mención que realiza la accionada con relación a los profesionales de su cartilla que han sido puestos a disposición de la representante del menor para aquellas prestaciones que brindan profesionales ajenos (v. pto. 2 de fs. 136/139), lo cierto es que, en este estado liminar de la causa, no puede determinarse si aquella oferta se ajusta a sus necesidades. En ese sentido, es del caso mencionar que más allá de las genéricas manifestaciones formuladas en oportunidad de contestar la carta documento cuya copia luce a fs. 86 no indicó de manera concreta a los profesionales integrantes de su cartilla que pudieran brindar las prestaciones requeridas atendiendo la patología del menor (v. fs. 89). Incluso, en su memorial, se limita a adjuntar como aporte documental el régimen relativo a la “modalidad de reintegros por prestaciones de discapacidad”, sin realizar ninguna ofertar prestacional concreta (v. fs. 128/132).

Así tampoco pueden establecerse las implicancias que podrían derivar de la interrupción de los tratamientos en curso, cuyos resultados se han revelado como favorables a la menor (ver informe obrante a fs. 17, 31/33 y 48/49). Sobre este punto, sólo basta referir que el informe fonoaudiológico advierte que “en el transcurso del tratamiento progresa satisfactoriamente dentro del marco de su patología orgánica de base, logrando ampliar su repertorio léxico que emplea espontáneamente destinándolas al interlocutor eventual” (fs. 17, segundo párrafo). En igual sentido, la Licenciada Zamani expone que “... se destacan los avances mencionados y por tal motivo, se recomienda su continuidad con la misma frecuencia de sesiones de tratamiento individual y personalizado de musicoterapia y pedagogía especial” (fs. 33).

En tal contexto, no surgiendo de los elementos incorporados en autos que la obra social haya justificado una oferta prestacional de jerarquía técnica igual o mayor de modo que pueda tenerse por garantizada la atención de la salud del afiliado, según la complejidad del caso, ni una oferta prestacional adecuada a la índole de la discapacidad que presenta, la verosimilitud en el derecho a las prestaciones exigidas tiene sustento en

las disposiciones de la Ley N° 24.901 (confr. arts. 15, 16, 17, 21 y citados) y el criterio jurisprudencial ya explicitado (ver, asimismo, Sala de FERIA, causa 6.924/12 del 10-1-13), por lo que corresponde confirmar la resolución apelada.

V.- Que, por otra parte, la obra social se queja respecto del reconocimiento de la cobertura del 100% del “Aceite Charlotte”, por considerar que el tratamiento solicitado no se encuentra contemplado en el Programa Médico Obligatorio.

Sobre este aspecto de la cuestión, se debe considerar que de las constancias de autos surge que al menor le ha sido prescripto el uso del medicamento “Charlotte’s web”, de acuerdo a las constancias médicas obrantes a fs. 6. y fs. 8. De este modo, y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar sólo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que el mantenimiento de la medida precautoria decretada incluso en este aspecto de la cuestión, no ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de salud del menor Ian Valentín.

Por lo demás, es válido recordar que las previsiones contenidas en el Programa Médico Obligatorio no constituyen una limitación para los agentes del seguro de salud sino una enunciación de la cobertura mínima que los beneficiarios están facultados a exigir a las obras sociales (confr. causas 6138/07 del 27.9.07 y 7474/07 del 27.5.08, entre otras).

VI.- Que en lo concerniente al peligro en la demora, tratándose de prestaciones vinculadas con el desarrollo y la formación de un niño de corta edad, es claro que la dilación en obtener la satisfacción de lo pretendido puede conspirar contra el objetivo que se persigue, especialmente teniendo en cuenta la falta de controversia en torno a la procedencia sustancial de los reclamos formulados.

VII.- Que, finalmente, el Tribunal estima suficiente la caución fijada por el a quo, teniendo en cuenta el grado de verosimilitud que ostenta la pretensión del menor (conf. art. 199, tercer párrafo, del C.P.C.C.N.) y la índole del derecho cuya tutela se procura.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal;

RESUELVE: confirmar la decisión apelada, con costas (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Difiérase la regulación de los honorarios profesionales para el momento en que se dicte la sentencia definitiva.

El doctor Ricardo Víctor Guarinoni no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ALFREDO SILVEIRO GUSMAN (JUEZ)

EDUARDO DANIEL GOTTARDI (JUEZ)

“C, V, A c/ OSDE Y OTRO s/AMPARO DE SALUD”

(Expediente N° 009027/2016/CA001 – CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA I – 26/06/2018)

Buenos Aires, 26 de junio de 2018.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 106/108 por OSDE, contra la imposición de costas decidida a fs. 103/105 y la regulación de honorarios allí practicada, cuyo traslado fue contestado por la actora a fs. 110/112; y

CONSIDERANDO:

1. El Señor Juez, hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, condenó a OSDE a brindar cobertura integral del medicamento Charlotte’s Web Hemp Extract in Olive Dietary Supplement en la cantidad y forma requerida por el profesional tratante.

Para así decidir, tuvo por reconocido que la actora es afiliada a OSDE y que padece epilepsia refractaria, que es discapacitada y se le ha prescripto la medicación cuya cobertura reclama. Entendió que la accionada no cuestionó el derecho de la actora de recibir la medicación reclamada.

Determinó que, teniendo en cuenta que la actora solicitó la cobertura y, ante la respuesta negativa de la demandada, se vio en la necesidad de iniciar la presente acción ante la cual la accionada recién cumplió con la prestación requerida a raíz del dictado de la medida cautelar. Agregó que no es dudoso que la actora se vio obligada a promover la presente acción de amparo ante la inoperancia de sus reclamos extrajudiciales.

Por último, desestimó la acción promovida contra el Estado Nacional –Ministerio de Salud, toda vez que no se ha demostrado en autos la existencia de un acto u omisión por parte de aquél o de alguno de sus organismos descentralizados por los cuales deba responder.

La demandada se agravia de tal decisión en cuanto le impone las costas. Aduce que antes de que venza el plazo para la contestación del informe circunstanciado, su parte autorizó la cobertura excepcional aquí solicitada. Agrega que la patología de la beneficiaria no fue cuestionada y tampoco el hecho de que se trata de una persona con certificado de discapacidad vigente y la indicación del medicamento requerido –aceite de cannabis.

Aduce que no hay norma alguna que la obligue a brindar la cobertura de ahí su carácter de excepción- y que la ley 27.350 que regula el “Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados” nada dice respecto a que las obras sociales –como lo es OSDE- deban brindar su cobertura a sus beneficiarios.

2. En primer lugar, cabe señalar que el art. 14 de la ley de amparo expresa “Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el art. 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo”, por lo que, para apartarse de dicho principio son necesarias especiales y concretas circunstancias que tornen procedente esa solución (conf. esta Sala, doctr. causas 5565/98 del 29.12.98, 3223/00 del 7.9.00, 7337/99 del 5.10.00, 6049/00 del 8.3.01 y 17.520/03 del 5.8.04), las cuales a criterio del Tribunal no se encuentran presentes en el caso.

3. En efecto, de las constancias de la causa surge que se reclamó a OSDE –con anterioridad a la interposición de la demanda- la cobertura del medicamento y que en respuesta a ello, la entidad manifestó que no podía dar curso favorable a su solicitud y que “...como Agente de Seguro de Salud, se encuentra obligada a brindar la cobertura que Osde brinda a sus afiliados, como tampoco se encuentra disponible su comercialización en el país...” (cfr. fs. 20). Se dictó una medida cautelar en el expediente ordenando a la demandada “...arbitrar en el plazo de 2 días los medios necesarios para que la Sra. Valeria Agostina Comeglio tenga cobertura integral (100%) de la medicación detallada a fs. 25...” (cfr. fs. 41/44). A fs. 49/50 la actora denunció incumplimiento de la medida cautelar y, finalmente, a fs. 56 se presentó e informó que OSDE le hizo entrega de dos frascos del medicamento que motivó la medida cautelar (ver fs. 65).

Resulta claro entonces que, ante la demora incurrida por la accionada en el cumplimiento de sus obligaciones y frente al riesgo que ello implicaba para su salud, la parte actora se vio obligada a promover la presente acción (conf. esta Sala, causas 2820/02 del 3.10.02, 9108/01 del 3.12.02, 9.587/06 del 8.5.08, 8.917/06 y 8.918/06 ambas del 5.6.08, entre otras).

En consecuencia, y considerando que se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia (conf. Chiovenda, “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, trad. de Sentís Melendo, t. II, pág.5, citado por la Sala III de esta Cámara en la causa 8578 del 17.11.92; y esta Sala, causas

5565/98, 3223/00, 7337/99 y 6049/00 citadas y 3158/02 del 26.12.02), el Tribunal concluye que el criterio adoptado en la anterior instancia, en cuanto impone las costas a OSDE, es el correcto.

En virtud de lo expuesto;

SE RESUELVE:

Confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas a Osde (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial).

En atención a los recursos deducidos a fs. 106/108 (punto IV), contra la regulación de honorarios practicada en el decisorio apelado, y ponderando el mérito, la extensión, la eficacia de la labor desarrollada y la naturaleza del juicio, se confirman los emolumentos del letrado apoderado de la actora, Dr. Gustavo Enrique De Erausquin – solo apelados por altos- art. 36 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432.

Por la labor desarrollada en la Alzada, valorando el valor disputado y el éxito obtenido, se regulan los honorarios del letrado apoderado de la actora, Dr. De Erausquin en mil pesos (\$1000); arts. 14 y citados del arancel.

El Dr. Fernando A. Uriarte no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA SUSANA NAJURIETA (JUEZA)
GUILLERMO ALBERTO ANTELO (JUEZ)

“IVANCICH, MARIA PIA c/ DASPU – OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTROS/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS”

(Expediente N° 054049/2018/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE CÓRDOBA – SALA A – 20/07/2018)

Córdoba, 20 de Julio de 2018.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados “I., M. P. c/ DASPU - OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTROS/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS” Expte. N° FCB 54049/2018/CA1”, llegados a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación articulado por la actora, señora M. P. I., con el patrocinio letrado del doctor Jorge Orgaz, en contra del proveído de fecha 16 de julio de 2018 dictado por el señor Juez Federal N°2 de Córdoba, en cuanto dispuso: “No surge de las constancias de autos que se encuentren reunidos, en esta oportunidad, los requisitos del art. 230 del Cpr, en especial la verosimilitud del derecho, ya que la parte actora no cumplimentó con la disposición n° 10874/2017 del Ministerio de Salud de la Nación al haber denegado el ANMAT el trámite de importación del medicamento objeto de autos, por lo que, se rechaza la medida cautelar solicitada”.- (fs. 153)

Y CONSIDERANDO:

I. Surge de lo actuado que la presente acción de amparo fue iniciada por la señora M.P.I. con fecha 21/06/2018 en contra de la Obra Social Universitaria –DASPU- y el Estado Nacional, con la finalidad de obtener el suministro de aceite de Cannabis para uso medicinal en cantidad necesaria y de forma permanente, para poder continuar con el tratamiento médico prescripto por los distintos profesionales que la asisten, quien padece un Tumor de pared torácica-subpleural: Neurofibroma con Bandas de Colágeno Denso y Cambios Mixoides. Asimismo la accionante solicitó que el Estado Nacional la inscriba en el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales establecido por la Ley N° 27.350. Peticionó, también que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 14, segundo párrafo de la Ley 23.737, 7 del decreto 738/2017, del punto 1 del Anexo I, de la Resolución N° 1537-e/2017 y de la comunicación de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) de fecha

7/10/2016. (Ver escrito inicial a fs. 109/150)

En oportunidad de entablar la demanda, la accionante requirió como medida cautelar innovativa urgente que se oficie a las demandadas, a los fines de que arbitren los medios necesarios para asegurar la cobertura urgente del aceite de cannabis medicinal, en la cantidad suficiente y de forma permanente, para poder continuar con el tratamiento médico prescripto.-

El señor Juez Federal de primera instancia tuvo por iniciada la presente acción de amparo y le dio trámite conforme lo previsto por la Ley 16.986. En cuanto a la medida cautelar peticionada, consideró necesario previo a todo que la parte actora cumplimente lo dispuesto en la Resolución N° 10874/17 del Ministerio de Salud que aprueba el Régimen de Acceso de excepción de medicamentos a los fines de la aprobación de la importación del medicamento objeto de autos para la amparista por el ANMAT, ya que solo se ha acreditado inicio del expediente administrativo en cuestión. (Ver proveído de fecha 3 de julio de 2018, fs. 137)

Ante ello, la parte actora acompañó Resolución N° PV-2018-32213721-APN-DECBR#ANMAT de fecha 6/7/2018 correspondiente al Expediente Administrativo EX-2018-29995528-APN-DFYGR#ANMAT, mediante la cual le informó que la indicación para la cual solicitó el producto no cuenta con autorización emitida por ANMAT conforme a la Dirección de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Quedando así acreditada la denegatoria del suministro del aceite de cannabis, la accionante solicitó se otorgue de manera urgente la medida cautelar peticionada. (fs. 149/150 y reiteración a fs. 152)

El Inferior mediante proveído de fecha 16 de julio 2018 rechazó la medida cautelar solicitada. Para así resolver tuvo en cuenta que de las constancias de autos no surge que se encuentren reunidos los requisitos del art. 230 del C.P.C.C.N. en especial la verosimilitud del derecho ya que la parte actora no cumplimento con la disposición N° 10874/2017 del Ministerio de Salud de la Nación al haber denegado el ANMAT el trámite de importación del medicamento objeto de autos.

En contra de este proveído, la parte actora interpone recurso de apelación (fs. 154/163).

II. Expresión de agravios del apelante.

Al expresar agravios la recurrente manifiesta en primer lugar que se omitió considerar la concurrencia del requisito referido al peligro en la demora para el

otorgamiento de la medida cautelar. Ello por cuanto considera suficientemente acreditado que la actora no se encuentra en condiciones físicas ni psicológicas de esperar la tramitación de la causa judicial hasta que recaiga sentencia definitiva en este pleito y en caso de ser favorable, de aguardar a la incorporación al plan estatal de suministro de aceite de cannabis medicinal, sin antes obtener la medida cautelar solicitada que le permita acceder urgentemente al medicamento requerido para paliar en parte los severos, constantes y crecientes dolores que padece, evitando así los múltiples y graves daños colaterales que está provocando la medicación que actualmente consume de acuerdo a lo denunciado por los profesionales que la atienden.

En segundo lugar, considera que el Inferior omitió considerar la concurrencia del requisito referido a la verosimilitud en el derecho para el otorgamiento de la medida cautelar. Manifiesta que su pretensión fue asentada en diversas normas de la Constitución Nacional, instrumentos sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, instrumentos internacionales con jerarquía infraconstitucional, como la Ley de Obras Sociales Universitarias N° 24.741, la Ley 27.350 acerca del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados la cual resulta aplicable especialmente a la temática ventilada en autos, la cual considera que fue desvirtuada por las disposiciones reglamentarias. Es por ello, que entiende que la concurrencia de normas de diferente jerarquía, pero todas superiores a la norma reglamentaria, en respaldo de los derechos a la vida y a la salud de la actora, basta para considerar debidamente acreditado el requisito exigido para el otorgamiento de la medida cautelar referido a la verosimilitud del derecho, con prescindencia del resultado final del pleito que se sustancia.

Expresa que ambos requisitos esto es la verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora, se encuentran indisolublemente relacionados, por lo que a mayor verosimilitud del derecho corresponde no ser tan exigente con la gravedad e inminencia del daño, y viceversa cuando existe un serio riesgo de daño irreparable, el rigor acerca de aquella exigencia debe atenuarse. Agrega que a su entender en la presente causa, confluyen de manera clara e indubitable ambos requisitos que en consecuencia, justifican largamente el otorgamiento de la medida cautelar oportunamente solicitada.

III. Medidas previas para mejor proveer y vista al Fiscal.

Arribados y radicados los autos en este Tribunal de fería, se solicitó como medida para mejor proveer que la obra social DASPU remita con carácter de muy urgente el

original o fotocopia certificada del Expediente Administrativo N° 40-304313 perteneciente a la afiliada N°18410/00, señora M.P.I., en las condiciones en las que se encuentre al día de la fecha. (fs. 169)

En cumplimiento con lo requerido, DASPU acompañó fotocopia certificada del expediente mencionado donde manifiesta que no es posible cubrir aceite de cannabis por parte de la obra social en este momento, sugiriendo al afiliado que se dirija al Ministerio de Salud de la Nación a fin de ser incorporado al “Programa Nacional para el estudio e investigación del uso medicinal de cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales” o solicitar al ANMAT la importación mediante régimen de acceso de excepción. (fs. 170/176vta.).

Asimismo se confirió vista al señor Fiscal General quien contestó con fecha 19/7/2018, dictaminando que es competente la justicia federal para entender en los presentes autos, que el recurso de apelación fue presentado en tiempo y forma y que no tiene nada que objetar en cuanto a la habilitación de feria. Por lo que quedando la causa en condiciones de ser resuelta, pasan los autos a estudio. (fs. 177).

IV. Consideraciones preliminares sobre el derecho a la salud.

En primer término corresponde señalar que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, con la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del art. 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en

el párrafo 2 del art.12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptarlos Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, este derecho es reconocido, en particular, en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Analógicamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (Observación Gral. N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Civiles).

Sobre el particular también se ha pronunciado nuestra CSJN al entender que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida -garantizado por la C. N.-, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 323:1339; 329:4918 y disidencia de los Jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni en Fallos: 332:1346, entre otros). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional-, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618).

Asimismo se ha dicho que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la

vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284).

V. Razones para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Trasladados estos conceptos al caso bajo estudio, corresponde efectuar el análisis de los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar, conforme lo establece el art. 230 del C.P.C.C.N.

a) Verosimilitud del derecho:

Cabe recordar que el requisito en cuestión debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa. Se advierte en la especie que, la parte actora acompañó documentación suficiente acreditando la patología que padece (Neurofibromatosis de Von Recklinghausen) siendo necesario el tratamiento y medicación indicada por los profesionales tratantes para paliar las dolencias que le aquejan, incluyendo prescripción médica de un profesional de la obra social DASPU. (fs. 3/108)

Repárese que en el caso de autos ante la solicitud de la accionante del suministro de medicamento aceite de cannabis, la demandada DASPU manifestó que lo petitionado no estaba dentro de sus posibilidades brindarlo en ese momento por lo que sugirió que se presentara ante el ANMAT para que se le provea del medicamento en cuestión. Por otro lado, conforme surge de las constancias de la causa se advierte que la actora compareció ante ANMAT con toda la documentación requerida y dicho organismo se negó a suministrarle el medicamento por considerar que no contaba con la autorización necesaria, dada la patología que padece la actora.

No debe perderse de vista, que el ANMAT con fecha 7/10/2016 emitió a través de su sitio web un comunicado en donde informó que: “De acuerdo a las conclusiones de la revisión sistemática realizada y disponible al público en su sitio web institucional (http://www.anmat.gov.ar/ets/ETS_Cannabinoides.pdf), solamente se autorizará el ingreso al país, por la vía mencionada, a las solicitudes destinadas al tratamiento de la epilepsia refractaria (denominada así por no responder a los tratamientos habituales) de los niños y adultos jóvenes.”

En este punto y sin que el presente análisis exceda el limitado marco de estudio que la medida cautelar requiere, corresponde a este Tribunal efectuar un análisis respecto a la normativa por la cual se ampara la demandada para denegar la petición efectuada por la actora.

A tal fin, debemos tener en cuenta que la Ley N° 27350 (publicada en Boletín Oficial con fecha 29/3/2017) regula el Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, creando el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso medicinal de la planta de cannabis.

En lo pertinente en su art. 7, establece que: “ La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa.” De dicho artículo se desprende que los destinatarios son todos aquellos pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa.

A fin de reglamentar la citada Ley se dicta el Decreto Nacional 738/2017 (publicado en Boletín Oficial con fecha 22 de septiembre de 2017) de cuyo Anexo I, art. 7 se infiere la gratuidad de la provisión de aceite de Cannabis y sus derivados para aquellas personas que se encuentren inscriptos en el Programa ajustándose a sus requerimientos. Asimismo establece que quienes no estén inscriptos en el Programa lo podrán adquirir bajo su cargo debiendo ajustarse a los procedimientos del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación. Finalmente por Disposición 10874-E/2017 del ANMAT, se desprende que el medicamento requerido incluye a pacientes con enfermedades crónicas en tratamiento prolongado.

De la lectura de las normas anteriormente transcritas se observa que la autoridad de aplicación no ha efectuado una enumeración exhaustiva de las patologías que requieran del uso del aceite de cannabis, estén o no incluidas en el Programa implementado a tales fines. Por tal razón, corresponde a este Tribunal determinar cuál ha sido el sentido y el alcance que ha querido darle el legislador al momento de regular el uso medicinal del cannabis y sus derivados con el dictado de la Ley N° 27.350.

Valoración de la intención legislativa al sancionarse la Ley N° 27.350 sobre uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados.

Del debate parlamentario en la H. Cámara de Diputados de la Nación en torno a

los proyectos de la ley al respecto en debate y en particular sobre los despachos de mayoría y minoría que tuvo lugar en la 21ª reunión de la 20ª Sesión Ordinaria (especial) fecha el 23 de Noviembre de 2016, donde tuvo media sanción con ostensible mayoría se pueden destacar las siguientes opiniones que resumen en general las coincidencias de los legisladores de distintos bloques y espíritu sobre los alcances que quería darse a la ley. Nos remitimos por razones de brevedad a la versión taquigráfica de la Sesión de ese día, que hemos analizado hoy en su discusión.

La Diputada por Córdoba, señora Brenda Lis Austin, manifestó que “en los debates en comisión hemos visto las incipientes pero suficientes experiencias sobre las propiedades medicinales que tiene el cannabis. Esto no solo se ve en la epilepsia sino también en el lupus, en el autismo, en la migraña, en el tratamiento paliativo del cáncer, en el glaucoma y en la esclerosis múltiple.” (El destacado nos pertenece)

En el mismo sentido la diputada por Jujuy, señora Gabriela Romina Albornoz al tomar la palabra dijo que: “Con el proyecto que proponemos se crea un programa. En el marco de ese programa se asegura la provisión del medicamento y se garantiza la investigación. Queremos saber cuáles son las propiedades que tiene el cannabis, cuales son las patologías o los síntomas para los cuales puede emplearse en condiciones de eficacia. ... Serán nuestros científicos, médicos, investigadores y profesionales quienes van a llevar adelante este proceso para que podemos definir los resultados y que pueden emplearse para que mejoremos la calidad de vida de los pacientes con epilepsia refractaria. No solamente esto debe destinarse a ellos sino también para otros pacientes respecto de los cuales desconocíamos que pudiera emplearse el cannabis.” (Original sin destacar). Entre otros legisladores con similares opiniones que nos ha parecido útil poner de relieve.

En este sentido, entiende este Tribunal que no surge del espíritu del legislador limitar el derecho al acceso de medicamentos derivados del cannabis a una patología particular. Por cuanto queda entreabierto la posibilidad de que diversas patologías sean incluidas en el programa en cuestión. Contrariando dichos principios, la ANMAT dictó con fecha 7/6/2018 un comunicado mediante el cual circunscribe la autorización de importación de aceite de cannabis sólo para aquellas personas que padezcan “epilepsia refractaria”. Con dicho proceder queda demostrado que el citado organismo se ha excedido en el ejercicio del Poder de Policía que le compete como autoridad de aplicación del Ministerio de Salud de la Nación, toda vez que sin efectuar mayores

precisiones deja desamparados a todos aquellos que pudieran sufrir una patología que requiera del uso del medicamento en cuestión, conforme las prescripciones médicas pertinentes.

En virtud de lo expuesto y sin que ello implique un adelanto de opinión respecto al fondo de la cuestión planteada, se entiende que la verosimilitud del derecho alegada por la recurrente al encontrarse en pugna las normas reglamentarias con la Ley N° 27.350, se encuentra acreditada.

b) Peligro en la demora.

Debe recordarse que el segundo requisito que prescribe el art. 230 del C.P.C.C.N., entendido como la posibilidad que en caso de no accederse a la tutela cautelar, la sentencia posterior a dictarse sería imposible o ineficaz, aparece agudizado en la presente causa ya que de negarle a la actora la medicación solicitada, podría ello influir negativamente en su estado de salud, poniendo en mayor peligro su integridad física, lo que torna imperiosa la protección jurisdiccional e ineludible su admisión.

A estas conclusiones se arriba con la documentación acompañada por la accionante a los fines de acreditar el grave deterioro de su estado de salud. A saber: historia clínica presentada al momento de interponer la demanda de la cual surge que sufrió de “Tumor de pared torácica – subpleural:- NEUROFIBROMA CON BANDAS DE COLAGENO DENSO CAMBIOS MIXOIDES- MARGENES DE RESECCION PASAN POR LA LESION” que motivó una intervención quirúrgica compleja practicada en el Hospital Memorial Hermann, Texas Medical Center, de la ciudad de Houston, Estados Unidos, la cual consistió simultáneamente en una cirugía de tórax, angioplastia y neurocirugía espinal a los fines de extraer los neurofibromas cortando de raíz de los nervios intercostales izquierdos. Con posterioridad a la intervención quirúrgica, subsistieron secuelas gravemente dolorosas que motivaron a que el doctor Javier Burga Montoya, médico prestador de la Obra Social DASPU a la cual se encuentra afiliada la actora, le recetara morfina y pregabalina en cantidades que pasaron de 300 a 1200 gramos diarios en poco tiempo, provocando daños colaterales en hígado riñón y estómago, además de mareos e impulsividad, por lo que recomendó de manera imperativa y urgente un cambio en la medicación, prescribiendo “aceite de cannabis”. Ello se desprende del informe médico emitido por el citado profesional donde diagnostica “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen” prescribiendo aceite de cannabis medicinal, en dosis estimadas de 3cc., por día. Asimismo, acompaña certificados relativos al beneficio de jubilación

extraordinaria otorgada por la Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, de donde surge que alcanzó el grado de 91% de incapacidad laboral de la total obrera. (fs. 3/39, fs. 40/65, 67/108 y fs. 172/173)

c) Conclusión.

En función de todo lo expuesto, y encontrándose debidamente acreditados los requisitos del art. 230 C.P.C.C.N., corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y en consecuencia ordenar al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal en la cantidad requerida por el profesional médico tratante, de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento indicado con motivo de su diagnóstico de “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen”. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones emergentes que pudieran surgir con motivo de la actual afiliación de la accionante a la Obra Social DASPU.

El señor Juez doctor Luis Roberto Rueda, dijo:

Que por su parte agrega que no desconoce desde su experiencia tanto en el derecho judicial como en los espacios académicos (Universidad Nacional de Córdoba – Maestría en drogodependencia) que todo lo relacionado al uso de cannabis ha sido considerado con ciertas dosis de desconfianza y temor, en razón de que su propia denominación sugiere que se trata del uso de una sustancia ilegal, hoy en vías de ser discutido el tema razonablemente, en el marco de una democracia deliberativa, cuando menos en lo que hace a su tenencia para consumo personal (horizonte abierto por el fallo “Arriola” de la C.S.J.N.)

Al respecto, hace dos décadas los profesores de la Universidad Harvard Lester Grinspoon y James B. Bakalar (docentes de psiquiatría y derecho respectivamente) sostuvieron, con razón, que: “La penalización del uso de la marihuana en general y las actitudes políticas que hacen que la marihuana no este legalmente disponible como medicamento son dos problemas con la misma causa y la misma solución. La marihuana está atrapada en un doble entramado de regulaciones, las que controlan la prescripción de los fármacos en general y las leyes criminales especiales que controlan las sustancias psicoactivas.” (Grinspoon, L; Bakalar, J. B. Marihuana, la medicina prohibida. Editorial Paidós. Barcelona, Buenos Aires. 1997. pág. 195)

Asimismo, sostuvieron que: “La actitud falsamente imputada a los defensores del uso médico de la marihuana es en realidad un espejo de la actitud del gobierno. El gobierno no está dispuesto a admitir que la marihuana pueda ser una medicina segura y

efectiva debido a su actitud obstinada de exagerar desmedidamente sus peligros cuando se usa con otros objetivos” (Grinspoon ,L; Bakalar, J. B., Marihuana, La medicina prohibida. Paidós. Barcelona, Buenos Aires.

1997. pág. 195)

En la actualidad, en la realidad política y social argentina esta última aseveración ha cedido frente a los avances legislativos, como por caso lo prescripto en la ya tratada Resolución N° 1537-e/2017, desde que, además de comprender la dolencia de epilepsia refractaria, establece (como se ha citado oportunamente) que el programa podrá incorporar otras patologías, como la que padece la amparista.

El señor Juez doctor Ignacio María Vélez Funes, dijo:

Sin perjuicio de todas las razones dadas precedentemente y la novedad particular del asunto que por primera vez en esta Cámara Federal de Apelaciones debe expedirse, estoy convencido que por privilegiar el derecho a la salud de la actora por la grave enfermedad que la aqueja y como paliativo para el tratamiento del dolor, corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa con la urgencia peticionada y constancias acreditadas en la causa, donde resulta que la obra social DASPU no pone objeciones a la medicación sino a las exigencias de procedimiento para autorizar su consumo por parte de la autoridad sanitaria de aplicación en el ejercicio del poder de policía de control de medicamentos que le corresponde por ley, tal como es el caso de ANMAT.

Pero todo ello debo señalar que la Ley 27.350 sancionada por el Congreso Nacional, tuvo numerosos proyectos de distintos legisladores y de diferentes bloques, donde el debate final ocurrido el 23 de noviembre de 2016 en la Cámara de Diputados se advierte una riqueza e importancia dada en la discusión parlamentaria, como también las coincidencias mayoritarias sobre el amplio espectro para el uso del aceite de cannabis como en otros países que se encuentra autorizado. Los legisladores de esta provincia de Córdoba ha sido coincidentes en sus argumentos, basta ver los dichos de la Diputada Brenda Luis Austin o de la Diputada Olga María Rista. Asimismo véase que no sólo entendieron los Diputados que era para el tratamiento de alguna enfermedad en particular (epilepsia refractaria) sino para otras dolencias. La Diputada Silvia Alejandra Martínez por la provincia de Jujuy puso de relieve en su intervención “...que ha sido sin lugar a duda la lucha de las madres y de los familiares de personas que sufren diferentes afecciones la que ha obligado a incorporar este tema en nuestra agenda...” (Ver diario de sesiones del 23 de noviembre de 2016).

Por todo lo dicho no me cabe duda que frente a un diagnóstico distinto a los que ha limitado la autoridad sanitaria hoy para el uso de aceite de cannabis, en este caso y según el diagnóstico de la actora es procedente atender su reclamo.

VI. Por lo tanto corresponde: a) revocar el proveído de fecha 16 de julio de 2018 dictado por el señor Juez Federal N°2 de Córdoba, y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la señora M.P.I. D.N.I.: 18.175.982, ordenando al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal por el plazo de sesenta (60) días prorrogables por el igual período y/o hasta tanto se dicte sentencia definitiva, b) disponer que el Juez de grado se expida a la mayor brevedad posible sobre el fondo de la cuestión, a fin de preservar la vigencia de la tutela judicial efectiva en situaciones de urgencia (arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), c) librar oficio a ANMAT y a la Administración Nacional de Aduanas, haciéndoles conocer la medida cautelar aquí dispuesta, a fin de que se tomen los recaudos necesarios para su cumplimiento.

VII. Sin costas, atento la naturaleza de la cuestión y a falta de contradictorio.

Por ello;

SE RESUELVE:

I. Revocar el proveído de fecha 16 de julio de 2018 dictado por el señor Juez Federal en Feria de Córdoba, doctor Alejandro Sánchez Freytes y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la señora M.P.I. D.N.I.: 18.175.982, ordenando al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal para el uso exclusivo de la atención de su dolencia según su diagnóstico médico acreditado en autos de “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen” por el plazo de sesenta (60) días prorrogables en caso de resultar necesario para su tratamiento por el igual período y/o hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

II. Disponer que el Juez Federal en Feria y/o quien corresponda en definitiva se expida a la mayor brevedad sobre el fondo de la cuestión, a fin de preservar la vigencia de la tutela judicial efectiva en situaciones de urgencia (arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica) por la cuestión de salud involucrada.

III. Librar oficio por Secretaría en Feria con carácter urgente y preferente despacho a Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) y al señor Director de la Administración Nacional de Aduanas por intermedio de la Regional Córdoba de Aduana haciéndoles conocer la medida cautelar innovativa a

favor dela actora aquí dispuesta, a fin de que se tomen los recaudos necesarios para su cumplimiento.

IV. No imponer costas en esta Alzada, atento la naturaleza de la cuestión y la falta de contradictorio.

V.- Protocolícese y hágase saber. Cumplimentado, publíquese y bajen.

LUIS ROBERTO RUEDA (JUEZ)

IGNACIO MARÍA VÉLEZ FUNES (JUEZ)

PROCESOS PENALES

“GENCARELLI, NICOLÁS Y OTROS P.SS.AS. INFRACCIÓN LEY 23.737”

(Expediente N° 13100/2017/ES1 - JUZGADO FEDERAL DE CÓRDOBA N° 2 - 07/04/2017)

Córdoba, 07 de abril de 2017.

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: "GENCARELLI, Nicolás y otros p. ss.as. Infr. Ley 23.737" (Expte. N° FCB 13199/2917/ESI), que tramitan por ante este Juzgado Federal n° 2, Secretaria Penal, venidos a despacho para resolver el pedido de restitución efectuado por la Sra. Defensora Oficial en el escrito presentado con fecha 04/04/2017.

Y CONSIDERANDO:

I. Que a fs. 1/5, la Dra. Crespi, en representación de la menor de edad L.M.T, solicitó la restitución de los frascos de aceite de cannabis que fueron secuestrados en la presente causa, los cuales le pertenecen a su representada y les son necesarios a fin de mantener su vida, dado que estos, evitan convulsiones propias de su enfermedad.

En este sentido, la Sra. Defensora adujo que la menor L.M .T padece la enfermedad de West, diagnosticada, aproximadamente, a sus tres meses de vida y realiza una descripción de la mencionada enfermedad, la que, y en palabras de la defensora consiste en "..una encefalopatía epiléptica dependiente de la edad caracterizada por la triada electroclínica de espasmos epilépticos, retardo del desarrollo psicomotor y patrón electroencefalográfico de hipsarritmia en el electroencefalograma, aunque uno de estos elementos puede estar ausente. Se inicia en la mayoría de los pacientes durante el primer año de vida...".

Prosiguió exponiendo la Defensora Oficial que, L.M.T, en sus 14 años de vida, ha sido atendida en el Hospital de Niños de Córdoba, Hospital de niños de Catamarca, Hospital Garrahan en Buenos Aires y en el Sanatorio Allende de esta ciudad, que la medicación que se le administra tiene la característica de que con el paso de tiempo y repetición de su administración produce cada vez menos efecto por acostumbamiento, y que con dicho panorama, en mayo de 2016 la menor tomaba 16 pastillas diarias y un jarabe, a pesar de lo cual vivía en un estado de convulsión casi permanente, a razón de 1000 pequeños episodios convulsivos al día.

Que por ello, en mayo del año 2016, la madre de la niña, desesperada por el deterioro de su hija, recurrió al aceite de cannabis y que a la fecha, luego de casi un año de utilizarlo, a razón de 9 gotas diarias, su hija solo toma el jarabe (Logical), cuya dosis disminuyó de 12 cc a 6 cc, Sabril (1 comprimido y medio contra 5 que tomaba antes) y Lacosamida (2 comprimidos diarios) y que dejó de tomar los 4 comprimidos de Levetirasetan, 3 comprimidos de Valium y 2 de Larotrigina. Todo lo cual, demuestra el beneficio en el que resultó el aceite de cannabis, ya que este permitió mejorar la calidad de vida de L.M.T, al disminuir el consumo de fármacos -con todas sus contraindicaciones- y a disminuir las convulsiones.

Continuó exponiendo la Dra. Crespi que, este aceite, no autorizado en el país, era adquirido por la madre de la menor en esta ciudad de Córdoba, específicamente a la Sra. B.C., quien ayudaba a distintas personas que lo necesitaban, quien con fecha 29 de marzo del corriente fue allanada y a quien le fueron secuestrados todos los frascos que contenían dicha sustancia, algunos ya rotulados con el nombre de "N.A." -madre de la pequeña- y que por ello, a la fecha, solo queda en poder de L.M.T y su madre, las gotas de aceite para cubrir la dosis hasta este viernes 7 de abril.

A los fines peticionados, la Representante del Ministerio Público de la Defensa, adjuntó copia certificada por ante el Juzgado Federal de Catamarca, de historia clínica de la menor, rubricada por el Dr. Emiliano Molas Anello e historias clínicas, confeccionadas por el Hospital Interzonal San Juan Bautista y por el Hospital de Niño Eva Perón, ambos de la Ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, como así también, copia de certificado de discapacidad, expedido por el Centro Educativo Terapéutico de San Fernando del Valle de Catamarca.

Fundamentó su petición en el derecho a la vida y a la salud, citó jurisprudencia e hizo referencia a la legalidad del aceite de cannabis a partir de la sanción de la ley dictada la semana pasada en nuestro País, fundamentos, todos ellos, a los cuales me remito en aras a la brevedad.

II. Que corrida vista al Sr. Fiscal Federal, este dictaminó diciendo que, considera que atento los argumentos esgrimidos, nada tiene que objetar a la restitución de los objetos secuestrados.

III. Que previo a resolver, este Tribunal dispuso la realización de un informe pericial sobre el aceite que se encuentra contenido en un frasco de vidrio, tipo gotero y que lleva un rotulo con el nombre de "N.A.", informe pericial n° 95/17, el cual concluye

que en el aceite peritado se encuentra presente la Tetrahidrocannabinoles, principios activos responsables de la capacidad psicotóxica y alucinógena de la especie vegetal *cannabis sativa* (ver. Fs. 16/19).

IV. Que efectuado que fuera el análisis de la cuestión planteada, adelanto opinión en el sentido que deberá hacerse lugar a lo peticionado. Doy razones.

En primer lugar, debo decir que el Ministerio Público se encuentra legitimado a participar en los presentes actuados, en virtud del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dispone la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida.

Asimismo, y en virtud del estudio efectuado sobre la documental acompañada, en copia, por la Dra. Crespi se desprende claramente que L.M.T padece síndrome de West, que se encuentra bajo tratamiento experimental con aceite cannábico por dicho síndrome y que presentaba al día de la fecha de redacción de historia clínica, esto es, el 31/03/2017, una mejoría en su estado general (ver H.C de fs. 6 y vta. Del presente escrito). A su vez y a fs. 7, luce certificado de discapacidad supra referenciado, en el cual se lee textualmente: "...diagnostico: otras epilepsias y síndromes epilépticos generalizados...".

Ahora bien y en atención a las cuestiones de orden público que se vinculan al presente pedido -derecho a la salud y a la vida-, resulta menester efectuar algunas consideraciones relacionadas al uso medicinal del aceite de cannabis.

En efecto, no me escapa que recientemente, con fecha 29/03/2017, el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 27.350 -aún no promulgada ni reglamentada-, que regula el uso terapéutico de la mencionada sustancia, garantiza su acceso gratuito.

En este sentido, se establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados y se crea, a estos fines, un Programa Nacional en la órbita del Ministerio de Salud, a fin de que las personas que se incorporen a este, tengan garantizado el acceso gratuito al aceite y demás derivados. Por otra parte, se dispone que se podrá autorizar el cultivo de cannabis por parte del Conicet y del INTA, con fines de investigación médica y científica, y para elaborar la sustancia con fines de tratamiento.

También, establece la mencionada norma que, se fomentará la producción en el país, a través de los laboratorios públicos nucleados en ANLAP (Agencia Nacional de Laboratorios Públicos) y que hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional, la

ANMAT permitirá la importación del aceite, el cual, en la actualidad, se produce en los Estados Unidos.

Desde otro costado, y a contrario de lo que sostiene la Defensa Oficial, quien adujo en su presentación que al momento en que la ley mencionada se publique, se aplicará retroactivamente por ser la ley penal más benigna, no se puede soslayar que el autocultivo de cannabis y/o cultivo de dicha planta con cualquier fin, así sea para producir el propio aceite con finalidad medicinal, ha quedado excluido de la ley 27.358.

Ahora bien, como encargado de impartir justicia y atendiendo al especialísimo derecho a la vida y a la salud, nuestra Carta Magna consagrado y por y garantizado por diversos Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, tales como la Declaración Americana de los 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, incs. 1° y 2°, ap. d); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4°, inc. 1, art. 5°, inc. 1 y art. 19) y la convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 23° y 24°), es que considero que corresponde efectuar la entrega de un frasco con gotero que se encuentra rotulado con la inscripción "N.A." a favor de la menor L. M.T.

En la misma línea, y teniendo en cuenta que la presente solicitud se presentó en favor de una persona con discapacidad, conforme certificado acompañado, en copia, que fuera ya mencionado, creo importante hacer mención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), suscripta por nuestro País mediante la ley 26.378 y con jerarquía constitucional a partir del dictado de la ley 27.044.

En efecto, dicho instrumento establece en su art. 25 que los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del nivel más alto posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad.

Es oportuno señalar que este artículo refiere en forma positiva a que el Estado debe proporcionarlos, no solo garantizar el acceso y el goce completo del derecho a la salud.

En virtud de los argumentos ut supra vertidos, no puedo perder de vista que el caso que nos ocupa se relaciona con la dolencia que padece una niña de apenas 14 años de edad, a quien se le diagnosticó síndrome de West con apenas tres meses de vida, lo que le produce, tal y como lo mencionara al inicio del presente decisorio dolencias tales como convulsiones repetidas y reiteradas, las que y según constancia de historia clínica,

han disminuido notablemente a partir del consumo, por parte de L.M.T, de nueve (9) gotas diarias del aceite mencionado.

Amén de la conclusión a la que, por medio de este decisorio, se arriba, se debe dejar aclarado que, el presente, constituye una respuesta excepcional para este caso concreto, el cual se manifiesta en una especial situación y gravedad del cuadro clínico de la menor, por lo que en virtud de ello y atendiendo al interés superior del niño consagrado por el art. 3º, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al derecho a la vida y a la salud, es que debo concluir que la solución jurídica más acorde a la sitúa planteada, es la de hacer lugar a lo solicitado por la Sra. Defensora Oficial a fs. 1/5 y en consecuencia, entregar a la Sra. "N.A." -madre de L.M.T-, un frasco con gotero que obra como secuestro en las presentes actuaciones y el cual lleva un rotulo con el nombre "N.A."

En concordancia con el criterio aquí sostenido, cabe citar jurisprudencia de nuestro país que ha autorizado el uso medicinal o terapéutico del cannabis, argumentando que "(...) efectivamente, se presenta en el caso, una situación en la cual ciertas normas penales, conspirarían contra la posibilidad de un adecuado ejercicio y goce de derechos individuales (salud, dignidad, intimidad, autonomía) ..." y fundando dicho decisorio en la premisa de que "el derecho no puede resultar insensible al dolor y sufrimiento humano" (Juzgado N° 13 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de C .A.B .A, en autos: "C., A. R . contra GCBA Sobre AMPARO (art. 14 CCABA)", EXPTE: 44.899/0, de fecha 13/08/2015).

Asimismo, es dable destacar que a los fines de lograr soluciones acordes a las necesidades médicas de las personas que se encuentran bajo el tratamiento del aceite cannábico que fuera secuestrado en autos, resulta necesario dejar sentado que estos, una vez reglamentada la ley mencionada, deberán inscribirse en el Programa a crearse en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación (cfme. Art. 8 de la ley 27.350).

En virtud de lo señalado precedentemente, y en relación al aceite de cannabis incautado en las presentes actuaciones, corresponde, luego de practicada la pericia ordenada, remitirlo al Ministerio de Salud de la Nación, que resulta ser la Autoridad de Aplicación de la Ley 27.350.

Por ello;

RESUELVO:

I. HACER LUGAR a lo solicitado por la Sra. Defensora Oficial a fs. 1/5 y en

consecuencia, ENTREGAR un frasco con gotero mencionado en el considerando a la Sra. "N.A." a favor de la menor L.M.T.

II. REMITIR, una vez practicada la pericia, el aceite de cannabis incautado en autos, al Ministerio de Salud de la Nación (cfme. art. 4 de la Ley 27.350).

III. PROTOCOLICESE Y HAGASE SABER.

ALEJANDRO SANCHEZ FREYTES (JUEZ)

“FUNARO ADRIANA s/INFRACCIÓN LEY 23.737”

(Expediente N° 453/2018 I.P.P. 01-001098-17 – CÁMARA DE APELACIONES Y GARANTÍA DE LOMAS DE ZAMORA – 27/04/2017)

Banfield, 27 de abril de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por la Dra. María Victoria Baca Paunero, defensora técnica de Adriana Funaro, contra los decisorios que lucen a fs. 255/267 de los autos principales y 11/15 de la incidencia excarcelatoria que corre por cuerda, ambas en el marco de la presente I.P.P. N° 01-001098-17 de trámite por ante el Juzgado de Garantías N° 7 deptal. descentralizado en Ezeiza, y;

CONSIDERANDO:

La instancia de grado resolvió por un lado y en el marco de la incidencia excarcelatoria denegar tal solicitud liberatoria (fs. 7/9) al tiempo que en los autos principales dispuso convertir en prisión preventiva la detención de Adriana Funaro en orden al suceso que calificó como siembra, cultivo de plantas y tenencia de semillas utilizables para la producción y fabricación de estupefacientes, en los términos del artículo 5° inc. a) de la Ley 23737, complementaria del C.P., manteniendo el arresto domiciliario que oportunamente se le otorgara.

Se alza contra dichos pronunciamientos la Defensa técnica de la imputada a tenor de las argumentaciones que lucen de sus presentaciones realizadas a fs. 269/289 y 11/15, así como los fundamentos brindados en la audiencia oral documentada a fs. 31 de la mentada incidencia, propiciando en definitiva la revocatoria de los pronunciamientos en crisis.

Así, en su minuciosa presentación realizada en los autos principales efectúa una crítica al registro forzoso dispuesto por el Juez de Garantías interviniente, argumentando que no existieron razones válidas para proceder de tal modo al contarse únicamente con la denuncia formulada por Héctor Laporta y el informe policial que desde los techos de la finca de éste se efectuara.

Argumenta asimismo que no se encuentra acreditado en la presente el elemento subjetivo del tipo penal atribuido a Funaro ni afectación al bien jurídico tutelado por la norma, al hallarse, por el contrario, acreditado en autos que la sustancia incautada en el

domicilio de la imputada tenía como único fin su uso medicinal.

De modo subsidiario propicia el encuadre de la conducta atribuida en el anteúltimo párrafo del artículo 5° de la ley 23.737, proponiendo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5° para el caso en estudio.

Encontrándonos en condiciones de resolver, podemos adelantar que algunos de los agravios de la defensa serán en el caso favorablemente receptados, al concluir a partir de la lectura de lo actuado hasta la fecha que no existe mérito para que continúe la detención de la imputada.

Veamos. Específicamente, el ordenamiento adjetivo establece distintos requisitos para la procedencia del encierro preventivo de todo imputado que deben mediar conjuntamente, exigiendo, en lo que interesa a esta convocatoria “que se encuentre justificada la existencia del delito...” (artículo 157, inciso 1° del C.P.P.).

Delimitado el marco y merituando las evidencias probatorias hasta aquí incorporadas en los términos de los artículos 209 y 210 del ceremonial, no se advierte que las colectadas hasta aquí permitan tener por acreditada por parte de la Fiscalía la afectación al bien jurídico tutelado por la ley 23.737.

Es importante recordar al respecto que los delitos contra la salud pública previstos en el título VII, capítulo IV del Código Penal agrupan una serie de figuras que describen conductas generadoras de situaciones de peligro para la salud de las personas, entendida ésta como un valor comunitario, con sentido de dimensión social, apuntando al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general. Se persigue así el bienestar físico, mental y social de la colectividad y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (ver Preámbulo de la Constitución de la OMS).

Y yendo puntualmente al análisis de lo colectado en la presente, tenemos acreditado que Ana Funaro padece una serie de dolencias físicas, entre las que cabe destacar hipertensión arterial, insuficiencia cardíaca, artrosis severa en miembros inferiores con imposibilidad de ingerir medicación al padecer también úlceras crónicas.

Estas patologías fueron descritas con precisión por la imputada en la audiencia que a tenor del artículo 308 del C.P.P. se documentara a fs. 99/103 donde además explicó detalladamente que el cultivo de las plantas incautadas en su finca tiene un uso exclusivamente medicinal y de consumo personal. Detalló así que consume el aceite que produce en su vivienda desde hace aproximadamente dos años a partir del dolor

permanente que padece en sus miembros inferiores a causa de la artrosis, no pudiendo ingerir medicación para esta patología debido a tener una úlcera crónica que se lo impide y sobre la que acompañara documentación médica respaldatoria que la acredita.

Agregó que para producir aceite de cannabis se necesitan altas cantidades de flores, consumiendo la declarante entre 0.8 y 1.0 mililitros diarios, lo que importan aproximadamente unos 30 mililitros mensuales que se obtienen de unos veinte a treinta frascos de mermelada llenos de cogollos sin hojas. Que el cultivo se realiza una sola vez al año entre los meses de noviembre y abril debiendo abastecerse con esa producción el aceite para su consumo anual.

Los detalles proporcionados por Funaro relativos a sus afecciones de salud cuyos dolores mitiga mediante el consumo del aceite medicinal de cannabis que produce exclusivamente a estos fines, no han logrado ser contrarrestados por la Fiscalía con elementos de prueba que acrediten una ultraintencionalidad distinta -fines de comercialización- ni una afectación en la salud pública.

Las evidencias se limitaron así a la singular denuncia formulada por Héctor Laporta, quien reconoció conocer desde hace años la actividad desarrollada por Funaro, así como el ingreso forzoso a su domicilio donde se lograra el secuestro de las plantas y elementos detallados en el acta de fs. 40/45, coincidentes todos con la actividad que la imputada reconoce desarrollar y en una cantidad coincidente también con la necesaria para la producción del aceite que durante el año consume.

En este marco de análisis, resulta fundamental recordar que el pasado 29 de marzo de 2017 el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.350, promulgada pero aún no reglamentada, que regula el uso terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis con la creación de un programa nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta y sus derivados, garantizando el acceso gratuito para las personas que se encuentren incorporadas al programa (arts. 7 y 8), autorizando el cultivo por parte del CONICET e INTA con fines de investigación médica o científica, así como para elaborar la sustancia que suministrará gratuitamente el programa.

En esta línea de análisis no podemos desconocer que, si bien la ley mencionada ha dejado excluido el autocultivo de cannabis con cualquier finalidad, ha establecido un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal de cannabis, reconociendo sus propiedades medicinales y paliativas del dolor en determinadas enfermedades como las padecidas por Adriana Funaro.

No puede escapar entonces a nuestro análisis que debido a la afección de la imputada y la ausencia hasta entonces de un marco legal que diera respuesta a sus dolencias, ésta se vio en la necesidad de sobrellevar su estado de salud mediante la producción del aceite de cannabis en su domicilio, no habiendo acreditado, reiteramos, la Fiscalía interviniente otra finalidad distinta que su consumo.

Llegada esta etapa entonces, concluimos que el cultivo y siembra atribuidos a la imputada por la Fiscalía interviniente, han sido desarrollados en el marco de lo privado, con finalidades medicinales y de uso exclusivamente personal y no han tenido aptitud para lesionar el bien jurídico protegido por la norma, circunstancia que impone la revocatoria del decisorio de fs. 255/267 y la consecuente libertad de la imputada (artículos 157 "contrario sensu" y 320 del C.P.P).

Hemos de dejar sentado que en función de lo decidido y el análisis realizado precedentemente, han de tomarse abstractos el resto de los planteos efectuados por la defensa en estos obrados y en el marco de la incidencia excarcelatoria agregada por cuerda a la presente.

POR ELLO:

Esta Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal departamental;

RESUELVE:

REVOCAR el decisorio de fs. 255/267 disponiéndose consecuentemente la INMEDIATA LIBERTAD de ADRIANA FUNARO, al no existir mérito para que continúe su detención, la que se hará efectiva por el señor Juez "A Quo" previo cumplimiento de los recaudos de ley, conforme lo expuesto en el considerando.

Artículos 1, 2, 21, inciso 1º, 144, 146 "contrario sensu", 157, inciso 1º "contrario sensu", 210, 320, 421, 433, 434, 439, 442 y ce. del C.P.P.

Regístrese, agréguese copia de lo aquí resuelto a la incidencia excarcelatoria que corre por cuerda y vuelvan los presentes obrados al Juzgado de origen departamental, donde se deberá cumplimentar lo dispuesto y las notificaciones de rigor a las partes, sirviendo lo proveído de atenta nota de remisión.

JORGE TRISTÁN RODRÍGUEZ (JUEZ)

TOMÁS BRAVO (JUEZ)

MARTÍN GARCÍA DÍAZ (JUEZ)

“Principal en Tribunal Oral T001 - IMPUTADO: OTT, CHRISTIAN DARIOS/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.A) y INFRACCION ART.189 BIS APARTADO (2) 2° PARRAFO”

(Expediente N° 032884/2017/T001 - TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTÍN N° 4 - 27/02/2018)

San Martín, 27 de febrero de 2018.

Y VISTO:

Para redactar los fundamentos de la sentencia dictada en la causa nro. FSM 32884/2017/T01 (registro interno nro. 3449) seguida a CHRISTIAN DARIO OTT, de las demás condiciones personales mencionadas en el veredicto.

Intervinieron en el proceso, en representación del Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General doctor Carlos Cearras y como defensores del encausado, las Sras. Defensoras particulares doctoras Cecilia Lacay y Gabriela Factorovich.

RESULTANDO:

I. El requerimiento de elevación a juicio

Que conforme se desprende de fs. 416/424, el señor representante del Ministerio Público Fiscal ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 1 de San Martín, requirió la elevación a juicio del presente proceso imputando al encausado Ott la conducta delictiva que se describe a continuación: “que desde fecha incierta pero hasta el día 10 de septiembre de 2016, Christian Darío Ott, en su domicilio sito en la calle Balcarce n° 3233 de la localidad de Villa Ballester, Provincia de Buenos Aires, sembró y cultivó gran cantidad de plantas de cannabis sativa, mediante la implementación de diversos elementos para su cultivo, como así también, tenía la cantidad de 10,9 gramos de clorhidrato de cocaína. Por último, tenía bajo su esfera de custodia, un arma de guerra -revolver calibre 38 Special con proyectiles en su interior- sin la debida autorización legal”.

Dichas conductas fueron calificadas como constitutivas de;

II. La acusación

En el presente acápite se realizará una breve reseña de los hechos imputados y de las consideraciones finales (art. 393 del CPPN) formuladas por el señor representante del Ministerio Público Fiscal ante este colegio (las cuales en su totalidad

fueron grabadas en la audiencia), Dr. Carlos Cearras, quien en primer término solicitó la absolución de Christian Darío Ott en relación al delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal, toda vez que existe a su juicio un cono de sombra respecto a la imputación por la cual el mencionado llegó hasta esta instancia, lo que le permite echar mano al art. 3º del CPPN en torno al principio de la duda beneficiante.

Por otra parte, formuló acusación contra el mentado Ott conforme las consideraciones que de seguido se exponen.

En este sentido, expresó que las presentes actuaciones se iniciaron por una denuncia anónima en sede judicial provincial que alertaba que una persona de nombre Christian, también llamada “Papita”, se dedicaría a la venta de estupefacientes, especialmente cannabis, en la localidad bonaerense de Villa Ballester, señalándose dos domicilios donde se llevaría cabo dicha actividad ilícita (Balcarce 3331 o 3233, entre Belgrano y Aristóbulo del Valle; calle Belgrano 284 ó 4972, entre Almirante Brown y Balcarce; ambos de la citada localidad).

En esa línea, recordó que fruto de las tareas de inteligencia se observó a una persona egresar del domicilio de la calle Balcarce 3331 o 3233, manipulando una bolsa de pequeñas dimensiones, lo que motivó que personal policial lo detuviera y le exigiera exhibir sus pertenencias, secuestrándose en dicha oportunidad una bolsa de cannabis y expresando este sujeto, identificado como Marcelo Alejandro Álvarez, que esa sustancia se la había regalado su amigo Christian y que no lo detuvieran. Indicó que, como consecuencia de ello, se ordenó el allanamiento de los domicilios investigados y se secuestró el día 16 de septiembre de 2016, en la vivienda ubicada en la calle Balcarce 3331 o 3233, entre Belgrano y Aristóbulo del Valle, de la localidad de Villa Ballester, provincia de Buenos Aires, gran cantidad de plantas de cannabis y habitaciones ambientadas para el cultivo del mismo. Agregó que la calidad de la sustancia fue determinada por las pericias químicas obrantes en autos, destacando que en el lugar se encontraron plantas, semillas y macetas.

Conforme lo expuesto entendió que el hecho y la participación de Ott en el mismo se encuentran acreditados con el acta de allanamiento y la declaración de los testigos de actuación y policías que participaron del mismo.

Sin embargo, discrepó con la calificación legal escogida por el Fiscal de instrucción, sosteniendo que con los elementos probatorios incorporados al debate no se había podido comprobar la finalidad de comercio, al no encontrarse elementos

vinculados al mismo en el domicilio allanado, sumado a las tareas de inteligencias que tampoco arribaron a tal afirmación.

En consecuencia, consideró que el hecho debe ser calificado como tenencia simple de estupefacientes, siendo que la siembra y cultivo de estupefacientes como el suministro (art. 5º, incs. a y e, de la ley 23.737) deben encuadrarse en la figura atenuada del art. 5º, anteúltimo párrafo, de la ley de estupefacientes, conclusión a la que arribó teniendo especial consideración de las manifestaciones vertidas por Marcelo Alejandro Álvarez y plasmadas por el personal policial interviniente en el procedimiento, en tanto el nombrado refirió que el estupefaciente se lo había obsequiado un amigo.

Por esas consideraciones, solicitó que a Christian Darío Ott se le imponga la pena de tres años de prisión y costas de proceso.

III. La defensa

III.A.- El descargo del imputado

Que, a esta altura, corresponde señalar que ante la negativa expresada por Christian Darío Ott de declarar en el juicio oral, se ordenó la incorporación por lectura de aquellas declaraciones indagatorias bridadas por él en la etapa instructora (fs. 180/182 y 323/327).

En la primer oportunidad, y en ocasión de prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. en jurisdicción provincial (fs. 181/182) Ott refirió: “soy adicto, y todo lo que tengo era para consumo propio. Que trabajo, no vivo de eso, vivo de la carbonería de mi papá. Que las plantas me gustan, las tengo como hobby. Que me dedico a la jardinería, pero plantas legales, cactus y florales. Que intercambio con la gente todas las que tengo, que la gente saca fotos en la puerta de mi casa, tengo arreglo de cactus con setenta variedad de cactus distintas, que intercambio con la gente por otros cactus. Que me dicen la casa de los cactus. Que tengo girasoles y todo tipo de flores. Que desde la vereda se pueden apreciar todas las plantas. Preguntado por las anotaciones que constan en el cuaderno, responde que no contesta preguntas. Preguntado si tiene algo para decir respecto del arma, responde que no. Que quiero decir que soy el sostén de mi familia, tengo a mi papá que tiene 81 años y mi mamá que tiene 75 y hace una semana que se quebró la cadera, y soy su enfermero, y la asisto continuamente, no tienen quien los ayude. Que eso es lo que mas me preocupa porque no se las pueden arreglar solos, y yo la ayudo a levantarse, para su higiene, y hasta kiniesología hago. Que mi viejo no puede asistirla. Que me necesitan en mi casa, ellos dos no pueden estar solos están mal.

Que lo antes posible quiero estar en mi casa, con mis viejos y no se pueden sostener solos. Que soy la única persona que está con ellos tengo un hermano que está en España”.

Luego, y conforme lo plasmado en el acta que luce a fs. 323/327, amplió su declaración, oportunidad en la cual expuso: “que a los 13 años empecé a consumir marihuana, lo cual me llevó a comprar a lugares marginales, villas, donde me han golpeado, me robaron, me arrebatában la plata en muchísimas y distintas ocasiones. Que con el tiempo me enteré que la marihuana prensada paraguaya que vendían en esos lugares contenía el hongo botritis cinérea, el cual es perjudicial para personas con el sistema inmune deficiente, casos como HIV o cáncer. Muchísimos años mas adelante, descubrí las flores y el autocultivo, el cual se convirtió en un hobby y empecé a consumir solo lo que yo cultivaba, solo flores cultivadas por mí. Que con el tiempo comencé a ir a copas canábicas, donde estudiamos las propiedades medicinales del cannabis y se me enseñó a hacer aceite medicinal, primero con alcohol fino y después otro aceite con alcohol etílico absoluto y otro alcohol tridestilado de cereal, lo cual acentuó más el hobby que tenía. Yendo a estas copas, en el 2014, en la primera que fui se llamaba ZION obtuve una medalla por el tercer puesto entre 75 participantes. En el 2015 participé en la Copa Ciudad Autónoma de BS. AS. Y obtuve un sexto puesto entre 80 participantes donde salí en la revista “HAZE”, en la nómina de ganadores. Yendo a estos lugares, conocí gente con los cuales también intercambiaba variedades llegando a juntar 33 variedades distintas hasta el día del allanamiento. Que como dije antes, se me enseñó a hacer cannabis medicinal y se me enseñó que lo más importante es el punto de corte y el curado, que debe ser marihuana sembrada orgánicamente. Que esta marihuana debe ser cosechada cuando los tricomas viran del color transparente al color blanco lechoso en un 70% y el 30% vira hacia un color ambar, ese es el punto justo de corte que se lo puede ver con una lupa de 30 x 40. Esta marihuana una vez cortada se desecha toda la materia verde, hojas pequeñas grandes y ramas, se la pone en una habitación oscura y fresca con una humedad que no supere el 70%, si la humedad llegara a ser más alta se usan ventiladores que no apunten directamente a las flores. Al cabo de 15 días, estas flores habrán perdido un 75% de su peso original y están listas para ser pasadas a los frascos. Estos frascos se los pone en un armario oscuro y durante el primer mes se los abre todos los días durante dos horas, salvo los días que haya humedad o los días de lluvia. El segundo mes se los abre día por medio y el tercer mes se los abre una vez por

semana. Luego de esto, la marihuana ya estará curada para fabricar aceite medicinal. Para hacer el aceite, primero se cortan los cogollos, se los muele con un picador, se los deja en la heladera durante dos días, se los pasa a un frasco previamente esterilizado ya habiéndole agregado hasta la mitad alcohol tridestilado de cereal. Luego se agregan los cogollos, se cierra el frasco y se lo agita durante dos minutos y se los cuele primeramente con un filtro de café de tela. El líquido que sale de esta filtración se vuelve a colar, esta vez con un filtro de café pero de papel. El líquido que sale debe ser color verde y transparente. Luego se pasa este líquido a un bowl de "pirex", se le agrega agua destilada, se lo pone a baño María durante cinco hrs aproximadamente revolviendo con una espátula de silicona, siempre controlando que no supere los 78 grados de temperatura para que no se desoxidrilen los cannabinoides, controlando que burbujee pero que no exploten esas burbujas así uno a simple vista se da cuenta que no superó esa temperatura. Que cuando se va decantando el aceite, se separa del agua y se lo degusta. Si llegase a tener gusto a alcohol, se le vuelve a agregar agua destilada y se sigue con el proceso un par de horas más, pudiendo ser en total unas 8 hrs. Una vez que el aceite se decantó todo, se separa del agua y se guarda en jeringas de 1 mililitro. También se lo puede mezclar con aceite de oliva o con leche de coco, la cual ayuda a mantener activos los cannabinoides por más tiempo. La primer dosis inicial para cualquier personal o un chico es una gotita del tamaño de un granito de arroz. Este aceite sirve para encefalopatías, como epilepsias refractarias, como el síndrome de Doose, síndrome de West, síndrome de Dravet y el de Lennox Gastaut. Y también sirve para trastorno del espectro autista. El 4 de mayo de 2016, en la marcha mundial para la marihuana, conocí a Valeria Salech y Mariana Quiroga, que son miembros de la Organización "Mamá Cultiva Argentina", con quienes me comprometí a brindarles flores y aceites de lo que yo tenía, contactándome con ellas mediante su página de Facebook. Que este aceite medicinal yo se lo daba a mi mamá, que tiene artritis reumatoidea y al cabo de una semana se le fueron los dolores, a pesar de que ella tomaba la medicina tradicional. Que también se lo daba a un amigo mío Ariel Castillo, que padecía Cáncer de Colón. El aceite lo ayudó a pasar la quimioterapia sin vómitos aumentando el apetito, durmiendo bien y recuperando rápidamente la masa muscular. También se lo daba a otros familiares que tiene HIV. Este aceite también sirve para otras patologías, como la fibromialgia, Alzheimer, esclerosis lateral amiotrófica, mal de Crown, Parkinson, Tourett, HIV, cáncer, artritis y otras que no recuerdo. Que como dije antes, hasta el día del

allanamiento tenía 33 variedades y el por qué de tener estas variedades conservadas se debe a que cada una conserva distintos niveles de tetrahidrocannabinol, cannabinol y cannabidiol. Estos componentes actúan sinérgicamente o en conjunto, son los que se usan para la medicina como componentes principales. Es como si existiera una variedad para la cura de la enfermedad de cada persona o de varias. Para conservar esas variedades no queda otra que clonarlas ya que la marihuana es una planta dioica, plantas macho con polen masculino, plantas hembras con estigmas femeninos. La semilla que nazca del cruce de estos dos individuos va a tener características genéticas de ambos, y ya no va a ser igual a la madre, entonces no queda otra que clonarla a la planta madre. Para esto, se necesita un clon enraizado, una planta joven, una planta mediana y una planta madre, de la cual se extrae el clon y así se mantiene el ciclo. De ahí la cantidad de plantas que yo tenía. La marihuana medicinal debe ser cultivada de forma orgánica, con un sustrato especial previamente esterilizado y en macetas. Siempre cultivé en macetas pequeñas y las mantuve tipo bonsái, lo superando en promedio los 20 cm de altura. Este sustrato está compuesto de 20% turba espagnum, 20% de humus de lombriz, 20% de compost, 20% de tierra fértil, 15% de perlita y 5% de bermipulita. A este sustrato se le deben agregar hongos tricotermas y micorrizas, los cuales son antagónicos contra hongos perjudiciales como la botritis cinérea, el fusarium o el pitium. También la marihuana orgánica debe ser cultivada con fertilizantes orgánicos, yo utilizaba harina de hueso, harina de pescado, levadura de cerveza, melaza de tania, espirulina y té de cáscara de banana. También como insecticidas se deben usar los biodegradables o lavables como el aceite de nim, que se extrae del árbol de nim originario de la India, la tierra de Diatomeas, que se extrae de algas fosilizadas, jabón potásico y también purín de ortiga y purín de cola de caballo. Que las macetas estaban rotuladas con el nombre de cada variedad y los frascos también estaban rotulados con cada variedad. También quería decir, que hipotéticamente hablando, si con todas las plantas que yo tenía quisiéramos armar, por ej, un arbolito de navidad nunca llegaría a igualar en cantidad de ramas, porte o altura a una sola planta cultivada solamente en tierra. Yo nunca quise lucrar con esto, sería muy tonto de mi parte no cultivar directamente en la tierra, ya que tengo un terreno inmenso donde podría haber cultivado y no lo hice. Siempre cultivé en indoor, en las habitaciones, porque es la forma más segura que la marihuana sea de alta calidad medicinal. Que quiero poner como avales dos nombres, el Dr. Carlos Magdalena, director de Neurología Infantil del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez; también el Dr.

Marcelo Morante médico docente e investigador de la Universidad Nacional de La Plata, quien lleva a cabo pruebas con cannabis y Valeria Salech y Mariana Quiroga, que son miembros de la organización "MAMA CULTIVA ARGENTINA". Que respecto del arma, voy a decir que a principios del mes de agosto yo venía del supermercado chino, a eso de las 21 hrs., entro a mi casa, llego hasta el fondo y veo a una persona extraña. Dejé las bolsas, salí corriendo, fui hasta lo de mi papá que vive a la vuelta y le dije a mi mamá que llame al 911; mientras ella llamaba, volvimos a mi casa con mi papá, entramos y corroboramos que ya no había nadie. Cuando estábamos en la pieza, escuchamos que llegó el patrullero, salimos y dijimos que no había nadie así que se fue la policía. En ese interín, mi papá había llevado el arma consigo y la había dejado en la pieza sin que yo supiera, atrás de un televisor sobre un mueble que yo tengo enfrente de la cama. Al otro día, vi que estaba el arma ahí, quedé en llevársela pero fueron pasando los días y me olvidé de ella hasta el día del allanamiento. Esa arma pertenecía a mi abuelo y la heredó mi papá cuando era policía federal. Preguntado sobre si posee papeles al respecto, responde que se han extraviado. Preguntado si estaba inscripto como legítimo usuario su padre, responde que desconoce, que como era de su abuelo si tenían los papeles no estaban a nombre de su padre. Que también quiere decir que lo que más me duele de toda esta situación es el estado de abandono de mis padres, mi papá José con 82 años hipertenso, con várices y una úlcera en la pierna, mi mamá Mirta de 76 años, un mes antes de caer yo detenido se había quebrado la cadera, también es hipertensa, tiene reflujos gástricos, alergia bronquial y artritis reumatoidea. Yo era su enfermero, quien los cuidaba, hacia los mandados, la comida, mantenía la casa, además de llevar adelante el negocio familiar de venta de carbón y leña. En los días libre trabajaba como empleado de la agencia de fletes "ALPES TRANSPORTES" y también hacía jardines a varios vecinos de mi barrio. Que desde que estoy preso el negocio se vino abajo, mi papá necesita alguien que lo ayude urgentemente ya que no puede andar cargando las bolsas ni todo ese movimiento que hacía yo. Aparte quiero decir que si bien está claro que violé la ley al querer suministrarle marihuana medicinal a loras personal, quiero que quede claro que todas mis acciones fueron destinadas a aliviar el sufrimiento de los demás en un contexto donde el gobierno no les pudo garantizar el acceso en forma segura a marihuana de alta calidad medicinal. Que por eso pido, como lo hacen en algunos otros casos, que no se me condene a una pena de cárcel, sino se me obligue a cumplir trabajos comunitarios. Preguntado sobre si tenía conocimiento si era ilegal el cultivo de marihuana, responde

que sí. Preguntado en que horario realizaba el cultivo de cannabis, responde que en cualquier horario del día, que cuando tenía tiempo libre me dedicaba a eso. Preguntado donde se realizan las copas canábicas, manifiestan que se realizan en lugares privados, generalmente por Facebook se organizan o por la Revista Haze o THC. A solicitud de la defensa en relación a si sigue consumiendo marihuana, responde que sí, que consumía todos los días cannabis y algunos fines de semana cocaína. En relación a si recibe algún tratamiento por su adicción, responde que no recibe tratamiento alguno donde está alojado. Preguntado sobre si desea realizar tratamiento para recuperarse de su adicción, responde que sí, que sabe que es una adicción. A solicitud de la defensa sobre si estudió algo relacionado a las plantas, responde que comenzó en la Universidad de Agronomía la carrera de Floricultura, donde tiene aprobados sector Florícola y Botánico. A pregunta de la defensa sobre si vendió alguna vez este aceite medicinal, manifiesta que no, que entre los cultivadores armaron una red solidaria, donde le entregan ese aceite a quienes no pueden pagarlo. Preguntado si alguna vez comercializó estos estupefacientes que tenía en su domicilio, responde que no, jamás. Que solicita su excarcelación. Preguntado sobre si cumplía horarios fijos en “ALPES TRANSPORTES”, responde que trabajaba en negro, porque es el amigo del hijo del dueño y le avisaba cuando tenía días libres y ahí lo convocaban. Preguntado sobre en qué ocupaba el tiempo sus días, responde que en el negocio familiar. Preguntado sobre si alguna vez le entregó aceite medicinal a los miembros de MAMA CULTIVA, responde que no llegó a hacerlo, que lo que tenía el día del allanamiento era porque estaba preparando varios aceites para entregárselos”.

III.B.- La defensa técnica

Al tiempo de efectuar su alegato, la Dra. Lacay, letrada defensora de Christian Darío Ott, compartiendo los argumentos esgrimidos por el señor Fiscal General, sostuvo que no se ha acreditado la finalidad mercantil de la tenencia de estupefaciente que se le secuestrara a su defendido, la cual reconoció pero únicamente con la finalidad de consumo personal, razón por la cual peticionó que se califique el hecho como tenencia de estupefacientes, prevista y penada por el art. 14, de la ley 23.737 y solicitó que se imponga al imputado la pena de un año de prisión.

IV. Pruebas

A) Declaraciones testimoniales incorporadas por lectura.

Con el consentimiento de las partes se ordenó la incorporación por lectura de las siguientes declaraciones recibidas durante la instrucción a los siguientes testigos: Daniel

Ovit (fs. 22/25 y 26/27), Nicolás Celentano (fs. 28), Adrián Tejerina (fs. 29 y 43/44), Horacio Miguel Ledesma (fs. 37vta. y 38vta.), Emiliano Fernández (fs. 47), Agustín Jesús Acosta (fs. 69), Matías Ezequiel González (fs. 70), Leonardo Sebastián Arriola (fs. 77/78).

B) Constancias incorporadas por lectura:

Según fuera autorizado oportunamente, se han incorporado por lectura al debate las siguientes piezas procesales: informe policial de fs. 7/10, acta de procedimiento de fs. 65/68, acta de procedimiento de fs. 86/89, acta de aprehensión y lectura de derechos de fs. 90/91, tests de orientación efectuados sobre el material incautado de fs. 92/98, croquis de fs. 99, láminas fotográficas de fs. 100/129 y 138, acta de fs. 209/210, pericia balística de fs. 219/221, informe pericial de fs. 367/377, informe socio-ambiental de fs. 636/638, los informes periciales de fs. 644/648, 655 y 662 y el informe penitenciario de fs. 615/620.

Y CONSIDERANDO:

I. De la absolución propiciada por el señor Fiscal General.

Conforme se anticipara, el señor Fiscal General, Dr. Carlos Cearras, en oportunidad de realizar su alegato solicitó la absolución del encartado Christian Darío Ott en relación al delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal, comprendido en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 416/424.

Ello así, por estimar que no se logró acreditar debidamente en el expediente que el arma pertenezca al encausado, valorando en este punto lo dicho por él en cuanto a que fue adquirida por su progenitor debido a un hecho de inseguridad que había sufrido tiempo atrás y que desconocía su ubicación en una de las habitaciones del domicilio donde fue secuestrada, circunstancia que tornaba de aplicación lo normado por el art. 3º del CPPN en torno al principio de la duda beneficiante.

Ahora bien, tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos, considero que, ante la falta de acusación y pedido de pena por parte del Ministerio Público Fiscal respecto del evento indicado y en ausencia de un acusador extraño a éste, independientemente de compartir o no los fundamentos vertidos por el señor Fiscal General, me encuentro obligado a pronunciarme por la absolución, más allá del control de razonabilidad propio de todos los actos públicos, derivado de la forma republicana de gobierno; ello en consonancia con los Fallos 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557; “Tarifeño” – 325:2019-; “García” – 317:2043-; “Catonar” – 318:1234-; y “Mostaccio,

Julio” – 327:120.

Lo contrario implicaría la asunción de funciones distintas a la jurisdicción que violaría la garantía de imparcialidad y lesionaría la garantía del debido proceso, entendido este, como compuesto por acusación, prueba, defensa y sentencia.

En esa línea debe recordarse que en el citado precedente Mostaccio (DJ 2004-2, 22) el cimero Tribunal sostuvo que “la imposición de condena transgrede las garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso –art. 18 de la Constitución Nacional- si el fiscal durante el debate solicitó la absolución del imputado, pues no se respetan las formas esenciales del juicio –acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales...”. Esto fue también expresado en el fallo “Cáceres, Martín” (Fallos 320:1891), resultando así ineludible acceder a la pretensión del Dr. Carlos Cearras.

En cuanto al control de razonabilidad el mismo se ve satisfecho desde que el titular de la vindicta pública basa su postura en las consideraciones de hecho y derecho expuestas en su alegato que fuera reseñado anteriormente, de lo que se infiere un claro razonamiento efectuado a la luz de las constancias de autos.

En este sentido, la postura del señor Fiscal General, quien citó el principio del artículo 3 del C.P.P.N., “in dubio pro reo”, para concluir como lo hiciera, no resulta arbitraria, pues encuentra sustento en las especiales características que tuvo el caso traído a juzgamiento, estando dotada de argumentación suficiente y superando consecuentemente el examen de logicidad que el Tribunal debe aplicar en estos supuestos.

Al respecto, si bien es cierto que bastaría esta circunstancia de orden procesal para acceder al requerimiento desvinculatorio propiciado en este proceso, las razones que ha expuesto en su alegato final hacen a sus argumentos homologables, satisfaciendo de esta manera el control de legalidad y razonabilidad que debe imperar.

En efecto, el pedido absolutorio del Dr. Cearras abarca fundamentos concluyentes que permiten considerarlo debidamente motivado en los términos del artículo 69 del Código Procesal Penal de la Nación, pues hace referencia a elementos probatorios que fueron ventilados tanto durante el debate oral celebrado en autos, así como también por medio de las constancias incorporadas por lectura al proceso que refuerzan aún más lo aquí postulado.

Por tales motivos, es que resolví la absolución respecto de Christian Darío Ott en

relación al hecho por el que viniera a juicio requerido, constitutivo del delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal –previsto y reprimido por el art. 189 bis inciso 2º párrafo segundo del C.P.-, por no mediar acusación (art. 402 del CPPN).

II. La materialidad ilícita y la responsabilidad del imputado

Que la prueba producida durante la audiencia y la incorporada al debate por lectura, con conformidad de las partes, permitió afirmar, con el grado de certeza que esta instancia impone que, Christian Darío Ott desde fecha incierta pero hasta el día 10 de septiembre de 2016, sembró y cultivó plantas de cannabis sativa destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, a la vez que le fue hallado en su poder la cantidad de 10.9 gramos de clorhidrato de cocaína.

Asimismo, que el día 19 de agosto del año 2016 siendo aproximadamente las 19.10 horas, suministró estupefacientes –marihuana- ocasional y gratuitamente a Marcelo Alejandro Álvarez, para uso personal de éste último.

Tal afirmación, en primer lugar, encuentra sustento en las declaraciones brindadas por el Cabo 1º Daniel Ovit del servicio de Brigada de la Delegación San Martín de la Policía Federal Argentina. El preventor indicó que, luego de identificar los domicilios denunciados y realizando tareas investigativas sobre los domicilios sitios en la calle Belgrano nº 4972 y Balcarce 3233 de la localidad de Villa Ballester, tras implantar una discreta vigilancia no visualizó actividad alguna que hiciera presumir que allí se realizaban actividades compatibles con la comercialización de estupefacientes. (cfr. Fs. 22 y 26).

En dicha oportunidad asimismo se pudo establecer que en ambos domicilios se registró el ingreso y egreso de un sujeto masculino de nombre Darío, alias “Papita”, de unos 28 o 32 años de edad, de aproximadamente 1.90 mts. de altura, de tez trigueña, barba y pelo largo de color negro, a quien se lo podía visualizar realizando tareas de jardinería en el interior del domicilio así como en la acera de ambos.

En idéntico sentido se manifestó el Subinspector Nicolás Celentano al prestar declaración testimonial a fs. 28.

Aunado a ello, tuve en cuenta las tareas de investigación desplegadas por el Cabo 1º Adrián Tejerina del grupo nº 2 de la Brigada de la Delegación San Martín de la Policía Federal Argentina, quien realizando una discreta vigilancia sobre el domicilio sito en la calle Balcarce nº 3233, el día 19 de agosto del año 2016 constató el arribo al lugar de un rodado marca Volkswagen Gol dominio UOF-623 del cual descendió un sujeto

masculino. Éste ingresó a la vivienda investigada invitado por el sujeto identificado como Darío –alias “Papita”- para luego de unos minutos retirarse del lugar manipulando una bolsa de nylon con sustancia vegetal, lo que motivó el seguimiento del rodado y su posterior interceptación sobre la calle San Martín a la altura catastral nº 444 luego de haber recorrido unas cuadras.

En esta oportunidad y en presencia de testigo civil convocado al efecto, requerido que fuera a que exhibiera sus pertenencias personales, el sujeto previamente identificado como Marcelo Alejandro Álvarez extrajo del bolsillo izquierdo de su pantalón una bolsa de nylon conteniendo en su interior una sustancia vegetal, refiriendo espontáneamente en ese momento “es un regalo de un amigo, no me lleven, por favor”. Al ser sometida al correspondiente test de orientación, arrojó un tinte rojo indicativo de estarse ante la presencia de marihuana.

Dicho procedimiento se encuentra debidamente documentado en el acta que en copias luce a fs. 33/34 y 35/36, así como en las constancias glosadas a fs. 39/41, mientras que a fs. 37 luce la declaración testimonial brindada por el testigo convocado al efecto, señor Horacio Miguel Ledesma, donde ratificó en un todo lo que fuera plasmado en el acta de aprehensión y secuestro.

Por otra parte, valoré el acta de allanamiento glosada a fs. 86/89, ordenada en función del resultado de las tareas policiales llevadas adelante por el personal policial Tejerina y que fueran relatas precedentemente, la cual documenta la requisa realizada en el domicilio sito en la calle Balcarce 3233 de la localidad de Villa Ballester, oportunidad en la cual se procedió a la detención del investigado Darío –alias “Papita”- quien fuera identificado como Christian Darío Ott, así como al secuestro, en distintos compartimentos de la vivienda, de los siguientes elementos: cuatro balastros, tres timers, tres lámparas, dos frascos plásticos de color negro con la etiqueta que reza “Flushars lavador de raíces”, un frasco plástico de color negro con inscripciones varias, un frasco de color negro con inscripciones “Flowars bioestimulador floral”, un envase de plástico color negro con la inscripción “Top Veg”, un frasco plástico de color negro con la inscripción “PK Boost”, dos envases plásticos de color blanco con la inscripción “Grow Dynamite”, dos envases plásticos de color blanco con la inscripción “Aegis desarrollo radicular”, un envase plástico de color blanco con la inscripción “Orquídeas fertilizante líquido”, un envase plástico de color blanco con la inscripción “calcio”, un envase plástico con la inscripción “Nostress ferilizante 100% orgánico de origen vegetal”, un envase

plástico de color negro con inscripción “Top Crop Deeper Underground”, un envase color negro con la inscripción “Dolomita”, un envase plástico con la inscripción “Clonex Rootin Hormone”, un envase con inscripción “mas verde fertilizane líquido”, un roseador con inscripción “Gammaroots potenciador del crecimiento y antishock”, un envase plástico color blanco con la inscripción “Magnesio”, un envase con la inscripción “Ultratron”, un medidor de temperatura, un cuaderno con tapa azul con anotaciones varias, una lámpara de 900w, una lámpara de 150w, y una lámpara de 400w, un porta lámpara colocado en una lámina de aluminio conectada por medio de cables a un balastro color negro, treinta y siete (37) plantas las cuales fueron extraídas de sus respectivas macetas, dos lámparas, dos balastros y un timer, ochenta y un (81) plantas enmacetadas, sesenta y ocho (68) plantas pequeñas sin maceta, veinticinco (25) macetas vacías con inscripciones varias, tres lámparas, dos balastros, dos timers, seis (6) ramas secas y otras veintiséis (26) ramas de menor tamaño que se hallaban colgadas en un alambrado tipo tender, seis (6) frascos de vidrio conteniendo sustancia vegetal cuyos pesajes resultaron ser de: 78grs., 56 grs., 13 grs., 18 grs., 18 grs., 14 grs., un envase de vidrio con tapa conteniendo sustancia vegetal, un envoltorio de nylon transparente con sustancia blanca compacta y polvo -cocaína- que se hallaba en el interior de un envase de dulce de leche marca “La Serenísima”, dos bolsas que contenían sustancia vegetal picada, las cuales arrojaron un peso de 218 grs. y 416 grs., hojas secas, tres frascos con sustancia vegetal cuyos pesajes respectivos resultaron ser de 7 grs., 2 grs. y 5 grs., dos bolsas de nylon transparente con sustancia vegetal cuyos pesos respectivos resultaron ser 6.4 grs. y 2.5 grs., un frasco de vidrio conteniendo sustancia vegetal, dos frascos de vidrio de color azul con tapa plástica de color gris con sustancia en polvo color verde amarronado -marihuana-, un envoltorio de nylon transparente con sustancia blancuzca -cocaína- y otro envoltorio de color blanco con sustancia blancuzca compacta en piedra y polvo -cocaína-, una caja conteniendo veinte (20) envases de distintas semillas, un revolver con la inscripción “S&W Oto” en el cañón Nro. de serie 521316, con seis alvéolos - cada uno de ellos con su cartucho a bala correspondiente sin percutar-, con la inscripción “IMI.38 SPL” en su base, cinco (5) cartuchos a bala con la inscripción “IMI.38 SPL” en su base - envueltos en un nylon transparente-, un cartucho a bala con la inscripción poco legible “2FAM MAP” en su base, un estuche color negro que contenía tres (3) cartuchos a bala con la inscripción “IMI.38 SPL”, cuatro (4) cartuchos a bala con la inscripción “FMC SF II 9MM 57” en su base, un cartucho a bala con la inscripción “FLB 95 9x19” en su base, un

cartucho a bala con la inscripción “38 S&W ORBEA” en su base, tres cartuchos a bala con inscripción “SP 32 S&w” en su base, una bolsa de nylon de color blanco conteniendo diez (10) cartuchos de escopeta con la inscripción “ORBEA CAL 16” en su base -3 de ellos de color amarillo y 7 de color rojo- y nueve (9) plantas enmacetadas.

El acta de procedimiento antes mencionada fue analizada conjuntamente con los tests orientativos de fs. 92/98, los cuales dieron positivo para la presencia de marihuana y cocaína en las sustancias secuestradas, así como también con el croquis ilustrativo de fs. 99 y las vistas fotográficas obtenidas durante el procedimiento, glosadas a fs. 100/129.

Cabe señalar que tanto el acta de procedimiento como los tests orientativos fueron ratificados durante la instrucción por los testigos de actuación Julio Avelino González (fs. 75/76) y Leonardo Sebastián Arriola (fs. 77/78). A este respecto, corresponde destacar que los nombrados han brindado un detalle minucioso acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aconteció el hecho objeto de la presente causa, extremos que permiten concluir que tanto el allanamiento como el acta confeccionada fueron realizados con estricto apego a lo establecido en el código de rito (arts. 138, 139, 2130, 231 y sptes. del CPPN).

En lo que respecta al material estupefaciente hallado en el interior de la finca de Ott, destaqué el informe pericial químico elaborado por la División Laboratorio Químico de la Superintendencia de la Policía Científica de la Policía Federal Argentina, el cual concluyó que las sustancias secuestradas consistían en clorhidrato de cocaína, arrojando un peso total de 6.38 gramos, con una pureza promedio del 62.4% y un número de 38 dosis umbrales. Mientras que las plantas, hojas, semillas y sustancia vegetal secuestrada se determinó que contienen delta-9-tetrahidrocannabinol (THC), siendo que sus pesajes totales y dosis umbrales se encuentran detallados en el cuadro que luce a fs. 372 (ver fs. 368/372).

Así, acreditada la materialidad del suceso, estimé que debe tenerse por probada la intervención responsable del encartado en el mismo, por cuanto fue hallado en poder del material estupefaciente en cuestión, en ocasión de ser allanada su finca.

Por otra parte, resalté la admisión de responsabilidad realizada por el imputado en oportunidad de prestar declaración indagatoria en autos, conforme se encuentra documentado en las actas de fs. 180/182 y 323/327, lo cual completa la prueba de cargo y permite afirmar, con la certeza requerida en esta instancia procesal, que

Christian Darío Ott es autor penalmente responsable del obrar doloso que se le atribuye.

Dicho lo anterior, analizada la responsabilidad del encausado, corresponde ahora abocarse a analizar la calificación legal de los hechos enrostrados.

III. Calificación legal

En la discusión final (art. 393 del C.P.P.N.), el titular de la vindicta pública expresó su discordancia con el encuadre legal efectuado en la etapa de instrucción por el fiscal de grado, en tanto, en virtud de las constancias probatorias adunadas en autos, descartó la finalidad de comercio de estupefacientes, estimando entonces que el accionar desplegado por el imputado resultó configurativo de los delitos de tenencia simple de estupefacientes y siembra y cultivo de estupefacientes, estos últimos en su modalidad atenuada (arts. 5 incisos “a” -en función del párrafo agregado por ley 24.424-; “e” y 14 de la ley 23.737) Por su parte, el alegato defensorista en la puridad se limitó a discutir el monto de la pena propuesto, en tanto no cuestionó la nueva calificación jurídica propiciada por el señor Fiscal General, limitándose a señalar que la pena a imponer a su defendido debía ser de un (1) año de prisión.

Dicho ello, considero oportuno destacar que, como director del debate, tengo a mi cargo la función de controlar que la actividad de las partes se ajuste a los roles normativamente regulados tanto por la norma fundamental como por las leyes procesales.

Además, el control de legalidad de actuación que yace en cabeza del tribunal constituye una expresión de la forma republicana de gobierno, la cual consagra la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que debe permanecer vigente permanentemente.

En este orden, la doctrina enseña que: “la forma republicana de gobierno (art. 1° de la C.N.) impone a todos los funcionarios expresar los fundamentos y razones de sus actividades, pues no hay otra forma de verificar si se cumple con la tarea y hacer efectiva su responsabilidad en caso contrario” (D’Albora, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, 4° Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 159).

No se trata de avasallar la autonomía que la Carta Magna le confiere al Ministerio Público Fiscal, se trata de realizar el análisis acerca de la fundamentación de lo alegado y postulado por el representante de ese ministerio, lo que implica en el caso de autos, analizar la razonabilidad de la calificación legal postulada por el Representante del Ministerio Público Fiscal en el juicio oral desarrollado en el presente proceso.

Sentado ello, y teniendo en consideración que la calificación legal propiciada por el Dr. Cearras ha implicado un cambio en aquella fijada oportunamente en el requerimiento de elevación a juicio de autos, debe recordarse que acerca del principio de congruencia que debe imperar en todo proceso penal, la doctrina tiene dicho que “la congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Es decir que el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse, entender lo contrario implicaría desvirtuar el sustrato del proceso”¹¹.

Asimismo, es criterio del Máximo Tribunal que, “cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva” (Fallos: 329:4634).

Y también que, “la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, sino que, en definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que de lo contrario se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), privándosele al procesado el derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye” (cfr. Fallos: 316:2713).

Sobre esa base, entiendo razonable y ajustado a los sucesos antes descriptos el juicio de subsunción efectuado por el titular de la vindicta pública en el debate oral, toda vez que la descripción fáctica efectuada en el requerimiento de elevación a juicio contiene todos los elementos exigidos por las figuras legales seleccionadas por señor Fiscal General al momento del alegato, no vulnerando así el derecho de defensa del imputado, máxime si se tiene en cuenta que el cambio efectuado ha sido objeto de discusión final, asegurando así que el imputado y su defensa tengan la efectiva oportunidad de defenderse respecto de ésta.

En efecto, no puede perderse de vista, tal como reseñe anteriormente, que al momento de concedérsele la palabra a la Dra. Lacay, ésta se limitó a expresar su

¹¹ Ledesma, Ángela Ester, “Principio de congruencia en el proceso penal. Reglas aplicables”, en XXIV Congreso de Derecho Procesal, 8/10 de noviembre 2.007; Mar del Plata, Argentina. “Ponencias Generales. Relatos generales. Trabajos seleccionados”. Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fe –Argentina- 2.007, pág. 717.

discrepancia con el monto de la pena a imponérsele a su defendido dentro de la escala penal aplicable, sin efectuar crítica alguna respecto al cambio en la figura legal postulada, no pudiendo entenderse dicho desacuerdo como sinónimo de arbitrariedad¹².

Así las cosas, la modificación propiciada por el Sr. Fiscal General no vulnera el derecho de defensa en juicio por dos razones.

En primer lugar, no distorsiona la naturaleza del hecho que fue materia de acusación, ya que no solo no ha modificado el objeto procesal del presente sumario, sino que además no ha implicado un cambio sorpresivo, por cuanto la plataforma fáctica sobre la que versó el reproche penal al imputado en el requerimiento de elevación a juicio se mantuvo inalterable y ninguna mención ha hecho la defensa respecto el encuadre legal escogido por el titular de la acción pública.

En segundo término, en su acusación el Fiscal General desechó circunstancias relevantes para el derecho penal descriptas en el requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 416/424, descartando la calificación más gravosa por la que se abriera la instancia (delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de siembra o cultivo de plantas, en concurso real con tenencia simple de estupefacientes, previstos por los arts. 5º inciso "a" y 14 primer párrafo de la ley 23.737) en favor de la modalidad atenuada de aquellos tipos penales (art. 5º, anteúltimo y último párrafo, de la ley citada), toda vez que descartó la hipótesis de comercialización de la sustancia incautada.

Por ello, tal accionar no solo no vulnera el principio de congruencia sino que además no se advierte de que manera pudo haberse entorpecido el ejercicio de la defensa en juicio de Ott, máxime si se tiene en cuenta que mejoró la situación del nombrado al reprocharle un delito de menor gravedad que aquel que fuera objeto de calificación legal en la instancia anterior, que más allá de beneficiarlo tampoco impidió que la defensa ejerza la estrategia que estimo correspondiente.

Además, no puedo dejar de soslayar que la calificación propiciada por el señor Fiscal General fue objeto del contradictorio, toda vez que la defensa del encausado tuvo oportunidad de ejercer -durante el curso del debate- de modo efectivo todas las defensas de hecho y derecho que el ordenamiento legal le otorga, lo que efectivamente realizó al expresar su discordancia con el monto de la pena oportunamente solicitada.

¹² Cámara Federal de Casación Penal. Sala I. Causa N° 16498. Lopiano, Roberto Carlos s/ recurso de casación. 3/05/13. Sala: III. Causa N° 10806. Aldeco, Alejandro Martín s/recurso de casación e inconstitucionalidad. 26/10/09.

Aunado a ello, también es importante destacar que, en el especial caso, la selección por parte del acusador público (y único en autos) de la figura penal aplicable al caso, importó el descarte de uno de los extremos de imputación de aquella otra figura primigenia, cual es la intención de llevar a cabo la conducta dentro de una cadena de tráfico de estupefacientes.-

En ese sentido, y por imperio de aquellos principios ya reseñados supra, la adopción de la calificación del requerimiento de elevación a juicio, podría importar un cercenamiento del derecho de defensa, que acotó su actuar al contenido del alegato final de su contraparte, y que por lo tanto se podría encontrar privada de controvertir una novedosa y sorpresiva calificación.

Bajo ese norte, entiendo que la razonabilidad que debe guardar la petición formulada por el titular de la vindicta pública, se ve satisfecha desde que éste basa su postura en las consideraciones de hecho y derecho expuestas en su alegato que fuera reseñado anteriormente, de lo que se infiere un claro razonamiento efectuado a la luz de las constancias de autos.

Por los motivos expuestos anteriormente fue que encontré razonable y ajustado al suceso antes descripto el juicio de subsunción efectuado por el Ministerio Público Fiscal, entendiendo así que la conducta reprochada al causante resultó constitutiva de los delitos de cultivo de estupefacientes atenuado por su finalidad; facilitación de sustancias estupefacientes a título gratuito y tenencia simple de estupefacientes, los cuales concurren idealmente entre sí (arts. 12; 29; 45; 54 y artículos 5 incisos “a” (en función del párrafo agregado por ley 24.424); “e” y 14 de la ley 23.737).

IV. Determinación de la pena

Acreditada la materialidad ilícita del accionar desplegado por Christian Darío Ott y a fin de graduar la pena a imponer, no se encontraron eximentes que tratar.

Aunado a ello, en función de las pautas conmensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, valoré como agravante la cantidad del material incautado por entender que implica una mayor afectación del bien jurídico tutelado, mientras que como atenuante ponderé la carencia de antecedentes penales computables previos al inicio de estos actuados.

Por ello, consideré que correspondía imponerle a Christian Darío Ott la pena de tres (3) años de prisión, multa de mil pesos (\$ 1.000) y costas; por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de cultivo de estupefacientes atenuado por su

finalidad, facilitación de sustancias estupefacientes a título gratuito y tenencia simple de estupefacientes, los que concurren en forma ideal entre sí (arts. 5º incisos “a” –conforme ley 24.424- y “e” –conforme ley 26052- y art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737).

V. Excarcelación

Que la señora Defensora Particular, doctora Cecilia Lacay, en la audiencia de debate oral solicitó la excarcelación de su asistido, ello atento el tiempo de detención sufrido.

Corrida que fue la vista al señor fiscal general, éste se expidió en forma favorable respecto de la concesión del beneficio bajo estudio, ello por compartir las razones brindadas por la defensa del justiciable, y teniendo en cuenta el cambio de calificación del hecho, la pena de prisión solicitada, el tiempo de detención sufrido por Ott y su comportamiento intramuros, bajo la caución que el tribunal estime corresponder.

Ahora bien, del informe que luce a fs. 750 se desprende que Christian Darío Ott poseía conducta ejemplar 10 (diez) dentro del establecimiento carcelario, no habiendo sido pasible de sanción disciplinaria alguna durante su detención.

Por otra parte, a fs. 749 se informó por Secretaría que el mentado se encontraba privado de su libertad en forma ininterrumpida desde el día 10 de septiembre del año 2016, por lo que a la fecha de celebración de la audiencia de juicio oral (20 de febrero de 2018) llevaba cumplido un total de uno (1) año, cuatro (4) meses y diez (10) días de encierro preventivo.

Así las cosas, y teniendo en consideración la pena impuesta en el acápite que antecede, y constatado el cumplimiento del requisito temporal exigido por el art. 13 del Código Penal, es que entendí procedente la concesión de la excarcelación en términos de la libertad condicional a Christian Darío Ott (art. 317 inciso 5º del C.P.P.N.), ordenándose su inmediata libertad, la que debería efectivizarse en la misma fecha y desde su actual lugar de detención, previa confección del acta respectiva y debiendo constatar que no registre órdenes de detención de otro Magistrado, en cuyo caso debería quedar anotado a disposición del señor Juez requirente; ordenándose además que el incuso debía comparecer ante esta sede a sus efectos el día 21 de febrero del año en curso a las 12.00 horas, obligación que cumplió.

Asimismo, estimé oportuno establecer que Christian Darío Ott se someta a las reglas de conducta previstas por los incisos 1º y 3º del art. 27 bis del Código Penal, esto es: fijar domicilio y someterse al cuidado de un Patronato de Liberados, y abstenerse de

consumir sustancias estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas.

VI. Efectos

Determiné que correspondía proceder a la devolución de los celulares incautados en el procedimiento plasmado en el acta de fs. 86/89, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 523 in fine del C.P.P.N.

Por otra parte, sostuve que conforme lo establece el art. 23 del Código Penal correspondía ordenar la destrucción del material estupefaciente y demás elementos secuestrados en el marco del presente expediente.

VII. Honorarios.

En cuanto a la regulación de honorarios profesionales de las doctoras Cecilia Lacay y Gabriela Factorovich, no surgiendo de la compulsa efectuada en la causa el cumplimiento de los requisitos legales, se difirió su regulación hasta tanto ello ocurra.

Con esto, se da por cumplida la fundamentación del fallo motivo del mismo, debiéndose estar a la fecha de lectura oportunamente fijada.

DANIEL ANTONIO PETRONE (JUEZ)

“Incidente N° 3 – IMPUTADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL Y OTRO s/INCIDENTE DE FALTA DE ACCION”

(Expediente N° 003273/2017/3/CA001 – CÁMARA FEDERAL DE SALTA – SALA I – SECRETARÍA PENAL N° 1 – 10/04/2018)

Salta, 10 de abril de 2018.

VISTA:

Esta causa Nro. FSA 3273/2017/3/CA1 caratulada “Gago, Esteban Daniel y otro s/Incidente de falta de acción”, originaria del Juzgado Federal Nro. 1 de Jujuy;

Y RESULTANDO:

1) Que llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López, en contra del auto de fs. 27/34 por el que se rechazó la excepción de falta de acción por inexistencia de delito y la inconstitucionalidad del art. 5, penúltimo párrafo, de la ley 23.737 (cfr. fs. 41/52).

La defensa se agravia estimando que el Juez se basó en la potencialidad del daño hacia terceros que tenía el material incautado a Gago y la cantidad de plantas de marihuana que se encontraron en su domicilio.

Sin embargo, alega que se soslayó la aplicación de la ley 27.350 sobre el uso medicinal del aceite de la planta de cannabis, estimando que el delito que se les atribuye no debe ser identificado únicamente con ejecutar la acción descripta en el tipo del art. 5, inc. “a” de la ley 23.737 (siembra o cultivo de plantas y/o guarda de semillas para la producción de estupefacientes), sino que debe ponderarse si aquella lesionó el bien jurídico tutelado por la norma.

Señala que debe considerarse escasa la cantidad de estupefaciente secuestrado, cuestionando los resultados del peritaje de fs. 279/302 de la causa principal, bajo el argumento de que se debió tomar en cuenta la tabla de peso y concentración obrante en el informe que presentó y elaboró la Asociación Rosarina de Estudios Culturales que acompañó en el legajo (cfr. fs. 1/14).

Afirmó que las cincuenta y ocho (58) plantas de marihuana encontradas en el domicilio de Gago tenían como destino la obtención de aceite medicinal de cannabis y hojas de marihuana, ambas para el propio consumo de sus defendidos, de modo que

consideró aplicable los lineamientos que surgen del precedente “Arriola” que declara la inconstitucionalidad de la hipótesis delictiva que se les atribuyó; poniendo de relieve, además, que el delito de cultivo o siembra de estupefacientes por el que fueron procesados tiene que estar dirigido a producir o fabricar estupefacientes para su comercio.

En lo que concierne a la audiencia del art. 454 del C.P.P.N. llevada a cabo el pasado 28 de marzo del corriente, se remite a la lectura del acta por razones de brevedad, toda vez que reeditó el tratamiento de los motivos de agravios ya expuestos.

2) Que, por su parte, el Fiscal General Subrogante, en la audiencia celebrada, a cuya lectura del acta pertinente se remite, adujo que existe procesalmente un obstáculo para la procedencia del planteo defensivo, toda vez que al no haber sido apelado el auto de procesamiento, el cuestionamiento de la defensa tiende a entrar por una vía no admitida por el Código Procesal Penal a su puesta en crisis, lo que no resulta admisible.

En relación al fondo del asunto, sostuvo que la defensa refirió que todas las plantas tenían un destino medicinal, buscando el amparo de la ley 27.350, pero, prohíbe el autocultivo, como el cultivo sin autorización y que el art. 8 de dicha ley es taxativa al respecto.

Aseveró que la plantación de marihuana y su envergadura en el caso, más la cantidad de semillas y plantas secuestradas, se encontraban al margen de la autorización legal, por lo que entiende que, con esas conductas, sin más elementos, resultó afectado el bien jurídicamente protegido, además, de que, a su entender, existió dolo de tráfico, atento a que los informes policiales y las desintervenciones telefónicas así lo acreditan.

3) Que conforme surge de las copias del principal, estas actuaciones se iniciaron el 16/3/2017, en circunstancias en los que el Oficial Inspector Alejandro Gustavo Martínez de la Brigada de Narcotráfico de Humahuaca (Pcia. de Jujuy) tomó conocimiento a partir de los dichos de una persona que no quiso revelar su identidad aunque se aclaró que sería un “mochilero” (turista), que tras haber pernoctado en el hostel “La casa de Calete – Finca Los Terpenos”, ubicada aproximadamente a 8 km de la ciudad de Humahuaca, observó que existía una gran cantidad de plantas de marihuana que estaban bien ocultas en un invernadero, razón por la cual el Fiscal Federal Nro. 2 de Jujuy que intervino, ordenó que se verifiquen los hechos denunciados.

De ese modo, a fs. 2 y vta. se confirmó que efectivamente en el lugar existía una

zona de cultivo de marihuana, obteniéndose fotografías (desde la vía pública) del lugar, detectando el Oficial Inspector Martínez que de allí emanaba un fuerte olor a marihuana.

Asimismo, la preventora estableció a partir de las verificaciones en las redes sociales sobre el hostel que su propietario, a quien se lo vio ingresar en el invernadero durante las vigilancias encubiertas, era Esteban Daniel Gago, adjuntando fotografías e informando su número telefónico (cfr. fs.2 y vta., 3/4 y vta. y 10).

Por ello, a fs. 31/32 el Fiscal Federal Nro. 2 de Jujuy formuló requerimiento de instrucción y solicitó que se allane el lugar y se detenga a Esteban Daniel Gago, lo que así fue ordenado por el Juez Federal Nro. 1 de Jujuy (cfr. fs. 33/34).

Del registro se incautaron cincuenta y ocho (58) plantas maduras de la especie cannabis de diversos tamaños compuestas por raíces y hojas; ciento cincuenta y dos (152) plantines y almácigos de la misma especie que la señalada anteriormente, con un peso total aproximado de sesenta y nueve kilos con setecientos cuarenta y cinco gramos (69,745kg), quinientas noventa y tres (593) semillas de la especie cannabis sativa; restos de marihuana y flores (cogollos); revistas y libro sobre cultivo de marihuana; teléfonos celulares, todo lo cual se corroboró mediante pruebas orientativas de narco test, resultando positivo; asimismo se incautaron teléfonos celulares (cfr. acta de allanamiento y sus anexos a fs. 43/52 y vta., 53/66, 71/77 y declaraciones testimoniales de los preventores agente, Jimena Ariadna Toconas y cabo Marcos Antonio Condorí a fs. 79 y vta. y 80/81, y del personal civil que intervino en el allanamiento, Sres. Ángel Atilio Tito e Iván Robinson Ángel Tito (ver fs. 67/68 y 69/70 del principal).

En la ocasión, se detuvo a Rodolfo Gabriel López que se encontraba en el domicilio allanado, como también a Esteban Daniel Gago, quien tenía un recipiente artesanal que contenía restos de marihuana –sin determinarse su peso y cantidad– (cfr. acta de allanamiento de fs. 43/52 y vta.).

A fs. 114/121 y vta. y 122/129 y vta., lucen las declaraciones indagatorias de Rodolfo Gabriel López y Esteban Daniel Gago respectivamente, prestadas el 3/4/2017, quienes luego de ser intimados por el hecho que se les enrostraba, el que fue calificado como delito de siembra y cultivo de sustancias estupefacientes (art. 5, inc. “a” de la ley 23.737), se abstuvieron de ofrecer versión de descargo.

Sin embargo, a fs. 177/180 Gago amplió su declaración y relató que vive en Humahuaca, localidad de Calete (Jujuy), que es licenciado en turismo y que trabaja hace

más de 20 años como guía de montaña profesional y que tiene un hijo menor de edad del que comparte su custodia.

Reconoció la propiedad de todas las plantas, semillas y demás elementos incautados y que iban a trabajarlas junto con su consorte López para la producción de aceite de cannabis, con el que dijo que trata a su hermano que sufre de nefrosis y a su pareja por otras dolencias. Asimismo, detalló el proceso de elaboración del aceite de cannabis, explicando la necesidad de tener una cuantiosa cantidad de plantas para su fabricación, como de semillas, para la reproducción de la materia prima.

Finalmente, y a preguntas de su abogado defensor, expresó que la producción de aceite de cannabis no estaba destinada a la venta a terceros, sino para su consumo, la de su familia y para la de López.

A su turno, a fs. 181/183 y vta., Rodolfo Gabriel López también declaró y dijo que se trata con cannabis a raíz de un accidente automovilístico que padeció, lo que le dejó secuelas con dolencias. Sostuvo que su cuerpo mejoró y contra los pronósticos médicos, dado que volvió a caminar sin ayuda de muletas. También dijo que en el año 2015 a su madre le detectaron cáncer y que, en ese momento, leyendo bibliografía sobre el uso del cannabis para esa enfermedad, le propuso tratarse con aceite de cannabis lo que mejoró su estado de ánimo, ayudándola a dormir por la noche y a tener buen apetito, y que desde ese momento su obsesión fue que se curara del cáncer con la “medicina canábica”, por lo que empezó a investigar las posibilidades de cultivar cannabis.

Aseveró que al momento de producirse el allanamiento tenía un cultivo con diferentes plantas con la finalidad de utilizarlas para la enfermedad de su madre.

A fs. 279/302 rola el peritaje químico realizado sobre el material estupefaciente (plantas, semillas, hojas y flor), sus recipientes, picadores, etc., lo cual arrojó que las 22 muestras de plantas analizadas se trataban de cannabis (marihuana), con un peso total aproximado de 2 kilos 674,22 gramos y 25,47 por ciento de concentración. Asimismo, se detectó la presencia de THC (tetrahidrocannabinol) en las semillas peritadas, concluyéndose del ensayo cuantitativo de viabilidad que en las 21 semillas examinadas e identificadas en el “sobre 6-B1”, se determinó que tenían un 100% de capacidad germinativa. Finalmente se consignó que del lavado químico efectuado con tolueno sobre las muestras examinadas dieron positivo para cannabis (marihuana).

A fs. 304/330 y 331/342 corren agregadas las actas por las que se extrajo la información de los teléfonos celulares secuestrados cuyas líneas telefónicas responden a

los números 0388- 155149461 y 0388-154141901. De la transcripción de mensajes de texto verificados (vía mensajería instantánea “whatsapp”), se desprende que Gago mantenía conversaciones con diferentes interlocutores en las que se le realiza un encargo al nombrado de aceite de cannabis; sobre comercialización de alcohol etílico (para la producción de resina y aceite) y diálogos relativos al cultivo de plantas y semillas.

Así, se destaca de la conversación transcripta a fs. 327vta./328, que Gago mantuvo el siguiente diálogo con quien figuraba agendado como “Mariano Fusero Boga Cannabis”: “Esteban: estamos muy conscientes de que si no podemos hacer el cultivo. Podemos ir presos. (...) Mariano: Lo más probable es que autocultivo no salga siquiera para medicinal...espero equivocarme. No puedo recomendarte nada Teto. Son decisiones personales. (...) Esteban: No sé qué hacer. Si seguir cultivando o dejar de hacerlo. Mariano: El riesgo siempre lo tuviste. Esteban: Si. Pero con poca producción. Mariano: Es decisión personal...yo no puedo recomendar a nadie respecto del riesgo que cada uno quiere correr. Esteban: Para hacer el aceite me la tengo que jugar con mucho más”.

CONSIDERANDO:

1) Que el art. 339, inc. 2) del C.P.P.N. prescribe que “durante la instrucción, las partes podrán interponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento: (...) Falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida, o no pudiere ser proseguida, o estuviere extinguida la acción penal”, que se vincula con los impedimentos relativos al ejercicio o al progreso de la acción penal, es decir, con defectos o vicisitudes en su promoción, impulso, mantenimiento o subsistencia.

Así, se explicó que en el trámite de las incidencias, como las que aquí ocupa, podrán deducirse cuestionamientos vinculados a que la acción no fue legalmente promovida por el agente fiscal (arts. 188 y 195 del C.P.P.N.) o cuando no puede proseguirse si depende de una cuestión prejudicial (arts. 10 y 11 del C.P.P.N.). También, en aquellos supuestos en los que la acción penal se extinguió, cuando el imputado se encuentra sometido a proceso por el mismo hecho o ya ha sido juzgado por ese suceso; como asimismo cuando fue promovida por quien no tenía legitimación activa para hacerlo, en los casos de la acción privada o dependiente de instancia privada (cfr. D’Albora, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado, anotado y concordado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 606).

Es decir, los planteos que se vinculan con esta clase de incidencias resultan acotados y se limitan estrictamente a los supuestos de excepción que antes se citaron y, por tal razón, el código establece que deben ser de “previo y especial pronunciamiento” (art. 339 del C.P.P.N.), de lo que se infiere entonces que no resulta la vía idónea para objetar la calificación jurídica, o a la responsabilidad de los imputados.

De este modo, permitir que por esta incidencia se introduzcan cuestiones que deben ser debatidas en la causa principal, desnaturalizan precisamente el trámite acotado y excepcional que regula el art. 339, inc. 2° del C.P.P.N., ya que, en definitiva, la ley procesal otorga a las partes amplias facultades –tanto en cantidad de oportunidades como en cuestiones para debatir– para cuestionar el mérito de la prueba que fundamenta la imputación y, en su caso, producir prueba de descargo (v.gr.: recurso de apelación contra el auto de procesamiento, oposición a la elevación a juicio, intervención en los actos de prueba, etc.), lo que, en definitiva, resguarda de mejor manera los derechos de los justiciables involucrados.

Es que, en definitiva, la excepción de falta de acción es “una modalidad de oposición a los poderes de acción y jurisdicción por impedimentos transitorios o definitivos que excluye por innecesaria una discusión acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal (cfr. Cafferata Nores, José I., Tarditti, Aída “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, tomo I, Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 116). En consecuencia, al tratarse de un impedimento procesal, lo que se obsta es un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (Pastor, Daniel R. “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales” en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Lerner, Córdoba, 2008, pág.796).

En suma, “las excepciones son arbitrios a través de los cuales no se afronta la refutación de los hechos constitutivos del objeto procesal ni se aducen razones fácticas y jurídicas que neutralicen o disminuyan la entidad de las imputaciones” (C.F.C.P. Sala III, causa nro. 9259 caratulada “Menéndez, Luciano Benjamín s/ recurso de casación” del 5/2/09).

2) Que, sin embargo, en supuestos excepcionales se admitió –pretorianamente, por cierto– que cuestiones relativas a la calificación legal de la conducta puedan ser analizadas por esta vía, cuando de manera notoria el hecho no encuadra en una figura penal.

En este sentido, se indicó que “la excepción de falta de acción por inexistencia de

delito sólo procede cuando tal extremo surja en forma evidente y manifiesta” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa nro. CFP 12591/2014/1/CA1 caratulada “O., S. A. s/ excepción de falta de acción”, Reg. Nro. 41.051, del 17/5/2016), o bien cuando “circunstancias inequívocas y ostensibles permitieran descartar *ab initio* la comisión de una conducta típica y antijurídica” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Szelinga, Roberto R.”, del 20/3/1998, en L.L. 1999-C,645) y sólo ante “situaciones de muy particularidad excepcionalidad, cuando la inexistencia del delito es evidente” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa nro. 46.318 caratulada “Fernández Eduardo Jorge y otro s/ excepción de falta de acción”, Reg. Nro. 59, del 7/2/2012), pues de lo contrario importaría que “la prosecución del proceso resulte un claro dispendio de la actividad jurisdiccional” (cfr. Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, *in re* “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación”, sentencia del 16/11/2001).

Así, conviene aclarar, que la excepción a la regla que se comentó en el apartado anterior deviene restringida y acotada exclusivamente a la causal de inexistencia de delito cuando surja palmaria la ausencia de tipicidad de la conducta, quedando por fuera de esta vía incidental el tratamiento de toda otra cuestión que sea extraña y ajena a ella, como cuando lo debatido versa sobre el mérito de la prueba, la responsabilidad del acusado o la falta de acreditación de los elementos subjetivos del delito.

Por ello se afirmó que “la excepción de falta de acción no resulta vía idónea para demostrar la inexistencia de delito, a menos que ésta resulte manifiesta, lo cual no ocurre si hay hechos controvertidos sujetos a prueba, que deberán ser evaluados en oportunidad de la sentencia” (cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en autos “Escudero, Roberto”, del 15/07/99), o se tratan de cuestiones vinculadas al “plano subjetivo” (cfr. Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación”, Tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 930, con cita de varios fallos).

3) Que, bajo esos lineamientos, esta Sala advierte que, en rigor, el recurso que se presentó pretende impugnar la prueba sobre el auto de procesamiento que se dictó el 26/4/2017, el que, a pesar de ser oportunamente notificado a la defensa de Gago, no se lo impugnó (cfr. fs. 166/168 del principal).

Ello es así, toda vez que el recurrente intenta controvertir la adecuación del tipo

penal atribuido a sus defendidos, solicitando la aplicación de la ley 27.350, procurando una reedición en la justipreciación del aspecto subjetivo del hecho (finalidad con la que detentaban las plantas y semillas de marihuana), lo que excede el marco de la incidencia.

Asimismo, invoca la falta de vulneración del bien jurídico protegido y cuestiona la plataforma fáctica del hecho atribuido, al requerir la defensa una nueva valoración de los elementos probatorios colectados, en particular, respecto de las conclusiones a las que se arribó en el peritaje químico ordenado por el Juez y que presentó el gabinete técnico de la Gendarmería Nacional a fs. 273/304 del principal. Esto último, también por fuera de los específicos mecanismos que el código procesal estableció para que las partes en el marco de la prueba pericial presenten sus propios expertos y sobre el material incautado puedan, eventualmente, refutar las conclusiones que elaboran los peritos “oficiales” (cfr. arts. 250 a 267 del C.P.P.N.).

Por ello, se considera que la defensa de Gago y López intenta obtener un nuevo examen fáctico, probatorio y jurídico del hecho ventilado en la causa principal, lo cual además de exceder esta incidencia, por lo que recién se explicó, implica una nueva apelación (tardía) contra el auto de procesamiento firme.

4) Que, por lo demás, la invocada ley 27.350 que instrumenta el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, no resulta aplicable al caso, toda vez que la norma y su decreto reglamentario (738/2017) no autorizan a los particulares a sembrar, cultivar, producir, distribuir, comercializar con la planta de cannabis, ni con sus derivados.

En efecto, el art. 7 de la ley prevé que será la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) a quien se permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente (cfr. art. 8 de dicha ley).

Por su parte, el art. 10 del texto legal prescribe que el Estado Nacional impulsará a través de los laboratorios de Producción Pública de Medicamentos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP), la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para su uso exclusivamente medicinal, terapéutico y de investigación y el art. 3 del decreto 378/2017 establece que será el instituto nacional de semillas (INASE) el que regulará

las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento de las plantas de cannabis, autorizándose al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), y al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), al cultivo de cannabis con fines de investigación médica o científica.

Como puede apreciarse, la ley de marras que se citó en el recurso no consagra ningún permiso factible de configurar en el caso un supuesto de atipicidad manifiesta, como tampoco de ausencia de antijuridicidad o incluso de una excusa absolutoria. Ello es así, aun cuando se considere que la totalidad de las plantas y semillas que se encontraron en el invernadero tengan ese exclusivo destino, todo lo cual –como antes se explicó– resulta una cuestión que no corresponde analizar en esta oportunidad.

Empero, y como cuestión de relevancia, no puede ni debe perderse de vista, que en la audiencia celebrada en el marco de esta incidencia, el propio abogado defensor de Gago y López admitió que no desconocía esa parte que la ley 27.350 en modo alguno permite ni consagra el autocultivo, ni torna atípicas a las conductas llevadas adelante por sus asistidos, por lo que se truncan en sus propios cimientos los argumentos defensivos, en cuanto buscan el amparo de la legislación de mención a sabiendas que no les confiere ninguna protección y dan cuenta de la tipicidad y antijuridicidad de las acciones que se les endilgaron.

5) Que, por esas mismas razones, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 5 de la ley 23.737, pues por intermedio de ese agravio la defensa también pretende introducir cuestiones ajenas a la vía incidental.

En efecto, el reclamo se dirige a que se recalifique la conducta de sus asistidos en aquella norma (que castiga con prisión de 1 mes a dos años en los casos en que por la escasa cantidad del material sembrado o cultivado surja inequívocamente que estaba destinada al propio consumo) y, a partir de allí, que se declare la inconstitucionalidad de la aplicación del delito en la especie, todo lo cual no es más que un planteo encriptado sobre la valoración del mérito de la imputación, pues –en definitiva– se requiere analizar el alcance que corresponde asignar en autos al vocablo “escasa cantidad” que describe el tipo penal.

Así, y más allá del valor que en el marco de la causa principal y en la oportunidad que corresponda deba asignársele al informe que la defensa presentó y elaboró la Asociación Rosarina de Estudios Culturales a fs. 1/14, a los efectos de esta incidencia

corresponde estar (en lo que respecta a la calidad del material incautado) al peritaje que realizó la Gendarmería Nacional a fs. 279/302, debiendo hacerse notar que la asistencia letrada de Gago y López al ser notificados de la realización de la pericia no propuso especialistas para su control (cfr. fs. 184/185 y 347 del principal).

Todo ello, sin perjuicio de señalar –aún con los límites de esta incidencia– que la hipótesis de propio consumo a la que se alegó estaban destinadas las plantas, semillas y demás material incautado, no se compadece con lo que declararon los imputados, quienes manifestaron que las tenían para su consumo y el de su familia, lo que lleva a descartar (*a priori*) el extremo de exclusivo uso individual que exige la norma sobre la siembra o cultivo atenuado.

Por todo lo expuesto, se **RESUELVE**:

I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López, obrante a fs. 41/52, cuyos datos personales obran en autos y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 27/34 por el que se rechazaron los planteos de excepción de falta de acción por inexistencia de delito y de inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 5 de la ley 23.737.

II.- COMUNICAR lo resuelto al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy.

III.- DEVOLVER las presentes actuaciones al Juzgado Federal de origen.

IV.- REGÍSTRESE, notifíquese y publíquese en los términos de las Acordadas 15 y 24 de 2013 de la CSJN.

LUIS RENATO RABBI BALDI (JUEZ)

MARIANA INES CATALANO (JUEZA)

ERNESTO SOLA (JUEZ)

“SOLICITANTE: R, ERIKA MELINA Y OTROS s/HABEAS CORPUS”

(Expediente N° 054079/2018 – CÁMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A – SECRETARÍA PENAL – 06/07/2018)

Rosario, 6 de julio de 2018.

Visto en Acuerdo de la Sala “A” el expediente n° FRO 54079/2018/CA1 “R., Erika Melina y otros s/ Hábeas Corpus”, procedente del Juzgado Federal n° 4 de Rosario, del que resulta que:

Erika Melina R., Carina Soledad P., Natalia Emilia P., Natalia M., Fernanda M., Analía A., Natalia K. y Susana C., por derecho propio y en representación de sus hijos, con el patrocinio letrado de las Dras. Jesica Pellegrini y Gabriela Durruty, interponen la presente con base en lo dispuesto en el artículo 3 inciso 1º de la ley 23.098, con la finalidad de que se ordene a las fuerzas de seguridad respectivas, que se abstengan de interferir en su derecho a cultivar cannabis con fines medicinales para producir aceite, necesario para la salud de sus hijos, cuyas dolencias detallan pormenorizadamente en cada caso, como también las mejoras que se obtuvieron en sus respectivos tratamientos médicos a raíz del uso del aceite de cannabis. Fundan su presentación en la ley 27.350 de Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados, la inconstitucionalidad de la ley 23.737 en sus artículos 14 segundo párrafo y 5 inciso a) y e) en relación con los párrafos penúltimo y último dictada por distintos tribunales del país cuyos fallos citan, la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la penalización del autocultivo del cannabis con fines medicinales, la ley 26.529 y su decreto reglamentario n° 1089/12 – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y ley 26.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (fs. 59/84).

Mediante resolución del día 5 del corriente mes, el Juez Federal n° 4 Dr. Marcelo M. Bailaque, rechazó in limine la presente, y la elevó en consulta conforme arts. 3 y 10 ley 23.098 (fs. 86/88). En breve síntesis, estimó que el criterio de amplitud y no limitación que debe imperar en el ejercicio de los derechos constitucionales no se contrapone con aquél que considera que ellos deben llevarse a cabo por las vías legales correspondientes. En esa dirección concluye que la presente no es la correspondiente para reclamar la pretensión que se demanda, teniendo en cuenta lo preceptuado por la

ley 23.098 en el artículo 3º. Tampoco lo es para expedirse, sin la existencia de un caso concreto, acerca de la inconstitucionalidad de la ley 23.737.

Y considerando que:

1. En materia de protección de los derechos constitucionales, siempre que no resulten más eficaces para ello los demás procedimientos vigentes establecidos por las leyes procesales, el Hábeas Corpus normado por la ley 23.098 es la acción reservada para garantizar todos los derechos constitucionales de libertad y los casos de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de la detención. En el mismo sentido, el artículo 43 de la Constitución Nacional establece: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

Al respecto, Néstor P. Sagüés, sostiene que el hábeas corpus es en rigor de verdad un subtipo de amparo, un amparo especializado y las relaciones entre ambos institutos no siempre están bien definidas. En su opinión el criterio distintivo es el siguiente: “la acción de amparo protege (siempre que se den todos los supuestos de admisibilidad y de procedencia propio de ella) todos los derechos constitucionales, explícita o implícitamente contemplados por la ley suprema (art. 1º ley 16.986), excepto los de libertad ambulatoria (art. 1º ley 16.986; art. 3º, inc. 1, ley 23.098) y de digno trato en las prisiones (art. 3º, inc. 2, ley 23.098).” (“Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Corpus”, editorial Astrea, pág. 143).

En base al criterio precedentemente expuesto y teniendo en cuenta el relato que de los hechos denunciados como lesivos efectuaron los accionantes en el escrito inicial, se advierte que no son aquéllos para los que procede la acción que se intenta, conforme surge del artículo 3 de la ley 23.098. Es decir, no se refieren a una limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente, ni tampoco a la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad de un detenido. Por otra parte, y recordando que el objeto de la presente es que se ordene a las fuerzas de seguridad que se abstengan de interferir en el ejercicio del derecho a cultivar cannabis para producir aceite con fines medicinales para los hijos de las accionantes, importa señalar que según se afirma en la denuncia las accionantes han

iniciado una acción de amparo en sede civil, con el objeto de que ordene al Estado Nacional la inmediata provisión a quienes acreditan la necesidad, del producido medicinal del cannabis.

Por iguales razones, la misma conclusión corresponde extender a la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la ley 23.737 respecto de los tipos penales que se señalan.

Por tanto;

SE RESUELVE:

I. Confirmar, en cuanto fue materia de consulta, la resolución del 5 de julio del año en curso obrante a fs. 86/88, en cuanto desestimó la acción intentada (arts. 3 y 10 ley 23.098).

II. Encomendar al Juzgado la notificación de la presente a los denunciados y que remita copia certificada del escrito inicial y de las resoluciones dictadas en este proceso al juzgado en el que se radicó la acción de amparo iniciada por las accionantes, a sus efectos. Insertar, hacer saber, comunicar conforme Acordada Nº 15/13 C.S.J.N. y devolver las actuaciones al juzgado de origen, sirviendo ésta de atenta nota de remisión.

FERNANDO LORENZO BARBARÁ (JUEZ)

ANIBAL PINEDA (JUEZ)

JORGE SEBASTIÁN GALLINO (JUEZ)

“Principal en Tribunal Oral T001 - IMPUTADO: ALI BROUCHOUD, EDUARDO NICOLAS Y OTRO s/INFRACCION LEY 23.737”

(Expediente N° 032304/2017/T001 - TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTÍN N° 5 - 01/08/2018)

San Martín, 1 de agosto de 2018.

Y VISTOS:

Para redactar los fundamentos de la sentencia dictada en la causa FSM 20895/2015 (RI n° 3562) y su acumulada FSM 28281/2015 (RI n° 3577) respecto de Eduardo Nicolás Alí Brouchoud, titular del DNI n° 18.782.793, argentino, nacido el día 5 de abril de 1980 en San Pablo, Brasil, hijo de Ismael Esteban Alí Brouchoud y María Luján Arévalo, soltero, de ocupación analista en sistemas, con domicilio en la calle Gorriti n° 1450 de la localidad de partido de Baradero, Provincia de Buenos Aires; y de Luciano Matías Alí Brouchoud, titular del DNI n° 34.300.601, de nacionalidad argentina, nacido el día 19 de febrero de 1989 en la localidad de Baradero, Provincia de Buenos Aires, hijo de Ismael Esteban y María Luján Arévalo, soltero, de ocupación jugador de póker profesional, con último domicilio en la calle Juan B. Justo n° 470 de la localidad y partido de Baradero, Provincia de Buenos Aires.

Y RESULTANDO:

Que a fs. 711/721 el Fiscal de Grado requirió la elevación de la presente causa siguientes términos “...Se le imputa a Eduardo Nicolás Ali Brouchoud y a Luciano Matías Ali Brouchoud haber sembrado semillas y cultivado plantas de cannabis sativa - marihuana-, desde fecha indeterminada pero al menos hasta el día 18 de febrero de 2017, haber almacenado por el mismo período de tiempo, materia prima utilizada para la producción de plantas de cannabis sativa, específicamente semillas, como así también haber tenido estupefacientes con fines de comercialización.

Dichas conductas, se desarrollaron en el domicilio de los inculos, sito en la calle Juan B. Justo n° 470, de la localidad y partido de Baradero, provincia de Buenos Aires, en el cual se pudo advertir los encausados tenían en el interior del inmueble semillas de cannabis sativa (marihuana), algunas de las cuales se encontraban dentro de sus respectivos blisters, cogollos de marihuana, los cuales se encontraban dentro de frascos, cajas o bolsitas.

Asimismo, se advirtió que las plantas de menor tamaño fueron halladas en una habitación especialmente acondicionada a tal efecto, y que las plantas más grandes se encontraban en el patio externo donde funcionaba un invernadero en un sector abonado a tal fin.

De este modo, fue secuestrada la cantidad de doscientas dieciocho (218) plantas de cannabis sativa de distinta variedad y tamaños de desarrollo, trescientos treinta y seis (336) semillas de cannabis sativa (marihuana) y cuatrocientos diecinueve con noventa y ocho gramos (419,98) de cogollos de marihuana, demás circunstancias de modo, tiempo y lugar que sobre el particular describe el acta de allanamiento obrante a fs. 13/17”.

En cuanto a la calificación legal, sostuvo que el hecho descrito era “...constitutivo del delito de tráfico de estupefacientes en sus modalidades: siembra de semillas y cultivo de plantad destinadas a producir estupefacientes, tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y almacenamiento de semillas destinadas a producir estupefacientes, ilícito previsto y reprimido por el art. 5 inc. a), c) y d) de la ley 23.737, todos ellos en concurso aparente, por el cual los encartados deberán responder en carácter de coautores”.

Los días 28 y 29 de mayo, 12 y 19 de junio y 3 de julio del año en curso tuvieron lugar las audiencias de debate oral, de acuerdo a las directivas establecidas en el capítulo II, título I, Libro III del Código Procesal Penal de la Nación y cuyas circunstancias ilustra el acta agregada a fs. 831/837.

En oportunidad de formular su alegato, el señor fiscal general, doctor Carlos Cearras, por las razones de hecho y de derecho que al efecto expuso, consideró que a partir de la prueba producida durante el juicio valorada según las reglas de la sana crítica, se encontraba fehacientemente acreditado que desde fecha incierta pero hasta el día 18 de febrero de 2017, Luciano Matías Alí Brouchoud sembró y cultivó doscientas dieciocho (218) plantas de cannabis sativa (marihuana) en su domicilio de la calle Juan B. Justo N° 470 de la localidad y partido de Baradero, provincia de Buenos Aires; lugar donde además guardaba trescientos treinta y seis (336) semillas de cannabis sativa y cuatrocientos diecinueve con noventa y ocho (419,98) gramos de cogollos de marihuana.

Por otro lado, sostuvo que no podía aseverarse con la certeza que esta instancia definitiva impone que su hermano Eduardo Nicolás Alí Brouchoud habitara en el

mentado domicilio ni que participara en la actividad ilícita en cuestión, razón por la cual solicitó se decrete su libre absolución por duda (art. 3° del CPPN).

Indicó que, por el contrario, la autoría por parte de Luciano Alí Brouchoud se encontraba fehacientemente acreditada no sólo a partir del resultado del allanamiento practicado en su vivienda, sino también a través de su propia admisión, aunque sostuvo que la finalidad de la siembra era obtener aceite de cannabis sativa para tratar las dolencias de su madre, quien declaró en el tribunal, respaldada por su médico, quien también depuso durante el juicio. En tal sentido, señaló que la reglamentación que concierne a esta práctica no lo permite, razón por la cual tal argumento no resultaba válido para eximirlo de responsabilidad penal.

Que, a su juicio, el estupefaciente que se obtenía con el producto del autocultivo lo consumía el propio imputado y lo compartía con sus amigos y allegados, y que si bien no se había acreditado que tal estupefaciente fuera destinado a la comercialización, entendía que el hecho endilgado debía encuadrarse en el art. 5, inc. "a" de la ley 23.737, toda vez que el cultivo en cuestión, por su cantidad y demás circunstancias, no era inequívocamente destinado al consumo personal, razón por la cual no podía aplicarse la figura atenuada prevista en el anteúltimo párrafo de dicho artículo.

Sobre el punto destacó que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal in re "Rosito, Leonardo Daniel" (del 08/02/2007; LL, 2007-F, 644), sostuvo que el tipo penal previsto en el inc. "a" no es necesario el dolo de tráfico para calificar la siembra y cultivo de plantas para producir estupefacientes.

En orden a la graduación de la pena, en atención a las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 del C.P., sin advertir agravantes y valorando como atenuantes la ausencia de antecedente penales y la buena impresión causada por el imputado durante la audiencia, solicitó se le aplique el mínimo de pena previsto por la norma en cuestión, esto es 4 años de prisión, multa de \$2500, accesorias legales y costas.

Por último, solicitó se ordene el decomiso y la destrucción del material estupefaciente incautado en autos.

Por su parte, el Sr. Defensor, Dr. Rodrigo Leandro González, al momento de producir su alegato a favor de sus asistidos, solicitó se declare la nulidad de todo lo actuado en la presente causa -de conformidad con lo prescripto por el art. 166 y ss. del CPPN- y la consiguiente absolución de su defendido Eduardo Nicolás Alí Brouchoud. Ello por violación de lo dispuesto por el art. 175 del CPPN -que establece que debe hacerse

constar la identidad del denunciante, bajo sanción de nulidad- y de la garantía de la defensa en juicio prevista por la CN y tratados internacionales en ella contemplados.

Por otro lado, manifestó que resultaba extraño que el mismo día 18 de febrero se dispusiera el allanamiento del domicilio, máxime cuando luego de la declaración de Giménez no se llevó a cabo ninguna tarea investigativa, salvo por la constatación de la existencia del domicilio supuestamente denunciado y la aseveración que desde su interior salía mucho olor a marihuana. Que ello no resulta verosímil pues, en primer lugar, se trataba de plantas de cannabis y, en segundo término, porque el preventor Contreras dijo que sólo había podido oler la marihuana cuando al apersonarse en el domicilio para diligenciar una cédula, el morador abrió la puerta, y tuvo razón el nombrado cuando dijo que no hizo nada ante ello porque era un acto privado, despenalizado por la Corte.

Continuó con su alegato el defensor indicando que en el allanamiento del domicilio de la Calle Juan B. Justo 470 encontraron una persona viviendo en su interior, con un autocultivo y que en tal sentido no hay contradicción con lo afirmado por el fiscal, pues tal como éste señalara no hay indicio que permita afirmar que las plantas se las tenía con fines de comercialización.

Enfatizó que se trata de un individuo que cultivaba, y si bien 218 plantas pareciera ser una cantidad excesiva, lo cierto es que los peritos dijeron que sólo 1,5 kg eran útiles para producir estupefacientes. También se secuestró medio kilo de cogollos, que se utilizan para hacer aceite. Es que el fin de la siembra era el consumo personal de Luciano, su hermano, amigos, y allegados. Tanto los hermanos Brouchoud como su madre consumían el aceite de cannabis sativa por sus cualidades medicinales; ellos por padecer asma y su madre por la artritis rematoidea severa que sufría, cuyo tratamiento requería del consumo de dicha sustancia conforme la prescripción que le efectuar el Dr. Magdalena, quien declaró en el juicio.

Afirmó que tales beneficios fueron receptados por la ley 27.350, la cual no se cumple por negligencia del Poder Ejecutivo Nacional, que no creó aún el registro de cultivadores voluntarios.

Por otro lado, señaló que 500 ml de aceite de cannabis es la dosis mensual por persona y que la madre y los dos imputados utilizaban el aceite, con lo cual la cantidad secuestrada (15 ml) no es desmesurada.

Remarcó en tal sentido que, a diferencia de lo afirmado por el fiscal, en el

domicilio allanado sí había elementos para producir el aceite, el cual se obtiene picando el cogollo y macerándolo con alcohol, luego se lo cuele para eliminar los restos, se evapora el alcohol y se mezcla con aceite de oliva. Es decir, se necesita algo para picar, un colador y ollas, todo lo cual se halló en la casa.

Sostuvo que las personas que cultivan cannabis en sus casas con fines médicos y/o recreativos luchan activamente contra el narcotráfico, y sus conductas no afectan la salud pública.

Discrepó con el fiscal en cuanto a que deba encuadrarse el hecho acreditado en el art. 5, inc. "a" de la Ley 23.737, pues dicha norma requiere el fin ilegítimo, y si este era el fin de consumo señalado, en un ámbito de privacidad, tal fin ilegítimo no existe. Tal como lo establece el fallo "Arriola" de la CSJN. Este tipo de cultivo es atípico. La pregunta es si el inc. a del art. 5 se refiere a una conducta que forma parte de una cadena de tráfico, y a su juicio no hay duda de que es así. La ley 26.052 y la adhesión de la Prov. de Bs As evidencia que el ámbito federal se quedó con los delitos de tráfico, entre los que se encuentra el inc. "a".

Que, no obstante ello, el art. 5° tiene dos atenuantes en el anteúltimo párrafo, que ratifican tal postura, y si bien algunas personas que concurrían al domicilio consumían, la entrega a título gratuito no lesiona el bien jurídico salud pública si es realizado en un ámbito de reserva con fines de consumo. Que, teniendo en cuenta la literalidad del artículo 5, la conducta resulta atípica por aplicación del fallo "Arriola" de la CSJN.

Subsidiariamente, sostuvo que si el tribunal entendiera que la conducta debe encuadrarse en el inc. "a" del art. 5° de la Ley 23.737, coincidía con el fiscal en cuanto a que el mínimo de pena previsto por dicha norma resulta para el caso de autos desproporcionado y, por ende, el tribunal puede, sin declarar la inconstitucionalidad de la escala punitiva, perforar el mínimo, a fin de salvaguardar el principio de culpabilidad. Citó en tal sentido el fallo "Martín Pablo Ludueña" del TOF de Paraná y solicitó se le aplique la pena mínima prevista por el anteúltimo párrafo del art. 5° de la mentada ley.

Seguidamente, el Sr. Fiscal General, en uso de su derecho a réplica, solicitó se rechace el planteo de nulidad formulado por la defensa. Ello así, porque la Ley 23.737 prevé, de acuerdo a los Tratados Internacionales suscriptos por la Rep. Argentina, la denuncia anónima como modo de inicio de una causa penal.

En cuanto a la perforación del mínimo entendió que ir más allá de la ley sancionada por los otros poderes del Estado atenta contra el orden republicano y se

encuentra fuera de las facultades del juez.

Finalmente, en su dúplica la defensa manifestó que la perforación del mínimo resulta un imperativo constitucional, ya que de otro modo se estaría vulnerando palmariamente el principio de culpabilidad, y ello no atenta contra el orden republicano pues existe siempre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la pena. En cuanto a la nulidad, reiteró que la ley regula expresamente cómo debe efectuarse una denuncia penal y no se trata en autos de una mera notitia criminis.

Por último, el imputado Luciano Matías Alí Brouchoud hizo uso de la última palabra.

Siguiendo el orden resultante del sorteo practicado el Sr. juez Marcelo Gonzalo Díaz Cabral dijo:

Al momento de deliberar sostuve, ante todo, que al no mediar acusación respecto de Eduardo Nicolás Alí Brouchoud correspondía dictar su absolución de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas G 91 XXVII “García, José Armando”; T 209 XXII “Tarifeño, Francisco”; C 408 XXXI “Cattonar, Julio Pablo” y “Mostaccio, Julio C.” del 17 de febrero de 2004; con la aclaración de que tal decisión implicaba el cese de las restricciones provisionalmente impuestas así como la exención del pago de las costas del proceso (cfme. arts. 402 y 531 del C.P.P.N.).

Seguidamente afirmé que a partir de la prueba incorporada al debate y efectivizada durante el mismo, valorada conforme las reglas de la sana crítica (art. 398 2º párrafo del C.P.P.N.), se encontraba fehacientemente acreditado que, el día 18 de febrero de 2017, Luciano Matías Alí Brouchoud tenía en su domicilio de la calle Juan B. Justo n° 470, de la localidad y partido de Baradero, provincia de Buenos Aires, doscientas dieciocho (218) plantas, trescientos treinta y seis (336) semillas y cuatrocientos diecinueve con noventa y ocho gramos de cogollos, todo ello de cannabis (marihuana).

Para arribar a tal conclusión partí de la declaración del Oficial Inspector Héctor Román Giménez, quien durante el juicio sostuvo que el día en cuestión, mientras se encontraba prestando servicio de guardia en un festival de folclore que tiene lugar todos los años en la ciudad de Baradero, un sujeto -que requirió no ser identificado- se le acercó y manifestó que en una casa ubicada en la calle Juan B. Justo entre Urquiza y Vélez Sarsfield, vivía un sujeto de apellido Alí que cultivaba plantas de marihuana.

Continuó indicando que con motivo de ello corroboró a través de vecinos del

lugar que efectivamente el denunciado vivía en la calle mencionada, concretamente en una vivienda de material con sus paredes revocadas, con una puerta de madera blanca y una ventana con persiana del mismo color –ver fotografía de fs. 5-; de la cual emanaba un fuerte aroma propio de las plantas de cannabis sativa, razón por la cual recomendó se solicite al fiscal de turno una orden de allanamiento de la morada investigada.

En el mismo sentido declaró durante el debate el Oficial Principal José Fabián Uyema, quien recordó que el nombrado Giménez le había comentado que durante el festival mencionado un sujeto, que prefirió no identificarse, denunció que una persona llamada Alí tenía plantas de marihuana en su domicilio ubicado en las cercanías del lugar. Que posteriormente se confirmó que efectivamente de la vivienda sindicada provenía un olor fuerte a cannabis sativa, motivo por el cual posteriormente el juez interviniente ordenó su inspección.

En efecto, a fs. 8/9 luce el pedido de allanamiento del domicilio investigado efectuado por el titular de la UFI n° 9 departamental, sede descentralizada Baradero, Dr. Vicente O. Gómez, con el fin de proceder al secuestro de todo tipo de sustancias estupefacientes, balanzas, elementos de corte, envoltorios, teléfonos celulares de los moradores y todo otro elemento utilizado para la producción y comercialización de dicha sustancia.

Dicha solicitud tuvo favorable acogida por parte del juez de Garantías Nro. 3 del Depto. Judicial de San Nicolás, quien ordenó la medida en idéntico sentido, conforme obra a fs. 11/12.

Antes de continuar con la descripción del procedimiento en cuestión, entendí pertinente tratar el planteo de nulidad formulado por la defensa durante su alegato, en relación a la génesis de la causa.

Recordé en tal sentido que el abogado sostuvo que la investigación se inició con la actuación ilegal del preventor Giménez, quien –carente de testigos- afirmó que alguien se le acercó durante un festival y, sin mayor explicación, le dio información sobre la existencia de un domicilio en el que se cultivaba marihuana, todo ello sin acreditar su identidad. Que ello impedía establecer si el denunciante se encontraba dentro de las generales de la ley o, lo que sería peor, si la información fue obtenida de modo ilegítimo por la policía, por ejemplo, a través de la tortura. Que, aun cuando fuese verdad que se le acercó una persona y le informó sobre el hecho investigado, el art. 175 del CPPN establece que debe hacerse constar la identidad del denunciante, bajo sanción de

nulidad. El que debe preservar la identidad es el juez, no el funcionario policial. Afirmó que, en consecuencia, el acta que dio inicio a la causa debía ser declarada nula, así como todo lo que se efectuó en su consecuencia, ello conforme el art. 166 y ss. del CPPN, ya que de lo contrario se estaría vulnerando la garantía de la defensa en juicio prevista por la Constitución Nacional y los tratados internacionales a ella incorporados.

Sostuve que el planteo resultaba a todas luces improcedente y, por lo tanto, propuse a mis colegas su rechazo.

Es que más allá de que el art. 34 bis de la Ley n° 23.737 ordena expresamente mantener el anonimato de las personas que denuncien cualquier delito allí previsto – razón por la cual el funcionario estaba obligado a reservar la identidad del denunciante-, lo cierto es que la información aportada se trató de una mera “noticia criminis” que motivó las posteriores diligencias de la investigación preliminar desplegadas con el propósito de acreditar o desvirtuar su contenido. Así pues, en modo alguno la denuncia anónima reviste la calidad de prueba personal de cargo, sino que se limita a ser una fuente informativa. En este sentido la reserva de la identidad del confidente no ha cercenado el amplio ejercicio del derecho de defensa del imputado, pues no se trata de un elemento de cargo en su contra.

En tal sentido, se ha dicho que “...nada impide que la investigación se inicie por una denuncia informal anónima (en el caso, los dichos de una persona de sexo femenino que no quiso revelar su identidad y que brindó detalles concretos de la supuesta actividad delictiva), considerada ésta como una simple ‘noticia criminis’ apta, por lo tanto, para desencadenar la investigación preliminar de oficio en la fase prevencional (conf., in re: “Sarmiento, Víctor A. y otros s/recurso de casación”, causa n° 4931, Reg. N° 6342, rta. el 18 de noviembre de 2003, con citas de la causa: “Freire, Roberto, A. s/ley 23.737”, Reg. n° 27, c. n° 27; Clariá Olmedo, “La denuncia”, Doctrina 1971, Serie Contemporánea, J.A., pág. 385, Creus, “Invalidez de los actos procesales penales”, Ed. Astrea, 1992, pág. 96.).

Y que “...si bien la información recibida a través de una denuncia anónima no reúne los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias, no deja de ser un anoticiamiento apto para desencadenar el procedimiento por iniciativa propia, pues no debe pasarse por alto que lo que las autoridades policiales adquieren es la noticia de la comisión de un hecho con características de delito...” (conf., C.N.C.P., Sala II, in re: “Blanco, Norberto Fernando s/ recurso de casación”, causa n° 4161, Reg. n° 5593, rta. el

10/4/03), razones por las cuales el cuestionamiento carece de sustento (cfr. in re “Sarmiento, Víctor A. y otros s/rec. de casación”, causa nº 4931, Reg. Nº 6342, rta. el 18 de noviembre de 2003, y sus citas, y “Mauritis De Greef, Sonya y otro s/rec. de casación”, causa nº 6434, Reg. 8349, rta. el 2 de diciembre de 2005, de la Sala I de este Cuerpo).

Continué entonces con la valoración de los elementos de prueba y ponderé el acta de procedimiento obrante a fs. 13/17, en la que consta el allanamiento practicado en la vivienda investigada, sita en la calle Juan B. Justo 470 del partido bonaerense de Baradero.

Allí se plasmó que ante la presencia del testigo civil Lautaro Nahuel Difalco se irrumpió en el domicilio en cuestión, donde se encontraban tres sujetos masculinos, identificados como Matías Boonman, Alfredo Hernán Boonman y Luciano Matías Alí Brouchoud, procediéndose a la detención de este último.

Conforme surge del acta en cuestión, al ingresar los oficiales pudieron determinar que el lugar constaba de tres habitaciones, un living, una cocina-comedor, un patio abierto y otra dependencia lindera compuesta por un pasillo, un depósito, una habitación con un baño, un galpón y otro patio.

En la primera habitación, la cual tenía puerta de ingreso desde la calle, hallaron 174 semillas repartidas en 34 blisters, 162 semillas repartidas en 18 bolsas plásticas pequeñas, 4 cogollos, 104,60 gramos de cogollos repartidos en 8 frascos de vidrio, 15 cigarrillos de armado casero semi combustionados y uno entero, 3 blisters vacíos, papel de arroz, un picador de plástico, 9 filtros para cigarrillos, un armador de cigarrillo casero, un celular, tres pipas, una de vidrio, una de madera y otra de agua y 141,50 euros.

De la segunda habitación se secuestró un libro titulado “De la Semilla a la Hierba, Guía para el Cultivo de Hierba por un Entusiasta de la Marihuana”, un vaporizador digital, un picador de plástico, accesorios de vidrios manguera, un filtro, un cogollo que pesó 4,71 gramos y un celular.

Asimismo, en el living encontraron un purificador de agua, 32 arandelas de cartón, 11 blister de semillas vacíos, una balanza digital, una bomba centrífuga, y varios picos de regadores plásticos.

En la cocina comedor secuestraron un vaporizador digital que contenía resto de sustancias símil marihuana, 4 cigarrillos de armado casero, uno de los cuales se hallaba semi combustionado, un estuche de cuerina negra que presentaba restos de símil

marihuana, un picador de aluminio, papel de cigarrillo, un armador de cigarrillos, una notebook y una CPU.

Por otro lado, al ingresar a la dependencia lindera del domicilio, pudieron observar un sistema de iluminación casero realizado con lámparas y portalámparas destinado a brindar iluminación a 134 plantines de diversas alturas entre los 5 y 100 centímetros, distribuidos en dos mesas y en el piso, todos con sus respectivas macetas. En ese mismo lugar secuestraron, de diversas estanterías y roperos, tres cajas de papel de armado de cigarrillos, \$13600 pesos, dos cheques por \$3000 y \$7000, 20 paquetes y envases de diversos productos destinados al abono de plantas y fertilizantes, tres envases de insecticida, un rociador de líquido, un manual de nutrición de platas, un almanaque con diversas anotaciones referidas al cultivo de plantas, un colador de metal, un reloj medidor de temperatura y humedad el ambiente, cuatro medidores de PH, una pipeta, dos blisters de semillas vacíos, un armador de cigarrillo, trozos de papel aislante de aluminio, una balanza de precisión, 5 cogollos ubicados dentro de una caja de metal, varios cogollos que arrojaron un peso total de 177,84 gramos y otros cogollos ubicados sobre un tul blanco dentro de un ropero totalizando 132,83 gramos.

Finalmente, en el patio de la finca se secuestraron 84 plantas de diferentes alturas de entre uno y dos metros, y cuatro bolsas de 80 litros de sustrato de uso profesional.

El contenido del mentado instrumento –que no fue negado o discutido por el imputado ni su defensa- fue ratificado por las declaraciones testimoniales prestadas durante el juicio por los ya mencionados oficiales Giménez y Uyema, como así también el Sargento Mario Contreras, quienes fueron contestes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se sucedieron los hechos allí relatados; todo lo cual se condice, además, con las fotografías tomadas durante la diligencia obrantes a fs. 60/77.

Conforme la peritación química realizada por la Gendarmería Nacional a fojas 507/40, las 218 plantas secuestradas pertenecían al género Cannabis, no habiendo sido posible determinar si correspondían a la especie Sativa, Índica o Rudelaris, dado el estado de putrefacción en el que se encontraban al momento de llevarse a cabo el estudio. Sin perjuicio de lo ello sí se pudo establecer que sólo 10 pertenecían al “sexo hembra”, capaz de desarrollar cogollos. Por otro lado, se concluyó también que con la totalidad del material secuestrado en autos, podían elaborarse 14,944 mililitros de aceite de cannabis medicinal.

Asimismo, según la pericia realizada por la misma fuerza sobre las semillas secuestradas en la finca, pudo concluirse que las mismas se correspondían con la especie Cannabis Sativa, más comúnmente denominada “Marihuana”, encontrándose comprendidas dentro de las previsiones de la Ley n° 23.737 conforme los reglamentos vigentes (ver fojas 685/88).

Sobre el punto hice especial hincapié en la declaración prestada durante el juicio por los peritos oficiales -Jorge Eduardo Dagil y Hugo Daniel Vargas- y de parte - Sebastián Basalo-, quienes depusieron de manera simultánea frente al Tribunal a fin de dar explicaciones sobre las conclusiones de los informes periciales mencionados, sin contradecirse sobre ninguna de las respuestas dadas ante las preguntas de las partes y del tribunal.

En tal sentido, ante todo aclararon que el material objeto de pericia lo fueron a buscar a la sede de Gendarmería en Baradero y que en su mayor parte ya se encontraba en estado de putrefacción, lo cual acontece ante la ausencia de un trasplante.

A preguntas del Fiscal, indicaron que al momento del allanamiento las plantas tenían 1,2 metros de altura y que, si bien el tiempo que requieren para lograr esa medida depende de las condiciones climáticas y otros factores, calculaban que requirieron aproximadamente entre 2 y 6 meses de crecimiento.

Coincidieron todos ellos en cuanto a que del total de elementos secuestrados sólo 1,6 kilogramos eran útiles para producir estupefaciente o aproximadamente 15 mml de aceite de cannabis.

También ratificaron que de las 218 plantas incautadas sólo diez de ellas eran hembras.

Consultados que fueron sobre el procedimiento necesario para producir el aceite de cannabis, señalaron que existen distintos métodos, pero el más utilizado es la destilación con alcohol. Indicaron asimismo que seguramente éste había sido el elegido en el caso de autos, ya que en el domicilio se había secuestrado un decantador (para separar los líquidos de los sólidos), vaporizadores, elementos para trozar el material, aplicadores, varillas para disolver el alcohol, morteros y tubos de ensayo para su almacenamiento.

También había frascos con cogollos, pero los mismos no necesariamente eran utilizados para producir aceite.

En relación a las semillas incautadas, manifestaron que efectivamente eran de la

planta de cannabis, y ante la pregunta específica, señalaron que no hay forma de establecer prima facie el sexo de las plantas que se obtendrían de su siembra.

Preguntados por el Fiscal sobre cuántas plantas son necesarias para el consumo personal del estupefaciente por parte de una persona, indicaron que no es posible determinarlo, ya que depende del nivel de consumo y el organismo de cada sujeto, y la concentración de THC de cada planta. Aclararon, no obstante ello, que hay que tener en cuenta que el ciclo de cultivo de la planta es anual, que hay mucho vegetal que se pierde al ser el 50% machos, y que además de las hembras hay una gran cantidad que se pierden por mal cultivo. Así que, si bien puede en algún caso parecer mucha la cantidad incautada, lo que se puede obtener para consumo es poco.

Sostuvieron que de lo secuestrado se podían extraer 15 a 30 gramos de cogollos, ya que las plantas no eran grandes.

Preguntados sobre si a partir de la cantidad y demás elementos que se secuestraron, en base a su experiencia, ello era para consumo personal o para comercializar, afirmaron que tampoco es posible determinarlo ya que influyen varios factores, entre ellos cuántas personas lo consumieran y el nivel de consumo de cada una de ellas.

Tuve en cuenta, asimismo, la declaración testimonial prestada por la madre de los hermanos Alí Brouchoud, María Luján Arévalo, quien indicó que desde el año 2007 padece artritis reumatoidea severa que le causa dolores agudos en todo el cuerpo, y que incluso a veces no se puede mover, habiendo sido internada por ello en cuatro oportunidades.

Que le comentaron sobre los beneficios del aceite de cannabis para el tratamiento de su enfermedad y le consultó a un médico -Dr. Carlos Magdalena- sobre el tema, quien le recomendó el uso del mentado aceite, aclarándole que lo tenía que conseguir a través de cultivadores solidarios. Que como ella sabía que sus hijos esporádicamente fumaban marihuana y que por una cuestión cultural y generacional les resultaría más sencillo conseguir la sustancia, les pidió que le hicieran ese favor.

Que luego de un tiempo, sus hijos aparecieron con una jeringa con aceite de cannabis, sin aclararle dónde o cómo lo habían obtenido, pero que a ella no le importó porque realmente le ayudaba muchísimo a soportar los dolores. Que posteriormente se enteró que el aceite lo habían producido ellos mismos.

Que sólo llegaron a proveerla de una jeringa, que le alcanzó para un mes de

tratamiento –de cuatro gotas por día-, ya que luego fueron detenidos.

Por su parte, el médico neuro-pediatra Dr. Carlos Alberto Magdalena señaló ante el Tribunal que efectivamente María Luján Arévalo lo consultó en noviembre de 2016 por una artritis severa deformante, que le generaba muchas dificultades en su movilidad y demás aspectos de su vida.

Que él la asesoró indicándole que era conveniente usar aceite cannabidol (CBD) y tetrahidrocanabidol (THC) en proporción de 1 a 1, recomendando su tratamiento por vaporización. Aclaró, no obstante, que no existe una única dosis para todos los casos, depende de cada organismo, pero que se aconseja su aplicación gradual: de 20 gotas (1 mml) a 30 gotas (1,5 mml) diarias. A ella se le indicó 10 gotas cada 8 horas, a razón de 100 mml por mes.

Al ser consultado para que indique cuántos gramos de cannabis resultan necesarios para lograr esa cantidad de aceite, respondió que se calcula que el aceite responde al 1% de la masa vegetal, y que para ello sólo sirven las plantas hembras. Que es muy selectivo porque las plantas con bichos tampoco sirven. Aclaró que los talleres de cultivos necesitan una preparación muy especial y que por lo general se mezclan las especies Sativa e Indica que tienen las proporciones de CBD y THC necesarias. Que requiere luces, indoors, fertilizantes, los cuidados del sembradío y algunos insumos, como ser alcohol para la destilación, fuentes de calor, coladores para hacer baño maría y aceite de coco.

Del mismo modo ponderé la declaración brindada por el testigo Enzo Gabriel Giménez, quien manifestó que era amigo de los hermanos Alí Brouchoud. Que a Nicolás lo conoció 4 años atrás, ya que jugaban juntos al básquet, y éste le dio trabajo en un boliche que tenía con su hermano Luciano, y fue ahí donde conoció a este último. Aclaró que el local se llamaba “La previa” y que, si bien los imputados eran los dueños, también trabajaban allí.

Afirmó que además de esa actividad también jugaban al póker de manera profesional y que incluso habían viajado a otros países a jugar torneos.

A preguntas de las partes, indicó que ambos consumían asiduamente marihuana, pero que nunca los vio o escuchó que la vendieran. Que si lo hubieran hecho él se habría dado cuenta porque estaban siempre juntos en el local. Agregó que son buenas personas y que trabajó con ellos aprox. 3 años.

Manifestó que por lo general fumaban marihuana en la casa de Luciano, que vivía

solo, y en la casa de Juan B. Justo, donde se juntaban entre amigos y a la que a veces también iba Luciano con su novia. Que la última vez que concurrió a ese lugar fue 6 meses antes de su allanamiento y que para ese entonces no había ningún invernadero. Que Nicolás no vivía ahí, sino con su madre.

Por otro lado, recordé que a fs. 108/109 se encuentra agregada la declaración testimonial prestada por una persona cuya identidad fue reservada por el juez de instrucción. Que este Tribunal al momento de resolver sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida por las partes en los términos de los arts. 356 y ss. del CPPN, ordenó la citación del testigo en cuestión - Maximiliano Amado- a fin de que depusiera frente al Tribunal durante el juicio oral y público; ello, en salvaguarda del derecho de defensa en juicio.

Que, así las cosas, el nombrado manifestó en la audiencia que la firma inserta en el mentado documento no era suya y que él nunca prestó declaración en los términos consignados en dicho documento, ya que no conocía a los hermanos Alí Brouchoud. Que para esa fecha él estaba detenido en la Comisaria de Baradero y que durante su encierro permaneció bajo los efectos de la droga, siendo golpeado y maltratado por el personal policial, hasta que lo trasladaron a la fiscalía donde le hicieron firmar algo que no puede especificar y de ahí su hermano lo llevó a un centro de rehabilitación.

Luego de efectuar un análisis armónico de todos los elementos de prueba producidos a la luz de la sana crítica procesal (art. 398 del CPPN), sostuve que coincidía con el fiscal y la defensa en cuanto a que no se encontraba acreditado con la certeza que esta instancia definitiva requiere que Luciano Matías Alí Brouchoud cultivaba plantas de cannabis con fines de comercialización, como así tampoco que integraba una cadena de tráfico ilegal de esa sustancia.

Enfatiqué en tal sentido que previamente al allanamiento no existieron tareas de observación o inteligencia de ningún tipo que permitieran corroborar la hipótesis de venta de droga anónimamente denunciada, la que de ningún modo podía sostenerse en base a una declaración testimonial aislada, no reconocida como propia al deponer durante el juicio el supuesto testigo.

Afirmé que, por otro lado, el secuestro practicado en el domicilio del imputado tampoco permitía arribar a tal conclusión, pues no fueron allí habidos aquellos elementos comúnmente utilizados para el fraccionamiento o acondicionamiento de la sustancia vegetal apto para su inmediata distribución, ya sea mayorista o minorista.

Por último, si bien la cantidad de plantas, semillas y cogollos incautados en la vivienda no resultaba menor, lo cierto es que tampoco se trató de un volumen tal que torne irrefutable la finalidad mercantil. Por el contrario, señalé que tal finalidad se veía contradicha por lo afirmado por los peritos intervinientes en cuanto a que de aquello secuestrado sólo 1,6 kilogramos eran útiles para producir estupefaciente o 15 mm de aceite de cannabis, sumado al uso que de éste hacía la madre del incuso –ratificado por los dichos del médico Carlos Magdalena-, y el consumo recreacional diario tanto por parte de los hermanos Brouchoud, como sus amigos y allegados (reconocido por propio Alí Brouchoud en su declaración indagatoria –incorporada por lectura al debate en los términos del art. 378 del CPPN- y los dichos de su amigo Enzo Gabriel Martínez al deponer durante el juicio).

Sostuve que, en base a ello, disentía con lo propuesto por ambas partes sobre el modo en que debía calificarse el hecho.

Así, por un lado, contrariamente a lo postulado por el Fiscal General –y la minoritaria jurisprudencia por él citada- aseveré que las conductas descriptas en el art. 5º, inc. “a” de la Ley n° 23.737 -así como en el resto de los incisos de dicho artículo-se encuentran, mediata o inmediatamente, relacionadas con la comercialización ilegal de drogas en una secuencia espaciotemporal, es decir, se trata de actos que integran de algún modo la cadena de tráfico de estupefacientes; lo cual explica que la escala penal establecida para todos los supuestos contenidos en dicho artículo sea la misma.

Es por ello que para encuadrar la conducta en cualquiera de las figuras allí previstas debe comprobarse, además del verbo típico, la existencia de esa “ultrafinalidad”, “elemento subjetivo distinto del dolo” o más concretamente “dolo de tráfico” en el sujeto activo.

En tal sentido, concretamente en relación al tipo penal en trato, la Cámara Federal de Casación Penal ha dicho que “...la siembra, cultivo o guarda tipificadas en la citada norma deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que tales conductas contribuyan a la cadena de tráfico de estupefacientes” (Sala III, 17/6/08, “Mansilla, Soledad Del Milagro”, LL, AR/JUR/4586/2008; en iguales términos: “Rosito, Leonardo s/rec. de casación”, reg. n° 59.07.03, rta. 10/07/2013).

En la misma inteligencia, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en un caso similar al presente, sostuvo que “...dicho cultivo resulta por el momento insuficiente

para configurar la infracción prevista y penada en el art. 5º, inc. “a” de la ley 23.737, toda vez que las distintas acciones descriptas en los incisos de esta norma, requieren su vinculación con el tráfico ilícito de estupefacientes. Es que, tales figuras deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico, entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que con estas conductas se contribuya a la cadena de tráfico de estupefacientes...” (Sala II, “Medina, Luciano Sebastián s/Inf. Ley 23.737”, causa n° 322, rta. 3/07/08; en idéntico sentido, “Bisignano, Humberto O.”, 1990/12/04, La Ley, 1991-D, 68 - DJ 1991-2-666).

Sostuve, entonces, que no habiéndose constatado ese plus subjetivo en el actuar del procesado Alí Brouchoud (circunstancia –insistí-reconocida por el propio fiscal) debía descartarse la aplicación del inc. “a” del art. 5º de la Ley n° 23.737.

Sentado ello, indiqué que tampoco habría de coincidir con el criterio adoptado por la defensa en su alegato, relativo a que la conducta del nombrado debía encuadrarse en la figura atenuada de cultivo para consumo personal, prevista en el anteúltimo párrafo del artículo de marras.

Es que la cantidad de plantas, semillas y cogollos de cannabis sativa incautados en el domicilio allanado advertían -sana crítica mediante- que el cultivo ilegal no tenía como fin exclusivo el consumo de estupefacientes por parte del incuso, sino antes bien, tal como ya lo mencionara, su convite y/o suministro a familiares, allegados y amigos.

Siendo ello así, entendí que la conducta bajo análisis debía calificarse como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por la primera parte del art. 14 de la mentada ley.

Es precisamente para casos como el presente, donde existe certeza negativa sobre la presencia de una finalidad adicional en el sujeto activo, que el legislador previó dicha figura residual, evidenciando su afán por abarcar todas aquellas conductas relacionadas con el tráfico y posesión ilegal de estupefacientes. Y si bien es cierto que gran parte de lo incautado se trataba de plantas y semillas de cannabis sativa (escenario de hecho para el cual – paradójicamente- el legislador no contempló una figura simple), no lo es menos que dicho vegetal no requiere ningún proceso –más que su cultivo y posterior secado-para transformarse en estupefaciente propiamente dicho (conforme lo prescripto por el art. 77 del C.P.), tal como sería el caso de la cosecha de cogollos hallada en el domicilio.

Señalé que, en base a lo sostenido, resultaba innecesario abocarme al pedido que

formulara la defensa sobre la aplicación al caso de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Arriola, Sebastián y otros s/causa nro. 9080”.

Fijada de tal modo la calificación legal del hecho endilgado al encartado, teniendo en consideración la escala penal resultante y los parámetros previstos por los arts. 40 y 41 del Código Penal a efectos de graduar el monto de pena aplicable, valoré como atenuantes la ausencia de antecedentes penales y, como agravante, la gran cantidad de plantas y semillas aptas para producir estupefacientes incautadas en su poder, por su mayor afectación al bien jurídico tutelado. Entendí por ello que resultaba adecuado imponer a Luciano Matías Alí Brouchoud 2 años de prisión y multa de mil pesos (\$1.000).

Entendí que, encontrándose satisfechos los requisitos objetivos previstos por el art. 26 del Código Penal, la misma pena de prisión debía ser dejada en suspenso, pues dado el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, el ingreso a prisión sólo significaría un plus retributivo que excediendo de tal modo la mensura efectuada acarrearía exclusivamente efectos contrarios a la reinserción social, finalidad propia de la ejecución de las penas privativas de la libertad según el art. 1° de la ley 24.660.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 27 bis del Código Penal estimé adecuado para prevenir la comisión de nuevos delitos que durante el plazo de 2 años el encartado cumpla como regla de conducta fijar residencia y someterse al cuidado del patronato de liberados correspondiente a su domicilio.

En virtud de ello, propuse a mis colegas se disponga la inmediata libertad del nombrado la que se hará efectiva desde el asiento del tribunal, previa constatación de inexistencia de impedimento legal para ello, en cuyo caso debía quedar anotado a disposición exclusiva del magistrado requirente.

Sentado ello indiqué que debía imponerse al condenado el pago de las costas del proceso (C.P.P.N., arts. 530 y 531), de las cuales \$ 69,67 corresponden a la tasa de justicia.

Asimismo, sostuve que debía afectarse al pago total de tales costas y de la multa impuesta el dinero que le fuera secuestrado a Luciano Matías Alí Brouchoud, debiéndose restituir al nombrado el remanente, junto con los teléfonos celulares y documentación personal secuestrados.

Por otro lado, señalé que correspondía proceder a la destrucción de las muestras del material estupefaciente y demás los elementos incautados utilizados para su

siembra, cultivo y conservación (art. 30 de la ley 23.737 y 23 del Código Penal).

El Sr. juez Alfredo J. Ruiz Paz dijo:

Que por haber coincidido en un todo con los argumentos y conclusiones vertidas por el colega preopinante al momento de deliberar, adhirió a su voto.

La Sra. Juez de cámara, María Claudia Morgese Martín dijo:

Que adhirió al primer voto.

Tras ello, los Sres. jueces firman la presente, con la aclaración que el Sr. juez Alfredo J. Ruiz Paz lo hizo en la sede del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, donde se encuentra cumpliendo funciones como juez subrogante.

MARCELO G. DÍAZ CABRAL (JUEZ)

MARÍA CLAUDIA MORGESE MARTÍN (JUEZA)

ALFREDO J. RUIZ PAZ (JUEZ)