

Agosto de 2018

Boletín Jurisprudencia

Cannabis medicinal

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Ministerio Público de la Defensa

INTRODUCCIÓN

El boletín de jurisprudencia elaborado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia en el mes de agosto de 2018 reúne los pronunciamientos judiciales más recientes sobre el uso medicinal del Cannabis.

Argentina, dentro del marco general prohibicionista (ley N° 23.737), ha admitido el uso de marihuana o aceite de Cannabis bajo control médico en el año 2017 mediante la sanción de la ley N° 27.350. Esta última norma tuvo como objetivo establecer 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, para garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1). Con este objetivo, creó, en la órbita del Ministerio de Salud, el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales (art. 2) y un Registro Nacional Voluntario (art. 8) 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 y otros derivados de la planta de cannabis, con el resguardo de protección de confidencialidad de datos personales.

La ley N° 27.350 no resolvió todos los problemas que se derivan del uso de Cannabis con fines medicinales. El presente documento comprende, justamente, los conflictos que se suscitaron en torno a la tenencia o el suministro de Cannabis medicinal y que requirieron la intervención del Poder Judicial.

Al igual que en los boletines publicados con anterioridad, el material contenido en este documento se encuentra ordenado cronológicamente y está descripto con voces que aluden a las particularidades que caracterizan a cada una de las sentencias. Además, se encuentran enlazadas a la página web de jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, donde se puede consultar el texto completo de todos los fallos.

Es posible que existan pronunciamientos referidos a la temática tratada que no se encuentren comprendidos en este boletín. Si estima que se omitió jurisprudencia cuya incorporación a este documento pudiera resultar relevante, por favor, escribanos un correo electrónico a jurisprudencia@mpd.gov.ar.

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

ÍNDICE

1. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala de Feria. “IMP”. Causa N° 54.049. 1/7/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Acción de amparo. Medidas cautelares. Derecho a la salud. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa. Poder de policía. Tutela judicial efectiva.

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II. “YIV”. Causa N° 8.880. 5/5/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Personas con discapacidad. Derecho a la salud. Niños, niñas y adolescentes. Medicina prepaga. Acción de amparo. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa.

3. Cámara Federal de Mar del Plata. “Red de personas viviendo con VIH/SIDA”. Causa N° 30.597. 26/3/2018.

Voces: Acción de amparo. Acciones colectivas. Cannabis. Medicamentos. VIH. Derecho a la salud.

4. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II. “MM”. Causa N° 36.816. 20/2/2018

Voces: Cannabis. Medicamentos. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Personas con discapacidad. Medicina prepaga. Derecho a la salud. Acción de amparo.

5. Cámara Federal de Rosario, Sala A. “DLK”. Causa N° 46.857. 5/2/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Personas con discapacidad. Obras sociales. Acción de amparo. Medidas cautelares.

6. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II. “BLLE”. Causa N° 5.794. 28/11/2017.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Obras sociales. Acción de amparo. Medidas cautelares. Plan Médico Obligatorio.

7. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, secretaría I. “FAI”. Causa N° 2.708. 28/8/2017.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Medicina prepaga. Cannabis. Medicamentos. Personas con discapacidad. Derecho a la salud.

8. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. “PAR”. Causa N° 27.894. 26/7/2017.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Obras sociales. Cannabis. Medicamentos. Derecho a la salud. Derecho a la vida.

9. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III. “ARC”. Causa N° 44.899. 13/8/2015

Voces: Cannabis. Medicamentos. Acción de amparo. Medidas cautelares. HIV. Derecho a la salud. Médicos.

10. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II. “MMA y ZMM”. Causa N° 6.602. 21/11/2012.

Voces: Cannabis. Cultivo de estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Tenencia de estupefacientes. Derecho a la salud.

11. Juzgado Federal de Viedma. “NJM”. Causa N° 16.005. 2/7/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Acción de amparo. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa. Derecho a la salud. Personas con discapacidad. Niños, Niñas y adolescentes. Interés superior del niño.

12. Juzgado Federal de Salta N° 1. “Madre e hijo c/Estado Nacional”. Causa N° 21.814. 2/3/2018.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Medicamentos. Derecho a la salud. Niños, niñas y adolescentes. Cannabis. Medicamentos. Tenencia de estupefacientes. Ley de estupefacientes. Cultivo de estupefacientes. Principio de lesividad.

13. Juzgado Federal N° 2 de Córdoba. “GN y otros”. Causa N° 13.100. 7/4/2017.

Voces: Cannabis. Cultivo de estupefacientes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Derecho a la salud. Derecho a la vida. Personas con discapacidad.

14. Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de La Plata. “LSL”. Causa N° 39.357. 8/11/2016.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Derecho a la salud. Cannabis. Medicamentos. Niños, niñas y adolescentes. Personas con discapacidad.

1. Cámara de Apelaciones de Córdoba, Sala de FERIA. “**IMP**”. Causa N° 54.049. 20/7/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Acción de amparo. Derecho a la salud. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa. Poder de policía. Tutela judicial efectiva.

► Hechos

La señora MPI padecía un tumor de pared toraxica- subplerural. Su médico tratante le recetó morfina y pregabina en cantidades que pasaron de 300 a 1.200 gramos diarios. En poco tiempo, dicha prescripción le provocó daños colaterales en el hígado, el riñón y el estómago. Entonces, el profesional le diagnosticó “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen”, recomendó de manera imperativa y urgente un cambio en la medicación y le indicó que debía ingerir aceite de Cannabis medicinal en dosis estimadas de 3 cc. por día. Al momento de solicitar el medicamento a su obra social, la entidad manifestó que no se lo podía brindar y le sugirió que se dirigiera a la ANMAT para que se lo proveyera. La ANMAT, a su vez, se negó a suministrarle el aceite por considerar que la patología que padecía la requirente no lo autorizaba. En consecuencia, MPI inició una acción de amparo contra su obra social y el Estado Nacional con la finalidad de obtener el suministro de aceite de Cannabis para uso medicinal. Además, petitionó, como medida cautelar innovativa, que se oficiara a las demandadas para que arbitraran los medios necesarios para asegurar la cobertura inmediata del medicamento. El juzgado federal de primera instancia rechazó la medida cautelar. Contra dicha resolución, la actora interpuso un recurso de apelación.

► Decisión y Argumentos

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba hizo lugar al recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Asimismo, hizo lugar a la medida cautelar innovativa y ordenó a la ANMAT que arbitrara 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 de “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen” por el plazo de sesenta (60) días prorrogables en caso de resultar necesario para su tratamiento por igual periodo y/o hasta que se dictara una sentencia definitiva. Por otro lado, sostuvo que el juez de primera instancia debía expedirse 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 (art. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica) por la cuestión de salud involucrada (jueces Vélez Funes y Rueda).

“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 entrea- bierta la posibilidad de que diversas patologías sean incluidas en el programa en cuestión. Contrarian- do dichos principios, la ANMAT dictó con fecha 7/6/2018 un comunicado mediante el cual circuns- cribe la autorización de importación de aceite de Cannabis sólo para aquellas personas que padez- can ‘epilepsia refractaria’. Con dicho proceder queda demostrado que el citado organismo se ha ex-

cedido en el ejercicio del Poder de Policía que le compete cómo 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”.

“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”.

“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.)” (voto del juez Rueda).

“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” (voto del juez Vélez Funes).

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II. “YIV”. Causa N° 8.880. 22/5/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Personas con discapacidad. Derecho a la salud. Niños, niñas y adolescentes. Medicina prepaga. Acción de amparo. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa.

► Hechos

Los padres de un niño de diez años con trastorno generalizado del desarrollo y epilepsia refractaria interpusieron una acción de amparo y requirieron una medida cautelar para que la empresa de medicina prepaga a la que estaban afiliados le cubriera el 100% del costo del aceite de Cannabis prescrito por su médico. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la petición. En consecuencia, la empresa recurrió la decisión.

► Decisión y Argumentos

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la decisión y mantuvo la medida cautelar (jueces Gusman y Gottardi).

“[R]eiteradamente 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).

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)”.

“[C]uando 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 sinra-

zón 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 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)”.

“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.

[E]s 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).

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”.

3. Cámara Federal de Mar del Plata. “Red de personas viviendo con VIH/SIDA”. Causa N° 30.597. 26/3/2018.

Voces: Acción de amparo. Acción colectiva. Asociaciones civiles. Legitimación. Cannabis. Medicamentos. HIV. Derecho a la salud.

► Hechos

Una asociación de personas con VIH/SIDA promovió un amparo colectivo para que se los autorizara a cultivar Cannabis para consumo medicinal. El juzgado de primera instancia rechazó la petición por considerarla una solicitud judicial para “incurrir en la conducta tipificada actualmente por el art. 5to. de la ley 23.737” y estimar que la asociación no se encontraba legitimada para ejercer la acción de forma colectiva. Contra esa resolución la actora interpuso un recurso de apelación.

► Decisión y Argumentos

La Cámara Federal de Mar del Plata revocó la resolución de grado y habilitó la vía de amparo colectivo para que el juez de grado analizara las peticiones (jueces Ferro, Tazza y Jiménez).

“[E]s 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. 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 [...]; por lo cual –tanto desde su capacidad jurídica como desde su legitimación procesal– la entidad amparista no encuentra escollos para actuar en autos”.

4. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II. “**MM**”. Causa N° 36.816. 20/2/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Personas con discapacidad. Medicina prepaga. Derecho a la salud. Acción de amparo.

► Hechos

MM inició una acción de amparo y solicitó la ampliación de una medida cautelar dictada en favor de su hijo de 14 años con discapacidad –tenía trastorno generalizado del desarrollo, epilepsia y retraso mental leve– contra la empresa de medicina prepaga a la que estaba afiliado. Esto, con el fin de que se le ordenara cubrir ciertas prestaciones médicas y un tratamiento biomédico que incluía el consumo de aceite de Cannabis. La resolución de primera instancia resolvió no hacer lugar a la ampliación de la medida cautelar. La decisión fue recurrida por el defensor de menores.

► Decisión y Argumentos

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata hizo lugar a lo solicitado y ordenó a la empresa de medicina prepaga que cubriera un tratamiento biomédico que incluyera el consumo de aceite de Cannabis (jueces Álvarez, Calitri y Lemos Arias).

“[L]a 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)”.

“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”.

5. Cámara Federal de Rosario, Sala A. “**DLK**”. Causa N° 46.857. 5/2/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Personas con discapacidad. Obras sociales. Acción de amparo. Medidas cautelares.

► Hechos

Los padres de un niño de 5 años con cuadriplejía, parálisis cerebral infantil y epilepsia interpusieron una acción de amparo y solicitaron una medida cautelar para obtener de su obra social la cobertura del 100% del tratamiento de Cannabis medicinal prescripta por su médico. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar. Contra esa decisión interpuso un recurso de apelación la obra social.

► Decisión y Argumentos

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario rechazó el recurso y confirmó la decisión (jueces Barbará y Vidal).

“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, Nélida 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”.

“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)”.

“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”.

6. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II. “**BLLE**”. Causa N° 5.794. 28/11/2017.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Importación. Obras sociales. Acción de amparo. Medidas cautelares. Plan Médico Obligatorio. Personas con discapacidad.

► Hechos

Una mujer con discapacidad solicitó a su obra social la cobertura integral del aceite de Cannabis prescrito por su médico. Dicho medicamento no se producía en el país, por lo que debía ser importado. El juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión. Dicha determinación fue apelada por la demandada.

► Decisión y Argumentos

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la decisión (jueces Gottardi y Guarinoni).

“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’”.

“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 con-

tienen 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”.

7. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, secretaría I. “FAI”. Causa N° 2.708. 28/8/2017.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Medicina prepaga. Cannabis. Medicamentos. Personas con discapacidad. Derecho a la salud.

► Hechos

Un médico recetó a un joven con discapacidad (parálisis cerebral, retardo en el desarrollo y epilepsia encefalopática) un tratamiento con aceite de Cannabis. Los representantes legales del joven solicitaron a la empresa de medicina prepaga a la cual estaban afiliados la cobertura integral del medicamento. Ante la negativa de la entidad, iniciaron una acción de amparo y requirieron, como medida cautelar, la inmediata provisión del aceite de Cannabis. El tribunal de primera instancia hizo lugar a esta última pretensión. Contra dicha resolución, la demandada interpuso recurso de apelación.

► Decisión y Argumentos

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca desestimó el recurso de apelación y confirmó la medida cautelar recurrida (jueces Candisano Mera y Velázquez).

“[S]e 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”.

“[E]l 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 ([...] artículo 28 CDPD)”.

“[T]eniendo 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 reso-

cialización, sin trastornos de conductas y agresiones [...]. De forma tal, que cualquier tipo de retroceso ante estos notables avances en su calidad de vida –y en el de su familia– deviene inadmisibles. 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”.

“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 [...]; por lo que de este modo, la medida no resulta de imposible cumplimiento”.

“[C]onsagrar 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”.

8. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. “**PAR**”. Causa N° 27.894. 26/7/2017.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Obras sociales. Cannabis. Medicamentos. Derecho a la salud. Derecho a la vida.

► Hechos

Los padres de un joven con discapacidad que padecía epilepsia refractaria solicitaron a su obra social, por prescripción médica, la cobertura de aceite de Cannabis para el tratamiento de su hijo. Ante la negativa de la entidad, interpusieron una acción de amparo y solicitaron, como medida cautelar, la cobertura integral de CBD (cannabinoide) como tratamiento adyuvante paliativo. El Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4 rechazó la medida cautelar. Contra dicha resolución, los amparistas interpusieron un recurso de apelación.

► Decisión y Argumentos

La Cámara Federal de Mar del Plata hizo lugar al recurso y dispuso que la accionada proceda, de forma inmediata, a arbitrar los medios necesarios para que lo amparistas tuvieran acceso al fármaco solicitado (jueces Ferro y Tazza).

“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 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”.

“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) [...] 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”.

9. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III. “**ARC**”. Causa N° 44.899. 13/8/2015.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Acción de amparo. Medidas cautelares. HIV. Derecho a la salud. Médicos.

► Hechos

Una persona de 51 años que padecía HIV, hepatitis C y polineuropatía periférica solicitó a su médico la prescripción y suministro de Cannabis de la especie sativa o índica para aliviarse de los dolores que sufría. La profesional rechazó el pedido por no tratarse de una medicación legal. En consecuencia, el paciente inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y solicitó la prescripción y suministro de Cannabis y planteó la inconstitucionalidad de las normas justificaban la denegatoria. El juzgado rechazó la acción. El recurso deducido por el amparista motivó la intervención de la cámara de apelaciones, que anuló la decisión y remitió las actuaciones a fin de que un nuevo magistrado sustanciara la causa. En ese marco, el nuevo juzgado de primera instancia rechazó las pretensiones del actor y ordenó a la médica tratante, entre otras medidas, tomar contacto con los investigadores en medicina del dolor de la Universidad Nacional de la Plata y, si después de esa interconsulta, se consideraba la prescripción de un producto médico relacionado con Cannabis, se lo solicitara a la ANMAT. En consecuencia, ambas partes interpusieron un recurso de apelación. Durante el trámite de la causa se sancionó la ley N° 27.350 (Boletín Oficial del 19/04/17).

► Decisión y Argumentos

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, con voto de los jueces Centanaro, Zuleta y Seijas –en disidencia parcial–, hizo parcialmente lugar a la apelación y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que le prescribiera al actor a través de los profesionales de la salud que lo asistían, de considerarlo necesario, un tratamiento basado en derivados de la planta Cannabis de conformidad con las previsiones de la ley N° 23.750, el decreto N° 138/17 y la resolución N° 1537-E/17 del Ministerio de Salud.

“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)” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta) .

“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. 6º)” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“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 8º de la ley (art. 3º, inc. 'd' del decreto 738/17) y su reglamentación. Por el artículo 4º 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” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“[S]e 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. [T.F.], médica que labró el certificado [...] para prescribir la administración de la sustancia, en caso de que ella lo considere indicado” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“[E]l 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...” (voto de la jueza Seijas).

10. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II. “MMA y ZMM”. Causa N° 6.602. 21/11/2012.

Voces: Cannabis. Cultivo de estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Tenencia de estupefacientes. Derecho a la salud.

► Hechos

El 9 de marzo de 2011, aproximadamente a las 13:30 horas, un policía a bordo de un móvil policial no identificable observó que en la esquina de dos calles se hallaba emplazado un vivero delimitado con alambre tipo tejido y con una media sombra negra a media altura a su alrededor. Sin perjuicio de esto, sostuvo que, desde la calle, se podían observar plantas de Cannabis. Entonces, sacó fotos y se las entregó al fiscal, que solicitó una orden de registro domiciliario. A partir de la concreción de esa medida, se secuestraron nueve plantas de marihuana, un envase de cartón de dulce de leche con ramas y hojas de la misma planta, un frasco plástico con cincuenta y cinco semillas de Cannabis Sativa Linneo y una gavilla de ramas también de marihuana.

Por este hecho fueron imputadas dos personas. Una de ellas, MMA, licenciada en ciencias naturales, al brindar declaración indagatoria explicó que usaba la planta con fines medicinales porque tuvo un accidente de tránsito en el año 1994 que le trajo una serie de afecciones en su salud. Por otro lado, la coimputada MMZ, pareja de MMA, también licenciada en ciencias naturales con orientación botánica, manifestó que desarrollaba investigaciones en torno al cannabis y su uso medicinal.

Sin perjuicio de esto, los dos imputados fueron procesados por la presunta comisión del delito previsto en el art. 5°, inc. “a”, de la ley N° 23.737, en la modalidad de cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes. La decisión fue impugnada por la defensa.

► Decisión y Argumentos

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata declaró la inconstitucionalidad del artículo 5°, penúltimo párrafo, de la ley N° 23.737 y dispuso el sobreseimiento de MAM y de MMZ (jueces Álvarez y Schiffrin).

Juez Álvarez

“[N]o parece que puedan producirse otras medidas de pruebas efectivas que permitan presumir que la droga en poder de M. y Z. estuviera destinada a otro propósito que no fuera el consumo por ellos mismos”.

“De acuerdo a mi opinión no debe negarse que M. y Z. habían sembrado y cultivado plantas y guardaban semillas utilizables para producir estupefacientes, más precisamente Cannabis. Sin embargo resulta imprescindible realizar un adecuado análisis de las circunstancias fácticas que aquí se anali-

zan para proceder a algunas modificaciones respecto de la calificación realizada por el a quo de modo de darle un encuadre normativo más preciso.

Surge con claridad que tanto M. como Z., utilizaban la sustancia producida en forma personal.

Por tal motivo corresponde aplicar a las conductas que se describen en el presente expediente el penúltimo párrafo del artículo 5to incluido por la ley 24424, que contempla el siguiente supuesto: ‘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’.

Si de la ponderación de las constancias de la causa quedase un margen de duda respecto del destino de consumo personal (duda que no se me presenta) de las sustancias obtenidas como resultado de la guarda, siembra y cultivo es preciso aplicar la pauta interpretativa desarrollada por la Corte Suprema en Fallos 329:6019.

Allí, en una situación en la que se analizaba la duda respecto de la finalidad para consumo personal de la tenencia de estupefacientes, el Alto Tribunal concluyó que dicha duda no puede razonablemente resolverse subsumiendo el caso en el artículo 14, primera parte de la ley 23737”.

“Por lo hasta aquí expuesto considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 5to penúltimo párrafo de la ley 23737 y en consecuencia disponer el sobreseimiento de Z. y M.”.

Juez Schiffrin

“[E]stimo que, en efecto, no existe diferencia esencial entre el supuesto contemplado por el art. 14, segunda parte de la ley 2.737 y el que describe el penúltimo párrafo agregado al art. 5° de dicha ley por la n° 24.424. [...] Por tal motivo, no existiendo óbice para declarar inconstitucionalidades de oficio, adhiero a la conclusión referida a que aquella norma también es inválida por incompatible con el art. 19 de la C.N., correspondiendo entonces, sobreseer a MAM y MMZ”.

Juez Calitri (disidencia)

“En efecto, entiendo que no nos encontramos ante un caso límite, en el que pueda ser razonable la duda acerca de si la plantación encontrada, con más sus semillas y hojas se encontraba inequívocamente destinada al consumo personal.

Menos aún se encuentra acreditada la escasa cantidad cuyas circunstancias fácticas distan holgadamente de las comprobadas en los fallos de nuestro más Alto Tribunal que a ese efecto se citan. Nótese que en precedente ‘Bazterrica’ se refería a una cantidad de 3,6 gramos de marihuana y 0,006 grs. de clorhidrato de cocaína.

En tanto que en ‘Arriola’ se advierte la existencia de unos cigarrillos de marihuana y de dos paquetes de cigarrillos conteniendo algunos gramos de marihuana.

En prieta síntesis, mal pudo haberse afectado la esfera de intimidad de las personas (art. 19, CN), cuando era ostensible para un simple espectador la existencia desde el exterior de las plantas comisadas, que, además, se hallaban en un espacio comercial y con acceso público, sus grandes dimensiones y su cantidad impiden considerar que nos encontramos ante un caso, de ‘escasa cantidad’ de estupefaciente e interpretar que inequívocamente se hallaba destinada a su consumo personal”.

11. Juzgado Federal de Viedma. “**NJM**”. Causa N° 16.005. 2/7/2018.

Voces: Cannabis. Medicamentos. Acción de amparo. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa. Derecho a la salud. Personas con discapacidad. Niños, Niñas y adolescentes. Interés superior del niño.

► Hechos

Un niño con discapacidad (Síndrome de Tourette) fue tratado por distintos médicos mediante el uso de medicina tradicional. Los síntomas que sentía, sin embargo, empeoraron. Por ese motivo, la madre y los abuelos maternos del niño, realizaron una investigación particular de los efectos del consumo medicinal de Cannabis y mantuvieron contacto con otras familias con problemáticas similares. Entonces, decidieron suministrarle gotas de aceite de Cannabis y observaron mejorías que fueron certificadas por una médica especialista en psiquiatría. En consecuencia, iniciaron, por su propio derecho y en representación del niño JN, una acción de amparo contra el Estado Nacional para que se le suministren aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de Cannabis con balances variados de CBD y THC en cantidad suficiente para su rotación permanente. Además, solicitaron, como medida cautelar, la autorización para el cultivo de Cannabis en su domicilio particular para consumo medicinal del niño.

► Decisión y Argumentos

El Juzgado Federal de Viedma hizo lugar a la medida cautelar innovativa y autorizó a la madre y a los abuelos del niño a cultivar plantas de Cannabis en la cantidad necesaria con exclusivo destino medicinal del niño.

“[L]a 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”.

“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 proclamado 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 J. 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 –...expedido en el marco de la ley 24091–, sin que a su vez haya presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC...”.

“[E]l suministro del aceite de Cannabis viene brindando una mejora en la salud de J 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”.

“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”.

“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 [...], 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 [...] 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”.

“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 cau-

telar, 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 [...], 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”.

12. Juzgado Federal de Salta N° 1. “Madre e hijo c/Estado Nacional”. Causa N° 21.814. 2/3/2018.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Medicamentos. Derecho a la salud. Niños, niñas y adolescentes. Cannabis. Medicamentos. Tenencia de estupefacientes. Ley de estupefacientes. Cultivo de estupefacientes. Principio de lesividad.

► Hechos

Un niño de 6 años fue diagnosticado con neurofibromatosis. Los síntomas de esta enfermedad cedían con el uso de Cannabis medicinal. Por ese motivo, su madre interpuso una acción de amparo contra el Estado Nacional para que se la habilitara a cultivar Cannabis en su domicilio para consumo medicinal y se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 14 y 5 inciso a) y e) en relación con los párrafos penúltimo y último de la ley N° 23.737. En forma subsidiaria, solicitó que se ordenara al Estado Nacional a que le suministrara aceite, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC y en cantidad suficiente de cepas para su rotación permanente. Asimismo, requirió que se dictara una medida cautelar para que se autorizara el autocultivo de Cannabis hasta que se resolviera el planteo de fondo.

► Decisión y Argumentos

El Juzgado Federal N° 1 de Salta hizo lugar a la medida cautelar y autorizó el cultivo de Cannabis en cantidad y modalidad limitada en su domicilio exclusivamente para el uso medicinal de su hijo.

“[E]n 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, [...] en la actualidad, como ya se señaló, se encuentra vigente la Ley No. 27.350, el Decreto Reglamentario No. 738/2017 y el Anexo I establecido en la Resolución 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’ [...], razones por las cuales corresponde hacer lugar a la medida cautelar y en consecuencia permitir a la amparista el cultivo 12 plantas comunes y 40 plantines sin clasificación sexual de Cannabis, lo que deberá llevarse a cabo en la esfera íntima de

su hogar y con el exclusivo fin de medicar al niño en la medida en que sea prescrito 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”.

13. Juzgado Federal N° 2 de Córdoba. “**GN y otros**”. Causa N° 13.100. 7/4/2017.

Voces: Cannabis. Cultivo de estupefacientes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Derecho a la salud. Derecho a la vida. Personas con discapacidad.

► Hechos

Una niña de 14 años había sido diagnosticada con síndrome de West a los tres meses de vida. Esta enfermedad le generaba, entre otras cuestiones, un estado de convulsión casi permanente con alrededor de mil pequeños episodios al día. Para tratar esta dolencia, debía tomar un jarabe y dieciséis pastillas diarias que perdían efectividad con el paso del tiempo debido al acostumbamiento del organismo. La madre de la niña decidió, entonces, recurrir al uso de aceite de Cannabis. Esta sustancia mejoró la calidad de vida de su hija: le permitió disminuir el consumo de fármacos y las convulsiones. La medicación era facilitada por una mujer que se dedicaba a su provisión. Durante un allanamiento en su domicilio, se secuestraron frascos de aceite de Cannabis rotulados con el nombre de la madre de la niña. Ante esta situación, la defensa solicitó la devolución de los frascos de aceite de Cannabis.

► Decisión y Argumentos

El Juzgado Federal N° 2 de Córdoba hizo lugar a la petición y decidió la restitución de un frasco de aceite de Cannabis.

Para llegar a esta conclusión, el juez recordó en primer lugar que “...con fecha 29/03/2017, el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 27.350 [...] que regula el uso terapéutico de la mencionada sustancia [y] garantiza su acceso gratuito”.

Sin embargo, afirmó que “...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...”.

No obstante, el magistrado analizó que debía tenerse en cuenta especialmente el “...derecho a la vida y a la salud, consagrado y garantizado por nuestra Carta Magna y 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° [...]), así como también el “...interés superior del niño consagrado en el art. 3°, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En el mismo sentido, el juez, “...teniendo en cuenta que la [...] solicitud se presentó en favor de una persona con discapacidad [...] [consideró] importante hacer mención a la Convención sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) [...] con jerarquía constitucional a partir del dictado de la ley 27.044. [D]icho 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. [E]ste artículo refiere en forma positiva a que el Estado debe proporcionarlos, no solo garantizar el acceso y goce completo del derecho a la salud”.

14. Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de La Plata. “**LSL**”. Causa N° 39.357. 8/11/2016.

Voces: Acción de amparo. Medidas cautelares. Derecho a la salud. Cannabis. Medicamentos. Niños, niñas y adolescentes. Personas con discapacidad.

► Hechos

Los progenitores de un niño con discapacidad, en su representación, iniciaron una acción de amparo a fin de que su obra social le suministrara la cobertura total de un medicamento cuyo principio activo es el Cannabidol. Señalaron que la medicación indicada por el médico tratante no se comercializaba en el país y que su componente sustancial es un derivado de una sustancia cuya utilización, aun con fines medicinales, no estaba legalmente autorizada. Asimismo, los actores solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que la demandada suministrara la medicación hasta que se resolviera el fondo del asunto. Para fundar su pedido, refirieron que el niño padecía síndrome de West y sufría aproximadamente 620 espasmos diarios.

► Decisión y Argumentos

El Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata N° 2 hizo lugar a la medida cautelar y ordenó a la demandada que arbitrara, en el plazo de 10 días hábiles, los medios necesarios para suministrar la cobertura integral del medicamento recetado al niño. Asimismo, dispuso que el cumplimiento se hiciera efectivo en forma periódica y de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento indicadas por el médico actuante y previo cumplimiento de los recaudos previstos por ANMAT para la importación de sustancias.

"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".

"[P]ara 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 no en esta instancia meramente preliminar– para pretender enervar la eficacia de explícitos contenidos constitucionales".

"[L]a 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 com-

puestos debe depender exclusivamente del criterio médico que –como cualquier otro fármaco– es una decisión derivada de la ciencia médica...”.