



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

N., J. M. Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986

Expte. Nro. 16005/2018

///ma, 2 de julio de 2018

VISTO: la pretensión cautelar precisada a fs. 76/89 de estos autos caratulados: “**N., J. M. 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 J. N. 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: 1) Que es preciso señalar que para así pretender en forma preventiva -y en el marco del amparo interpuesto por J. M. N. y M. E. S., con patrocinio letrado, tanto por su propio derecho como en representación del menor J. N. 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. J. D. D. le prescribe el fármaco Risperidona, mientras que posteriormente, la D. M. B. M., 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 J. 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. M. C. R., 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, J. 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,



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

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 contrapone 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 J. N. 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 M. D. R. de fs. 71/74 quien describió los síntomas de la enfermedad en J., 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 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”. 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 le 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



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

“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 las 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 fuerza 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 M. E. S. como a J. N., al cultivo de cannabis en su domicilio con el único fin de consumo medicinal para el menor J. N..

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 J. N. 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



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

le fueron aplicados, el informe presentado por la Dra. M. C. R. 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. Continua 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. M. B. M. 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 J. 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 Público Fiscal y la Defensoría Oficial, asumo la verosimilitud del derecho proclamada bien surge acreditada con el resultado del informe de la Dra. R., 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



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

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. R. ante las evidencias médicas que constatare en cuanto a que ha mejorado la calidad de vida del menor-, en contraste con la aplicación de las recetas farmacológicas prescriptas, 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 prescriptas 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 prescriptas, 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 Widow*, *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. R., 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 engendrase 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. G. N. – abuelo del menor- junto con la Dra. R. 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 (9-tetrahidrocannabinol) 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



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

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 J., 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. R., 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



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

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 n° 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. R., 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 peticionar 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



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

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 J. 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 descripto permite afirmar que resulta imperativo salvaguardar sin demora la mejoría que ha experimentado J. 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. J. M. N. – madre de J.- 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. M. E. S. y al Dr. G. A. N., 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 J. 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 su 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 requerirle 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.



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA

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 J. M. N. en representación de su hijo menor J. N. y autorizar a la nombrada, así como también a la Sra. M. E. S. y al Dr. G. A. N. -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. J. M. N. 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.

LUC

MIRTA SUSANA FILIPUZZI
JUEZ FEDERAL