



"N. J. M. y Otro c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986" (Expte. FGR 16.005/2018)

## **CONTESTA VISTA**

Señora Juez:

MARCOS J. ESCANDELL, Fiscal Federal Subrogante de Viedma, conjuntamente con el Dr. DIEGO A. IGLESIAS a cargo de la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR), en los autos caratulados "**N., J. M. 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)** Consideración Previa. Que en el marco de las funciones propias de la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR), se encuentran las de "*prestar asesoramiento técnico y brindar la colaboración necesaria a las Fiscalías*", "*disponer enlaces y acciones inter-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 PGN 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 J. M. N. y M. E. S., en nombre y representación de J. N., hijo y nieto de las presentantes respectivamente; y por los legisladores provinciales N. R. y J.I..

**III)** Los presentantes promueven acción de amparo contra del 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 J. N..

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 J.

De dicha favorable evolución da cuenta el informe que acompañan como prueba, suscripto por la médica especialista en psiquiatría M. D. R.

Asimismo, cautelarmente y hasta tanto el Estado Nacional lleve adelante el suministro peticionado, 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 nº 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 ANMAT 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 prescriptas 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 podrán 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 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.

(ii) En segundo lugar, se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho pues ha sido probado en autos que J. N. padece un caso típico de Síndrome de Tourette; que los tratamientos farmacológicos prescriptos 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, J. N. 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 J. 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 M. D. R., quien explicó: *“Al momento del diagnóstico J. 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 J. presentaba como síntomas comórbidos: hiperactividad, déficit de atención, ansiedad, fobia social, insomnio de conciliación; conductas agresivas y rituales del espectro obsesivo compulsivo.*

*A partir de su diagnóstico (hecho por el Dr. J. D. D.), 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. M. B. M., 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 J. 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 ésta 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. J. D. (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”, J. 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 M. D. R. antes transcripto.

Fue por tal motivo que la familia de J. 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 M. D. R. (fs.71/74) quien explicó: *“En la actualidad J. 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, J. 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 J. 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 J. 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 convulsiones 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 aun 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 3° de la ley dentro de sus objetivos, donde dispone expresamente: "3° *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 visto 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 1°. 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 1° 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 nº 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 J. 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 la 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 contrapone 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 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 I 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 J., 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.**

