



ÍNDICE

AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL	2
B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986”	2
“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”	8
“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”	16
“NAVARRO, JULIA MACARENA Y OTRO c/ESTADO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986”	18
"GUEVARA ELBA EDITH C/PROVINCIA DE LA PAMPA S/ Amparo"	27
ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES	40
DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES”	40
“Incidente Nº 1 – ACTOR: MAFFIA, MARIANA Y OTRO DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE”	44
“RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA Y OTROS c/ PEN s/AMPARO LEY 16.986”	48
“F, LD c/ SWISS MEDICAL S.A s/AMPARO LEY 16.986”	53
“S.A.K. Y OTROS c/BRAMED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986”	56
“P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986”	57
“Incidente Nº 1 –ACTOR: YOO, IAN VALENTIN DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”	62
“C, V, A c/ OSDE Y OTRO s/AMPARO DE SALUD”	65
“IVANCICH, MARIA PIA c/ DASPU –OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTRO s/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS”	67
***** Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD - (APROSS) S/ AMPARO ...	74
PROCESOS PENALES	76
“Principal en Tribunal Oral TO01 –IMPUTADO: OTT, CHRISTIAN DARIO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.A) e INFRACCION ART.189 BIS APARTADO (2) 2º PARRAFO”	76
“Incidente Nº 3 –IMPUTADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL Y OTRO s/INCIDENTE DE FALTA DE ACCION”	87
“SOLICITANTE: R, ERIKA MELINA Y OTROS s/HABEAS CORPUS”	93
“Principal en Tribunal Oral TO01 –IMPUTADO: ALI BROUCHOUD, EDUARDO NICOLAS Y OTRO s/INFRACCION LEY 23.737”	95
“CABRERA, SERGIO RODRIGO S/ RECURSO DE CASACIÓN”	104
“MALAJOVICH, IVAN GREGORIO – BURGOS, MAXIMILIANO HÉCTOR S/INFRACCIÓN LEY 23.737”	109



AMPAROS DE PEDIDOS DE AUTORIZACIÓN PARA CULTIVAR O PROVISIÓN ESTATAL

B. B. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO LEY 16.986"

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

Salta, 02 de marzo de 2018.

AUTOS Y VISTOS:

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

CONSIDERANDO:

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

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

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

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

Agrego que a los 2 años se le extrajeron 2 tumores de la mano derecha, que el 22/02/2015 fue intervenido de un tumor en la espalda y que el niño debe recibir monitoreo medico permanente sobre su sistema nervioso con especial dedicación en el nervio óptico y otras que pudieran afectarlo aún más.

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

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

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

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

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

Señaló que a los 40 días el menor dejo por completo la anterior medicación, los espasmos al dormir se redujeron en un 80 %, que son tan leves que no lo despiertan, que las parestesias prácticamente desaparecieron, los temblores y convulsiones secundarios se redujeron en un 95 % (pese a que puede esperarse un retroceso atento al proceso de desmielinización inherente a la Neurofibromatosis como condición genética); que su



conducta mejoró, el insomnio cedió abruptamente, descansa hasta nueve horas y se levanta de buen humor.

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

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

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

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

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

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

Citó antecedentes jurídicos de la cuestión y finalmente solicitó el dictado de una medida cautelar a los fines de que se le habilite a cultivar cannabis con fines de consumo medicinal para su hijo ***** hasta tanto recaiga sentencia en esta acción o hasta que la demandada acredite estar en condiciones confiables de abastecer al niño con aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables con balances variados de CBD y THC en cantidad suficiente de cepas para su rotación permanente, asegurando que ese es el tratamiento adecuado para lograr el más alto nivel de salud posible de su hijo.

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

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

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

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



cuarenta plantines sin clasificación sexual.

II.-Que a fs. 178/180 se presentó el Defensor Oficial Coadyuvante, como Defensor de Menores y en representación del niño y considero procedente la acción de amparo, a los fines de que se autorice a la actora a cultivar cannabis en su domicilio con fines de consumo medicinal y en las proporciones indicadas a fs. 175.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado el Estado Nacional se opone asegurando que no se encuentran cumplidos los recaudos de verosimilitud del derecho ni peligro en la demora; que el otorgamiento de la cautelar implicaría la intromisión



en temas de política de prevención contra el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que configuran políticas públicas y por ello no son justiciables; y que el paciente no se encuentra inscripto en el Registro del Programa Nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales.

Sentado ello, cabe destacar que el 19/04/2017 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.350 de “Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados”, que regula la utilización terapéutica de la mencionada sustancia disponiendo que la ANMAT permitirá la importación n de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente (art. 7).

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

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

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

El Art. 8 establece que “El Registro Nacional que funcionara en el ámbito del Ministerio de Salud y registrara a pacientes en tratamiento para estudio de casos y pacientes en protocolo de investigación, que voluntariamente soliciten su inscripción, o sus representantes legales en caso de corresponder, de acuerdo con las pautas que a continuación se indican: 1.-Pacientes en tratamiento para estudio de casos: Son aquellos pacientes que presenten las enfermedades que determine el Programa en base a la evidencia científica existente y que cuenten con indicación médica de tratamiento con cannabis o alguno de sus derivados. Estos pacientes continuara n con el uso del cannabis en el marco del estudio de casos con supervisión del Programa y con los requisitos que este establezca; 2.-pacientes en protocolo de investigación: Son aquellos pacientes que hayan sido incorporados como participantes en un protocolo de investigación objeto de la presente ley, con los requisitos que se establezca en el correspondiente Programa; 3.-Familiares: Los familiares que actúen en carácter de representante legal, cuando así correspondiere, en los términos de las disposiciones que dicte la Autoridad de Aplicación.

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

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

VIII.-Que sentado ello, cabe señalar que en autos se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho, por cuanto surge “prima facie” ***** ***** padece de Neurofibromatosis tipo 1, presenta lesiones de piel,



tumores subcutáneos compatibles con la enfermedad y dolores intensos de tipo neuropático que no pudieron ser controlados con medicación analgésica ni específica (Pregabalina en dosis altas), que inicio tratamiento con aceite de cannabis en septiembre de 2016, con buena respuesta terapéutica desde el punto de vista clínico de los padres, sin observarse efectos secundarios significativos (certificado médico del Dr. *****, médico pediatra tratante, agregado a fs. 76).

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

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

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

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

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

El juez a-quo rechazo sin sustanciación la acción de amparo incoada. La Cámara revoco la sentencia e hizo lugar a la acción) que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por unanimidad en el reconocido fallo “Arriola” concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley nacional 23.737 “...en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fundamentando la decisión en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional)”.

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

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



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

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

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

En me rito a lo expuesto:

RESUELVO:

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

II.-REGISTRESE y notifíquese. –

JULIO LEONARDO BAVIO (JUEZ)



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

(Expediente N° 16005/2018 –FISCALIA FEDERAL DE VIEDMA –10/05/2018 – Dictamen Fiscal PROCUNAR)

CONTESTA VISTA.

Señora juez:

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

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

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

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

Explican que se trata de un niño de 7 años de edad, a quien le fue diagnosticado “Síndrome de Tourette” a los 5 años, lo que amerita se le extendiera certificado de discapacidad, emitido por la junta Evaluadora de Discapacidad de San Antonio Oeste.

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

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

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

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

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

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

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

Cabe destacar que con fecha 29 de marzo de 2017 fue sancionada la ley 27.350 de “Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados”, regulatoria del uso terapéutico de dicha sustancia. Dispone la norma que la AN MAT permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes



que presenten patologías incluidas en el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” y cuenten con la indicación médica pertinente (artículo 7).

Asimismo, la normativa establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor, de la planta de cannabis y sus derivados y crea un Registro Nacional Voluntario de los pacientes y familiares del paciente que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis.

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir de su diagnóstico (hecho por el Dr. Juan Domingo Donari), se le indico tratamiento con Risperidona (antipsicótico atípico considerado primera línea para el tratamiento según revisiones Científicas). Posteriormente, su familia realizo una interconsulta con la Dra. María Beatriz Moyana, directora del Centro interdisciplinario de Tourette, TOC y Trastornos Asociados (CITTTA) y jefa de la Unidad de Tics y Tourette de la



Universidad Favaloro, quien le indico Flunarizina (bloqueante de los canales de calcio que está indicado en la prevención de la migraña y para aliviar los síntomas de vértigo vestibular, que cuenta con un estudio realizado en 1990 por la Universidad de Buenos Aires en siete pacientes que presentaron buen resultado).

No obstante, la terapéutica farmacológica, la familia de Joaquín observaba que el niño presentaba crisis de enojo con agresividad, inhabilidad para el aprendizaje, conductas obsesivas, ansiedad, aumento de apetito con el consecuente aumento de peso (aumento 7 kg en dos meses y medio desde el inicio de la terapia con Risperidona) y conductas inapropiadas (tales como orinar en el comedor o en la vereda en lugar de usar el baño). Asimismo, refieren que el niño perdió a progresivamente sus habilidades sociales, como entablar un diálogo con otro niño o simplemente mirar a otra persona a los ojos, dormía a 5 a 6 horas por día y se lo observaba hiperactivo. Debido a esta situación, en agosto de 2016 su familia decidió suspender el tratamiento con psicofármacos.”

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

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

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

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

A partir del uso de extractos caseros de cannabis, Joaquín ha mejorado su calidad de vida. Este tratamiento ha sido el de mayor eficacia desde el diagnóstico, no solo por la ausencia de efectos secundarios, sino también por el control de los síntomas de su enfermedad, este niño ha logrado permanecer libre de síntomas durante períodos prolongados, lo que contribuye sobremanera a que pueda tener una infancia normal”.

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

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

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

Hubo allí dos despachos, uno de mayoría que terminó convirtiéndose en la ley actual, y otro de minoría. De este último, vale destacar los siguientes pasajes formulados por la diputada de Entre Ríos (así se la menciona



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

Por lo tanto, resulta necesario que contemplemos una autorización para que las madres y los miles de pacientes que en nuestro país usan el cannabis para mejorar su calidad de vida puedan continuar con esa práctica sin quedar expuestos a la normativa penal. De acuerdo con la ley de estupefacientes, una madre que cultiva y usa cannabis puede recibir una pena de cuatro a quince años de prisión. Luego, si esa madre se junta con otras para cultivar cannabis y extraer su aceite a fin de bajar la cantidad de convulsión es de su hijo, queda enmarcada en la figura de asociación ilícita.

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

Si se me permite, quiero explicar la situación del cannabis en nuestro país. Hoy día no existen regulaciones y la ley de estupefacientes penaliza a la madre que cultiva para reducir la cantidad de convulsiones de su hijo: la considera una narcotraficante. Por eso una madre, un paciente oncológico o una persona que sufre fibromialgia deben recurrir al mercado negro; tiene que llamar a un vecino o a un pariente y comenzar una cadena para ver cómo puede conseguir ese aceite que puede mejorar su calidad de vida o aliviar su dolor.

Reitero que en la actualidad está penalizado el cultivo. No seamos hipócritas; muchas madres y pacientes que no tienen la posibilidad de cultivar acceden al aceite de cannabis gracias a los cultivadores, que también están penalizados. De hecho, dos de ellos fueron detenidos la semana pasada en la ciudad de Córdoba.

Asimismo, las universidades no pueden investigar porque en la Argentina el cultivo de cannabis está penalizado aun con fines de investigación. Si bien, como decía el señor diputado Petri, en función de la ley de psicotrópicos está autorizada la investigación, ninguna universidad la lleva adelante porque no puede hacerse de la materia prima necesaria.

Luego, los médicos no pueden prescribir este producto porque si lo hacen arriesgan sus matrículas. Por eso se sienten temerosos a la hora de prescribir algo que seguramente mejorara la calidad de vida de sus pacientes, porque corren el riesgo de perder sus matrículas.

Esta es la situación en nuestro país, señor presidente. El aceite importado sirve, pero solo para algunas patologías; más conocido como Charlotte’s web, es un aceite que sirve nada más que para algunos casos. Además, es necesario hacer un trámite ante la ANMAT -o sea, un trámite burocrático- para autorizar su ingreso al país. Es decir que permitiendo la importación no resolvemos el problema ni cubrimos las necesidades de las madres ni de los pacientes.

Hay ausencia del Estado y descontrol. A muchos les preocupa que el cultivo se propague o que una madre medique a su hijo a un con el acompañamiento de un profesional. Si el Estado está presente es para criminalizar. En nuestro dictamen de minoría a, que suscribimos desde la Comisión de Acción Social y Salud Pública con legisladores de distintos bloques políticos, pedimos que haya control del Estado. Es necesario que impulse, a través de los laboratorios de producción pública de medicamentos, la fabricación de distintas variedades de cannabis. Esto no está contemplado en el dictamen de mayoría.

Por otro lado, nuestro dictamen propone la creación de un registro de pacientes y usuarios de cannabis medicinal previa presentación de historias clínicas y prescripciones médicas, para que estén autorizados a cultivarlo y no sean penalizados. Esto también falta en el dictamen de mayoría y nosotros queremos que se incorpore, porque si no se tiene en cuenta a las madres ni a los pacientes que cultivan, estos lo seguirán haciendo y el Estado los va a criminalizar.

¿De qué Estado presente estamos hablando si no contemplamos la necesidad de miles de argentinos que utilizan el aceite de cannabis como tratamiento complementario para aliviar su dolor? Hablamos de gente que está muriendo, de pacientes oncológicos que tienen sus días de vida contados y que con esta sustancia pueden aliviar un poco su dolor, aumentar su apetito o mejorar su estado de ánimo.

(...) Dejemos de apegarnos a la sociedad científica, que muchas veces está orientada a las investigaciones



que interesan a los laboratorios y no a lo que efectivamente hace bien a la población. Después de todo, estamos hablando de una planta.

Hay e-mails con distintas historias que llegaron a los señores diputados. El Estado no puede abastecer la demanda. De esto se dieron cuenta en Canadá y por eso la corte de ese país determino que se permita el autocultivo. El Estado solo no puede; en cambio, sí puede garantizar el testeo de la sustancia para certificar que sea seguro lo que se cultiva. El aceite de Charlotte -reitero-no sirve para todos los casos. No es un medicamento, y muchas veces los fármacos legales tienen más efectos adversos que beneficios.

Por último, pido a los señores diputados que se pongan un minuto en los zapatos de estas mamás. Muchos de los aquí presentes son padres o madres que aman a sus hijos; entonces, pónganse en el lugar de ellas, mírenlas a la cara y a la hora de votar este asunto háganlo con conciencia. Hoy tenemos la posibilidad de cambiar la vida de muchísimas personas que sufren distintas dolencias y la están pasando mal. (Aplausos en las bancas)."

Ahora bien, pese a lo sostenido por la minoría, y si bien el modelo implementado por la ley 27.350 se estructura sobre el monopolio del Estado en el cultivo, producción e importación del aceite de cannabis, también es cierto que la situación del autocultivo no era desconocida tampoco para los firmantes del dictamen de mayoría. En tal sentido, obsérvese que dicha situación -cuya autorización se requiere en autos-, se encuentra reconocida en el artículo 3º de la ley dentro de sus objetivos, donde dispone expresamente: "3º Objetivos. Son objetivos del programa: (...) j) Propiciar la participación e incorporación voluntaria de los pacientes que presenten las patologías que la autoridad de aplicación determine y/o el profesional médico de hospital público indique, y de sus familiares, quienes podrán aportar su experiencia, conocimiento empírico, vivencias y me todos utilizados para su autocuidado: (...)".

Indudablemente, dentro de los me todos utilizados para el "autocuidado", se encuentra la producción doméstica del insumo que da razón a la citada normativa, la cual no era una experiencia desconocida por los legisladores. Ello, tal como se puede observar los dichos del miembro informante por la mayoría a, Diputado Petri: "(...) Por eso sostuvimos la necesidad de contar con un Estado protagonista. De eso se trata el despacho que tenemos en consideración. Queremos poner las cosas en su lugar, es decir, que el Estado ocupe el centro de la escena y que tenga el lugar que nunca debió perder ni dejar de ocupar a la hora de garantizar la salud a todos y cada uno de los pacientes y sus familiares, que se han vistos forzados a elaborar su propio aceite de cannabis".

"(...) Cuando presentamos el despacho de mayoría a algunos sostuvieron que solo promoví a la investigación. Evidentemente, solo se circunscribieron a lo que establece el artículo 1º. Muchos llegaron a decir que era una burla porque solamente promueve la investigación médica y científica, a pesar de que nosotros siempre sostuvimos que con eso no basta. También dijimos que para comprender los alcances del proyecto no alcanzaba con leer el artículo 1º sino que había que analizarlo en toda su extensión, porque estábamos dando cuenta de todas y cada una de las necesidades de una población que actualmente consume cannabis para uso medicinal y que requiere que existan controles y que se certifique y garantice la pureza.

"(...) A partir de este proyecto, quienes se incorporen al programa van a recibir un cuidado integral de la salud; van a contar con un Estado que les proporcione el aceite de cannabis; se va a informar y se va a hacer docencia con los médicos que muchas veces por falta de conocimiento se presentan como un obstáculo a la hora de prescribir la utilización del cannabis; se va a poner a disposición todo el sistema de salud a fin de facilitar la investigación y la evidencia científica respecto de los resultados positivos, pero también de los adversos, y finalmente se prevé que hasta tanto el Estado pueda elaborar y otorgar a todos y cada uno de los pacientes el cannabis para uso medicinal, tendrá la posibilidad de importar gratuitamente tanto el aceite como sus derivados".

Surge claro que los diputados reconocen como una práctica asentada la existencia del autocultivo con fines terapéuticos, la cual se busca reemplazar con un rol activo del Estado en la producción. Pero también se reconoce, que hasta tanto el mismo. Pueda ocupar ese rol, deberá proceder a la importación. Ahora bien, este trámite que se denuncia temporal, tal como lo reconoce la miembro informante de la minoría, es burocrático y demanda un tiempo. En consecuencia, ese interregno es claro que no puede quedar sin cobertura ante un cuadro de salud como el descripto.

De allí que, hasta tanto el Estado Nacional haga entrega efectiva de los elementos requeridos por la actora y que se encuentren cubiertos por la ley 27.350, debe autorizarse de manera temporal el cultivo de la materia



prima necesaria para la elaboración del aceite medicinal, a fin de salvaguardar el cuadro de salud del niño, pero también, de asegurar la indemnidad de su madre y abuela.

(iv) En concordancia con los antecedentes parlamentarios antes descriptos, la presente solicitud se encuentra fundada también en el temor que le provoca a los familiares la tipificación y penalidad dispuestas en los artículos 5 y 14 de la ley n° 23.737.

Precisamente, el amparista manifiesta y peticiona en el presente, y dado que en la actualidad el Estado Nacional no se encuentra en condiciones fácticas de proveer en la variedad de cepas que requiere Joaquín para un adecuado tratamiento con aceite de cannabis, y hasta tanto se encuentre en condiciones fácticas de suministrar el aceite de cannabis en la variedad y con la continuidad necesaria, se autorice al cultivo de las plantas de cannabis “que se requieran para abastecer” al menor.

A tales fines, deja expresamente asentado que “...si bien considera que el presente caso encuadra en las previsiones del fallo Arriola de la CSJN, peticiona a V.S., se declare la inconstitucionalidad e inconveniencia de los artículos 14 y 5 incisos “a” y “e” en relación con los párrafos penúltimo y último de la ley 23.737, por los motivos expresados oportunamente, y remitiéndonos –brevitatis causae- a lo expuesto por la CSJN en Arriola, debido a que la aplicación de los mismos en el caso de marras, se contrapone directamente con el ejercicio del derecho a la salud de un niño con discapacidad, el cual tiene anclaje constitucional y convencional, como se ha relatado supra”.

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

En ese sentido corresponde señalar en primer término, y tal como lo sostuvo el Señor juez Federal de Salta, Dr. JULIO LEONARDO BAVIO que “...en el caso, la autorización para cultivar cannabis en su domicilio particular se solicita con el exclusivo fin de producir la u nica medicación que le calma los dolores al niño, la situación encuadraría dentro de aquellas conductas o acciones privadas que la Constitución ha querido proteger y garantizar dejándolas exentas de la autoridad de los magistrados en virtud de que permanecen en el ámbito privado y no afectan los derechos de terceros”. (Causa 21814/2017, Salta, 2 de marzo de 2018, Amparo Ley 16.986).

Tales argumentos esgrimidos por el juez BAVIO encuentra su precedente jurisprudencial en el reconocido fallo “Arriola”, en donde los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737 por cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fundamentando la decisión en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional).

Es precisamente en el fallo “Arriola” donde nuestro máximo tribunal fija el criterio vinculado al “ámbito de privacidad y reserva” de las personas, y es precisamente ese ámbito que mediante el presente se quiere preservar, a efectos de que tanto la madre como la abuela del niño puedan proceder al autocultivo de cannabis sativa y a la autoproducción de aquellos aceites y/o cremas que puedan menguar la enfermedad que aquel padece.

Al respecto, sostuvo el Dr. RICARDO LUIS LORENZETTI en su voto en “Arriola” que “...A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata so lo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o dan o para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.”



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

Además, y como elemento de actualidad distinto de los motivos que llevaron al precedente antes citado, cabe señalar que se cuenta hoy en día con la vigencia de la Ley 27.350, el decreto reglamentario de la misma nro. 738/2017 y el Anexo 1 establecido en la Resolución nro. 1537-E/2017, que regulan el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y posibilitan el tratamiento con dicha sustancia a los pacientes inscriptos en el Programa Nacional, es decir que el uso medicinal del cannabis está siendo autorizado bajo determinadas circunstancias.

(v) Por último, no puede soslayarse que el Estado Argentino a través del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento interno por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, garantiza “que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

Asimismo, ha reconocido su derecho a recibir cuidados especiales y la obligación estatal de asegurarle la prestación que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado, la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuidan de él.

La prestación de tal asistencia estará destinada a asegurar que el niño o tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo, las oportunidades de esparcimiento.

En la misma Convención el Estado Argentino se ha comprometido a que el niño discapacitado reciba tales servicios con el objeto de que logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Así también el artículo 24 de la norma convencional reconoce al niño el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y el derecho a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El Estado debe asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

V) Por todo lo expuesto, en opinión de quienes aquí suscriben, que se encuentra suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho, en atención a que se ha probado prima facie el comprometido estado de salud del niño, la gravedad de la dolencia que lo aqueja y el alivio producido por el suministro del aceite de cannabis.

A partir de tal verosimilitud, no puede escapar al análisis que la normativa vigente tiene por finalidad el garantizar el acceso gratuito al aceite de cannabis y demás derivados a los pacientes necesitados de tales sustancias para el tratamiento de sus dolencias.

Ello más allá de la posibilidad actual de provisión por parte del Estado, o de requerimientos de procedimiento en cabeza de los interesados.

En otras palabras, vigente el bloque normativo que habilita el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, se posibilita el tratamiento de la población con dicha sustancia.

Se ha acreditado, por otra parte, el peligro en la demora dada la urgencia que el estado de salud del niño impone, así como la imposibilidad de interrumpir el tratamiento que desde hace más de un año viene realizando. Agréguese a ello que el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” se encuentra en proceso de implementación y seguramente el trámite que deberá llevarse a cabo a los efectos de la inscripción y posterior aceptación del niño insumirá un tiempo prudencial durante el cual se le debe continuar suministrando la sustancia en las cantidades y modalidad que establezca el médico tratante, a los efectos de paliar los síntomas que la enfermedad le provoca.

Por último y en cuanto a la modalidad y cantidad de la autorización de cultivo, entiendo que debe



permitirse, en la esfera privada de la familia de Joaquín, con el exclusivo fin de medicarlo y en la extensión prescripta por los profesionales tratantes.

Todo ello torna procedente, en cumplimiento del objetivo tuitivo de la ley, la concesión de la medida cautelar solicitada, previa caución juratoria, lo que así postulamos.

Fiscalía Federal de Viedma, 10 de mayo de 2018.

DIEGO ALEJO IGLESIAS (FISCAL)
MARCOS J. ESCANDELL (FISCAL)



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

(Expediente N° 16005/2018 –DEFENSORIA OFICIAL PUBLICA FEDERAL DE VIEDMA –16/05/2018 – Dictamen Defensor Oficial)

CONTESTO VISTA.

Señora Juez:

MARCELO OSVALDO SANCHEZ, Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, con domicilio legal en calle San Martí n 189 –4to. Piso de esta ciudad, y constituyendo domicilio de esta Defensoría, que para el sistema de notificaciones electro nicas se identifica bajo la Clave U nica de Identificación de Dependencia (CUID) N° 50000002108, en los autos de referencia, ante V.S., me presento y digo:

I) Que vengo por el presente, en legal tiempo y forma, a contestar la vista conferida a fs. 98 sobre la medida cautelar peticiona por los actores, y atento encontrarse involucrados derechos de un menor, ello en mi carácter de Ministerio Pupilar.

II) Que la medida cautelar peticionada radica en que las Sras. JULIA MACARENA -en su calidad de madre- y MARIA EUGENIA SAR -en su calidad de abuela-, en representación del menor JOAQUIN NAVARRO -solicitan en el amparo presentado contra el Estado Nacional, para que este provea el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBD y THC, en cantidad de cepas suficientes para su rotación permanente, dadas las condiciones de salud, necesidad y urgencia, acreditadas para una mejor calidad de vida de JOAQUIN.

Asimismo, y en cuanto a la medida cautelar, solicitan que, hasta tanto el Estado Nacional cumpla con lo requerido, se habilite a MARI A EUGENIA SAR y a JULIA MACARENA NAVARRO, al cultivo de plantas de cannabis en su domicilio con el único fin del uso medicinal para su nieto e hijo respectivamente.

III) Que, en honor a la urgencia y brevedad necesaria en el caso que nos ocupa, y estando en juego la salud y la vida de un menor, adelanto que mi opinión es FAVORABLE a que se haga lugar a la medida cautelar solicitada, hasta tanto el Estado Nacional pueda proveer de los insumos necesarios para el tratamiento de su padecimiento, haciendo propios los argumentos traídos tanto por los amparistas como por el Ministerio Público Fiscal, dado que sería redundar en lo mismo, y consideramos que los argumentos vertidos en ambos escritos, reflejan la opinión de este Ministerio de la Defensa, a quien le toca actuar en calidad de Pupilar.

IV) Que considero que el cultivo del cannabis con el único uso solicitado, debe realizarse en forma reservada dentro del ámbito de intimidad y privacidad del domicilio de una de las representantes del menor en estos autos, o bien en ambos, tal como lo resuelva S.S., debiendo precisarse la cantidad total de plantas a producir según las indicaciones de los galenos tratantes, para que puedan obtenerse la cantidad suficiente de aceite, crema o material vaporizable, de las diferentes cepas necesarias para el tratamiento de JOAQUIN.

Asimismo, se deberá poner en conocimiento de ello en forma inmediata y bajo apercibimiento legal, a las fuerzas de seguridad para que no se realicen medidas en contra de ese domicilio fijado, por violación a la Ley 23.737 y/u otras normas penales relaciones con este asunto, lo cual llevaría a perder las plantas y con ello agravar la salud del menor en cuestión.

V) Cabe aclarar que la mayor contra que tenemos en este tipo de situación es la de dejar de lado los prejuicios y poder en forma correspondiente tratar el tema con seriedad. El Dr. Morante, uno de los médicos que con mayor responsabilidad y estudio ha elaborado el tema del uso del cannabis para paliar y tratar distintos tipos de enfermedades, manifestó en su momento que para derrotar esos prejuicios hay tres puntales fundamentales: “educación médica, educación comunitaria y educación del paciente”, a lo cual me permito agregar en esta instancia un cuarto puntal, el cual sería educación judicial para hacer lugar a la medida cautelar requerida.

VI) Que, asimismo y a todo evento, dejo asentado el pedido de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 16.986, que establece que la apelación de las resoluciones que recaigan en el amparo y/o medidas cautelares se deberá, en caso de concederse, otorgar con ambos efectos jurídicos.

En esa inteligencia, de receptarse el amparo y/o medida cautelar solicitados, en el supuesto de ser apelados y concedidos estos con ambos efectos, no tendrían efectivización hasta tanto no medie



pronunciamiento de la alzada; configurando ello una verdadera incongruencia, dada la finalidad del presente proceso, creándose así un real privilegio para el Estado, extremo este que hace aparecer a la Ley 16.986, más que como protectora del particular -tal como corresponde a las normas reguladoras del amparo-, como destinada a proteger la presunción de legalidad del obrar administrativo, al punto de que, cuando queda puesto en tela de juicio por la decisión judicial de primera instancia, se privilegia aquella presunción aun frente a la decisión judicial destinada a equilibrar e inclusive a neutralizar la del acto.

Las normas de amparo deben establecer, como principio general, un sistema diferencial que permita la efectivización de las resoluciones judiciales, pese a encontrarse apeladas; es más esta norma, en su artículo 15, es incompatible con lo dispuesto en el Art. 43 de la Constitución Nacional, por contrariar sus exigencias de un amparo “expedito y rápido”, por lo que debe quedar en mano del Juez el prudente criterio de conceder la apelación en ambos efectos solamente en casos excepcionales.

No se comparece el artículo 15 la Ley 16.986 y la norma referenciada de la Constitución Nacional, por cuanto la concesión de la apelación obsta a que sea efectivo el derecho de rango constitucional consistente en que toda persona tenga un acceso rápido a la justicia, derecho este consagrado en el artículo 43 CN citado y también por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Este último artículo mencionado establece: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen ante actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

Lo expuesto fue recogido por la Cámara Nacional Civil Sala I E.D. t.188 pág. 553, con comentario favorable de Néstor Sagues: “La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorio de un amparo (E.D. t 188 pág., 554); Rivas: “Pautas para el nuevo amparo constitucional” (E.D. t 163 pág. 702). La norma constitucional produjo la eliminación de todo recurso con efecto suspensivo en caso de accederse a la medida protectora.

Todo lo antedicho expone como notoria la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 16.896 por contradecir principios de rango constitucional como el Derecho a la Salud y la debida protección del mismo, como también pretender anular esta norma legal, el artículo 43 de nuestra carta magna sobre la implementación de una acción expedita y rápida.

VII) Por todo lo expuesto, considero que debe S.S., hacer lugar a la medida cautelar requerida en el presente amparo, dado que se encuentra acreditado fehacientemente la verosimilitud del derecho, y en caso de no dictaminar favorablemente, su demora traería aparejado el consecuente peligro de la salud del menor; y eventual mente se tenga presente el pedido formulado en apartado **VI)**, de este libelo.

DEFENSORIA PÚBLICA OFICIAL, Viedma, 16 de mayo de 2018.

MARCELO OSVALDO SANCHEZ (DEFENSOR)



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

(Expediente N° 16005/2018 –JUZGADO FEDERAL DE VIEDMA – 02/07/2018)

Viedma, 2 de julio de 2018.

VISTO: la pretensión cautelar precisada a fs. 76/89 de estos autos caratulados: “NAVARRO, Julia Macarena y Otro c. Estado Nacional s/Amparo ley 16986”, en trámite por expediente FGR N° 16005/2018 encaminada a obtener una decisión judicial que, en forma cautelar y hasta tanto el Estado Nacional provea el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBD y THC en cantidad suficiente para su rotación permanente, habilite el cultivo de cannabis en el domicilio particular para suministrarlo, con el único fin del consumo medicinal, al menor Joaquín n Navarro quien padece el Síndrome de la Tourette o Trastorno por tics motores y vocales múltiples y combinados, quien en su condición de menor con discapacidad, recibe una doble tutela procesal diferenciada, según lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Nacional –art 75 inc. 22-que otorga jerarquía a constitucional a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y;

CONSIDERANDO:

I) Que es preciso señalar que para así pretender en forma preventiva -y en el marco del amparo interpuesto por Julia Macarena Navarro y María Eugenia Sar, con patrocinio letrado, tanto por su propio derecho como en representación del menor Joaquín Navarro contra el Estado Nacional, a fin de obtener la autorización para cultivar las plantas de cannabis para suministrar el aceite derivado de ese vegetal con fines medicinales al menor afectado por el Síndrome de la Tourette-, se señaló que en mayo de 2016 se toma conocimiento que el menor con 5 años de edad en aquel tiempo, padecía de la nombrada enfermedad, para cuyo tratamiento el Dr. Juan D. Donari le prescribe el fármaco Risperidona, mientras que posteriormente, la Dra. María Beatriz Moyano, Directora del Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC y Trastornos Asociados (CITTTA), le indica Flunarizina-Sibelium. Luego de describir los síntomas de esa dolencia, señalan que los mismos fueron aumentando y complejizándose interfiriendo en su vida cotidiana por cuanto ante ese cuadro, decidieron abandonar la medicina tradicional y, fruto de la investigación particular de los efectos del consumo medicinal del cannabis y del contacto con otras familias con problemáticas similares, comenzaron con el tratamiento en noviembre del 2016, suministrándole gotas de aceite de la cepa Black Widow, obteniendo una notable mejoría dado que disminuyeron los tics vocales y físicos y cambiando por completo la vida de Joaquín y su familia, la que se fue acrecentando con la rotación de otras cepas como las denominadas Lemon Haze, White Domnina, Mendocino Purple Kush, Hawaiian Snow y CBD, así como algunas sin nombre con alto CBD, destacando por sus resultados, aquellas con mayor contenido de THC –delta 9 tetrahidrocannabinol-. La mejoría descripta en la sintomatología de la enfermedad, fue certificada por la Dra. María Celeste Romero, especialista en psiquiatría, en su informe médico de fecha 25.04.2018, donde expresa que el resultado positivo de los informes escolares, así como que el uso de cannabis es bien tolerado por su organismo, dado que no ha presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC, regularizando su desequilibrio metabólico secundario al uso de psicofármacos con recuperación de su peso habitual. Se afirma que a partir del uso de extractos caseros de cannabis, Joaquín ha mejorado su calidad de vida, resultando un tratamiento eficaz, tanto por la ausencia de los efectos secundarios, como respecto del control de los síntomas de su enfermedad, destacándose que las mejores respuestas se presentan cuando se utiliza variedades de cannabis con concentraciones equivalentes de los cannabinoides THC y CBD (conocidas popularmente como variedades ratio 1:1), pero que para optimizar el control sintomático requiere rotar la variedad de cannabis que utiliza, ya que se observa que si los síntomas reaparecen, al modificar la variedad nuevamente evoluciona favorablemente. En otro orden señalan que las dificultades logísticas para conseguir las diferentes cepas del aceite de cannabis han impedido sostener la mejoría en el tiempo, a lo que le suman que si bien la ley 27350 representa un importante avance legislativo, no ha sido puesta en vigencia en forma completa, por lo que la ausencia de producción en las cepas cuya rotación necesita el menor para consolidar su mejoría, hace necesaria la habilitación para su cultivo en forma casera hasta que el Estado Nacional se encuentre en condiciones de hacerlo. Luego de argumentar normativamente, en capítulo separado sobre el derecho a la salud, consideran que existe una doble tutela procesal diferenciada por su condición de menor con discapacidad, en cuyo soporte individualizan los instrumentos normativos de orden internacional y



convencional con operatividad y jerarquía constitucional por imperio del art 75 inc. 22 de la CN. Referencian en apoyo a la decisión que solicitan, diversos antecedentes jurisprudenciales, en donde se autorizó el cultivo de cannabis y en lo que atañe específicamente a los presupuestos de orden cautelar, apuntan que el peligro en la demora se verifica en razón de los extensos trámites burocráticos que exige el Estado Nacional a sus entes para la importación y producción del aceite cannábico 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 Público Fiscal a los fines de que se expidiera sobre la procedencia de la medida cautelar instada, a fs. 91/97 obra el dictamen pertinente, pronunciándose en el sentido de que la medida cautelar debe tener favorable acogida. Recuerda en primer lugar que con fecha 29.03.2017 fue sancionada la ley 27.350 de “Uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados” reglamentada por el decreto 738/2017, en donde se regula que la AMNAT permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías incluidas en el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la planta cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales” y cuenten con la indicación médica pertinente, así como la creación de un Registro Nacional Voluntario de pacientes y familiares que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados. También se habilita en ese marco legal el cultivo al CONICET y al INTA con fines de investigación y tratamiento, el fomento de su producción a través de los laboratorios públicos nucleados en ANLAP y que, hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional, la ANMAT permitirá la importación.

Concluye en torno al examen de la normativa aplicable que se encuentra habilitado a) el uso del cannabis o sus derivados con fines terapéuticos o paliativos para pacientes con patologías diversas (reglamentadas o prescriptas bajo ciertas condiciones); b) el cultivo por parte del Estado –CONICET o INTA– para la producción de sustancias con fines de tratamiento; y c) la importación del aceite hasta tanto se ponga en marcha la producción nacional a través de los laboratorios de la ANLAP.

En segundo lugar, señala que se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho pues ha sido probado que Joaquín Navarro padece un caso típico de Síndrome de Tourette; que los tratamientos farmacológicos prescriptos por los médicos tratantes fueron ineficaces; y que el tratamiento con aceite de cannabis ha sido el que ha tenido mayor éxito en el tratamiento de la enfermedad. Seguidamente se expone en detalle el dictamen de la especialista en psiquiatría doctora María Dolores Romero de fs. 71/74 quien describió los síntomas de la enfermedad en Joaquín, corroborado por el informe del “Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC, TDAH y Trastornos asociados” de fs. 53/70, y la falta de efectividad de los tratamientos farmacológicos recibidos por ingesta de Risperidona y Flunarizina-Sibelium (fs. 53/56, 72 y 75), concluyendo que los informes médicos resultan de contundencia suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho invocada.

Respecto del peligro en la demora, resalta que también se encuentra probado, pues el Estado Nacional aún no ha podido garantizar a Joaquín la provisión gratuita e ininterrumpida del tratamiento con aceite de cannabis 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 descripto, abonado en consecuencia la autorización de manera temporal del cultivo de la materia prima necesaria para la elaboración del aceite medicinal, tanto para salvaguardar la salud del menor como para asegurar la indemnidad de su madre y abuela.



Considera, en concordancia con los antecedentes parlamentarios, que la presente solicitud se encuentra fundada también en el temor que les provoca a los familiares la tipificación y penalidad dispuesta en los artículos 5 y 14 de la ley 23737. En ese orden recuerda que la petición de autocultivo de las plantas de cannabis encuadra dentro del “ámbito de privacidad y reserva” de las personas acorde al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en el reconocido fallo “Arriola” en donde se declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art 14 de la ley 23737, en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal fundado en la violación del señalado principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art 19 de la Constitución Nacional), señalando, además, como elemento de actualidad distinto de los motivos que llevaron al dictado del precedente antes citado, que hoy en día con la vigencia de la ley 27.350, el decreto reglamentario nro. 738/2017 y el Anexo I establecido en la Resolución nro. 1537-E/2017, se autoriza bajo determinadas condiciones el uso medicinal del cannabis.

Finalmente, y luego de recordar prescripciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporada al ordenamiento interno por el artículo 75, inciso 22, de la CN, reitera en forma sintética la concurrencia de los presupuestos para el acogimiento de la autorización de cultivo en la esfera privada de la familia de Joaquín, con el fin exclusivo de medicarlo en cumplimiento del objetivo tuitivo de la ley.

III) Que dada la intervención al Defensor Oficial que por ley le corresponde en resguardo de los derechos del menor, a fs. 99/100 ese Ministerio Pupilar se pronuncia en sentido favorable a que se haga lugar a la medida cautelar haciendo propios los argumentos traídos tanto por los amparistas como por el Ministerio Público Fiscal, considerando que el cultivo de cannabis con el único uso solicitado, debe realizarse en forma reservada dentro de un ámbito de intimidad y privacidad del domicilio de una de las representantes del menor, debiendo precisarse la cantidad total de plantas a producir según las indicaciones de los galenos tratantes, para que pueda obtenerse la cantidad suficiente de aceite. Asimismo, considera que se deberá poner en conocimiento de ello en forma inmediata, a las fuerzas de seguridad para que no realicen medidas en contra de ese domicilio fijado, por violación a la ley 23737, dejando planteado en acápito 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 estos 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 para metro de la exigencia con que habrá de evaluarse o ponderarse la gravedad del daño (en tal sentido C. Fed. Gral. Roca en “Hidroeléctrica El Choco n S. A. c/Estado Nacional (Ministerio de Economía) y otro s/Amparo” sent.int. 531/05; “Bejares, Francisco Antonio c/Universidad Nacional del Comahue, Servicio de Obra Social (Sosunc)” sent.int. 85/93, “Manuel Foglia Roberto Augusto c/Swis Medical S.A s/ley de discapacidad s/inc. Apelación” (Expte. FGR 23589/2015/1 -entre otros-).

V) Que ingresando en la tarea de verificar la concurrencia de la verosimilitud del derecho en el caso concreto, recuerdo nuevamente que la pretensión cautelar se encamina a obtener una decisión judicial que – hasta tanto el Estado Nacional se encuentre en condiciones de suministrar aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBD Y THC, en cantidad de cepas suficiente para su rotación permanente-habilite tanto a María Eugenia Sar como a Julia Navarro, al cultivo de cannabis en su domicilio con el único fin de consumo medicinal para el menor Joaquín Navarro.

Puede verse a priori que la pretensión cautelar no está dirigida a exigir la imposición de una prestación concreta al Estado Nacional como demandado en estos actuados, sino que, como se ha señalado, procura obtener la protección legal a la que los amparistas esgrimen tener derecho para el cultivo en el ámbito privado y en forma temporal de la sustancia vegetal denominada “cannabis sativa”, en diferentes cepas con exclusivo fin medicinal, frente a la amenaza de verse sometidos a la persecución penal estructurada por los arts. 14 y 5 inc. a) y e) en relación con el penúltimo párrafo de la ley 23.737, como instrumento para resguardar la salud del menor.

Dar respuesta a ese interrogante que yace en la petición provisional, impone recordar que el menor Joaquín Navarro padece de una enfermedad denominada Síndrome de la Tourette, diagnosticada en mayo de 2016 a los 5 años de edad, caracterizada por un trastorno por tics motores y vocales y asociado a otros



trastornos como, hiperactividad, TDAH, ansiedad, fobia social, TOD, TOC, agresividad, otorgándose como consecuencia el certificado de discapacidad previsto en la ley 24091 (ver. fs. 51, 53/56, 57/62). Resulta relevante para describir la enfermedad portada y la respuesta a los diversos tratamientos que le fueron aplicados, el informe presentado por la Dra. María Celeste Romero en fecha 25.04.2018, en donde allí se ilustra que al momento del diagnóstico Joaquín sufrió a parpadeos, muecas faciales, encogimiento de hombros, sacudidas de cabeza y hombros. Luego sus tics fueron complejizándose en el sentido explicado por la familia: primero solo guiñaba un ojo, luego además torcí a la boca, y moví a 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 comórbidos: hiperactividad, déficit de atención, ansiedad, fobia social, insomnio de conciliación, conductas agresivas y rituales del espectro obsesivo compulsivo. Continúa diciendo que se le indicó tratamiento con Risperidona (antipsicótico atípico considerado primera línea para el tratamiento según revisiones científicas). Refiere que luego, ante la interconsulta efectuada a la Dra. María Beatriz Moyano directora del Centro Interdisciplinario de Tourette, TOC y Trastornos Asociados, se le indicó Flunarizina (bloqueante de los canales de calcio que está indicado en la prevención de la migraña y para aliviar los síntomas del vértigo vestibular según estudio que allí se detalla). En el informe que se viene desgranando se informa a su vez que, no obstante, la terapéutica farmacológica, la familia observaba que el niño presentaba crisis de enojo con agresividad, inhabilidad para el aprendizaje, conductas obsesivas, ansiedad, aumento de apetito con el consecuente aumento de peso (aumento 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 esta sugerida en evitar que los responsables puedan verse perseguidos por una infracción de tipo penal, se asienta esencialmente en la mejora en la salud y calidad de vida del menor Joaquín afectado por una enfermedad incapacitante, la que según se vio 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 cannábico.

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. 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, desapareció de los efectos secundarios de la medicación que se le venía suministrando y, primordialmente, el buen desempeño que con ese tratamiento paliativo ha experimentado Joaquín según los informes escolares reflejados, dando cuenta que se encuentra con un mejor rendimiento escolar y con recuperación de sus habilidades para socializar, aspectos de su desarrollo que aparecían relegados por las barreras que le impone el Síndrome de Tourette padecido en función de los indeseados tics motores y vocales y trastornos asociados en detrimento de las capacidades del niño –según da cuenta el certificado de fs.51 expedido en el marco de la ley 24091–, sin que a su vez haya presentado síntomas psicóticos por la exposición al THC (ver nuevamente informe de fs. 71/75).

Puede verse de ese modo, y en este estado provisional del presente trámite, que el suministro del aceite de cannabis viene brindando una mejora en la salud de Joaquín y en su calidad de vida en general, lo que encuadra con el estándar de protección al que se aspira, siempre que la salud desde el punto de vista normativo, tiene una entidad y jerarquía que ha sido sentada por la CSJN en diversos fallos con particular consideración a



lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), en donde se resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en particular del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PISDEC) que define a la salud como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Esta protección, y en atención a los valores aquí involucrados, se ve acentuada a la luz de las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, al cual se encuentra adherida nuestro país y forma parte de nuestro derecho interno por operatividad del aludido artículo 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

Esta faceta positiva en el rendimiento de la sustancia cannábica suministrada por exclusiva decisión y responsabilidad familiar respecto de la enfermedad padecida –dado que no ha existido una prescripción médica previa para el uso de ese derivado aunque luego sí ha sido respaldada clínicamente por la Dra. Romero ante las evidencias médicas que constataste 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 podré alertarse sobre que la necesidad que sostiene la pretensión de autocultivo podré 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. Romero, ello para desechar la alternativa del cultivo casero.

Ahora bien, focalizando el examen en aspectos que pudieran resultar negativos para la salud del menor, teniendo en cuenta que se propone una modalidad terapéutica o paliativa de “producción artesanal”, entendí necesario a fs. 121 requerir a los interesados, como medida para mejor proveer, que brinden una detallada descripción o explicación del proceso de elaboración y transformación “casero” del vegetal cultivado para su provisión con fines terapéuticos a Joaquín, por parte de su madre y/o abuela, de modo de ilustrar a la suscripta y así poder descartar que no engendrarse un riesgo mayor para la salud del menor que el que se pretende conjurar.

En respuesta a ese requerimiento y luego de informar que el Dr. Gabriel Navarro –abuelo del menor- junto con la Dra. Romero supervisarían el suministro del producto, se presentó un nuevo informe de esta última



profesional médica (ver fs. 155/156) en donde describe que existen dos componentes terapéuticos de la planta que se destacan: THC (9tetrahidrocannabinol) y CBD (cannabidiol). Señala que el mejor efecto terapéutico del aceite de cannabis sativa –en orden a su eficacia como en su tolerabilidad– tiene lugar en la interacción de estos principales componentes cannabinoides que se denomina “efecto se quitó”, término acuñado por el descubridor de la molécula THC en el año 1964, aunque existen otros componentes químicos con potencialidad terapéutica denominados terpenoides. Entre los grandes grupos de plantas de cannabis sativa según las concentraciones de THC y CBD denominados “quimiotipo I, II o III”, precisa que Joaquín ha respondido favorablemente a preparados realizados con plantas que poseen concentraciones equivalentes de THC y CBD (quimiotipo II), aunque precisa que en la segunda mitad del día también han resultado eficaces los aceites con mayor contenido de CBD (quimiotipo III) y en momentos de sintomatología aguda resistente, los preparados con mayor contenido de THC (quimiotipo II). Reconoce que aunque la composición precisa del preparado del cannabis no sea conocida, pues en las descripciones que brindan las empresas que comercializan semillas en el mundo acerca de los componentes de la planta habitualmente se limitan a la mencionada relación entre cannabinoides THC y CBD, afirma que su perfil de seguridad es altamente elevado debido a la baja concentración de receptores de tipo cannabinoide en el tronco encefálico (responsable del control cardiorrespiratorio); esto último se le atribuye a la particularidad de que para que el cannabis resulte letal, su dosis debe ser extremadamente elevada, no registrándose casos de letalidad secundaria al uso de esta sustancia.

En cuanto al proceso de elaboración del aceite, la profesional médica precisa que consiste en la extracción de la resina de las flores de la planta que se realiza a través de la maceración de las mismas en alcohol tridestilados de cereal (apto para el consumo humano) seguido de un proceso de evaporación a baja temperatura del cual resulta el extracto que contiene los componentes de la planta y ello se diluye en un medio oleoso, habitualmente aceite de oliva o de coco. En el caso de Joaquín, señala que el preparado que ha mostrado mayor eficacia se compone de una (1) parte de extracto de cannabis en veinte (20) partes de aceite de oliva, del cual consume entre 10 a 15 gotas diarias que pueden oscilar según la evolución del cuadro.

En síntesis pueden extraerse del nuevo informe brindado por la Dra. Romero, aspectos importantes en este análisis preliminar, pues reafirman que la eficacia de su efecto terapéutico –que ya fuera examinado en el primer tramo de esta resolución–, se apoya en la sinergia de los componentes primordiales de THC y CBD obtenidos de la planta que se denominó “efecto sequito” 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 o 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 aquellos a quienes los afecta, ni puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud.

Ya adelantándose al precedente “Arriola” recuerdo que la Cámara Federal de General Roca en autos “Azari Meza, Oscar Antonio y otros s/ley de estupefacientes” (Expte nº 112/05) cuando decidió la revocación del 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 verosímelmente -por ausencia de ostentación- el peligro de trascendencia a terceros indeterminados.

Más recientemente, la Sala II de la C. Federal en lo penal de La Plata en la causa Nº 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 que 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 autonoma 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 esta fincada en un estricto uso medicinal, destino que impone poner en balance el derecho a la salud de un menor de edad portador de una enfermedad incapacitante y sujeto de una preferente tutela constitucional, en tanto que -como se viese- la Convención sobre Derechos del Niño ratificado por ley 23849 establece una pauta axiológica insoslayable como lo es la atención del interés superior del niño (art 3 CDN). Con ese objetivo, va de suyo que el contexto de consumo del producto del vegetal cannábico no puede ser otro que el de un ámbito privado y familiar, promovido por una decisión de igual tenor que marca una frontera exenta de toda injerencia estatal según la doctrina de orden constitucional del Máximo Tribunal de la Nación elaborada en torno al citado art 19 de la CN, a lo que se le adiciona que su cultivo y elaboración del preparado terapéutico, sin efectos nocivos a la salud según aseverara la Dra. Romero, tendrá también lugar en un estricto ámbito privado según se informara a fs. 157 vta., sin mengua del compromiso que expresamente se requiera como condición de ejecución de esta medida. Consecuentemente todo hasta aquí desarrollado conduce a considerar que se encuentra acreditada la apariencia del buen derecho que circunda la pretensión cautelar en análisis.

VI) Que respecto al peligro en la demora que lleva a 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 según señalase el Ministerio Público Fiscal (fs. 93 vta. punto iii), sino que por propia definición legal su implementación llevara necesariamente un tiempo que resulta incompatible con la urgencia que la atención de la salud de Joaquín requiere, a la par que la importación del producto, tampoco garantiza -según se viese-las necesidades sobre la variedad de cepas de la planta que necesita, para suministrar una combinación de los principales componentes de THC y CBD. Ello da cuenta de la existencia en el caso de este otro presupuesto cautelar, pues de lo contrario, de no procederse como se pide, se consolidaría un perjuicio de muy difícil reparación ulterior, en tanto las consecuencias nefastas de su afección para el niño se mantendrían a menudearse 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 Joaquín en su salud por el consumo del aceite cannábico y que redundara seguramente de manera favorable en otros espacios de su vida ya que logro 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 estos 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 ultimo corresponde disponer que previo a todo, la Sra. Julia Macarena Navarro –madre de Joaquín-preste caución juratoria ante el Actuario en los términos de lo dispuesto en el art 198 del CPCyC, como así también igual exigencia se impone a la Sra. María Eugenia Sar y al Dr. Gabriel Andrés Navarro, quienes en su calidad de abuelos del menor asumieron la tarea y responsabilidad del cultivo de las plantas de cannabis necesaria, y la elaboración del preparado en los lugares y bajo las condiciones expresadas a fs. 157 para uso medicinal exclusivo de Joaquín. Cabe apuntar que tales condiciones deberán ser estrictamente respetadas de modo que ambas tareas –cultivo y elaboración del aceite cannábico-se realicen en todo momento en ese ámbito denunciado por los interesados y en condiciones de privacidad, que no trasciendan a terceros, según delimitación impuesta por el art 19 de la CN, ello para guarnecerse de toda injerencia estatal, obviándose así la persecución penal por operatividad legal de los art 5 y 14 de la ley 23737, pues no debe olvidarse que la amenaza se encuentra latente de no seguirse tales reglas de conducta que también operan en este singular caso, como circunstancias de habilitación y subsistencia de la presente medida anticipada que aquí se concede, que tiene limitada su vigencia -en razón de su propia naturaleza esencialmente transitoria-hasta el momento en que se dicte sentencia definitiva en estos actuados.

VIII) Que finalmente, considero oportuno recordar que la presente acción de amparo está dirigida al Estado Nacional a fin de que proporcione el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balances variados de CBH y THC en cantidad de cepas suficientes para su rotación permanente. Y si bien la medida cautelar que se recepta solamente se asienta en una autorización para el cultivo y elaboración con fines de consumo medicinal en el ámbito familiar, entiendo pertinente su notificación al Estado Nacional en su calidad de autoridad de aplicación a través del Ministerio de Salud en el marco de la ley 27350 y sus normas reglamentarias, siempre que en definitiva todas las acciones que se le exigen en este proceso solo podrían resultar examinadas bajo ese régimen normativo. Asimismo, y en forma reservada, deberá comunicarse a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales (Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía Federal Argentina y Jefatura de la Policía de la Provincia de Río Negro) que eventualmente puedan tener, en razón de su competencia, intervención en la materia.

En conexión con lo desarrollado, entiendo también apropiado requerirles a los interesados que



promuevan la inscripción en el Registro Nacional previsto en el art 8 de la ley 27350 -de encontrarse ello operativo- que funcionaría en el ámbito del Ministerio de Salud, según las alternativas prevista en su decreto reglamentario N° 738/2017 y el procedimiento determinado en la resolución 1537-E/2017 del citado Ministerio.

Por lo expuesto, de conformidad a las normas legales citadas y en el marco de los arts. 161, 198 y 232 del CPCyC,

RESUELVO:

I) Hacer lugar a la medida cautelar innovativa interpuesta por Julia Macarena Navarro en representación de su hijo menor Jo aquí Navarro y autorizar a la nombrada, así como también a la Sra. María Eugenia Sar y al Dr. Gabriel Andrés Navarro -abuelos del menor-, a cultivar plantas de cannabis en la cantidad necesaria con exclusivo destino medicinal para el menor, bajo estricta sujeción a los lugares y modalidades informada por los interesados a fs. 157, así como a las normas de conducta establecidas en la presente resolución, previa caución juratoria ante el Actuario, según lo dispuesto en el considerando VII).

II) Comuníquese lo aquí resuelto por oficio con copia de la presente al Estado Nacional a través del Ministerio de Salud de la Nación según lo dispuesto en el considerando VIII), como asimismo en forma reservada a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales (Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía Federal Argentina y Jefatura de la Policía de la Provincia de Río Negro) que eventualmente puedan tener, en razón de su competencia, intervención en la materia.

III) Disponer que la Sra. Julia Macarena Navarro en su carácter de madre del menor y representante legal del mismo, promueva la inscripción en el Registro Voluntario establecido en la Ley N° 27350 y sus normas reglamentarias a los efectos allí previstos.

Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula electrónica a la actora y al Ministerio Público Fiscal y Pupilar en su público despacho.

MIRTA SUSANA FILIPUZZI (JUEZA)



"GUEVARA ELBA EDITH C/PROVINCIA DE LA PAMPA S/ Amparo"

(EXPTE N° 127709 - JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA N° 1 DE LA PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL - 26/12/18)

SANTA ROSA, 26 de diciembre de 2018.-

VISTO:

Los presentes autos caratulados: "GUEVARA, Elba Edith c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/Amparo", Expte. 127.709, que tramita por ante este Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, del que

RESULTA:

Que a fs. 433/506 comparece la Sra. Elba Edith GUEVARA con el patrocinio letrado del Defensor Público General Dr. Eduardo Aguirre, la Defensora en lo Civil Dra. Dorila Raquel Romero y el Defensor en lo Penal Dr. Martín García Ongaro y promueve Medida Autosatisfactiva contra la Provincia de la Pampa a fines de que a) Se ordene al Estado Provincial a otorgarle autorización para cultivo en su domicilio de cannabis con la exclusiva finalidad de uso medicinal o terapéutico; b) Se ordene al Estado Provincial a abstenerse de realizar acciones de naturaleza investigativa, policial y/o judicial de índole criminal contra su persona; y c) se la autorice a solicitar auxilio de los organismos públicos y/o privados contemplados en la Ley N° 27.350, a los fines de dar trámite a las gestiones que resulten necesarias en pos de obtener la autorización para cultivo domiciliario de cannabis.

Relata los antecedentes de su pretensión, señalando que sus padecimientos comenzaron en el año 2002, en oportunidad en que concurrió al médico por dolores en las mamas y fue sometida a distintos estudios, siendo finalmente intervenida quirúrgicamente el 27 de diciembre de 2002.

Menciona que su situación de salud repercutió negativamente en la esfera familiar y que sus hijos fueron quienes la asistieron en ese proceso.

Refiere que las cirugías a las que fue sometida fueron entre 17 y 20, contabilizándose pequeñas intervenciones de reconstrucción, que implicaron la paulatina extracción de tejidos (músculos) y retiro de prótesis en consultorio a fines de ocultar cirugías defectuosas.

Que posteriormente, fue derivada al Hospital de Clínicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se le realizaron otras cirugías para reparar la zona afectada, todo lo cual le trajo aparejado una persistente situación de padecimiento lo que derivó en un especial tratamiento para el dolor consistente en una terapia farmacológica derivada de opiáceos, tales como la morfina hasta llegar al neuroestimulador, el que a la postre, resultó el método paliativo más invasivo y doloroso.

Menciona que ante la evolución de su patología obtuvo certificado de discapacidad tal como se acredita con la documental que acompaña.

Añade que parte de las dolencias referidas fueron acreditadas en el proceso civil iniciado contra la Provincia de la Pampa y tramitado ante el Juzgado Civil y Comercial N° 3, el que se encuentra concluido.

Afirma que más allá de las consecuencias clínicas y la consecuente disminución de su capacidad laborativa, los padecimientos físicos sufridos afectaron notablemente su vida de relación y su estabilidad emocional y salud mental, al punto que debió ser internada en varias ocasiones en el Hospital Lucio Molas y en la Clínica Imago debido a intentos de suicidio.

Indica que, como consecuencia de ello, debió cesar toda su actividad laboral y social, llegando al extremo de no poder vestirse por el dolor que le producía el roce de la ropa, permaneciendo casi todo el tiempo medicada y en cama.

Con relación a la medicación prescrita, señala que ha ingerido sustancias como klosidol y morfina cada cuatro horas, lo cual le ha provocado adicción, destrucción de dentadura, deformación de su cuerpo y malhumor. Que las secuelas padecidas caracterizadas por un incesante padecimiento denominado "dolor neuropático crónico refractario" el que percibe como pinchazos y percepción de corriente eléctrica en el cuerpo, entre otras manifestaciones, circunstancia que la tornó una persona agresiva y sin motivaciones para seguir viviendo.

Expresa que a raíz de la situación acontecida inició un tratamiento con una médica psiquiátrica quien le sugirió el uso medicinal del cannabis y sus derivados para paliar los síntomas experimentados. Afirma que a partir de la ingesta de cannabis ha logrado mitigar los dolores padecidos y como consecuencia de ello ha recuperado el apetito, normalizado el sueño, puede conducir su vehículo, caminar, gestionar trámites, disfrutar



de sus nietos, realizar tareas livianas sin ayuda de terceros y ha mejorado su estado anímico general. Puntualiza que la administración de cannabis ha modificado sus parámetros de vida diaria, actividades y desarrollo de sus vínculos familiares y sociales, posibilitándole una apertura en el ejercicio y goce de sus derechos y libertades.

Señala que desde hace aproximadamente ocho meses sólo ingiere cannabis medicinal, aunque, precisa, que dicha terapia le resulta de complejo acceso y dificultosa obtención por tratarse de una sustancia ilegal en tanto su siembra, cultivo, extracción y preparación de estupefacientes, sin autorización, se encuentra penada con pena de reclusión o prisión y multa conforme se desprende del art. 5 de la Ley N° 23.737. Por tal razón, manifiesta que se encuentra obligada a promover la presente acción a fin de que se la autorice a su cultivo, en forma particular y domiciliaria.

Menciona que, con anterioridad a la interposición de la acción, fueron agotadas las instancias terapéuticas paliativas y fue verificado positivamente la comprobación de los efectos favorables al bienestar físico y psíquico que los derivados del cannabis generaron en su persona.

Relata, además, los antecedentes que la motivaron a iniciar una demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de la Pampa, que tramitó en autos: "Guevara, Elba Edith c/Provincia de la Pampa s/Daños y Perjuicios", Expte. N° 48785 radicada en el Juzgado Civil y Comercial N° 3 de esta ciudad, y que concluyó con una sentencia condenatoria estableciéndose, en segunda instancia, la responsabilidad total del Dr. Gabriel Galleti, y resolviendo el Superior Tribunal de Justicia en fecha 21/12/2016, a instancias de un recurso extraordinario, elevar el importe de la indemnización reclamada a la suma de \$613.630 más intereses.

Describe los presupuestos procesales de la medida autosatisfactiva planteada, manifestando que la pretensión incoada satisface los requisitos normados en el art. 305 del CPCC.

Fundamenta jurídicamente su pretensión, memorando que la Ley N° 27.350 "de investigación científica y médica de cannabis medicinal" reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto N° 738/2017 de fecha 21/09/2017, no ha previsto la protección legal para el cultivo personal o autocultivo de quienes se encuentran en una situación de extrema urgencia.

Que la omisión de una inclusión expresa en el marco del decreto supone, sin más, la imposibilidad de acceder al cannabis y sus derivados, por cuanto representa una excesiva burocratización de ese acceso a mérito del trámite que la ley prevé, "sólo para el caso de aceite de cannabis de origen farmacéutico restringido a los cuadros clínicos identificados como epilepsia refractaria".

Argumenta que el esquema normativo actual, caracterizado por un catálogo de normas de orden administrativo disocian el ejercicio del derecho de libertad de rango constitucional y colocan a los pacientes de distintas patologías en condición de obligados al sometimiento de experiencias científicas incompatibles con la consideración del paciente como un sujeto de derechos. Que tal circunstancia, obliga a los pacientes, como el presentante, a recurrir al acceso al cannabis y sus derivados de un modo irregular, clandestino e ilegal, con los riesgos de criminalización que ello supone, o al desarrollo del cultivo sin protección legal.

Reseña que, en definitiva, la procedencia formal de la medida autosatisfactiva que se intenta a fin de obtener la autorización para cultivo domiciliario de cannabis para exclusivo uso medicinal implica al Estado Provincial, como único responsable de la referida concesión, en la inteligencia de que la imposibilidad de acordar un marco de protección legal vulnera un importante núcleo normativo que tutela el derecho a la salud, incluidos en la Constitución de la Provincia de la Pampa (art. 6); Ley Nacional N° 24901 de prestaciones básicas de atención integral para personas con discapacidad; Ley Provincial N° 2226 sobre régimen especial de protección integral para personas con discapacidad; Ley N° 2742 que adhiere a la Ley Nacional N° 24901, así como en numerosos instrumentos internacionales (Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo de San Salvador, entre otros instrumentos).

Cita profusa legislación, doctrina y jurisprudencia a fin de justificar su pretensión.

Acota que la ausencia de una legislación nacional clara y de políticas públicas que garanticen el acceso al cannabis medicinal como parte integrante del derecho a la salud y la criminalización general de ciertas conductas vinculadas con esta sustancia, ha derivado en que su consumo medicinal se encuentre prácticamente anulado y/o vinculado a situaciones de ilegalidad.

Indica que el art. 8 de la Ley N° 27.350 establece un registro nacional voluntario a los fines de inscribir



a pacientes y familiares de pacientes que presentan las patologías descriptas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, a fin de que puedan ser usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis. Sin embargo, la propia Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) ha emitido decisiones contradictorias sobre el uso medicinal de la planta, en tanto convoca a considerar su uso medicinal dentro del arsenal terapéutico de uso controlado, pero ha rechazado una petición para incluir al cannabis en la lista de medicamentos fitoterapéuticos para uso médico terapéutico.

Puntualiza que la ANMAT ha publicado recientemente un "informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria sobre usos terapéuticos de cannabinoides", en el que se presenta una recopilación de estudios respecto de la eficacia y seguridad del uso medicinal de los cannabinoides para el tratamiento del dolor crónico, náuseas y vómitos, estimulación de apetito en pacientes con HIV/SIDA, espasticidad debido a esclerosis múltiple o paraplejía, síndrome de Tourette y epilepsia refractaria.

Que, asimismo, la ANMAT ha reconocido que el uso de cannabis en enfermedades tales como la epilepsia refractaria han marcado una clara tendencia en la mejoría de los pacientes y en su calidad de vida y la de sus cuidadores, sugiriendo que deberían ser considerados dentro de los medicamentos de uso controlado.

Se exploya sobre el principio de reserva y el respecto por el ámbito de autonomía de las personas, sosteniendo que la criminalización por Ley N° 23.737 del consumo de cannabis –máxime el utilizado con fines medicinales- contraría lo prescripto por el art. 19 de la Constitución Nacional. Cita a tal efecto, abundante normativa convencional, nacional y provincial sobre el tópico.

Expone sobre la necesidad de tutelar el derecho del paciente a la libre elección del tratamiento, fundando su posición en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, así como en la Ley N° 26.742 que prevé el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas prácticas o procedimientos médicos o biológicos, consagrando a tal fin la autonomía de su voluntad.

Indica que, respecto a su situación particular, impedirle el cultivo de la producción particular de cannabis pone al Estado en infracción al derecho a la salud, quien está obligado normativamente a garantizar el goce el más alto nivel posible de salud. Entiende que, existiendo una opción terapéutica que permite, sin daños a terceros, alcanzar ese nivel de salud, resulta arbitrario que el Estado insista en prohibir, a través del derecho penal y con la concreta amenaza de privación de libertad, el acceso a esa sustancia de alivio a sus dolencias.

Detalla jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre ponderación del derecho a la privacidad y autonomía personal del individuo; citas precedentes de distintos juzgados del país que han receptado la posición sostenida por la accionante y específica disposiciones de diversa jerarquía normativa y opiniones acerca del uso terapéutico del cannabis.

Profundiza sobre el autocultivo del cannabis como la opción más eficaz frente a la provisión o importación, señalando que el uso de esta sustancia en casos de dolor neuropático presenta mejor tolerancia que los derivados del uso continuo de opiáceos, y señala que el uso conjunto de cannabinoides y opiáceos producen efectos sinérgicos (aumento de la acción o el efecto).

Sostiene que si bien la Ley N° 27.350 establece una presunta accesibilidad de los usuarios al servicio de salud cierto es que, en su caso, ello resulta improcedente, razón por la cual insta la presente a fines de solicitar autorización para el autocultivo. Expone que la vía para acceder al aceite sintético de cannabis en el marco de la legislación vigente, implica un proceso burocrático y que, además, en los términos de la Disposición N° 10401/2016 de ANMAT únicamente se encuentran autorizadas las solicitudes destinadas a los tratamientos de epilepsia refractaria de niños y adultos jóvenes.

Respecto a su patología, refiere que el trámite se torna más complejo dado que el marco de habilitación es diferente además de la demora que implicaría acceder a la importación de la sustancia. Enumera los productos sintéticos derivados del cannabis que existen en el mercado y señala como inconveniencia la circunstancia referida a que el aceite de cannabis, de origen farmacológico, puede corresponder a cepas y/o variedades no compatibles con su patología, máxime, considerando que en su caso particular, utiliza diferentes cepas según el momento del día las necesidades somáticas, requiriendo a tal fin la rotación de las distintas variedades o cepas para evitar el desarrollo de tolerancia o resistencia del cuerpo hacia la sustancia.

Por otra parte, hace referencia a los estudios que señalan los efectos favorables del cultivo de cannabis



ya que los aceites industriales y sintéticos sólo contienen CBD (cannabidiol) y carecen de THC (tetrahidrocannabidiol) siendo ambas propiedades ingredientes claves de la planta de marihuana.

Finalmente, advierte que si bien la Ley Nacional N° 27.350 en su art. 12° invita a las provincias a adherirse a la norma a los efectos de incorporarse al programa, lo cierto es que la Provincia de la Pampa no ha adherido ni reglamentado el art. 8° de la citada ley que ordena la creación de un registro nacional voluntario a los fines de autorizar, en virtud de lo dispuesto por el art. 5 de la Ley N° 23.737 la inscripción de pacientes y familiares de pacientes en los términos antes señalados.

Cuestiona, además, la validez de la restricción que implementó el Decreto N° 738/2017 al limitar el registro de pacientes, restringiendo así el derecho a la salud de quienes sufren la patología del presentante.

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita, finalmente, se haga lugar a la medida autosatisfactiva incoada.

A fs. 480/481 se resuelve desestimar la medida autosatisfactiva incoada por no verificarse los presupuestos previstos en el art. 305 del C.P.C. y C. y se imprime a la acción el trámite previsto para el proceso de amparo en los términos de los arts. 303 y 462 del C.P.C. y C. y art. 1° de la Ley N° 703.

A fs. 495/506 se presenta el Dr. José Alejandro VANINI, en carácter de Fiscal de Estado de la Provincia de la Pampa, con el patrocinio letrado de los Dres. Romina Belén Schmidt, Raúl Alberto Reyes y Carlos Casetta y contesta la demanda impetrada solicitando su rechazo con costas.

En esa tarea, introduce, en primer término, la incompetencia de este Juzgado para entender en autos, señalando que al peticionar la actora la autorización para incurrir en el ilícito tipificado en los arts. 5, 9 y 14 de la Ley Nacional de Estupefacientes N° 23.737, la justicia ordinaria no resulta competente debiendo procederse al archivo de las actuaciones conforme lo prevé el art. 336 inc. 1° y cctes. del CPCC.

Expone el accionado que la Sra. Guevara pretende que el Estado Provincial, por intermedio del Ministerio de Salud le otorgue autorización para cultivo en su domicilio de cannabis con fines terapéuticos y que la Provincia de la Pampa se abstenga de realizar acciones de naturaleza investigativa, policial y/o judicial de índole criminal, cuando tal pretensión se vincula con un delito federal, no resultando esta sede el fuero natural a los fines solicitados.

Seguidamente, expone una negativa pormenorizada de los hechos expuestos en el escrito de demanda y procede a contestar la acción articulada.

Efectúa un análisis sobre las características de la sustancia cannabis, precisando una serie de distinciones según su forma de manipulación, variantes y procedencia, puntualizando las complejidades existentes en torno a las posibilidades de manipulación y utilización.

Realiza, además, una diferenciación sobre los tipos de aceite de uso medicinal que pueden extraerse de la planta y su principio activo, así como de los métodos de extracción disponibles, poniendo en duda la eficacia comprobada de la sustancia ponderada por la actora para el tratamiento del dolor.

Analiza los efectos negativos que podría acarrear el consumo de cannabinoides, resaltando que la administración del conocimiento y sus aplicaciones en materia de salud pública no coinciden siempre con los intereses de un colectivo que aspira a una aprobación lisa y llana de un recurso terapéutico.

Invoca la inadmisibilidad formal de la acción de amparo interpuesta, indicando que el accionar judicial exige la existencia de un caso para la aplicación del derecho, no pudiendo el magistrado expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas, atento el riesgo y alterar la división de poderes.

Advierte que no se verifican los requisitos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto u omisión ni la lesión a derechos y garantías reconocidos constitucionalmente.

Observa que existe una contradicción en el relato de la actora quien, por un lado, critica las disposiciones de la Ley N° 27.350 y su reglamentación por su excesiva burocratización para acceder al cannabis, pero por otro lado sostiene para habilitar el amparo, la omisión de la Provincia de La Pampa de dictar un régimen que se ajuste a los parámetros de dicha ley.

Cuestiona también la legitimación pasiva del Estado Provincial puesto que no corresponde al Gobernador y/o al Ministro de Salud la sanción de leyes, resistiendo la crítica que efectúa la accionante sobre la ausencia de legislación provincial respecto al uso terapéutico y/o medicinal del cannabis.

Expresa que no existe en el caso una omisión inconstitucional de la provincia respecto de este tópico, por cuanto la actividad reclamada compete a otro poder del Estado. Sin perjuicio de ello, sostiene que si bien la



Ley Nacional N° 27.350 invita a las provincias a adherir a sus disposiciones, lo cierto es que no existe obligación de adhesión.

Agrega, por otra parte, que la amparista no ha acreditado la ineptitud de otras vías o remedios procesales, no habiendo demostrado que la acción promovida resulte la vía judicial más idónea en los términos del art. 43 de la C.N.

Se opone a la medida cautelar genérica peticionada por la actora, cita jurisprudencia, ofrece prueba y peticiona, en definitiva, el rechazo de la acción de amparo, con expresa imposición de costas.

A fs. 552/553 se celebra la audiencia prevista por el art. 462 inc. 4° del CPCC, proveyéndose las pruebas conducentes ofrecidas por las partes.

A fs. 785/791 obra dictamen del Ministerio Público Fiscal respecto del planteo de inconstitucionalidad deducido en el escrito de demanda.

A fs. 793/798 y 799/806 se agregan los alegatos presentados por las partes.

A fs. 808 se ordena el pase de los autos a despacho para el dictado de la Sentencia.

CONSIDERANDO:

La señora Elba Edith Guevara promovió medida autosatisfactiva con el objeto de que se ordene al Estado Provincial, por intermedio del Ministerio de Salud de la Provincia de la Pampa, a otorgarle autorización para el cultivo domiciliario de cannabis, con exclusiva finalidad de uso medicinal o terapéutico, y a que las áreas competentes del Estado Provincial se abstengan de realizar acciones de naturaleza investigativa, policial y/o judicial, de índole criminal en su contra. También peticionó se la autorice a solicitar el auxilio de los organismos públicos y entidades estatales y/o privadas autorizados por la Ley 27.350 a fin de dar trámite a las gestiones que sean necesarias para el cumplimiento de la autorización para el cultivo domiciliario de cannabis.

Para ello sostuvo que sufre dolor neuropático crónico refractario producto de distintas cirugías de mamas a las que debió someterse desde el año 2002 y que, habiendo agotado las alternativas terapéuticas, por sugerencia médica y con fines medicinales comenzó a utilizar cannabis, sustancia ilegal de difícil acceso. Agregó que la Ley 27.350 de investigación científica y médica de cannabis medicinal, reglamentada por Decreto n° 738/2017 no prevé protección legal para el autocultivo de quienes se encuentran en situación de urgencia.

Por este motivo consideró que, existiendo potestades concurrentes entre la Nación y las Provincias en materia de salud, la omisión del estado provincial en el dictado de un régimen provincial que se ajuste a los parámetros de la Ley 27.350, lesiona, altera, restringe y amenaza sus derechos constitucionales a la salud, a la autonomía personal y a la privacidad, en forma manifiestamente ilegítima o arbitraria (art. 14bis, 19 y 75 inc. 22).

Así, planteada la medida autosatisfactiva fue rechazada y el proceso fue reconducido como acción de amparo, el que fue contestado por la Provincia de La Pampa oponiéndose a la pretensión de la señora Guevara considerando que la acción involucra leyes penales sobre estupefacientes (ley 27.350, 23.737, 26.052), por lo que la pretensión es ajena a la competencia de la justicia ordinaria provincial. Asimismo, sostuvo que en el caso no se configura una omisión constitucional arbitraria o ilegítima del Poder Ejecutivo, ya que no es ese el órgano legitimado para el dictado de las leyes y el Poder Legislativo no puede ser conminado a aprobar o adherirse a una ley.

Así las cosas, fijados que fueran la competencia del tribunal y la procedencia de la acción de amparo interpuesta como hechos controvertidos de la causa (fs. 652), dirimiré los mismos en forma conjunta.

1.- Previo ingresar al tratamiento de las cuestiones propuestas es preciso recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional, como garantía de la supremacía constitucional, ha establecido el procedimiento expedito y rápido del amparo para cuestionar “todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución Nacional, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto y omisión lesiva”. La acción puede interponerla “toda persona”, “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

La Constitución de la Provincia de La Pampa reproduce en forma más acotada la garantía nacional atribuyéndole a los jueces el imperativo de prestar “amparo a todo derecho reconocido por las Constituciones de la Nación o de la Provincia” por “trámites breves”, y la ley 703 asigna al amparo el “trámite del proceso sumarísimo” regulado por el CPCC (art. 3ª) en “todos los casos que se reclame contra actos, omisiones o



amenazas de Autoridad Pública que, arbitraria o ilegalmente, restrinjan, lesionen o alteren, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos que, explícita o implícitamente, reconocen a los habitantes las Constituciones Nacional y Provincial” (art. 1).

Es por ello que son presupuestos sustanciales para que el amparo sea procedente. 1) existencia de una violación o amenaza, por acto u omisión de autoridad pública o de particulares, en forma actual o inminente, de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional, un tratado o una ley; 2) Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo; 3) Inexistencia de otro remedio judicial.

Si nos centramos en los actos, hechos u omisiones de la autoridad estatal, la norma se refiere a aquellos con capacidad para afectar los derechos de los particulares. La omisión - incumplimiento de los cometidos o inejecución de los objetivos de la autoridad en el marco de su competencia-también puede ocasionar lesión y produce el agravio que habilita la vía del amparo (conf. Morello- Valleffín, “El amparo. Régimen procesal”, 4ta.Ed., Librería Editora Platense, 2000, p. 18 y sig.).

Y en cuanto a la existencia de otros remedios, la CSJN ha dicho que “la acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos constitucionales máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado solo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional” (4/10/94, “Ballesteros, José s/acción de amparo”).

2.- En el marco procesal descripto, la señora Guevara pretende la autorización del Estado Provincial para cultivar en su domicilio la planta de cannabis con la finalidad de tratar “dolor neuropático crónico” que padece a consecuencia de múltiples cirugías mamarias (resumen de Historia Clínica de fs. 6/7; resumen de Historia Clínica del Hospital Comunitario Generalista Evita” de la Provincia de La Pampa, fs. 9). Ello con la intención de hacer efectivo su derecho a la salud y la autonomía personal y ante la posible persecución penal prevista por los artículos 14 y 5, inc. a) y e) de la Ley 23.737.

2.1.- Con las distintas historias clínicas obrantes en el expediente y la sentencia dictada en los autos “Guevara, Elba Edith c/Provincia de La Pampa s/ Daños y Perjuicios” que tramitó con el nº 8785 en el Juzgado Civil, Comercial y Laboral nº 5 de esta Circunscripción, tengo por acreditados los tratamientos quirúrgicos a los que se sometió la amparista luego de ser diagnosticada de la existencia de nódulos y quistes mamarios.

También, que a consecuencia de las cirugías practicadas, la señora Guevara padece de “dolor neuropático crónico” que fue tratado con terapia farmacológica de analgésicos -“sin respuesta satisfactoria”-, bloqueos simpáticos torácicos, radiofrecuencia pulsada de Ganglio de Raíz Dorsal T3· a L2 izquierdos asociados a fármacos, neuro modulación a través de estimulación de cordones posteriores espinales (colocación de un neuro estimulador), tratamiento farmacológico con metadona y gabapentina, pregabalina, sedantes del sistema nervioso, morfina, tratamientos psiquiátricos, todos tratamientos y terapias considerados “idóneos”, que “han sido evaluados con los recursos de medición idóneos”, y prestados por el sistema público de salud (fs. 6/7 y 617/618,

579/514, 628, 639/641vta, entre otras de la Historia Clínica, resumen de historia clínica de fs. 152/155).

Los profesionales médicos dejaron constancia de la concurrencia reiterada de la accionante a la guardia por “dolor intenso” que “sólo cedía parcialmente luego de la administración de Morfina” al punto que “en los últimos meses (el informe es de 2014) se incrementó la frecuencia (incluso varias veces en un día) en la que concurrió, así como la severidad del dolor referido” (fs. 655). Asimismo, quedó expuesto que no obstante el abordaje interdisciplinario de la paciente y la supervisión del tratamiento farmacológico propuesto, la Sra. Guevara continuó concurriendo a la guardia del Hospital Evita “manifestando dolor intenso inespecífico y refiriendo no lograr llevar hasta la fecha una vida digna ni desarrollar actividades de la vida cotidiana debido a las limitaciones que le ocasiona la percepción permanente de dolor” (fs. 655).

A pesar de los tratamientos médicos, psicológicos, psiquiátricos y nutricionales efectuados desde la aparición de la dolencia, en la historia clínica se dejó constancia de atenciones recientes (13/4/2018) y de las consultas efectuadas por guardia a causa del dolor neuropático crónico y el suministro de morfina en gotas a partir de las interconsultas efectuadas desde el servicio médico con el Dr. Domínguez, especialista del dolor (fs. 677). Asimismo, en la historia clínica se consignó que el día 8/5/2018 la señora Guevara manifestó al servicio



“mejoría del estado general atribuido a terapia c/ aceites derivados de cannabinoides”. En esa oportunidad la actora manifestó que lo utiliza “desde hace aproximadamente un año c/ resultados muy favorables”, por lo cual el médico tratante decidió disminuir “gradualmente dosis de morfina” (fs. 677vta.).

Debo destacar que no obra en autos constancia alguna que dé cuenta de la prescripción médica a la señora Guevara, de cannabis en alguna de sus formas o presentaciones, ni tampoco de la existencia de constatación científica de los posibles efectos positivos que la terapia cannábica tiene o podría tener para el tratamiento del dolor neuropático crónico que padece. Tampoco se aportaron elementos de prueba con relación a las cepas o combinación de ellas que resultarían apropiadas y beneficiosas para su tratamiento y su imposibilidad de obtenerlas por los medios previstos en la legislación vigente (Ley n° 16.463, Ley n° 27.350, Resolución Ministerio de Salud de la Nación n° 1537-E/2017, Decreto del Poder Ejecutivo provincial n° 245/18, Resolución del Ministerio de Salud de la Provincia de La Pampa n° 1830/18).

2.2.- Ahora bien, el derecho a la salud, como derivado esencial y sustancial del derecho a la vida, es un derecho universal emanado de la Constitución Nacional y reconocido por tratados internacionales de rango constitucional (artículo 75 inc. 22), art. 12 inc. c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre). El mismo guarda una relación directa, estrecha y esencial con el derecho a la vida, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva (CSJN 1/6/2000 “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Estado Nacional s/ Amparo”, cons. 9ª del voto de los Dres. Moliné O’Connor y Boggiano) y el derecho a la autonomía personal que permite al individuo elegir y actuar libremente su proyecto de vida (art. 19 CN).

Es por eso que “El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos -derechos- no se torne ilusorio (ap. X del dictamen del Procurador General de la Nación DEL 22/02/1999, en autos “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Estado Nacional s/ Amparo”).

En ese marco se ha considerado que el artículo 19 CN “otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares en tanto dichas decisiones no violenten derechos de terceros.” (CSJN, 1/6/2012, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”). Dentro de ese ámbito de autonomía individual se encuentra la salud física y mental y la integridad corporal, admitiéndose la intromisión sobre ellas cuando exista “un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (CSJN, 11/12/84, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.” cons. 8ª del voto de la mayoría, citado por el mismo Tribunal en “Albarracini Nieves”).

En el mismo fallo la Corte afirmó que “la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada” (cons. 16, “Albarracini Nieves”).

En ese marco se inscribe el artículo 2 de la Ley 26.529, respecto del ejercicio de los derechos del paciente en cuanto a su autonomía de la voluntad (art. 1), el trato digno y respetuoso en sus convicciones personales y morales y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente (inc. b), y el deber de la actividad médico asistencial de “observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad...” (inc. c)

Sin perjuicio de ello, la Corte admite la intromisión sobre la autonomía individual cuando exista “un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (CSJN, 11/12/84, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.” cons. 8ª del voto de la mayoría, citado por el mismo Tribunal en “Albarracini Nieves”), criterio que ratifica en el considerando 18ª de “Albarracini Nieves” al señalar que “esa libertad de la persona adulta a tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual es la única forma de tutelar dicho interés”.

2.3.- Dentro de ese contexto la Ley n° 23.737 (modificada por la Ley 27.302, BO 8/11/2016), prevé los



tipos penales y las sanciones relacionados con la venta, producción, fabricación, comercialización, suministro, y otras acciones relativas a estupefaciente, y destinadas, en el caso del art. 5, a quien sin autorización o con destino ilegítimo “siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines”, y a quien “produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes” (inc. a) y b).

Si bien la norma establece penas mínimas y máximas, que en el caso del artículo 5 van de cuatro (4) a quince (15) años de prisión -más una pena de multa-, las mismas se reducen de un (1) mes a dos (2) años de prisión, cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias previstas en el inc. a) “surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal” (art. 5 penúltimo párrafo).

La misma norma también reprime con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa e inhabilitación especial de uno (1) a cinco (5) años, “al médico y otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrar o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores a las necesarias” (art. 9), y con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa a quien tuviere estupefacientes en su poder (art. 14).

Cabe aclarar que el Decreto PEN n° 277/91 enumeró en su Anexo I la lista de productos que deben ser considerados “estupefacientes”, entre ellos al “CANNABIS, (Marihuana) y SUS ACEITES RESINAS (Haschisch) Y SUS SEMILLAS, Cannabis sativa L”. Aunque el Decreto PEN n° 299/2010 modificó el listado, dicha norma continuó incluyendo entre los estupefacientes al “Cannabis, resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis”, como sinónimos de “Marihuana” y con denominación química de “cáñamo índico, sus resinas (Haschisch), sus aceites y sus semillas”.

2.4.- Por otra parte la Ley n° 16463 también presenta limitaciones en resguardo del interés público relevante al regular la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación a la medicina humana y las personas de existencia visible o ideal que intervenga en dichas actividades (art. 1), pues ellas “solo podrán realizarse previa autorización y bajo contralor del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública.”, hoy Ministerio de Salud de la Nación, organismo a cargo del poder de policía sanitaria de las actividades descriptas (art. 2).

El artículo 12 del mismo ordenamiento asigna al Poder Ejecutivo la obligación de establecer las normas reglamentarias para la fabricación de sustancias toxicomanígenas y el dictado de “todas las medidas aconsejables para la defensa de la salud pública; el contralor de las toxicomanías y del tráfico ilegal y la satisfacción de las necesidades terapéuticas, regulando los permisos de cultivo para la extracción nacional de drogas, estupefacientes.”

Tal como lo expuso la CSJN el 27 de enero de 1997 al resolver la causa “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo”, la ‘ratio’ de las normas transcriptas no es otra que “evitar el uso indebido de medicamentos, así como determinar la peligrosidad de éstos, su comprobada y comprobable acción y finalidad terapéuticas y sus ventajas científicas, técnicas o económicas, de acuerdo con los adelantos científicos...” (cons. 6º), Asimismo, el Máximo Tribunal reconoció la existencia de la autoridad a la que ha sido otorgado el ejercicio del poder de policía sanitaria respecto de las actividades comprendidas en la norma de control de drogas y productos utilizados en medicina humana (cons. 9º).

2.5.- Ahora bien, específicamente en lo que aquí nos ocupa, el 29 de marzo de 2017 el Congreso de la Nación sancionó la Ley n° 27.350 con el objeto de “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, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud” (art. 1).

Para ello creó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal del cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud, con el objetivo de “...d) garantizar el acceso gratuito del aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa en las condiciones que establezca la reglamentación “(art. 2). En la Ley se delegó en el Poder Ejecutivo la determinación de la Autoridad de la aplicación de la norma en el ámbito del Ministerio de Salud, permitiéndole (“podrá”) autorizar el cultivo de cannabis por parte del Conicet e INTA con fines de investigación médica y/o científica, así como para elaborar la sustancia para el tratamiento que suministrará el



programa.

El artículo 7 de la ley permite a la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica) la importación de aceite de cannabis y sus derivados cuando sea requerida por pacientes que presenten patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente y aclara que en estos casos la provisión “será gratuita”. Además, se crea un registro nacional voluntario a los fines de autorizar la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5^a de la Ley 23.737 de estupefacientes, que presenten las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos que sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis (art. 8).

Mediante el decreto reglamentario de la Ley (nº 378/17), el PEN autorizó al CONICET y al INTA a plantar, cultivar, cosechar, acondicionar y acopiar plantas de cannabis con fines de investigación médica o científica para la elaboración de la sustancia que sirva para proveer como medicamento a quienes se incorporen al programa nacional creado por la ley 27350 (art. 6^a). Si bien se prevé la gratuidad de la provisión del aceite de cannabis a quienes se encuentren inscriptos en el Programa, ello no impide la provisión a otros, pues “aquellos pacientes no inscriptos.... Que tuvieren como prescripción médica el uso de aceite de cannabis y sus derivados, lo adquirirán bajo su cargo...” (Art. 7^a).

El decreto es amplio en cuanto a los pacientes que pueden inscribirse en el Registro Nacional a cargo del Ministerio de Salud, pues incluye a los que se encuentren en tratamiento para estudios de casos (los que presentan enfermedades que determina el Programa en base a la evidencia científica existente y que cuentan con indicación médica de tratamiento con Cannabis o alguno de sus derivados), en protocolo de investigación (incorporados como participantes en un protocolo de investigación) y familiares que actúan en carácter de representantes legales.

No obstante, ello, la Resolución nº 1537/2017 acotó la inscripción en los Registros que dependen del Programa a aquellas “personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso del cannabis y sus derivados, en base a evidencias científicas existentes”, dejando abierta la posibilidad para que el Programa pueda “incorporar otras patologías, basado en la mejor evidencia científica.” (Punto 1 del Anexo I).

2.6.- A pesar del marco regulatorio existente para la utilización terapéutica o medicinal del cannabis, es claro que el panorama normativo no prevé el autocultivo para la elaboración del producto (“medicamento”) que la Sra. Guevara estima adecuado para tratamiento de su patología (no advierto en ello “destino ilegítimo” en los términos del artículo 5, inc. a) de la Ley 23.737), de ahí la necesidad de evaluar la verdadera existencia de un conflicto con las garantías de privacidad e intimidad que el artículo 19 de la CN ha querido resguardar de la intromisión estatal, en tanto y en cuanto no ofendan “de ningún modo” el orden y la moral públicos o perjudiquen a un tercero.

En efecto, el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no exposición pública y allí se inscribe el principio de autonomía como una apelación al respecto más absoluto de las conductas “autorreferentes”, es decir la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige, con la única limitación de no dañar a otros. Ello implica que cada persona adulta, mayor de edad, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad, puede escoger el que considere “mejor” plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido (conf. Basterra, Marcela I., “Justicia Constitucional y Derecho a la Intimidad”).

Esta fue la concepción que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó el 25 de agosto de 2009 al dirimir un conflicto que involucra los derechos en pugna en el presente. En efecto en el fallo “Arriola, Sebastián y otros s/ causa nº 9080”, el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la Ley 23.737 que incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal cuando se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, por conculcar el artículo 19 de la CN en la medida que invade la privacidad de personas adultas y su libertad para decidir su conducta excluida de la autoridad de los órganos estatales, en el caso si desea tener o consumir drogas (conf. <https://www.cij.gov.ar/nota-2156>).

Del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi, se destaca que el art. 19 de la Constitución Nacional en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la



situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo.

El fundamento apela a los tratados internacionales, que en sus textos reconocen derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquel posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía, que es prenda de madurez y condición de libertad, e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen” (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

En lo que aquí nos atañe es relevante el voto del Dr. Petracchi, pues aclara que “El art. 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás, razón por la cual las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos -en el caso, consumo de estupefacientes-, quedan en virtud de la norma constitucional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales” (remisión a su mismo voto en “Bazterrica” 29/08/1986).

En definitiva, se resolvió la inconstitucionalidad del art. 14, 2do parr. de la Ley nº 23.737, pues “a) cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea sin que el Estado pueda intervenir en ese ámbito (Art 19 CN); b) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad; c) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes o derechos de terceros.” (conf. <https://www.cij.gov.ar/nota-2156>). De ahí que la tenencia de marihuana (cannabis) para el propio consumo del tenedor es una conducta incapaz, por sí misma, de conectarse con un resultado lesivo para otros, y por ende no implica un daño al orden y la moral pública ni involucra un perjuicio para terceros, constituyendo una acción privada que, como tal, se encuentra amparada por el artículo 19 de la CN.

La Corte arriba a este juicio aplicando el principio pro homine como regla de interpretación que en materia de Derechos Humanos, implica ampliar la zona de libertad individual frente a concepciones restrictivas del ejercicio de los derechos con el objetivo de privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, “escoger dentro de los que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”, pauta que “se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales” (CSJN, 15/5/2007, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”). La aplicación de este principio tiene lugar cuando existen dudas acerca de la interpretación que debe asignarse a una norma y supone la interpretación extensiva de los derechos humanos y la interpretación restrictiva de sus limitaciones (CIDH, Opinión Consultiva OC-18 sobre derecho a la igualdad y a la no discriminación de los inmigrantes indocumentados).

2.7.- Llegado este punto, y considerando que en el estado constitucional y convencional de derecho vigente en nuestro país desde 1994, la regla de reconocimiento del derecho se encuentra determinada por la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 CN), no advierto en autos la existencia de una lesión, alteración o amenaza de los derechos constitucionales de la amparista que ameriten ordenar al Estado provincial el otorgamiento de la autorización para que la señora Guevara cultive cannabis en su domicilio para su exclusivo uso medicinal o terapéutico.

En esas condiciones no observo en autos una verdadera colisión entre los derechos de la actora y los del Estado Provincial, sino una verdadera opción de concretización o determinación de derechos, mediante la



aplicación directa de derechos fundamentales frente a un supuesto -cultivo de cannabis con fines terapéuticos medicinales en el domicilio de quien pretende consumirlo- no previsto en la norma que sanciona la siembra o cultivo para producir o fabricar estupefacientes sin autorización o con destino ilegítimo (art. 5 Ley nº 23737 y sus modificatorias) que por cierto no se da cuando de paliar una patología clínica personal se trata. La ausencia de respuesta normativa al goce de los derechos constitucionales (art. 19 CN) y convencionales (artículo 75 inc. 22), art. 12 inc. c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), determina su aplicación directa, razón por la cual ninguna autorización expresa para gozar de ellos, puede pretenderse al respecto.

Una decisión judicial positiva como la que se reclama (“ordenar al Estado Provincial a otorgarle autorización”), implicaría tanto como permitir al Estado inmiscuirse en el ámbito de mayor privacidad de la actora, cuando nada indica que, en el contexto íntimo del domicilio, la acción cuya autorización pretende la amparista pudiera ofender de algún modo el orden y la moral públicos o perjudicar a terceros.

A ello se suma que no es la Justicia la que determina por sí, y sin prueba idónea al respecto, cuál es la terapia médica más adecuada para el tratamiento de la salud de un paciente, lo que pone en evidencia que es en ese ámbito privado que la señora Guevara ha decidido, aún sin prescripción médica al respecto, que la sustancia vegetal que prende cultivar es la apropiada para tratar su enfermedad incapacitante, y no otra.

Lo expuesto no se contrapone con el poder de policía que ejerce la Administración en materia de drogas y productos medicinales que se suministran a los pacientes para garantizar las más adecuadas y seguras condiciones para resguardo de la salud, evitando los efectos nocivos que las mismas pudieran ocasionar, el que por cierto escapa a la competencia de este Juzgado (artículo 34 de la Ley 23.737, la Ley 26.052, Ley 16463 y Ley 27350, su decreto reglamentario y resoluciones consecuentes), pues lo que reclama la señora Guevara no es precisamente que se le suministre la sustancia, sino la posibilidad de producirla por sí y para sí por considerarla, de manera autorreferencial, beneficiosa para su salud y su calidad de vida. Juzgar la existencia de un impedimento, ajeno al interés público (por cierto, nada se ha probado en tal sentido), sería tanto como intentar evitar eventuales perjuicios a los que la misma amparista, en el ejercicio de su autonomía y de los derechos sobre su propio cuerpo, ha decidido exponerse en forma libre e intencionada.

No desconozco que la historia clínica pone en evidencia el fracaso de otras alternativas terapéuticas intentadas a lo largo de los años (pregabalina, metadona, morfina, neuroestimulador), empero también encuentro que no ha existido una prescripción médica previa para el uso de sustancias cannábicas que no se excusa por la existencia de impedimento legal al efecto pues, tal como lo expone el Fiscal General remitiéndose a lo resuelto por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº 13 de CABA el 13/08/2015 en los autos “C.,A. R. s/ Amparo (art. 14 CCBA), “el artículo 9 de la Ley nº 23.737 excluye expresamente de la penalización general, aquellos casos de uso terapéutico de estupefacientes por lo que tampoco sus previsiones constituirían necesariamente un óbice infranqueable para la eventual autorización del uso del cannabis” (fs. 790). Ello se pone en evidencia desde que por prescripción médica la actora consume morfina desde hace varios años (al menos desde el 4/2/2011, resumen de historia clínica fs.11), sustancia también nombrada entre los estupefacientes enumerados por el Decreto PEN nº 299/2010.

2.8.- Tampoco encuentro que se hubiera verificado en el caso, la omisión arbitraria e ilegal del Estado Provincial en el dictado de un régimen local ajustado a los parámetros de la Ley nº 27.350, en ejercicio de las atribuciones concurrentes con la Nación en materia de salud, lesiva de los de los derechos constitucionales de la señora Guevara.

Es cierto que en materia de salud, las Provincias y la Nación tienen atribuciones conjuntas y concurrentes para sancionar normas atinentes al poder de policía inherente a sus funciones (art. 121 y 125 CN) y que esta comprensión de federalismo permite avanzar en la materialización de políticas intergubernamentales persiguiendo una finalidad de bien público como lo es garantizar la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad en cabeza de las provincias (conf. CSJN 27/10/2015, “Nobleza Picardo S.A.I.C.y F. c/ Santa Fe Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad).

Por eso las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a las provincias en sus esferas de actuación, más bien pesan sobre ellas obligaciones semejantes al punto que en la materia que ocupa el caso la potestad legislativa nacional y provincial puedan



ejercerse de manera conjunta y simultáneamente, tal como se infiere de la 12 de la Ley nº 27.350.

En ese marco de atribuciones se inscribe la Resolución nº 1830/18 dictada por el Ministro de Salud de la Provincia de La Pampa el 23 de mayo próximo pasado, mediante la que se incorpora “al Vademécum provincial 2018 como medicamento autorizado en los establecimientos asistenciales provinciales el aceite de cannabis autorizado por Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), según el protocolo establecido en dicho organismo bajo indicación terapéutica justificativa del equipo profesional para el tratamiento específico de la epilepsia refractaria, conforme los criterios de evaluación científica vigente” (art.1), y el Decreto 245/18 que luego de aprobar el Vademécum provincial, crea una Comisión Interdisciplinaria a cargo de “Evaluar y proponer la incorporación de nuevos fármacos y productos médicos o la eventual sustitución de alguno, ya sea para integrar en forma permanente el Vademécum o para su utilización en casos poco frecuentes que ameriten su uso de acuerdo al aval científico vigente” (art. 3 inc. b; separata BO 3300).

El contexto normativo expuesto excluye la omisión de legislar conforme a los parámetros de la Ley nº 27.350 que la accionante atribuye al Estado Provincial. Pretender que las normas tuvieran un contenido distinto y/o con otros alcances que el legislado por el Estado Provincial, sólo pone de manifiesto la disconformidad de la accionante con la política sanitaria adoptada por la Provincia de la Pampa, en ejercicio de las funciones que le son propias, máxime cuando la Ley nº 27.350 -Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados- solo “invita” a las provincias a adherir al ordenamiento a efectos de incorporarse al Programa que crea. Cabe tener presente que no es el Poder Judicial el que determina el objeto material y sustancial del ordenamiento jurídico, pues “no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes” (CSJN, 27/1/87, “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional”).

2.9.- En definitiva, la pretensión de la amparista para que se ordene a la Provincia de Pampa a otorgarle autorización para el autocultivo de cannabis en su domicilio con exclusiva finalidad de uso medicinal o terapéutico, es improcedente en ausencia de los presupuestos sustanciales que ameriten una respuesta positiva de la pretensión sustancial incoada.

3.- Por las mismas e idénticas razones pretender que se la autorice a solicitar el auxilio de los organismos públicos y/o privados contemplados en la Ley 27.350 a los fines de dar trámite a las gestiones que resulten necesarias en pos de obtener la autorización para cultivo domiciliario de cannabis (punto c) del objeto de la demanda), es también improcedente.

4.- La señora Guevara también reclama en este amparo que se ordene al Estado Provincial a abstenerse de realizar acciones en materia investigativa, policial y/o judicial de índole criminal contra su persona.

La respuesta negativa a su requerimiento se impone en tanto la Ley 23.737 establece la competencia de la justicia federal en todo el país en materia de Estupefacientes (art. 34), y no obstante la opción de las provincias por asumir parte de las atribuciones del fuero federal introducida por la Ley 26.052 (conocida como de Desfederalización de Estupefacientes) la Provincia de la Pampa no la ha ejercido y no ha adherido a sus términos.

De ahí que la demandada no se encuentra legitimada para satisfacer la pretensión de la accionante y en ese mismo contexto normativo la justicia provincial es incompetente para atender el planteo, máxime cuando “en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal” (art. 4ª Ley 26.052).

Se impone entonces, también a este respecto, una solución negativa a lo solicitado por la amparista.

5.- Las respuestas negativas que asigno a los reclamos de la actora, no implican que contando la Provincia de La Pampa con una Comisión Interdisciplinaria con competencia para evaluar y proponer la incorporación de nuevos fármacos para la utilización en casos poco frecuentes que ameriten su uso de acuerdo al aval científico (art. 3º, inc. b) Decreto 245/18), la señora Guevara encuentre algún impedimento legal para reclamar a las autoridades competentes la prescripción del aceite de cannabis incorporado al Vademécum provincial 2018 (Resolución nº 1830/18 – Ministerio de Salud), de así corresponder al tratamiento de su patología neurológica crónica, previa evaluación clínica por los efectores de salud competentes e idóneos.

Por esta circunstancia y los motivos de hecho y de derecho expuestos entiendo que la señora Guevara pudo considerarse con fundados motivos para reclamar por su derecho, razón por la cual, a pesar de haber



resultado vencida en el pleito, impondré las costas en el orden causado (art. 62, segundo párr. del CPCC).

Los honorarios se regularán conforme el mérito, extensión y eficacia de las labores desempeñadas.

Por todo lo expuesto es que

RESUELVO:

1) No hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la señora Elba Edith GUEVARA, por los motivos expuestos en los considerandos.

2) Imponer las costas del proceso en el orden causado (art. 62, segundo párrafo del CPCC), regulando los honorarios de los Dres. José Alejandro VANINI, Raúl Alberto REYES, Carlos Raúl CASETTA y Romina SCHMIDT, en forma conjunta, en la suma de \$ 15.000. A dicha suma se le adicionará el IVA de así corresponder.

3) REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.-

SUSANA E. FERNÁNDEZ (JUEZA)



ACCIONES DE AMPARO CONTRA OBRAS SOCIALES

DE LOSANTO, KARINA c/ OSPRERA s/ AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES”

(Expediente N° 046857/2016/CA001 – CA MARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A – SECRETARI A CIVIL – 05/02/2018)

Rosario, 5 de febrero de 2018.

VISTO, en Acuerdo de la Sala “A” integrada, el expediente n° FRO 46857/2016/CA1 caratulado “DE LOSANTO, KARINA C/ OSPRERA S/ AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES”, de esta Ca mara Federal de Apelaciones (originario del Juzgado Correccional N° 1 del Departamento Judicial Pergamino), del que resulta:

Vienen los autos a la Alzada a raíz del recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada (fs. 35/39) contra la resolución de fecha 13 de octubre de 2016, mediante la cual se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y se declaró de oficio la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia (fs. 18/20vta.).

Concedido el recurso por ante la Ca mara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental, se corrió el pertinente traslado (fs. 53) que fue contestado a fs. 55/56vta.

Elevadas las actuaciones, mediante el decreto de fecha 27 de noviembre de 2016 (fs. 59) la Ca mara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental dispuso declarar la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia sobre la que versa la acción y ordeno la remisión de las actuaciones a esta Ca mara Federal a fin de que se diera tratamiento al recurso de la demandada.

Recibidos los autos ante esta Alzada, se dispuso la intervención de la Sala “A” (fs. 71). Corrida la vista al Fiscal de Ca mara fue contestada a fs. 72. A fs. 73vta., se notificó al Defensor Oficial de Menores por ante los Juzgados Federales y de esta Ca mara. Notificada la nueva integración de la Sala y dictado el pase al Acuerdo (fs. 80/81) quedo la causa en estado de ser resuelta.

La Dra. Vidal dijo:

1°) Se agravia la demandada de lo resuelto en autos en cuanto considera que el juez se apartó del regimen aplicable a las Obras Sociales y no expuso fundamentos razonados que sostengan su decisión.

Manifiesta que el fallo incurre en afirmaciones dogmáticas sin fundamento legal. Afirma que no se pondero la inexistencia de la negativa de las solicitudes de la contraria y del peligro en la demora.

Se agravia en cuanto estima que no hubo incumplimiento alguno en tanto la medicación cuya cobertura pretende la amparista no se encuentra aprobada para su comercialización en el país. Entiende que, siendo importada mediante la ANMAT para casos excepcionales, la cobertura no es obligatoria. Transcribe parte de una resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud que alude a las solicitudes de medicamentos de uso compasivo por vía de excepción.

Agrega que su parte ha puesto a disposición de la actora las prestaciones necesarias para la patología de acuerdo a las ciencias médicas y guías de práctica clínica y que cuenta con las prestaciones del PMO.

Expone que la medicación que se solicita no se encuentra incluida en el PMO, por lo que estima que no corresponde la cobertura médica en los términos de las leyes 23.660 y 23.661. Además, que la medida cautelar excede el deber de cobertura por consistir en un tratamiento que se encuentra en fase experimental, no habiendo sido incorporado a los protocolos formales.

Transcribe parte de un dictamen expedido por un especialista en farmacología y reitera que el PMO no ha incluido la medicación requerida por lo que no puede exigirse su provisión.

Considera que su accionar no fue arbitrario ni ilegítimo y se queja en cuanto entiende que el a quo no considero que su parte no se niega a brindar la cobertura, sino que exige que sea cumplimentada dentro de los extremos fijados por la normativa vigente y con medicación que se encuentre autorizada por el Ministerio de Salud.

Realiza consideraciones respecto de las medidas cautelares innovativas y se agravia en cuanto lo decidido por el sentenciante configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final.

Funda en derecho, efectúa reserva del caso federal y manifiesta sobre la imposibilidad de cumplimiento de la medida dispuesta por el juez hasta tanto no sea presentada en la documentación requerida por la ANMAT.

2°) Con motivo de la prescripción médica (fs. 25 de autos y documental reservada) en fecha 22 de



septiembre de 2016 la actora, en su carácter de progenitora del afiliado menor de edad y con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial Civil N° 1, solicito a OSPRERA la provisión de la medicación objeto de este amparo consistente en extracto de cannabinoides –nombre comercial “Everyday Advanced”- (cfr. nota reservada en dos fojas en Secretaría a).

La demandada rechazo la solicitud fundado en que, como Agente del Seguro de Salud, debe adecuar sus provisiones a lo establecido en la normativa vigente y en el PMO y resoluciones ss. y cc. Además, por encontrarse la medicación en etapa experimental de investigación y ensayos científicos y por estar controvertida su utilización (ver nota externa N° 042 A9/16 de fecha 28/09/2016 reservada en sobre).

3°) En virtud de ello, la actora inicio la presente acción de amparo a fin de obtener la autorización, gestión y cobertura del 100% del tratamiento indicado por su médico consistente en extracto de cannabinoides (nombre comercial “Everyday Advanced”) en la dosis y por el tiempo necesarios para cumplir lo indicado. Como medida cautelar peticiono que se ordene a la obra social que provea la medicación dentro de las 48 horas de notificada (fs. 8/9). A lo que el juez accedió.

4°) Uno de los requisitos de las medidas cautelares está configurado por la verosimilitud del derecho (art. 230 inciso 1° CPCCN). Este se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no una incontestable realidad, que solo se lograra determinar al agotarse el proceso, lo cual implica una amplitud de criterio a su respecto.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo lo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (conf. Fallos 306:2060).

Otro de los presupuestos indispensables es la existencia de peligro en la demora (Art. 230, inciso 2° C.Pr.). Esto significa que debe existir un temor grave y fundado en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (conf. Falco n, Enrique M., “Co digo Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. II, p. 235, Abeledo Perrot, 1983).

Cabe decir –ademas- que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaro que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un juicio. La fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713).

Se ha dicho que: “A partir del caso “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió, mediante la medida cautelar innovativa, la posibilidad de anticipar la tutela cuando se acredite la verosimilitud del derecho y peligro en la demora...El tribunal valoro que la tardanza en la colocación de la pro tesis, hasta el momento de la sentencia definitiva, provocaría al actor un perjuicio irreversible en la posibilidad de su recuperación física y psíquica, como también que la permanencia en su situación actual-hasta el momento que concluyera el proceso-le causaría un menoscabo evidente que le impediría desarrollar cualquier relación laboral” (Roland Arazi; “Medidas Cautelares” pág. 40, 3° ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea; Bs As.; 2007).

En el fallo citado, el más Alto Tribunal en el Considerando 12 señaló ademas que “...el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del imputado...”.

5°) Así, definidos conceptualmente los recaudos que cabe examinar, y despejada la cuestión respecto del argumento esgrimido por la apelante en cuanto al adelanto de jurisdicción, corresponde establecer si en el caso se encuentran configurados, atendiendo a la crítica expuesta por la demandada.

Teniendo en cuenta las constancias acompañadas a la presente causa, prima facie se advierte que la verosimilitud del derecho aparece demostrada. Resulta acreditado con la documentación reservada que el menor SMA es afiliado a la Obra Social demandada; que la actora efectuó administrativamente el pedido de cobertura de la prestación y que la respuesta de la accionada fue negativa. También surge acreditado el



padecimiento del niño y su condición de discapacitado; la necesidad del tratamiento con la medicación peticionada conforme la indicación de su médico tratante y su prescripción (ver indicación médica suscripta por el Dr. Pablo Vercell Neurólogo Infantil y recetario de OSPRERA N° 02-178-00304637 firmada por el profesional, ambos reservados en sobre en Secretaría con el resto de la documentación antes mencionada).

Y ello así además, en tanto la propia demandada ha reconocido el carácter prometedor en la utilización práctica del derivado del cannabis. En oportunidad de transcribir el dictamen en consulta emitido por el Dr. Ricardo Cerda, refirió que: “Los tratamientos con cannabis en esta patología, empíricamente parecerían ser prometedores. Si la OSPRERA decide cubrir este tratamiento por razones humanitarias, no nos parecería impropio, y tendría nuestro aval” (el resaltado en negritas me pertenece).

Resulta comprobado asimismo el peligro en la demora que se vislumbra en forma objetiva, atento a la patología que aqueja al niño de cinco años de edad: “Cuadriplejía, no especificada Para lisis cerebral infantil Epilepsia, tipo no especificado” (ve ase certificado de discapacidad N° 00568280-1 con validez hasta el 16/07/2019, reservado en sobre).

Además, a fs. 17 consta informe del perito médico de la Asesoría Pericial Departamental, Dr. Daniel Vallejos, que luego de analizar la documental y de efectuar examen médico al menor, concluyo que: “...existe la necesidad y urgencia de realizar el tratamiento indicado a la mayor brevedad. El factor tiempo sí puede provocar agravamiento de las mismas”.

6°) Frente a todo esto, el apelante no ha acreditado que medicamento ofrece en concreto que tenga la misma idoneidad y cumpla con la misma función que el indicado por el médico tratante del hijo de la actora; sino que se limitó a referir que la medicación se encuentra en fase experimental y lo controvertido de su utilización.

Sabido es que la tecnología y la medicina avanzan rápidamente en el tratamiento de diversas enfermedades, por lo que la normativa reglamentaria resulta muchas veces atrasada e insuficiente. En este sentido, cabe considerar lo dispuesto por esta Cámara, Sala “B” –que integro en autos: “GODOY, Néida 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.

7°) Por tanto, de acuerdo a lo expuesto, tengo por configurados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Esta Cámara, en un caso similar al presente, en el que se encontraban en juego los derechos de una menor discapacitada que requerí a la cobertura de determinados estudios a fin de obtener un medicamento de uso compasivo importado como el reclamado en autos, sostuvo que: “En definitiva, la medida cautelar recurrida – conforme lo resuelto por el a quo – ha reunido los requisitos exigidos por la norma de rito, no compartiendo por ello lo expresado por la recurrente en sus agravios en cuanto a que el fallo se encuentra desajustado con la normativa tuitiva que gobierna el acceso a las prestaciones destinadas a las personas con discapacidad.

8°) En el caso se encuentra en juego la salud e integridad física de las personas (conf. CSJN, Fallos: 302:1284), reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. D, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), tratándose además de resguardar la calidad de vida de una menor de edad.

Lo decidido – como se acaba de expresar – compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854; 325:292). Como lo señalaron los jueces Fayt y Moline O’Connor en Fallos 318:1269 – a



quienes se sumó el juez Lo pez en Fallos 318:1676- los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes esta n directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, viene a orientar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

En este marco, teniendo presente la doctrina antes reseñada, la jerarquía de los valores que se hallan en juego -la preservación de la salud de una niña, comprendida dentro del derecho a la vida-, se estima que no resulta razonable dejar sin efecto la disposición precautoria dictada en su resguardo.” (Del voto del Dr. Toledo al que adherí, en Acuerdo de la Sala “B” de esta Cámara del 17/11/2016 dictado en autos “ZACCARI, Diego c/ Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina s/ Amparo contra actos de particulares”).

Por lo expuesto, la decisión adoptada en el caso es la que mejor se compadece con la tutela del derecho que se pretende proteger y atento que en el presente amparo se encuentra en juego el interés superior del menor SMA, receptado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada en el citado fallo. Esta norma constitucional proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, en el sentido de que la decisión se defina por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.

Además, cabe agregar que, como es de público conocimiento, en fecha 29 de marzo de 2017 el Senado y la Cámara de Diputados sancionaron la Ley 27.350 (publicada el 19.04.17) que crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, que dependerá del Ministerio de Salud; y que aún se encuentra pendiente de reglamentación. Entre los objetivos del Programa está el de garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis.

En ese contexto, a fin de garantizar las acciones de prevención, asistencia, promoción y protección del niño con discapacidad (art. 1 de la Ley 24.901), conforme la doctrina sentada por nuestro máximo Tribunal de Justicia en cuanto al derecho que se protege, estimo que corresponde rechazar los agravios y confirmar la sentencia apelada.

Lo dicho es sin perjuicio del carácter provisorio de este tipo de tutela y de lo que se resuelva en el fondo del asunto.

9º) En relación a las manifestaciones vertidas por la apelante en el punto VIII de su escrito recursivo, corresponde señalar que lo resuelto por el magistrado, se encuentra sujeto a la presentación por parte de la actora, de la documental requerida para el trámite de importación correspondiente a la adquisición del medicamento a través de la ANMAT (ver resolutive, punto 1º, fs. 20vta.). Así, entiendo que cabe también su rechazo.

10º) En relación a la imposición de las costas, habrá de diferirse al momento de dictar sentencia en la cuestión de fondo, oportunidad en la cual será analizada integralmente la cuestión de las costas suscitadas en el litigio.

Así voto.

El Dr. Fernando L. Barbara adhirió al voto precedente.

En me rito de lo expuesto;

SE RESUELVE:

I) Confirmar la Resolución de fecha 13 de octubre de 2016 (fs. 18/20vta.), en lo que ha sido materia de recurso.

II) Diferir el pronunciamiento sobre costas hasta que se dicte sentencia sobre la cuestión de fondo. Insértese, hágase saber, comuníquese conforme lo dispuesto en la Acordada N° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente remítanse los autos al Juzgado Federal competente. No participa del presente Acuerdo el Dr. Gallino por encontrarse cumpliendo funciones fuera de la jurisdicción.

FERNANDO LORENZO BARBARA (JUEZ)
ELIDA VIDAL (JUEZA)



“Incidente Nº 1 – ACTOR: MAFFIA, MARIANA Y OTRO DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE”

(Expediente Nº 036816/2016/1/CA002 – CA MARA FEDERAL DE LA PLATA – SALA II – SECRETARÍA CIVIL – 20/02/2018)

La Plata, 20 de febrero de 2018.

Y VISTOS:

Este Expte. Nº FLP 36816/2016/1/CA2, caratulado: incidente de M. M. OSDE L., L. en autos “M., M. y otro c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Junín;

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación presentado a fs. 136/142 por el Defensor de Menores Público Oficial, Ariel M. Hernández, contra la resolución de primera instancia de fs. 133/135 que resolvió no hacer lugar a la ampliación de la medida cautelar solicitada.

En primer lugar, expresa que resulta arbitraria e infundada en atención a que no se dio intervención al ministerio pupilar conforme lo establece en el art. 103 inc. a del Código Civil.

En segundo lugar, entiende que el juez de grado no ha valorado la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra el menor. Indica que Lucas posee certificado de discapacidad por presentar Trastorno Generalizado del Desarrollo no especificado (TGD), epilepsia, retraso mental leve y otros deterioros del comportamiento con trastornos del espectro autista, como falta del lenguaje, problemas de comunicación, de relaciones sociales, bajo tono muscular, bajas defensas de su sistema inmunológico, episodios convulsivos, intolerancia alimentaria, entre otros.

En virtud de ello, es que considera que se encuentran acreditados los recaudos correspondientes para el dictado de la medida cautelar solicitada. Así, manifiesta que el peligro en la demora y la verosimilitud en el derecho resultan evidentes y fluyen expresamente de los certificados médicos acompañados que dan cuenta de la necesidad de contar con el tratamiento para la patología que lo aqueja.

Por otra parte, cuestiona que se haya rechazado la ampliación de la medida cautelar solicitada con fundamento en que la pretensión que se examina se confunde con el propio objeto de la acción.

II. Es de importancia recordar que la actora M. M., inició la presente acción de amparo por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad, contra la Organización de Servicios Directos Empresarios con el fin de que se ordene cubrir el 100% de los honorarios profesionales que mensualmente le abona a la Lic. María Aranzazu Rodríguez por el acompañamiento terapéutico que diariamente le brinda a su hijo Lucas.

A fs. 73/78 el juez de primera instancia ordenó a Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), que suministre a L. L. en forma inmediata la cobertura hasta tanto dure su incapacidad de la prestación médica necesaria para afrontar la patología que padece, todo ello previa caución juratoria, resolución que fue confirmada por esta Sala a fs. 116/121.

Cabe señalar, que lo solicitado se debe a que su hijo, L. L., de catorce años de edad, padece de Trastorno Generalizado de Desarrollo (TGD) no especificado Epilepsia – Retraso mental leve y otros deterioros del comportamiento, conforme al certificado de discapacidad que acompaña.

Indicó a fs. 158/170 que conforme se desprende del resultado del Estudio de Mineralograma que le fue realizado a Lucas en el mes de diciembre de 2016 en el laboratorio “The Great Plains Laboratory, Inc” de los Estados Unidos, su hijo posee niveles altos de metales pesados en su organismo (aluminio, uranio, plata, cadmio, plomo, cobre, vanadio, boro y estroncio). En virtud de tal diagnóstico le fue indicado por Marcela Ronald, médica psiquiatra y neuróloga, un tratamiento biomédico consistente en: a) dieta libre de gluten, caseína (proteína de leche), azúcar, conservantes y colorantes, con suplementación de vitaminas y minerales y prebióticos; b) terapia de quelación endovenosa; c) terapia de oxigenación hiperbárica; d) consumo de aceite de cannabis; e) estudio de mineralograma; f) estudio de intolerancia alimentaria; g) test genético neurofarmagen.

Atento a ello, el día 30/08/2017 se presentó en el centro de atención personalizada de OSDE de la ciudad de Lincoln y requirió el tratamiento prescripto para su hijo Lucas. Explico que con fecha 22/09/2017 la empresa de medicina prepaga le rechazó la cobertura de todos de los tratamientos y estudios prescriptos por la Dra. Ronald.

Así y ante la negativa de OSDE de cubrir de manera integral con la prestación, se vio obligada a



presentarse y solicitar una ampliación de la medida cautelar ordenada y confirmada por esta Cámara.

Cabe destacar que la actora hizo un pormenorizado detalle de las prestaciones médicas cuya cobertura se solicita, señalando su necesidad y su urgencia, a los fines de paliar el trastorno generalizado del desarrollo no especificado que aqueja al menor.

Por su parte, la parte demandada al contestar el traslado, explico los justificativos del rechazo de la prestación solicitada, argumentando, en una apretada síntesis, que no aparece acreditada suficientemente la obligación de su mandante de dar cobertura a indicaciones que no provienen de especialistas concretos, siendo cuestionables científicamente los resultados en relación a la enfermedad que padece el menor.

III. Consideración de los agravios:

Sentado lo expuesto y en primer lugar corresponde precisar que, para la procedencia de las medidas cautelares se requiere la verificación de los presupuestos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora, conforme lo determina el artículo 230 del CPCCN.

En ese sentido, los recaudos para su procedencia previstos en dicho artículo se hallan de tal modo relacionado que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad o inminencia del dan o, y viceversa, cuando existe el riesgo de un dan o de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar.

Ahora bien, de las constancias de la causa han quedado acreditadas las siguientes circunstancias: que L. L. es afiliado N°61374453404 a OSDE BINARIO (cfr. fotocopia de carnet de fs. 5), como asimismo las enfermedades que padece: TRASTORNO GENERALIZADO DEL DESARROLLO (TGD) NO ESPECIFICADO – EPILEPSIA RETRASO MENTAL LEVE Y OTROS DETERIOROS DEL COMPORTAMIENTO (ver fotocopia del certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires a fs. 2).

Asimismo, de los informes producidos por la médica psiquiatra tratante, Dra. Ronald, ha quedado demostrada la imperiosa necesidad de la prestación del tratamiento, cuyo objetivo es mejorar la calidad de vida en virtud de las enfermedades que padece el menor: TGD; epilepsia; retraso mental leve; falta de lenguaje; conductas estereotipadas, bajo tono muscular, bajas defensas en el sistema inmunológico; ausencia de componentes químicos que permitan la conexión de neurotransmisores; episodios convulsivos; intolerancia alimentaria y diarrea, entre otros (ver fs. 88/90 y 94/98).

Por otra parte, también ha quedado acreditada la prescripción del tratamiento con el certificado suscripto por el medico neuroendocrino logo Luciano Maggi que refirió "... teniendo en cuenta especialmente el resultado negativo del estudio de Mineralograma que le fue realizado a dicho paciente en el mes de diciembre de 2016 en cuanto a la acumulación de metales pesados que tiene en su organismo (como Aluminio; Boro; Cadmio; Plata; Plomo; cobre; etc.), deviene indispensable que el mismo comience cuanto antes terapia de quelación endovenosa para poder eliminar dichos metales los cuales resultan ser muy peligrosos para la salud"...que en forma complementaria a la terapia de quelación endovenosa Lucas inicie un tratamiento de oxigenación n hiperbárica para la desintoxicación de los referidos metales pesados."..."También n prescribo para Lucas dieta libre de gluten; de caseína; de conservantes; de Azúcar y de colorantes... "recomiendo que comience un tratamiento prolongado con GcMAF 50.000 mg., previa autorización del ANMAT para su importación"...prescribo para el mismo la realización del Test Gene tico Neurofarmagen"(ver fs. 102/103).

En el mismo sentido se manifestó el Dr. Luis A. Mazzarini, en su carácter de medico toxico logo (ver fs. 104/105).

En virtud de las consideraciones que anteceden, considero que se ha acreditado el presupuesto de la verosimilitud en el derecho.

En segundo lugar, corresponde examinar si se encuentra presente el restante requisito previsto por el artículo 230 del CPCCN, es decir el peligro en la concreción de un dan o irreparable.

Para ello, es preciso señalar que resultan de suma importancia los tres informes anteriormente mencionados que son coincidentes en señalar la conveniencia y la necesidad de adoptar una pronta solución en virtud de la enfermedad que padece el menor.

Cabe destacar que a fs. 115 y vta., la Dra. Ronald dejo constancia que considera fundamental para el desarrollo evolutivo del menor no suspender el tratamiento con GcMAF spray (importado a nuestro país previa autorización de la ANMAT), en atención a que ha obtenido excelentes resultados en virtud del tratamiento durante 2016/2017.



En consecuencia, y para este caso concreto en donde se encuentra en juego la salud e integridad de un menor con una discapacidad, estimo que resulta estar cumplido el restante requisito que se examina.

Sentado ello, es preciso recordar que la condición de discapacitado del actor, torna aplicable al caso bajo examen la ley 24.901, que hace inmediatamente operativa la obligación de los agentes de salud y de las empresas medicas 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 dietoterapicos específicos y que no se produzcan en el país, se le reconocerá el costo total.

Sumado a esto, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, etc., se atenderá al interés superior del infante (art. 3, 1); que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad y le permitan bastarse a sí mismo (art. 23, 1), de forma tal, que se asegure el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, a fin de lograr su integración social y el desarrollo individual en la máxima medida posible (art. 23, 3).

Por otra parte, resulta necesario aclarar que, si bien la innovativa es una medida precautoria excepcional, porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable, en autos ha quedado demostrado esa situación, pues la prolongación temporal del proceso pone en riesgo la realización n del derecho reivindicado.

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

Es dable agregar que en un caso análogo al presente (“P. A. c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986” expte. N° FLP 31434/2017/CA1, 13 de julio de 2017) en el que se requirió la cobertura del tratamiento biomédico y frente a las discrepancias entre el criterio médico y la demandada se consideró que “El carácter experimental que pudiera tener un tratamiento determinado no alcanza para obstaculizar el derecho del accionante a contar con una esperanza de mejora en su estado de salud, en tanto se encuentre prescripto por el médico tratante ponderando los resultados obtenidos, debiéndose considerar que dicho profesional es quien se encuentra en mejores condiciones a los fines de determinar la terapia más adecuada para el paciente (Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I en la causa “L. B. c/ OSDE s/Amparo de salud”, sent. 8/11/16).

A lo expuesto, cabe mencionar que recientemente se sancionó la ley 27.350 (B.O 19/04/2017) que crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, con el propósito de establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor (art. 1). A su vez, dispuso que “la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica) permitirá la importación del aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente”; y que “la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa (Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicina de la Planta de Cannabis)” (art. 7).

Corresponde tener en cuenta que a través del decreto 738/2007 se reglamentó parcialmente la mencionada ley.

Por ello y hasta tanto el Programa Nacional creado en su art. 2 se encuentre totalmente operativo y en



pleno funcionamiento, y dado que resulta menester garantizar la gratuidad del tratamiento consagrado en el art. 7, la demandada deberá suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis, de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante, previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de la sustancia requerida (disposición 10.401/2016 del Ministerio de Salud, que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos – RAEM–).

Por último, es de importancia resaltar la sanción de la ley 27.043 (B.O. 7/01/2015) que declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan trastornos del espectro autista (tea); la investigación clínica y epidemiológica en la materia, así como también la formación profesional en su pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento; su difusión y el acceso a las prestaciones. Así en su artículo 4° se establece: “Los agentes de salud comprendidos en las leyes 23.660 y 23.661; las organizaciones de seguridad social; las entidades de medicina prepaga; la obra social del Poder Judicial, de las universidades nacionales, personal civil y militar de las fuerzas armadas, de seguridad, de Policía Federal Argentina; la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación y los agentes de salud que brinden servicios médicos asistenciales, independientemente de la figura jurídica que tuvieren, tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, las prestaciones necesarias para la pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento de los Trastornos del Espectro Autista (TEA), de acuerdo a lo establecido en los incisos c), e) y j) del artículo 2°. Las prestaciones citadas en los incisos c) y e) del artículo 2° de la presente quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio (PMO).”

En base a todo lo expuesto, dentro del contexto cautelar que nos ocupa, y lo indicado por los médicos que asisten al menor L. L., resulta razonable, que obtenga precautoriamente la prestación solicitada, al menos hasta el dictado de la sentencia.

IV. Por último, advirtiéndose que a fs. 147/153 se ha glosado el recurso de apelación de la parte actora en virtud de lo dispuesto a fs. 155, deberá el juez a quo expedirse sobre dicho recurso.

V. Entonces, en orden a las consideraciones que anteceden y los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la conforman, es que:

1) corresponde hacer lugar a lo solicitado y en consecuencia ordenar a OSDE cubrir con el tratamiento biomédico consistente en: a) dieta libre de gluten, caseína (proteína de leche), azúcar, conservantes y colorantes, con suplementación de vitaminas y minerales y prebióticos; b) terapia de quelación endovenosa; c) terapia de oxigenación hiperbárica; d) consumo de aceite de cannabis; e) estudio de mineralograma; f) estudio de intolerancia alimentaria; g) test genético neurofarmagen. 2) Deberá procederse en origen conforme lo dispuesto en el último considerando.

Se posterga un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI Y EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJERON:

Que adhieren al voto del Juez Álvarez.

Por ello;

SE RESUELVE:

1) Hacer lugar a lo solicitado y en consecuencia ordenar a OSDE cubrir con el tratamiento biomédico consistente en: a) dieta libre de gluten, caseína (proteína de leche), azúcar, conservantes y colorantes, con suplementación de vitaminas y minerales y prebióticos; b) terapia de quelación endovenosa; c) terapia de oxigenación hiperbárica; d) consumo de aceite de cannabis; e) estudio de mineralograma; f) estudio de intolerancia alimentaria; g) test genético neurofarmagen.

2) Proceder en origen conforme lo dispuesto en el último considerando. Se posterga un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

OLGA A GELA CALITRI (JUEZA)

CE SAR A LVAREZ (JUEZ)

ROBERTO AGUSTI N LEMOS ARIAS (JUEZ)



“RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA Y OTROS c/ PEN s/ AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 030597/2017/CA001 – CA MARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA - SECRETARI A CIVIL – 26/03/2018)

Mar del Plata, 26 de marzo de 2018.

VISTOS:

Estos autos caratulados: “RED DE PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA y otros c/ PEN s/ Amparo - LEY 16.986”, Expediente FMP 30597/2017, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad;

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Jiménez dijo:

I) Que arriban estos autos a la Alzada, en virtud del recurso de apelación incoado por la parte actora, contra la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., por la cual se rechaza in limine la acción de amparo promovida.

Se agravia la recurrente por entender que el a-quo ha partido de premisas falsas, llegando a una resolución incoherente e incongruente; y que ha omitido el tratamiento de los asuntos planteados.

Sostiene adema s, que en la demanda no se ha atacado la falta de reglamentación del autocultivo, sino que se ha requerido el permiso para utilizar cannabis con fines legítimos (derecho a la salud, a la vida), y -en su caso- se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.737, cuestión esta última, que el a quo ha omitido tratar.

Asegura que está en juego el derecho a la libertad individual adema s del derecho a la salud, adunando a lo referido, que aquí no se requiere la utilización de la marihuana con fines recreativos, sino terapéuticos.

Subraya que, teniendo en cuenta lo antedicho, lo solicitado no es un “destino ilegítimo” en los términos planteados por el tipo penal; y – luego de citar jurisprudencia en su apoyo - solicita que se revoque el proveí do recurrido, y por ende se habilite la vía y se haga lugar a la cautelar solicitada.

II) La causa está en condiciones de ser resuelta luego del llamado de fs. 76, firme y consentido; por lo cual corresponde adentrarme al tratamiento del recurso interpuesto.

III) Que, de la detenida lectura de las constancias de autos, me encuentro en condiciones de adelantar criterio, en el sentido de revocar lo decidido por el Sr. Juez de Grado, ello en base a los fundamentos que a continuación expondré:

Comenzare por recordar el actual texto del art. 43 de la C.N., que reza: “(...) Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más ido neo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantí as reconocidos por esta Constitución” (textual de la norma).

En tal sentido puedo señalar que el amparo ha sido concebido como un proceso constitucional para la tutela urgente e inmediata de los derechos fundamentales, que custodia en tal contexto, la supremacía de la Constitución.

En este caso, las prerrogativas que aquí se dicen implicadas -conforme a las manifestaciones oportunamente vertidas en la demanda- son el derecho a la salud, a la calidad de vida, a la dignidad, y a la libertad individual.

Ante la envergadura que detentan tales derechos, y su alegada violación, es necesario advertir que los argumentos para denegar la vía del amparo deben ser en estos casos, absolutamente convincentes; y – de acuerdo a mi perspectiva - eso no se aprecia en autos, al punto de habilitar equivocadamente el rechazo “in limine” de la acción promovida.

Es que, si bien es cierto que los jueces mantienen hoy la facultad para analizar la admisibilidad de una pretensión, también lo es que esta potestad se debe interpretar con criterio restrictivo cuando se trata de denegar sin más trámite, el reclamo de tutela a un derecho constitucional.

Bien ha sostenido en este sentido la mejor doctrina, que “(...) de esta forma si “toda persona” tiene derecho a un proceso rápido y expedito contra cualquier acto o amenaza de sus derechos constitucionales, ningún juez puede obstaculizar el derecho a obrar la garantí a, esto es, a tener un proceso tutelar de esos derechos, y si interpreta que no puede actuar por las razones que fundadamente explicate, le debe indicar al



recurrente cual es “la vía judicial más idónea”///” (Cfr. Gozaíni, Osvaldo “Derecho Procesal Constitucional/Amparo” Edit. Rubinzall-Culzoni, pág. 420, el resaltado me pertenece).

En efecto, teniendo en cuenta que lo requerido por los amparistas se relaciona con un presunto impedimento al uso medicinal del cannabis, no luce razonable aseverar -como lo hizo el a quo- que la acción “debe encuadrarse como una autorización judicial para incurrir en la conducta tipificada actualmente por el art. 5to. De la ley 23.737(...)”, sobre todo si se advierte que los actores solicitaron asimismo la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley en cuanto fuera necesario, para así garantizar sus pretendidos derechos.

Asimismo, si bien es claro que la sola existencia de la ley 27.350 no produce automáticamente la autorización requerida en autos, ello no implica que no se pueda habilitar la vía judicial para abrir el debate sobre si corresponde o no el otorgamiento judicial de dicha autorización.

Lo dicho debe enmarcarse en la instancia en la que nos encontramos, y de ninguna manera implica adelantar criterio alguno respecto del fondo del asunto, ni siquiera respecto del otorgamiento o no de la medida cautelar solicitada; para lo cual el a quo deberá extremar el análisis de los recaudos propios de procedencia para resolver oportunamente la cuestión.

Por último, es oportuno aclarar -desde el punto de vista de la legitimación de la entidad amparista- que el propio artículo 43 de la C.N. otorga legitimación a las Asociaciones que propendan a la defensa de los usuarios y consumidores, registradas a tal fin (Cfr. Quiroga Lavie, Humberto “El Amparo Colectivo” Edit. Depalma, 1998, pág. 186/87, í d. CSJN Fallos 95:419, autos “A.G.U.E.R.A. c/ Provincia de Buenos Aires” LL.29/5/97). En tal sentido, ha sido clara y unánime la más calificada doctrina al respecto, cuando indico 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 Lavie, citado, pág. 191). Por otra parte, la relevancia de las entidades no gubernamentales en el tema tica 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 este con el objeto social que consta en el art. 1 de su estatuto (fs. 2); por lo cual -tanto desde su capacidad jurídica como desde su legitimación procesal- la entidad amparista no encuentra escollos para actuar en autos.

Que, asimismo, debo recordar que desde los albores de la reforma constitucional me he inclinado tanto desde el plano académico como desde la faz jurisdiccional -en virtud de haberme desempeñado como magistrado federal de primera instancia de esta jurisdicción- en favor de la amplia y garantizadora formulación que el artículo 43 de la Carta Magna ha brindado a la acción de amparo.

Debo adicionar a lo expuesto que, en el marco de la protección al derecho a la salud, cuando el interés reviste un carácter general, es que cobra especial relevancia la necesidad de que la acción procesal de garantí a sea plena y amplia ya que estos derechos no serían tales, sin posibilidad de ser actuados a fin de evitar su deficiente cobertura, o aún peor, la no prestación del mismo.

Que, a lo precedentemente expuesto, debo adicionar que la Constitución Nacional ha incorporado varios tipos de amparo cuyo impulso corresponde a distintas categorías de sujetos legitimados; en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de abordar estas cuestiones en el pronunciamiento dictado en los autos caratulados: “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873, Dec. 1563/04- s/ amparo, ley 16.986” (Fallos: 332: 111), conceptos que luego fueron nuevamente aplicados por el alto Tribunal al rechazar la falta de legitimación activa de la asociación co-actora “Proconsumer” en el posterior pronunciamiento: “Cavaliere, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo”, registrada en la colección de Fallos: 335: 1080, sentencia del 26 de junio de 2012 (confr. especialmente considerando 6º a 8º del citado precedente).

En efecto, el artículo 43 citado, establece en el segundo párrafo que “(...) [P]odrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley”.

De este modo, además del denominado amparo individual, personal o clásico reconocido en el primer párrafo del ya tantas veces mencionado artículo 43 de la Ley Fundamental, se admiten otras categorías que tutelan, por un lado, los derechos de incidencia colectiva en general, y por el otro, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales. En el primer caso, - los derechos de incidencia colectiva - tienen



por objeto bienes colectivos y para cuya tutela solo se concede una legitimación extraordinaria al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa de aquellos fines. En este caso no existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos sino un bien de naturaleza colectiva (vgr. el ambiente). En cuanto a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos se producen frente a la afectación mediante un hecho único o continuado que provoca la lesión de derechos individuales enteramente divisibles, tales como los casos de afectación de derecho a la salud cuyas incidencias en una posible limitación, son claramente generales respecto del grupo que se dice afectado (confr. Considerandos 9 a 13 del citado precedente “Halabi” y lo expuesto por este Tribunal en autos: “Orgambide, Jorge c/ Poder Legislativo Nacional s/ amparo”, Tº CXI, Fº 158.808; Cons. III).

Que, en consecuencia, desde la citada norma se reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Luego, de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo, no se sigue la automática aptitud para demandar sin el examen de la existencia de “causa” la cual presupone la de “parte”, quien, a su vez “(...) debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas [en el artículo 43] de la Constitución Nacional.” (Cfr. Fallos: 331: 1364 y su cita de Fallos: 326: 3007).

En tal sentido no debemos olvidar que “(...) [A]plicar la ley es objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar por sí misma una ley o una cláusula constitucional, y estudiarlas e interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes: su facultad para explicitarlas o interpretarlas se ejerce solo aplicándolas a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones. Conceder tales facultades sería dar al Poder Judicial mayor fuerza y autoridad que a los otros dos, destruyendo el sistema de Gobierno y exponiéndolos a continuas controversias (...)” (Joaquín V. González, Manual de la constitución argentina, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1964, pág. 456 y 457).

Que, dentro del contexto apuntado, es que interpreto que el apoderado de la ONG demandante en Autos se encuentra en condiciones de instar la debida tutela, motivando de ese modo la actuación de la legalidad constitucional, en procura de la defensa de los derechos de la tercera generación, como lo es el derecho a la salud del colectivo demandante, enmarcado en este peculiar contexto.

Así, avalar esta modalidad de legitimación ha sido objeto de la jurisprudencia constante en este fuero cuando se pretendieron afectados los citados derechos humanos de la tercera generación (confr. autos: “MGP s/ medida cautelar”, del Juzgado Federal de Mar del Plata, sentencia del 18 de diciembre de 1991, Nº 7893, con nota de German J. Bidart Campos; “Milla c/ AFA” y otra s/ acción de amparo”, expte. 35.746 y causa “Katz, Intendente Municipal del Partido de General Pueyrredón”, sentencia del 30 de mayo de 2002, entre muchos otros).

Que, en consecuencia, considero pertinente tener al representante de la ONG amparista “Red de Personas Viviendo con HIV/SIDA, Delegación Mar del Plata”, por debidamente legitimado para obrar, en atención a la incidencia colectiva que presenta el reclamo de Autos (ver fs. 36 vta., Punto 1, 3º párrafo.).

Por último, y a todo evento, se hace saber al magistrado de primera instancia actuante, que por razones de seguridad jurídica e imperativo legal, y a fin de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han participado a la fecha en el proceso, deberá poner en conocimiento del recientemente creado Registro Público de Proceso Colectivos la existencia de las presentes actuaciones (acordada CSJN 32/2014), haciendo adecuar – si así correspondiese – la demanda promovida a los parámetros legales allí mencionados.

Conforme lo antes vertido es que propongo al Acuerdo:

1) REVOCAR la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., y por ende **HABILITAR LA VÍA DEL AMPARO, DETERMINANDO SU CARÁCTER “COLECTIVO”**; debiendo el a quo analizar entonces las peticiones



efectuadas en la demanda conforme a los para metros indicados en la presente resolución;

2) SIN COSTAS, atento la inexistencia de contraparte (art. 43 de la C.N., arts. 1 y ccs. de la ley 16.986).

Tal, el sentido de mi voto.

El Dr. Ferro dijo:

I.- Que arriban estos autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación incoado por la parte actora, contra la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., por la cual rechaza in limine la acción de amparo promovida.

Se agravia la recurrente por entender que el a quo ha partido de premisas falsas, llegando a una resolución incoherente e incongruente; y que ha omitido el tratamiento de los asuntos planteados.

Sostiene que en la demanda no se ha atacado la falta de reglamentación del autocultivo, sino que se ha requerido el permiso para utilizar cannabis con fines legítimos (derecho a la salud, a la vida), y -en su caso- se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.737, cuestión -esta última- que el a quo ha omitido tratar.

Asegura que está en juego el derecho a la libertad individual ademas del derecho a la salud, y que no se requiere la utilización de la marihuana con fines recreativos sino terapéuticos.

Subraya que, teniendo en cuenta lo antedicho, lo solicitado no es un “destino ilegítimo” en los términos planteados por el tipo penal; y -luego de citar jurisprudencia en su apoyo- solicita que se revoque el proveído recurrido, y por ende se habilite la vía y se haga lugar a la cautelar solicitada.

La causa está en condiciones de ser resuelta luego del llamado de fs. 76, firme y consentido; por lo cual corresponde que nos adentremos al tratamiento del recurso interpuesto.

II.- Que, de la detenida lectura de las constancias de autos, estamos en condiciones de adelantar nuestro criterio en el sentido de revocar lo decidido por el Sr. Juez de Grado, ello en base a los fundamentos que a continuación exponemos.

Comenzaremos por recordar el actual texto del art. 43 de la C.N., que reza: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omiso de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución (...)”.

En tal sentido podemos decir que el amparo es un noble proceso constitucional que custodia la supremacía de la Constitución.

En este caso, los derechos implicados -conforme a las manifestaciones vertidas en la demanda- son el derecho a la salud, a la calidad de vida, a la dignidad, y a la libertad individual.

Ante la envergadura de tales derechos, es necesario advertir que los argumentos para denegar la vía del amparo deben ser absolutamente convincentes; y -de acuerdo a nuestra perspectiva- eso no se aprecia en autos.

En efecto, teniendo en cuenta que lo requerido por los amparistas se relaciona con el uso medicinal del cannabis, no luce razonable aseverar -como lo hizo el a quo- que la acción “debe encuadrarse como una autorización judicial para incurrir en la conducta tipificada actualmente por el art. 5to. de la ley 23.737(...)”, sobre todo si se advierte que los actores solicitaron asimismo la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley en cuanto fuera necesario para garantizar sus pretendidos derechos. Asimismo, si bien es claro que la sola existencia de la ley 27.350 no produce automáticamente la autorización requerida en autos, ello no implica que no se pueda habilitar la vía judicial para abrir el debate sobre si corresponde o no el otorgamiento judicial de dicha autorización.

Lo dicho debe enmarcarse en la instancia en la que nos encontramos, y de ninguna manera implica adelantar criterio alguno respecto del fondo del asunto, ni siquiera respecto del otorgamiento o no de la medida cautelar solicitada; para lo cual el a quo deberá extremar el análisis de los recaudos propios de procedencia para resolver oportunamente la cuestión.

Por último, es oportuno aclarar -desde el punto de vista de la legitimación de la entidad amparista- que el propio artículo 43 de la C.N. otorga legitimación a las Asociaciones que propendan a la defensa de los usuarios y consumidores, registradas a tal fin (Cfr. Quiroga Lavie, Humberto “El Amparo Colectivo” Edit. Depalma, 1998, pag.186/87, íd. CSJN Fallos 95:419, autos “A.G.U.E.R.A. c/ Provincia de Buenos Aires” LL.29/5/97). En tal sentido, ha sido clara y unánime la más calificada doctrina al respecto, cuando indicó que en estos casos la



legitimación ha de concederse a asociaciones de cualquier tipo, en la medida en que se encuentre definida su finalidad institucional en sus estatutos (Cfr. por todos ellos, Quiroga Lavie, 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 este con el objeto social que consta en el art. 1 de su estatuto (fs. 2); por lo cual -tanto desde su capacidad jurídica como desde su legitimación procesal- la entidad amparista no encuentra escollos para actuar en autos.

Por ello, propongo al Acuerdo revocar la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., y por ende habilitar la vía del amparo; debiendo el a quo analizar entonces las peticiones efectuadas en la demanda conforme a derecho. (art. 43 de la C.N., arts. 1 y ccs. de la ley 16.986).

Tal es mi voto.

El Dr. Tazza dijo:

Que por sus fundamentos adhiere al voto del Dr. Jiménez.

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

(Por unanimidad)

1) REVOCAR la resolución del Sr. Juez de Grado obrante a fs. 64 y vta., y por ende **HABILITAR LA VIA DEL AMPARO**, debiendo el a quo analizar entonces las peticiones efectuadas en la demanda conforme a los parámetros indicados en la presente resolución;

(Por mayoría de los Dres. Tazza y Jiménez)

2) DETERMINAR la acción de **CARATER “COLECTIVO”**,

3) SIN COSTAS, atento la inexistencia de contraparte (art. 43 de la C.N., arts. 1 y ccs. de la ley 16.986).

JORGE FERRO (JUEZ)
ALEJANDRO OSVALDO TAZZA (JUEZ)
EDUARDO PABLO JIME NEZ (JUEZ)



“F, LD c/ SWISS MEDICAL S.A s/AMPARO LEY 16.986”

(Expediente N° 017233/2017 -CAMARA FEDERAL DE BAHIA BLANCA- 05/04/2018)

Bahía Blanca, 5 de abril de 2018.

VISTO:

Este expediente nro. FBB 17233/2017/CA2, caratulado “F, L.D. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo ley 16.986”, venido del Juzgado Federal nro. 1 de la sede, para resolver la apelación de fs. 297/305 vta., contra la resolución de fs. 279/283.

El señor Juez de Cámara, doctor José Mario Tripputi dijo:

1ro.) El juez de primera instancia hizo lugar al amparo interpuesto por Paula Alejandra Vera en representación de su hijo menor, L.D., F. y, en consecuencia, ordeno a Swiss Medical S.A. a la cobertura integral de: 1) los gastos que insume la asistencia del menor al colegio La Inmaculada; 2) tratamiento psicológico con la Lic. Mariana Molla y 3) tratamiento con (CBD – cannabidiol) con provisión directa conforme a lo indicado por el médico tratante atento a los fundamentos expuestos (f. 279/283).

2do.) Contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación Swiss Medical S.A., quien sostuvo el pago de los gastos que insume la asistencia del menor en el colegio La Inmaculada cuando se trata de educación común con integración y no educación especial, siendo la educación una prestación social y no medica; se obliga al pago del tratamiento de aceite de cannabis (CBD cannabidiol) con provisión directa al medicamento lo que es materialmente imposible ya que el trámite de importación del aceite es personal o a través de apoderado; y por último la imposición de costas (fs. 297/305 vta.).

3ro.) A fs. 307/315 vta., la parte actora contesto el traslado conferido, y a fs. 322/325 el representante del Ministerio Publico Fiscal dictamino por el rechazo del recurso interpuesto.

4to.) El presente refiere a un niño de 11 años con epilepsia generalizada de tipo ausencia, refractaria al tratamiento. De la historia clínica surge que el paciente comenzó con crisis epilépticas en los inicios del año 2014, continuando de forma discontinuada, llegando a sufrir un promedio de 40 crisis diarias. En diciembre de 2016 comenzó con nuevo tratamiento con Etosuximida, tomando “altas dosis” –2.000 mg por día, 10 comprimidos diarios–, con “muchos efectos adversos”, respuesta parcial y baja tolerancia, generándole náuseas, vómitos y mareos. Por ello, en febrero del corriente, se implementó al tratamiento el consumo de aceite de cannabis en combinación con Etosuximida, reduciéndose a la mitad la dosis de este último, y observándose una disminución de las crisis sufridas (fs. 8 /12).

5to.) La Constitución Nacional (art. 75 inc. 23) y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional establecidos en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna otorgan sustento normativo a los derechos que le fueran conculcados al menor discapacitado (DAD Y DH arts. 11y 17; DUDH, art, 22 y 25, PIDESyC, art. 12; PIDCyP art. 24; CADH, arts, 19 Y 25 y CIDN arts. 3, 23 y 24).

En este marco he de señalar que el menor discapacitado se encuentra amparado por la ley 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad, que establece las prestaciones a las que los agentes del servicio de salud tendrán a su cargo con carácter obligatorio (art. 1).

El Nomenclador de Prestaciones Básicas regula, dentro de los distintos niveles de atención y tratamiento, las modalidades de atención ambulatoria, y distingue, entre otros el módulo centro de educación terapéutico y las prestaciones educativas. Dentro de estas últimas distingue la educación inicial, la educación general básica y el apoyo a la integración escolar (Resol. 428/1999).

La ley 24.901 prevé la educación general básica y el apoyo a la integración escolar en escuela común, para el alumno con necesidades educativas especiales, sin distinguir si se trata de establecimiento público o privado.

En este marco, la escolaridad en la institución La Inmaculada, estaría dentro de las prestaciones que la norma reconoce, ya que en el caso el medico neurólogo infantil que asiste al menor indico que el paciente debería continuar con su círculo social y contención escolar en la institución actual, lo que favorecería a su situación vigente (fs. 11).

La institución educativa elaboró, en consenso con el neurólogo, un plan de trabajo con el fin de favorecer la integración del alumno y disminuir la posibilidad de vivenciar situaciones ansiógenas que puedan influir en



su condición, ya que el niño concurre a dicho establecimiento educativo desde los 3 años (fs. 28).

Por lo cual teniendo en cuenta la normativa vigente, y la prescripción médica, los agravios de la demandada no han de prosperar.

6to.) En cuanto a la queja vertida por la provisión directa del aceite cannabis, he de señalar que hace más al trámite de la ejecución de la sentencia que al fondo de la cuestión.

Sin perjuicio de ello cabe indicar que dentro del marco normativo que reglamenta el uso medicinal de la planta de cannabis cabe la posibilidad que la prestataria pueda hacer efectiva la provisión del medicamento.

Ello, pues la disposición 10874/ E de la ANMAT, establece un régimen de excepción a medicamentos no registrados, por medio del cual se establece un procedimiento para la importación de medicamentos no registrados en el país destinados al tratamiento de un paciente para el que no exista disponible un registro de producto idéntico, similar o alternativa terapéutica adecuada (art. 1).

Tal norma exige la presentación de la documentación que surge del instructivo y asimismo hace referencia a que en caso de no ser el paciente quien retire el producto de la aduana solo podrán hacerlo laboratorios, droguerías y/o distribuidoras habilitadas por la ANMAT.

Es decir que cumplidos los tramites que incumben al amparista, la prestataria está en condiciones de proveer el aceite de cannabis, ya que según lo informado por el Director General de Aduanas a fs. 295, la obra social debe resultar autorizada u apoderada por el destinatario o en su caso así haberse dispuesto por la autoridad competente.

Asimismo, manifiesta que la entrega de la mercadería se le realiza a quien resulte titular – beneficiario/paciente – resultando aplicable al respecto las reglas generales en cuanto a la representatividad padre/madre/tutor/curador/apoderado o autorizado por mandato judicial.

Por lo que ante cualquier obstáculo que se presente por parte de la autoridad, deberá manifestarlo de inmediato, tal como lo dispuso el a quo ya que el Estado debe velar por su cumplimiento para asegurar el goce efectivo de los derechos consagrados – en este caso la salud–, ya que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4 Ley 25.404).

El Máximo Tribunal sostuvo que “el Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio” (Fallos: 323:1339).

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde remitirse al dictamen fiscal, que rebate los fundamentos de la demandada: “de averiguaciones practicadas telefónicamente desde esta Fiscalía General a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) surge que esa Administración tiene previstos los mecanismos para el ingreso al país de la sustancia solicitada, (...) cumpliendo con lo exigido por la ANMAT, la autorización es casi inmediata, pudiendo obtenerse hasta en el día y que la obra social puede solicitar esta autorización no para comprar el aceite para tener en stock sino comprar en nombre del afiliado”.

7mo.) Finalmente, en punto a la imposición de las costas, el art. 14 de la ley 16.986 expresa que “se impondrán al vencido”, haciendo aplicación del principio de la derrota consagrado por el art. 68 del CPCCN.

En el caso, el soporte de dicha imposición es un corolario del vencimiento sustancial que tiende a resarcir al vencedor de los gastos en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho, por lo que no habrá de prosperar el agravio expuesto por la demandada al respecto.

Por ello, propicio y voto: 1ro.) Rechazar el recurso interpuesto de fs. 297/305 y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada. Con costas (art. 68, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del principal (art. 14, ley 21.839).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

Me adhiero al voto del doctor José Mario Tripputi.

Por ello;

SE RESUELVE:

1ro.) Rechazar el recurso interpuesto de fs. 297/305 y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada. Con costas (art. 68, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del principal (art. 14, ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. Firman únicamente los suscriptos por haberse integrado con ellos el tribunal.



PABLO A. CANDISANO MERA (JUEZ)
JOSE MARIO TRIPPUTI (JUEZ)



"S.A.K. Y OTROS c/BRAMED MEDICINA PREPAGA Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986"
(Expediente N° 67495/2017 –JUZGADO FEDERAL DE CORDOBA N° 3 –17/04/2018)

Córdoba, 17 de abril de 2018.

Al escrito de fs. 136 téngase presente lo manifestado. Atento la denuncia de incumplimiento efectuada por la actora en relación a que no obstante haber dado cumplimiento con el trámite legal establecido por la disposición de la ANMAT, conforme fuera ordenado en el proveído de fecha 24/1/2018 (fs. 87), no obtuvo aun la prestación requerida, como se solicita provéase a la medida cautelar solicitada en autos.

En consecuencia, a la solicitud de que se provea la cobertura del tratamiento de cannabis medicinal, configurándose en la especie los requisitos previstos en el art 230 del CPCCN, toda vez que, sin que esto importe adelantar criterio sobre el fondo de la cuestión planteada, de los extremos invocados y documental acompañada, resultaría la verosimilitud del derecho invocado en los términos que para la presente cautelar se requiere, esto es de posibilidad razonable de que el derecho exista, toda vez que en la especie se encuentra comprometida la cobertura de salud del menor B. S., G., quien se encuentra discapacitado Según certificado de discapacidad (fs. 23) con diagnóstico de RETARDO DEL DESARROLLO, OTRAS EPILEPSIAS Y SINDROMES EPILEPTICOS GENERALIZADOS, SINDROME DE DOWN, con orientación prestacional de "PRESTACIONES DE REHABILITACION, PRESTACIONES EDUCATIVAS (INICIAL/EGB) -TRANSPORTE", y que a raíz de este diagnóstico según dan cuenta las Lic. Silvana M. Tullan, Agustina Pérez Carletti -Fonoaudióloga, Beatriz Caminos -Fonoaudióloga, C. Noelia Rosales -Kinesiología y Fisioterapia y Melina Moreno -Psicomotricista con fecha 7/11/2017 (fs. 24/25), el menor se encuentra "...desde el inicio de tratamiento (2016) al día de la fecha se ha notado buena evolución en el paciente, particularmente desde el inicio de tratamiento con aceite de Cannabis indicado por el médico tratante. Se observa al niño con menos convulsiones...", obrando a fs. 53 la prescripción médica del Dr. Claudio Palacios de la medicación de Charlotte's Web.

Que encontrándose prima facie comprometida seriamente la salud de un menor discapacitado deben observarse las cláusulas de Convención de los Derechos del Niño aprobadas por el Estado Argentino mediante ley 23.849 cuyas disposiciones se han incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad federal por imperio del art 75 inc. 22 de la Carta Magna, luego de la reforma del año 1994, las cuales prevé n que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al interés superior del niño (art 3.1), y que los Estados Partes adoptara n esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan (art 4), reconociendo que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (art 6.1) y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (6.2), reconociendo el derecho del niño al disfrute, del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art 24), debiendo asimismo observarse las cláusulas contenidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, como así también la ley 27.350.

Que el peligro en la demora resulta de la patología que sufre el menor.

En consecuencia, encontrándose la parte actora exenta de contracautela conforme art. 200 inc. 2 del CPCCN, ha lugar a la medida cautelar solicitada, ordenándose a BRAMED S.R.L.-MEDICINA PRIVADA a que en el término de 48 hs., de notificado del presente proceda a brindar la cobertura al 100% a favor del Menor B. S., G., "Charlotte's Web" conforme prescripción médica de fs. 53, con más gastos de envío e importación, todo condicionado a que previamente la actora gestione y obtenga por ante ANMAT la autorización del ingreso al país del producto medico requerido, conforme fuera establecido en el proveído de fecha 24/1/2018 (fs. 87).

La presente medida se dicta por el término de seis meses de conformidad a lo establecido por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones mediante acuerdo n° 155/2011 de fecha 12/10/2011, bajo apercibimiento a cuyo un ofíciase.

Al punto II, previo notifíquese el proveído de fecha 2/2/2018 (fs. 104) a la parte actora. Remítanse las presentes actuaciones a la Sra. Fiscal Federal de conformidad a lo dispuesto en los proveídos de fecha 10/1/2018 (fs. 56) y de fecha 31/1/2018 (fs. 92).

MIGUEL HUGO VACA NARVAJA (JUEZ)



"P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN Y OTRO s/ACCIÓN DE AMPARO LEY 16.986"
(Expediente N° 12325/2017 –JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MISIONES –26/04/2018)

Posadas, 24 de abril de 2018.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados como: "Expte. N° 12325/2017 P.G.S.E.R.D.S.H.M. c/ Ministerio de Salud de la Nación y otro s/ Acción de Amparo Ley 16.986";

RESULTANDO:

1) A fs. 16/26 se presenta Jorge Marcelo Armanini en carácter de apoderado de la Sra. ***** quien viene en representación de su hijo menor a interponer acción de amparo constitucional contra el Ministerio de Salud de la Nación y OSDE a fin de que condene a las demandadas a tornar todas las medidas pertinentes hasta obtener la provisión para el tratamiento médico con aceite de cannabis con cobertura total. Manifiesta que dicho aceite está indicado para la enfermedad que padece el menor, epilepsia refractaria a múltiples esquemas de drogas, la cual se encuentra asociada a un retardo del desarrollo, epilepsia y síndrome epiléptico sintomático con localizaciones focales y para lisis cerebral infantil.

Relata que el menor de dos años padece desde su nacimiento "retardo del desarrollo, síndrome epiléptico sintomático relacionado con localizaciones focales parciales y para lisis cerebral infantil".

Que se inició tratamiento médico y farmacológico en el que el menor fue sometido al uso de más de seis medicamentos de provisión autorizada, sin tener ninguna mejoría y, por el contrario, experimento un agravamiento de su estado de salud ya que esto le produjo epilepsia refractaria al tratamiento farmacológico.

Que, a los fines de obtener una adecuada atención, se tramita ante el Ministerio de Salud de la Provincia de Misiones el certificado único de discapacidad, y la Junta Medica corrobora la patología padecida por el menor.

Relata que, como consecuencia de los intentos fallidos con medicación convencional para este tipo de enfermedad, la Dra. Marisol Torna, neuróloga infantil del Hospital Italiano, prescribió y requirió a la ANMAT, la provisión de aceite de cannabis, medicamento de uso compasivo permitido por tal organismo.

Relata que dicho medicamento no se produce ni comercializa en el país, debe ser importado, por lo que se debió solicitar al laboratorio proveedor "Grown and Made in Colorado USA".

Que una vez realizado el trámite ante la ANMAT y con el pedido de la neuróloga, se requirió a OSDE la autorización y cobertura de la mencionada droga, pero la prepaga rechazo la cobertura de la misma amparándose en el hecho de no estar nombrada conforme la Resolución 310/04 del Ministerio de Salud de la Nación.

Que ante dicha negativa y la necesidad de proporcionar al niño una mejor calidad de vida, los padres procedieron a la compra de la medicación por cuenta propia, abonando la suma aproximada de dos mil dólares estadounidenses ochocientos cuarenta y ocho (u\$ 848).

Manifiesta que la condición económica de su mandante torna imposible adquirir dicha medicación debido al costo del aceite de cannabis. Y que ha quedado totalmente demostrada la mejoría experimentada por el menor luego del uso del aceite.

Funda en derecho y solicita medida cautelar. Ofrece pruebas.

2) A fs. 28/29 dictamina el Sr. Fiscal Federal, opinando que el conocimiento de la causa es de competencia del suscripto y que se encontraría habilitada la vía una vez que la solicitante presente HC que acredite la evolución de los tratamientos que recibiera el menor, su falta de efectividad y los efectos observados durante la administración del aceite de cannabis.

3) A fs. 31/35 la actora acompaña documental que fuera requerida.

4) A fs. 37/38 toma intervención la Sra. Defensora Dra. Telma Verónica Laurenz quien asume la representación como Ministerio Pupilar del menor.

5) A fs. 40 se tiene por habilitada la instancia y por iniciada acción de amparo y se ordena el libramiento de oficios al Ministerio de Salud de la Nación y a OSDE, a fin de que expidan los informes circunstanciados, finalmente se deniega la cautelar solicitada.

6) A fs. 48/58 se presentan los Sres. Emilio Cesar Joulia y Graciela Beatriz Canteli en representación de la Organización de Servicios Directos Empresariales OSDE, a presentar el informe circunstanciado.



Señalan en primer lugar que nos encontraríamos ante un panorama particular y novedoso acerca del uso del aceite de cannabis con fines terapéuticos y que por ello le resulta necesario aclarar que no le corresponde a OSDE la cobertura ni la provisión de tal medicamento.

Que el medicamento solicitado no se encuentra incluido en el Plan Médico Obligatorio (PMO), no se encuentra aprobado por la ANMAT, se desconocen los resultados adversos o contraindicaciones y solamente puede ingresar al país mediante el Régimen de Acceso de Excepción a Medicamentos no registrados, a través de un trámite que debe llevar a cabo el mismo paciente, por lo cual el medicamento solo puede entrar al país, si se cumplen una serie de requisitos establecidos por la Disposición 10874-E/2017 y que dicho trámite es perfectamente conocido por el afiliado porque ya lo ha realizado en al menos una oportunidad.

También alegan que la no comercialización del medicamento significa que los laboratorios y droguerías estiman inconveniente su fabricación o libre importación para nuestro país. Que, si bien hay un Régimen de excepción de Medicamentos, es de carácter estrictamente excepcional.

Que no puede observarse, por las razones ya expuestas arbitrariedad o ilegalidad manifiesta alguna por parte de la obra social.

Que no fue acreditada de forma alguna que el niño se encuentre inscripto en el Programa para adquirir el medicamento en forma gratuita.

Solicita una audiencia a los fines de arribar a una conciliación o simplificar la cuestión litigiosa. Hacen reserva del caso federal y solicitan el rechazo de la acción.

7) A continuación -fs. 67- la Dra. Galarza, en su carácter de Defensora Pública, también solicita una audiencia de conciliación.

8) A fs. 70/72, obra contestación de la Superintendencia de Servicios de Salud, del Oficio diligenciado a su parte.

9) A fs. 74, se fija fecha de audiencia, la cual se lleva a cabo el día 8 de febrero del corriente -fs.76/78- en la cual las partes no arriban a un acuerdo.

10) A fs. 79 se dicta medida de mejor proveer, la cual se agrega a fs. 82/85.

11) Finalmente, luego de agregada documental perteneciente a un informe actuarial, a fs. 88 obra llamamiento de autos para sentencia, y;

CONSIDERANDO:

En primer lugar, debo señalar que en autos no se encuentra discutida la condición de afiliado a OSDE de ***** como así tampoco la enfermedad que padece y su consecuente discapacidad -fs. 3, 4, 32-, y luego de las manifestaciones de la madre y de su pediatra de cabecera *****, tampoco de la mejoría en el estado del menor a través del uso de aceite del cannabis "En lo mirada de los papas y lo que uno ve desde el uso de cannabidiol uno ve la reducción del 50% de los crisis de *****".

Lo que está en debate, en cambio, es la obligación de la prepaga de otorgar o no la cobertura integral de la medicación prescrita por los médicos tratantes.

Cabe en primer lugar destacar que la presente acción, involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, que constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico ha dotado de la máxima protección normativa -arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 24 establece el reconocimiento de los estados partes del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (...) se esforzará n por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios-.

Sumado a ello, ***** , en su condición de discapacitado, goza de un régimen especialmente tuitivo instaurado por la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En sus cláusulas se prescribió que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias y el derecho a una mejora continua de sus condiciones de vida.



Asimismo, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y la ley 25.404 en su art. 4 estableció que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna.

Recientemente, fue sancionada la ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, con el propósito de establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, la cual dispuso en el art. 7 que "la ANMAT permitirá la importación del aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente"; y "la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa (Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicina de la Planta de Cannabis)".

En coincidencia con ello, el Ministerio de Salud de la Nación dictó, en septiembre de 2017, la Resolución 1537-E/2017 la cual, en su Anexo I, establece "1. ...que las personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de Cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes, son susceptibles de solicitar la inscripción en los Registros que le dependen, (...) 2.a) De Pacientes en Tratamiento (R.N.P. en T.) Podrá n solicitar la inscripción al registro aquellas personas que, padeciendo los enfermedades establecidas por el Programa, tengan prescripción médica de cannabis y sus derivados (...) Una vez registrado el paciente, EL PROGRAMA iniciara el trámite para la provisión de aceite de cannabis, en los términos del art. 3° inc. d) ley 27350, a través s del Banco Nacional de Drogas Oncológicas en sus delegaciones jurisdiccionales ...".

En relación a lo manifestado por OSDE respecto a que la medicación no se encuentra incluida en el PMO cabe señalar que "Pese a la especificidad del sistema normativo que regula las prestaciones a favor de las personas con discapacidad, dado la infinidad de variables que pueden tener lugar en el universo de beneficiarios, siempre cabe la posibilidad de un caso concreto que no encuentre un encuadre perfecto dentro de sus previsiones. En tales casos, debe atenderse a los principios generales que surgen de la ley 24.901, como el de la integralidad de la cobertura (art. 1) y el que propicia la necesidad de atender a las características de la patología del beneficiario, su edad y situación socio familiar (art. 19). También debe atenderse a la concreta necesidad del beneficiario para cuya determinación debe darse prioridad al criterio del médico tratante, que tuvo contacto directo con su paciente y elaboro un diagnostico científico, frente a la opinión estandarizada de la prestadora" (CFABB, expte. N° FBB 44 17/2016/CA2, "A.J.D. el OSDE y otro si Amparo ley 16.986", 6/4/ L7).

Clarificado lo anterior, no puedo dejar de poner resalto en lo manifestado por el Dr. ***** a audiencia celebrada: "En la mirada de los papa s y lo que uno ve desde el uso de cannabidiol uno ve la reducción del 50% de las crisis de *****. Ese es un punto importante. Permite que el cerebro de ***** este más receptivo o los estímulos en el cerebro.

Asimismo, tampoco puedo dejar de destacar lo manifestado por la madre quien enfrenta el día a día con ***** "A e l le cuesta volver cuando tiene una crisis fuerte. Lloro. Tiene como 4 tipos de convulsiones diferentes. Todas son cortas por suerte. Lo que notamos con el cannabidiol es que se le cortaron las convulsiones que le hacen llorar y duerme codo la noche, se levantaba a las 2 o 3 y no dormí a más. Dormí a 4 horas por día. Mi marido tiene que dormir con el bebe para girarle para que no se acalambre." "Lo que más responde es el cannabidiol. Con la Dra. Torna llego a tomar, probó con 7 drogas, y se quedó con 3. Mi hijo quedaba tirado codo el día... Después de 7 u 8 meses de la dieta citotónica, como no dio resultado, la Dra. Torna dijo que iba a probar con el aceite porque le hicieron el estudio del sueño en el NIBA porque convulsionaba muchas veces al día. Le receto el Charlotte Web Oí l. La cuestión es que a la primera semana el niño fijaba la mirada porque tenía la mirada siempre perdida y comenzó a tener menos descargas... Lo que notamos es que las convulsiones fuertes que duran 10 o 15 segundos ya no tiene. Lo único que le da es leve. Antes le daba codo el tiempo. A la mañana le dan 2 o 3 (sic). Antes le daban como 20 o 30. Hace un año que no toma puridol y desde que toma puede asistir a las terapias. Antes era imposible. No fijaba la mirada. No veía los objetos podía quedar tirado todo el día."

Y continúa manifestando: "Yo sé que OSDE cubre todo, es lo mejor no lo cambio por nada, pero estamos al cope. No podemos más. Mi tarjeta esta al tope. También tengo que pagar un gestor que me hace los trámites para pagar el cannabis y realizar los trámites en Ezeiza. Cada compra sale \$ 32.000". Ello refleja la vulnerabilidad e incertidumbre en la que se encuentra su madre y lo complejo de la gestión para la obtención de la medicación, toda vez que la continuidad del tratamiento del niño o se haya subordinada a una articulación extraña a su voluntad, lo que implica que intempestivamente el tratamiento podrá a discontinuarse por imposibilidad de



acceso al mismo.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta el grave cuadro de salud del menor, reconocido por todas las partes, los padecimientos sufridos a lo largo de su corta vida, por el niño y sus padres, considero imperativo salvaguardar la mejoría que este ha logrado mediante la utilización del aceite cannábico, lo cual quedo clarificado por lo manifestado por el Dr. ***** y la madre. De forma tal, que cualquier tipo de retroceso ante estos avances en su calidad de vida -y en el de su familia-se toma inadmisibile.

Así, siendo que el concepto de salud implica un estado de completo bienestar físico, mental y social -y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades-el cuadro descripto me permite afirmar que el derecho no puede resultar indiferente al sufrimiento humano.

Cabe señalar al respecto que la ley 27.350 establece que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis con fines medicinales, contando con la indicación médica pertinente; que el Programa Nacional creado en su art. 2 no se encuentra operativo, ello surge de información recabada vía mail con la Licenciada Norma Belixan de la ANMAT -fs. 86-, de donde surge que si bien se encuentra firmada la autorización de importación de aceite de cannabis que será suministrado por un laboratorio canadiense a los pacientes incluidos en el Registro de Pacientes en tratamiento (R.N.P. en T.) reglamentado por Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, y resultando necesario garantizar la gratuidad del tratamiento consagrada en el art. 7; por lo que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el programa referido, en las condiciones que establece su reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis, de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante, previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de la sustancia requerida (Disposición 10.401/2016 del Ministerio de Salud, que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos -RAEM-).

De lo contrario, consagrar el derecho al uso medicinal del cannabis sin la posibilidad de garantizarlo implicaría una suerte de reconocimiento de derechos como meros principios de buena voluntad, así la CSJN sostuvo que "el Escudo no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio" (Fallos, 323: 1339).

En consecuencia, resuelvo se disponga que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Registro Nacional para pacientes en tratamiento -creado por Resolución 1537-E/2017 en su Anexo 1-respecto a la provisión gratuita del aceite de cannabis, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis a través del Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados, de acuerdo a las dosis y prescripciones de su médico Tratante. Asimismo, y en forma simultánea, la madre del menor deberá comunicar a este Juzgado mensualmente, el cumplimiento de los trámites para la inscripción de ***** al Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento (R.N.P. en T.) conforme el Anexo 1 de la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud para el uso medicinal del cannabis. Una vez inscripto ***** en el Registro y operativa la provisión del aceite mediante el procedimiento allí establecido, cesará la obligación de OSDE (art.43 CN; art. 1 y concordantes de la Ley 16.986, doctrina y jurisprudencia aplicable).

Que, respecto de la imposición de costas, y tratándose de un caso "novedoso", las mismas se imponen en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

Entonces, y en atención a los fundamentos expuestos es que;

FALLO:

1) Hacer lugar al amparo y ordenar que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Registro Nacional para pacientes en tratamiento -creado por Resolución 1537-E/2017 en su Anexo 1-respecto a la provisión gratuita del aceite de cannabis, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis a través del Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados, de acuerdo a las dosis y prescripciones de su médico tratante. Asimismo, y en forma simultánea, la madre del menor deberá comunicar a este Juzgado mensualmente, el cumplimiento de los trámites para la inscripción de ***** al Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento (R.N.P. en T.) conforme el Anexo 1 de la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud para el uso medicinal del cannabis. Una vez inscripto ***** en el Registro y operativa la provisión del aceite



mediante el procedimiento allí establecido, cesara la obligación de OSDE.

2) Que, respecto de la imposición de costas, y tratándose de un caso "novedoso", las mismas se imponen en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCCN).

Regístrese. Notifíquese, y una vez firme, cese la intervención del Sr. Fiscal Federal.

JOSE LUIS CASALS (JUEZ)



“Incidente Nº 1 –ACTOR: YOO, IAN VALENTIN DEMANDADO: OSDE s/INCIDENTE DE APELACION”
(Expediente Nº 008880/2017/1/CA001 –CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL -SALA II-22/05/2018)

Buenos Aires, 22 de mayo de 2018.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 114 del presente incidente -fundado a fs. 134/141-, cuyo traslado fue contestado a fs. 144/151 por la actora y a fs. 153/155 por el Sr. Defensor Público Oficial, contra la resolución de fs. 103/104; y

CONSIDERANDO:

I.-Que el señor juez hizo lugar a la petición cautelar formulada, ordenando a O.S.D.E. -Organización de Servicios Directos Empresarios- garantizar al menor Ian Valentín Yoo la cobertura al 100% de “Charlotte’s web” en la dosis y especificaciones que surge de la prescripción obrante a fs. 76, así como de los demás tratamientos que viene recibiendo según prescripción médica obrante a fs. 77.

La demandada apelo esa decisión. Destaco ante todo su carácter innovativo, enfatizando la coincidencia entre el objeto de la acción y el de la medida precautoria. Cuestiono que el sentenciante haya considerado suficiente que la parte actora preste caución juratoria, la que claramente no se corresponde con los perjuicios que la medida cautelar pudiera causarle a la obra social. Enfatizó que en el caso no se configura la verosimilitud del derecho, invocando la arbitrariedad de la decisión del juzgador. Por otra parte, invoco el principio establecido en el art. 6 de la Ley Nº 24.901, según el cual debe satisfacer las prestaciones contempladas en dicha norma mediante sus prestadores contratados y resalto que nada dispone con relación a que la cobertura deba ser a través de profesionales que no tengan relación contractual con la obra social. En ese sentido, advirtió que la cobertura por reintegro que O.S.D.E. ofrece para que los beneficiarios puedan elegir profesionales ajenos al listado de prestadores, es un beneficio adicional que no tiene origen legal, sino convencional de acuerdo al plan superador contratado. Añadió que los padres del actor discrecionalmente optaron por profesionales ajenos a su cartilla. En ese sentido, destaco que no existió conducta reprochable de su parte, dado que puso a disposición de Ian sus propios prestadores al 100% de cobertura y autorizo, además, a través de plan superador contratado por sus padres, el reintegro correspondiente de las prestaciones, aunque con las limitaciones propias del plan elegido. Por otra parte, y con relación a la cobertura del 100% del aceite “Charlotte’s web” sostuvo que aquel no se encuentra contemplado entre los medicamentos que integran el Programa Médico Obligatorio, motivo por el cual no corresponde reconocer su cobertura. Sobre este punto, añadió que la Ley Nº 27.350 nada dice de la cobertura por parte de las obras sociales respecto del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, en tanto si dispone que su cobertura será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa. Por último, sostuvo que en el caso no se había acreditado que se configure el peligro en la demora.

Conferido el traslado pertinente, fue replicado por la actora en los términos que surgen del escrito obrante a fs. 144/151, en tanto el señor Defensora Publica Oficial hizo lo propio mediante la presentación de fs. 153/155.

II.-Que así planteada la cuestión a decidir, se debe recordar inicialmente que el carácter innovativo de una medida precautoria no es, por sí mismo, un obstáculo para su procedencia; y lo mismo sucede con la coincidencia total o parcial entre su objeto y el de la acción, en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (confr. esta Sala, causa 6814/14 del 21.8.15, entre otras), valorando para ello tanto el estado de la parte que la solicita como el resguardo del derecho de defensa de su contraria (C.S.J.N. Fallos: 320:1633).

Ello no implica desconocer la prudencia con que se debe apreciar los recaudos que hacen a su procedencia, ponderando que alteran el estado de hecho o de derecho existentes al tiempo de su dictado y configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (confr. C.S.J.N., Fallos: 316:1833; 319:1069, entre otros), aunque no se debe descartar la aplicación de una medida de ese tipo por temor a incurrir en prejuzgamiento cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, procurando evitar los perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (C.S.J.N. Fallos: 320:1633).

Sin perjuicio de ello, reiteradamente este Tribunal ha juzgado que en casos como el presente, donde el



objeto último de la acción está dirigido a cubrir las necesidades de una persona con discapacidad, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria –aun cuando tenga carácter innovativo– debe ser menos riguroso que en otros, dadas las consecuencias dan osas que podrí a traer aparejada la demora en satisfacer prestaciones como la que es objeto de la decisión apelada (confr. causas 1993/12 del 14.5.13 y 407/14 del 18.11.14, entre otras).

III.-Que, en el caso, se encuentra fuera de debate la aplicación de la Ley N° 24.901. Como es sabido, esta fija estándares mínimos obligatorios para todos aquellos entes que tienen a su cargo la prestación de servicios relacionados con la salud (ver, en particular, art. 2 de la citada ley y art. 7 de la Ley N°26.682). La normativa está informada por el principio de cobertura integral y máxima inclusión social de las personas con discapacidad (ver art. 1 de la Ley N° 22.431 y arts. 1, 2, 11 y 15 de la Ley n° 24.901), lo que aquí debe conjugarse con el estatuto jurídico de la niñez, que eleva a rango de principio la consideración primordial de su interés superior (confr. arts. 3, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional y arts. 1, 2, 3, 8 y 14 de la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, niñas y Adolescentes).

La ponderación de estos principios rectores, entre otros, condujo a la Corte a resolver en una causa en la que se debatían cuestiones análogas a las traídas a conocimiento del Tribunal, que cuando se encuentran implicados el derecho a la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes –en el particular contexto del estatuto de la discapacidad–, los padres del menor so lo 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 sin razón de la elección paterna. Adema s añadió que dejar sin cobertura una necesidad central con único fundamento en la ausencia de una prueba negativa que la Ley N° 24.901 no exige implica la desnaturalización del re gimen 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 re gimen propio de la ley en favor del niño y, por añadidura, de sus cuidadores (confr. dictamen de la Procuradora Fiscal al que la Corte Suprema se remitió in re “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, R. 104. XLVII del 27-11-12 y sus citas; esta Sala, causa 2.150/13 del 6-8-13 y sus citas).

IV.-Que en el sub lite no está cuestionado que el menor (de 10 años de edad) es afiliado a O.S.D.E., que padece Trastorno Generalizado del Desarrollo con epilepsia refractaria (confr. fs. 5), que se le extendió el certificado de discapacidad previsto en la Ley N° 22.431 (fs. 16), que necesita recibir –en lo que aquí interesa– las prestaciones aludidas (v. informes obrantes a fs. 7, y fs. 10/12) y que en la actualidad los planes de los distintos tratamientos esta n siendo abordados por los profesionales cuyos informes se encuentran agregados a fs. 17/18, 31/34 y 48/49.

En lo que aquí interesa, y más allá de la mención que realiza la accionada con relación a los profesionales de su cartilla que han sido puestos a disposición de la representante del menor para aquellas prestaciones que brindan profesionales ajenos (v. pto. 2 de fs. 136/139), lo cierto es que, en este estado liminar de la causa, no puede determinarse si aquella oferta se ajusta a sus necesidades. En ese sentido, es del caso mencionar que más allá de las genéricas manifestaciones formuladas en oportunidad de contestar la carta documento cuya copia luce a fs. 86 no indico de manera concreta a los profesionales integrantes de su cartilla que pudieran brindar las prestaciones requeridas atendiendo la patología del menor (v. fs. 89). Incluso, en su memorial, se limita a adjuntar como aporte documental el re gimen relativo a la “modalidad de reintegros por prestaciones de discapacidad”, sin realizar ninguna ofertar prestacional concreta (v. fs. 128/132).

Así tampoco pueden establecerse las implicancias que podrían derivar de la interrupción de los tratamientos en curso, cuyos resultados se han revelado como favorables a la menor (ver informe obrante a fs. 17, 31/33 y 48/49). Sobre este punto, so lo basta referir que el informe fonoaudiológico advierte que “en el transcurso del tratamiento progresa satisfactoriamente dentro del marco de su patología orgánica de base, logrando ampliar su repertorio léxico que emplea espontáneamente destinándolas al interlocutor eventual” (fs. 17, segundo párrafo). En igual sentido, la Licenciada Zamani expone que “... se destacan los avances mencionados y por tal motivo, se recomienda su continuidad con la misma frecuencia de sesiones de tratamiento individual y personalizado de musicoterapia y pedagogía especial” (fs. 33).

En tal contexto, no surgiendo de los elementos incorporados en autos que la obra social haya justificado



una oferta prestacional de jerarquía técnica igual o mayor de modo que pueda tenerse por garantizada la atención de la salud del afiliado, según la complejidad del caso, ni una oferta prestacional adecuada a la índole de la discapacidad que presenta, la verosimilitud en el derecho a las prestaciones exigidas tiene sustento en las disposiciones de la Ley N° 24.901 (confr. arts. 15, 16, 17, 21 y citados) y el criterio jurisprudencial ya explicitado (ver, asimismo, Sala de FERIA, causa 6.924/12 del 10-1-13), por lo que corresponde confirmar la resolución apelada.

V.-Que, por otra parte, la obra social se queja respecto del reconocimiento de la cobertura del 100% del “Aceite Charlotte”, por considerar que el tratamiento solicitado no se encuentra contemplado en el Programa Médico Obligatorio.

Sobre este aspecto de la cuestión, se debe considerar que de las constancias de autos surge que al menor le ha sido prescripto el uso del medicamento “Charlotte’s web”, de acuerdo a las constancias médicas obrantes a fs. 6. y fs. 8. De este modo, y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar solo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que el mantenimiento de la medida precautoria decretada incluso en este aspecto de la cuestión, no ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de salud del menor Ian Valentín.

Por lo demás, es válido recordar que las previsiones contenidas en el Programa Médico Obligatorio no constituyen una limitación para los agentes del seguro de salud sino una enunciación de la cobertura mínima que los beneficiarios están facultados a exigir a las obras sociales (confr. causas 6138/07 del 27.9.07 y 7474/07 del 27.5.08, entre otras).

VI.-Que, en lo concerniente al peligro en la demora, tratándose de prestaciones vinculadas con el desarrollo y la formación de un niño de corta edad, es claro que la dilación en obtener la satisfacción de lo pretendido puede conspirar contra el objetivo que se persigue, especialmente teniendo en cuenta la falta de controversia en torno a la procedencia sustancial de los reclamos formulados.

VII.-Que, finalmente, el Tribunal estima suficiente la caución fijada por el a quo, teniendo en cuenta el grado de verosimilitud que ostenta la pretensión del menor (confr. art. 199, tercer párrafo, del C.P.C.C.N.) y la índole del derecho cuya tutela se procura.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal;

RESUELVE: confirmar la decisión apelada, con costas (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Difiérase la regulación de los honorarios profesionales para el momento en que se dicte la sentencia definitiva.

El doctor Ricardo Víctor Guarinoni no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ALFREDO SILVEIRO GUSMAN (JUEZ)
EDUARDO DANIEL GOTTARDI (JUEZ)



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

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

Buenos Aires, 26 de junio de 2018.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 106/108 por OSDE, contra la imposición de costas decidida a fs. 103/105 y la regulación de honorarios allí practicada, cuyo traslado fue contestado por la actora a fs. 110/112; y

CONSIDERANDO:

1. El Señor Juez, hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, condeno a OSDE a brindar cobertura integral del medicamento Charlotte's Web Hemp Extract in Olive Dietary Supplement en la cantidad y forma requerida por el profesional tratante.

Para así decidir, tuvo por reconocido que la actora es afiliada a OSDE y que padece epilepsia refractaria, que es discapacitada y se le ha prescrito la medicación cuya cobertura reclama. Entendió que la accionada no cuestiono el derecho de la actora de recibir la medicación reclamada.

Determino que, teniendo en cuenta que la actora solicito la cobertura y, ante la respuesta negativa de la demandada, se vio en la necesidad de iniciar la presente acción ante la cual la accionada recién cumplió con la prestación requerida a raíz del dictado de la medida cautelar. Agrego que no es dudoso que la actora se vio obligada a promover la presente acción de amparo ante la inoperancia de sus reclamos extrajudiciales.

Por último, desestimo la acción promovida contra el Estado Nacional –Ministerio de Salud, toda vez que no se ha demostrado en autos la existencia de un acto u omisión por parte de aquel o de alguno de sus organismos descentralizados por los cuales deba responder.

La demandada se agravia de tal decisión en cuanto le impone las costas. Aduce que antes de que venza el plazo para la contestación del informe circunstanciado, su parte autorizo la cobertura excepcional aquí solicitada. Agrega que la patología de la beneficiaria no fue cuestionada y tampoco el hecho de que se trata de una persona con certificado de discapacidad vigente y la indicación del medicamento requerido –aceite de cannabis.

Aduce que no hay norma alguna que la obligue a brindar la cobertura -de ahí su carácter de excepción- y que la ley 27.350 que regula el “Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados” nada dice respecto a que las obras sociales -como lo es OSDE- deban brindar su cobertura a sus beneficiarios.

2. En primer lugar, cabe señalar que el art. 14 de la ley de amparo expresa “Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el art. 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo”, por lo que, para apartarse de dicho principio son necesarias especiales y concretas circunstancias que tornen procedente esa solución (conf. esta Sala, doct. causas 5565/98 del 29.12.98, 3223/00 del 7.9.00, 7337/99 del 5.10.00, 6049/00 del 8.3.01 y 17.520/03 del 5.8.04), las cuales a criterio del Tribunal no se encuentran presentes en el caso.

3. En efecto, de las constancias de la causa surge que se reclamó a OSDE -con anterioridad a la interposición de la demanda- la cobertura del medicamento y que en respuesta a ello, la entidad manifestó que no podía dar curso favorable a su solicitud y que “...como Agente de Seguro de Salud, se encuentra obligada a brindar la cobertura que Osde brinda a sus afiliados, como tampoco se encuentra disponible su comercialización en el país...” (cfr. fs. 20). Se dictó una medida cautelar en el expediente ordenando a la demandada “...arbitrar en el plazo de 2 días los medios necesarios para que la Sra. Valeria Agostina Comeglio tenga cobertura integral (100%) de la medicación detallada a fs. 25...” (cfr. fs. 41/44). A fs. 49/50 la actora denunció incumplimiento de la medida cautelar y, finalmente, a fs. 56 se presentó e informo que OSDE le hizo entrega de dos frascos del medicamento que motivo la medida cautelar (ver fs. 65).

Resulta claro entonces que, ante la demora incurrida por la accionada en el cumplimiento de sus obligaciones y frente al riesgo que ello implicaba para su salud, la parte actora se vio obligada a promover la presente acción (conf. esta Sala, causas 2820/02 del 3.10.02, 9108/01 del 3.12.02, 9.587/06 del 8.5.08, 8.917/06 y 8.918/06 ambas del 5.6.08, entre otras).

En consecuencia, y considerando que se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en dan o de quien se ve constreñido a accionar o a



defenderse en juicio para pedir justicia (conf. Chiovenda, “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, trad. de Sentí s Melendo, t. II, pág.5, citado por la Sala III de esta Cámara en la causa 8578 del 17.11.92; y esta Sala, causas 5565/98, 3223/00, 7337/99 y 6049/00 citadas y 3158/02 del 26.12.02), el Tribunal concluye que el criterio adoptado en la anterior instancia, en cuanto impone las costas a OSDE, es el correcto.

En virtud de lo expuesto;

SE RESUELVE:

Confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas a Osde (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial).

En atención a los recursos deducidos a fs. 106/108 (punto IV), contra la regulación de honorarios practicada en el decisorio apelado, y ponderando el mérito, la extensión, la eficacia de la labor desarrollada y la naturaleza del juicio, se confirman los emolumentos del letrado apoderado de la actora, Dr. Gustavo Enrique De Erausquin –solo apelados por altos-art. 36 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432.

Por la labor desarrollada en la Alzada, valorando el valor disputado y el éxito obtenido, se regulan los honorarios del letrado apoderado de la actora, Dr. De Erausquin en mil pesos (\$1000); arts. 14 y citados del arancel.

El Dr. Fernando A. Uriarte no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARIA SUSANA NAJURIETA (JUEZA)
GUILLERMO ALBERTO ANTELO (JUEZ)



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

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

Córdoba, 20 de Julio de 2018.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados “I. M. P. c/ DASPU -OBRA SOCIAL UNIVERSITARIA Y OTRO s/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS” Expte. N° FCB 54049/2018/CA1”, llegados a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación articulado por la actora, señora M. P. I., con el patrocinio letrado del doctor Jorge Orgaz, en contra del proveído de fecha 16 de julio de 2018 dictado por el señor Juez Federal N°2 de Córdoba, en cuanto dispuso: “No surge de las constancias de autos que se encuentren reunidos, en esta oportunidad, los requisitos del art. 230 del CP, en especial la verosimilitud del derecho, ya que la parte actora no cumplimento con la disposición n° 10874/2017 del Ministerio de Salud de la Nación al haber denegado el ANMAT el trámite de importación del medicamento objeto de autos, por lo que, se rechaza la medida cautelar solicitada”.-(fs. 153)

Y CONSIDERANDO:

I. Surge de lo actuado que la presente acción de amparo fue iniciada por la señora M.P.I. con fecha 21/06/2018 en contra de la Obra Social Universitaria –DASPU-y el Estado Nacional, con la finalidad de obtener el suministro de aceite de Cannabis para uso medicinal en cantidad necesaria y de forma permanente, para poder continuar con el tratamiento médico prescripto por los distintos profesionales que la asisten, quien padece un Tumor de pared torácica-subpleural: Neurofibroma con Bandas de Colágeno Denso y Cambios Mixoides. Asimismo, la accionante solicito que el Estado Nacional la inscriba en el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales establecido por la Ley N° 27.350. Peticionó, también que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 14, segundo párrafo de la Ley 23.737, 7 del decreto 738/2017, del punto 1 del Anexo I, de la Resolución N° 1537-e/2017 y de la comunicación de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) de fecha 7/10/2016. (Ver escrito inicial a fs. 109/150)

En oportunidad de entablar la demanda, la accionante requirió como medida cautelar innovativa urgente que se oficie a las demandadas, a los fines de que arbitren los medios necesarios para asegurar la cobertura urgente del aceite de cannabis medicinal, en la cantidad suficiente y de forma permanente, para poder continuar con el tratamiento médico prescripto.

El señor Juez Federal de primera instancia tuvo por iniciada la presente acción de amparo y le dio trámite conforme lo previsto por la Ley 16.986. En cuanto a la medida cautelar peticionada, considero necesario previo a todo que la parte actora cumplimente lo dispuesto en la Resolución N° 10874/17 del Ministerio de Salud que aprueba el Régimen de Acceso de excepción de medicamentos a los fines de la aprobación de la importación del medicamento objeto de autos para la amparista por el ANMAT, ya que solo se ha acreditado inicio del expediente administrativo en cuestión. (Ver proveído de fecha 3 de julio de 2018, fs. 137)

Ante ello, la parte actora acompañó Resolución N° PV-2018-32213721-APN-DECBR#ANMAT de fecha 6/7/2018 correspondiente al Expediente Administrativo EX-2018-29995528-APN-DFYGR#ANMAT, mediante la cual le informo que la indicación para la cual solicito el producto no cuenta con autorización emitida por ANMAT conforme a la Dirección de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Quedando así acreditada la denegatoria del suministro del aceite de cannabis, la accionante solicito se otorgue de manera urgente la medida cautelar peticionada. (fs. 149/150 y reiteración a fs. 152)

El Inferior mediante proveído de fecha 16 de julio 2018 rechazo la medida cautelar solicitada. Para así resolver tuvo en cuenta que de las constancias de autos no surge que se encuentren reunidos los requisitos del art. 230 del C.P.C.C.N. en especial la verosimilitud del derecho ya que la parte actora no cumplimento con la disposición N° 10874/2017 del Ministerio de Salud de la Nación al haber denegado el ANMAT el trámite de importación del medicamento objeto de autos.

En contra de este proveído, la parte actora interpone recurso de apelación (fs. 154/163).

II. Expresión de agravios del apelante.

Al expresar agravios la recurrente manifiesta en primer lugar que se omitió considerar la concurrencia del requisito referido al peligro en la demora para el otorgamiento de la medida cautelar. Ello por cuanto



considera suficientemente acreditado que la actora no se encuentra en condiciones físicas ni psicológicas de esperar la tramitación de la causa judicial hasta que recaiga sentencia definitiva en este pleito y en caso de ser favorable, de aguardar a la incorporación al plan estatal de suministro de aceite de cannabis medicinal, sin antes obtener la medida cautelar solicitada que le permita acceder urgentemente al medicamento requerido para paliar en parte los severos, constantes y crecientes dolores que padece, evitando así los múltiples y graves daños colaterales que está provocando la medicación que actualmente consume de acuerdo a lo denunciado por los profesionales que la atienden.

En segundo lugar, considera que el Inferior omitió considerar la concurrencia del requisito referido a la verosimilitud en el derecho para el otorgamiento de la medida cautelar. Manifiesta que su pretensión fue asentada en diversas normas de la Constitución Nacional, instrumentos sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, instrumentos internacionales con jerarquía infra constitucional, como la Ley de Obras Sociales Universitarias N° 24.741, la Ley 27.350 acerca del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados la cual resulta aplicable especialmente a la temática ventilada en autos, la cual considera que fue desvirtuada por las disposiciones reglamentarias. Es por ello, que entiende que la concurrencia de normas de diferente jerarquía, pero todas superiores a la norma reglamentaria, en respaldo de los derechos a la vida y a la salud de la actora, basta para considerar debidamente acreditado el requisito exigido para el otorgamiento de la medida cautelar referido a la verosimilitud del derecho, con prescindencia del resultado final del pleito que se sustancia.

Expresa que ambos requisitos esto es la verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora, se encuentran indisolublemente relacionados, por lo que a mayor verosimilitud del derecho corresponde no ser tan exigente con la gravedad e inminencia del daño, y viceversa cuando existe un serio riesgo de daño irreparable, el rigor acerca de aquella exigencia debe atenuarse. Agrega que, a su entender en la presente causa, confluyen de manera clara e indubitable ambos requisitos que, en consecuencia, justifican largamente el otorgamiento de la medida cautelar oportunamente solicitada.

III. Medidas previas para mejor proveer y vista al Fiscal.

Arribados y radicados los autos en este Tribunal de fería, se solicitó como medida para mejor proveer que la obra social DASPU remita con carácter de muy urgente el original o fotocopia certificada del Expediente Administrativo N° 40-304313 perteneciente a la afiliada N°18410/00, señora M.P.I., en las condiciones en las que se encuentre al día de la fecha. (fs. 169)

En cumplimiento con lo requerido, DASPU acompañó fotocopia certificada del expediente mencionado donde manifiesta que no es posible cubrir aceite de cannabis por parte de la obra social en este momento, sugiriendo al afiliado que se dirija al Ministerio de Salud de la Nación a fin de ser incorporado al “Programa Nacional para el estudio e investigación del uso medicinal de cannabis y sus derivados y tratamientos no convencionales” o solicitar al ANMAT la importación mediante régimen de acceso de excepción. (fs. 170/176vta.).

Asimismo, se confirió vista al señor Fiscal General quien contesto con fecha 19/7/2018, dictaminando que es competente la justicia federal para entender en los presentes autos, que el recurso de apelación fue presentado en tiempo y forma y que no tiene nada que objetar en cuanto a la habilitación de fería. Por lo que, quedando la causa en condiciones de ser resuelta, pasan los autos a estudio. (fs. 177).

IV. Consideraciones preliminares sobre el derecho a la salud.

En primer término, corresponde señalar que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, con la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de



Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del art. 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del art. 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberá n adoptarlos Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, este derecho es reconocido, en particular, en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Analógicamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (Observación Gral. N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Civiles).

Sobre el particular también se ha pronunciado nuestra CSJN al entender que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida -garantizado por la C. N.-, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 323:1339; 329:4918 y disidencia de los Jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni en Fallos: 332:1346, entre otros). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional-, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618).

Asimismo se ha dicho que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284).

V. Razones para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Trasladados estos conceptos al caso bajo estudio, corresponde efectuar el análisis de los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar, conforme lo establece el art. 230 del C.P.C.C.N.

a) Verosimilitud del derecho:

Cabe recordar que el requisito en cuestión debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa. Se advierte en la especie que, la parte actora acompañó documentación suficiente acreditando la patología que padece (Neurofibromatosis de Von Recklinghausen) siendo necesario el tratamiento y medicación indicada por los profesionales tratantes para paliar las dolencias que le aquejan, incluyendo prescripción médica de un profesional de la obra social DASPU. (fs. 3/108)

Repárese que en el caso de autos ante la solicitud de la accionante del suministro de medicamento aceite de cannabis, la demandada DASPU manifestó que lo peticionado no estaba dentro de sus posibilidades brindarlo en ese momento por lo que sugirió que se presentara ante el ANMAT para que se le provea del medicamento en cuestión. Por otro lado, conforme surge de las constancias de la causa se advierte que la actora compareció ante ANMAT con toda la documentación requerida y dicho organismo se negó a suministrarle el medicamento por considerar que no contaba con la autorización necesaria, dada la patología que padece la actora.

No debe perderse de vista, que el ANMAT con fecha 7/10/2016 emitió a través de su sitio web un comunicado en donde informo que: “De acuerdo a las conclusiones de la revisión sistemática realizada y disponible al público en su sitio web institucional (http://www.anmat.gov.ar/ets/ETS_Cannabinoides.pdf), solamente se autorizara el ingreso al país, por la vía mencionada, a las solicitudes destinadas al tratamiento de la epilepsia



refractaria (denominada así por no responder a los tratamientos habituales) de los niños y adultos jóvenes.”

En este punto y sin que el presente análisis exceda el limitado marco de estudio que la medida cautelar requiere, corresponde a este Tribunal efectuar un análisis respecto a la normativa por la cual se ampara la demandada para denegar la petición efectuada por la actora.

A tal fin, debemos tener en cuenta que la Ley N° 27350 (publicada en Boletín Oficial con fecha 29/3/2017) regula el Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, creando el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso medicinal de la planta de cannabis.

En lo pertinente en su art. 7, establece que: “La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa.” De dicho artículo se desprende que los destinatarios son todos aquellos pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa.

A fin de reglamentar la citada Ley se dicta el Decreto Nacional 738/2017 (publicado en Boletín Oficial con fecha 22 de septiembre de 2017) de cuyo Anexo I, art. 7 se infiere la gratuidad de la provisión de aceite de Cannabis y sus derivados para aquellas personas que se encuentren inscriptos en el Programa ajustándose a sus requerimientos. Asimismo, establece que quienes no estén inscriptos en el Programa lo podrán adquirir bajo su cargo debiendo ajustarse a los procedimientos del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación. Finalmente, por Disposición 10874-E/2017 del ANMAT, se desprende que el medicamento requerido incluye a pacientes con enfermedades crónicas en tratamiento prolongado.

De la lectura de las normas anteriormente transcritas se observa que la autoridad de aplicación no ha efectuado una enumeración exhaustiva de las patologías que requieran del uso del aceite de cannabis, este no está incluido en el Programa implementado a tales fines. Por tal razón, corresponde a este Tribunal determinar cuál ha sido el sentido y el alcance que ha querido darle el legislador al momento de regular el uso medicinal del cannabis y sus derivados con el dictado de la Ley N° 27.350.

Valoración de la intención legislativa al sancionarse la Ley N° 27.350 sobre uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados.

Del debate parlamentario en la H. Cámara de Diputados de la Nación en torno a los proyectos de la ley al respecto en debate y en particular sobre los despachos de mayoría y minoría que tuvo lugar en la 21ª reunión de la 20ª Sesión Ordinaria (especial) fecha el 23 de Noviembre de 2016, donde tuvo media sanción con ostensible mayoría se pueden destacar las siguientes opiniones que resumen en general las coincidencias de los legisladores de distintos bloques y espíritu sobre los alcances que quería darse a la ley. Nos remitimos por razones de brevedad a la versión taquigráfica de la Sesión de ese día, que hemos analizado hoy en su discusión.

La Diputada por Córdoba, señora Brenda Lis Austin, manifestó que “en los debates en comisión hemos visto las incipientes pero suficientes experiencias sobre las propiedades medicinales que tiene el cannabis. Esto no solo se ve en la epilepsia sino también en el lupus, en el autismo, en la migraña, en el tratamiento paliativo del cáncer, en el glaucoma y en la esclerosis múltiple.” (El destacado nos pertenece)

En el mismo sentido la diputada por Jujuy, señora Gabriela Romina Albornoz al tomar la palabra dijo que: “Con el proyecto que proponemos se crea un programa. En el marco de ese programa se asegura la provisión del medicamento y se garantiza la investigación. Queremos saber cuáles son las propiedades que tiene el cannabis, cuáles son las patologías o los síntomas para los cuales puede emplearse en condiciones de eficacia. ... Será a nuestros científicos, médicos, investigadores y profesionales quienes van a llevar adelante este proceso para que podamos definir los resultados y que pueden emplearse para que mejoremos la calidad de vida de los pacientes con epilepsia refractaria. No solamente esto debe destinarse a ellos sino también para otros pacientes respecto de los cuales desconocíamos que pudiera emplearse el cannabis.” (Original sin destacar). Entre otros legisladores con similares opiniones que nos ha parecido útil poner de relieve.

En este sentido, entiende este Tribunal que no surge del espíritu del legislador limitar el derecho al acceso de medicamentos derivados del cannabis a una patología particular. Por cuanto queda entreabierto la posibilidad de que diversas patologías sean incluidas en el programa en cuestión. Contrariando dichos principios, la ANMAT dictó con fecha 7/6/2018 un comunicado mediante el cual circunscribe la autorización de importación de aceite de cannabis solo para aquellas personas que padezcan “epilepsia refractaria”. Con dicho



proceder queda demostrado que el citado organismo se ha excedido en el ejercicio del Poder de Policía que le compete como autoridad de aplicación del Ministerio de Salud de la Nación, toda vez que sin efectuar mayores precisiones deja desamparados a todos aquellos que pudieran sufrir una patología que requiera del uso del medicamento en cuestión, conforme las prescripciones médicas pertinentes.

En virtud de lo expuesto y sin que ello implique un adelanto de opinión respecto al fondo de la cuestión planteada, se entiende que la verosimilitud del derecho alegada por la recurrente al encontrarse en pugna las normas reglamentarias con la Ley N° 27.350, se encuentra acreditada.

b) Peligro en la demora.

Debe recordarse que el segundo requisito que prescribe el art. 230 del C.P.C.C.N., entendido como la posibilidad que en caso de no accederse a la tutela cautelar, la sentencia posterior a dictarse sería imposible o ineficaz, aparece agudizado en la presente causa ya que de negarle a la actora la medicación solicitada, podrá a ello influir negativamente en su estado de salud, poniendo en mayor peligro su integridad física, lo que torna imperiosa la protección jurisdiccional e ineludible su admisión.

A estas conclusiones se arriba con la documentación acompañada por la accionante a los fines de acreditar el grave deterioro de su estado de salud. A saber: historia clínica presentada al momento de interponer la demanda de la cual surge que sufrió de “Tumor de pared torácica –subpleural:-NEUROFIBROMA CON BANDAS DE COLAGENO DENSO CAMBIOS MIXOIDES-MARGENES DE RESECCION PASAN POR LA LESION” que motivó una intervención quirúrgica compleja practicada en el Hospital Memorial Hermann, Texas Medical Center, de la ciudad de Houston, Estados Unidos, la cual consistió simultáneamente en una cirugía de tórax, angioplastia y neurocirugía espinal a los fines de extraer los neurofibromas cortando de raíz de los nervios intercostales izquierdos. Con posterioridad a la intervención quirúrgica, subsistieron secuelas gravemente dolorosas que motivaron a que el doctor Javier Burga Montoya, médico prestador de la Obra Social DASPU a la cual se encuentra afiliada la actora, le recetara morfina y pregabalina en cantidades que pasaron de 300 a 1200 gramos diarios en poco tiempo, provocando daños colaterales en hígado, riñón y estómago, además de mareos e impulsividad, por lo que recomendó de manera imperativa y urgente un cambio en la medicación, prescribiendo “aceite de cannabis”. Ello se desprende del informe médico emitido por el citado profesional donde diagnostica “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen” prescribiendo aceite de cannabis medicinal, en dosis estimadas de 3cc., por día. Asimismo, acompaña certificados relativos al beneficio de jubilación extraordinaria otorgada por la Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, de donde surge que alcanzó el grado de 91% de incapacidad laboral de la total obrera. (fs. 3/39, fs. 40/65, 67/108 y fs. 172/173)

c) Conclusión.

En función de todo lo expuesto, y encontrándose debidamente acreditados los requisitos del art. 230 C.P.C.C.N., corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y en consecuencia ordenar al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal en la cantidad requerida por el profesional médico tratante, de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento indicado con motivo de su diagnóstico de “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen”. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones emergentes que pudieran surgir con motivo de la actual afiliación de la accionante a la Obra Social DASPU.

El señor Juez doctor Luis Roberto Rueda, dijo:

Que por su parte agrega que no desconoce desde su experiencia tanto en el derecho judicial como en los espacios académicos (Universidad Nacional de Córdoba - Maestría en drogodependencia) que todo lo relacionado al uso de cannabis ha sido considerado con ciertas dosis de desconfianza y temor, en razón de que su propia denominación sugiere que se trata del uso de una sustancia ilegal, hoy en vías de ser discutido el tema razonablemente, en el marco de una democracia deliberativa, cuando menos en lo que hace a su tenencia para consumo personal (horizonte abierto por el fallo “Arriola” de la C.S.J.N.)

Al respecto, hace dos décadas los profesores de la Universidad Harvard Lester Grinspoon y James B. Bakalar (docentes de psiquiatría y derecho respectivamente) sostuvieron, con razón, que: “La penalización del uso de la marihuana en general y las actitudes políticas que hacen que la marihuana no esté legalmente disponible como medicamento son dos problemas con la misma causa y la misma solución. La marihuana está atrapada en un doble entramado de regulaciones, las que controlan la prescripción de los fármacos en general



y las leyes criminales especiales que controlan las sustancias psicoactivas.” (Grinspoon, L; Bakalar, J. B. Marihuana, la medicina prohibida. Editorial Paidós. Barcelona, Buenos Aires. 1997. pág. 195)

Asimismo, sostuvieron que: “La actitud falsamente imputada a los defensores del uso médico de la marihuana es en realidad un espejo de la actitud del gobierno. El gobierno no está dispuesto a admitir que la marihuana pueda ser una medicina segura y efectiva debido a su actitud obstinada de exagerar desmedidamente sus peligros cuando se usa con otros objetivos” (Grinspoon, L; Bakalar, J. B., Marihuana, La medicina prohibida. Paidós. Barcelona, Buenos Aires. 1997. pág. 195)

En la actualidad, en la realidad política y social argentina esta última aseveración ha cedido frente a los avances legislativos, como por caso lo prescripto en la ya tratada Resolución N° 1537-e/2017, desde que, además de comprender la dolencia de epilepsia refractaria, establece (como se ha citado oportunamente) que el programa podrá incorporar otras patologías, como la que padece la amparista.

El señor Juez doctor Ignacio María Vélez Funes, dijo:

Sin perjuicio de todas las razones dadas precedentemente y la novedad particular del asunto que por primera vez en esta Cámara Federal de Apelaciones debe expedirse, estoy convencido que por privilegiar el derecho a la salud de la actora por la grave enfermedad que la aqueja y como paliativo para el tratamiento del dolor, corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa con la urgencia peticionada y constancias acreditadas en la causa, donde resulta que la obra social DASPU no pone objeciones a la medicación sino a las exigencias de procedimiento para autorizar su consumo por parte de la autoridad sanitaria de aplicación en el ejercicio del poder de policía de control de medicamentos que le corresponde por ley, tal como es el caso de ANMAT.

Pero todo ello debo señalar que la Ley 27.350 sancionada por el Congreso Nacional, tuvo numerosos proyectos de distintos legisladores y de diferentes bloques, donde el debate final ocurrido el 23 de noviembre de 2016 en la Cámara de Diputados se advierte una riqueza e importancia dada en la discusión parlamentaria, como también las coincidencias mayoritarias sobre el amplio espectro para el uso del aceite de cannabis como en otros países que se encuentra autorizado. Los legisladores de esta provincia de Córdoba han sido coincidentes en sus argumentos, basta ver los dichos de la Diputada Brenda Luis Austin o de la Diputada Olga María Rista. Asimismo, vease que no solo entendieron los Diputados que era para el tratamiento de alguna enfermedad en particular (epilepsia refractaria) sino para otras dolencias. La Diputada Silvia Alejandra Martínez por la provincia de Jujuy puso de relieve en su intervención “...que ha sido sin lugar a duda la lucha de las madres y de los familiares de personas que sufren diferentes afecciones la que ha obligado a incorporar este tema en nuestra agenda...” (Ver diario de sesiones del 23 de noviembre de 2016).

Por todo lo dicho no me cabe duda que frente a un diagnóstico distinto a los que ha limitado la autoridad sanitaria hoy para el uso de aceite de cannabis, en este caso y según el diagnóstico de la actora es procedente atender su reclamo.

VI. Por lo tanto corresponde: a) revocar el proveído de fecha 16 de julio de 2018 dictado por el señor Juez Federal N°2 de Córdoba, y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la señora M.P.I. D.N.I.: 18.175.982, ordenando al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal por el plazo de sesenta (60) días prorrogables por el igual período y/o hasta tanto se dicte sentencia definitiva, b) disponer que el Juez de grado se expida a la mayor brevedad posible sobre el fondo de la cuestión, a fin de preservar la vigencia de la tutela judicial efectiva en situaciones de urgencia (arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), c) librar oficio a ANMAT y a la Administración Nacional de Aduanas, haciéndoles conocer la medida cautelar aquí dispuesta, a fin de que se tomen los recaudos necesarios para su cumplimiento.

VII. Sin costas, atento la naturaleza de la cuestión y a falta de contradictorio.

Por ello;

SE RESUELVE:

I. Revocar el proveído de fecha 16 de julio de 2018 dictado por el señor Juez Federal en Feria de Córdoba, doctor Alejandro Sánchez Freytes y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la señora M.P.I. D.N.I.: 18.175.982, ordenando al ANMAT que arbitre los medios necesarios para la importación del aceite de cannabis medicinal para el uso exclusivo de la atención de su dolencia según su diagnóstico médico acreditado en autos de “Neurofibromatosis de Von Recklinghausen” por el plazo de sesenta (60) días



prorrogables en caso de resultar necesario para su tratamiento por el igual período y/o hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

II. Disponer que el Juez Federal en FERIA y/o quien corresponda en definitiva se expida a la mayor brevedad sobre el fondo de la cuestión, a fin de preservar la vigencia de la tutela judicial efectiva en situaciones de urgencia (arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica) por la cuestión de salud involucrada.

III. Librar oficio por Secretaría en FERIA con carácter urgente y preferente despacho a Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) y al señor director de la Administración Nacional de Aduanas por intermedio de la Regional Córdoba de Aduana haciéndoles conocer la medida cautelar innovativa a favor de la actora aquí dispuesta, a fin de que se tomen los recaudos necesarios para su cumplimiento.

IV. No imponer costas en esta Alzada, atento la naturaleza de la cuestión y la falta de contradictorio.

V.-Protocolícese y hágase saber. Cumplimentado, publíquese y bajen.

LUIS ROBERTO RUEDA (JUEZ)
IGNACIO MARIA VE LEZ FUNES (JUEZ)



******* Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD - (APROSS) S/ AMPARO**
(JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE FAMILIA; VILLA MARÍA, CÓRDOBA, 14/09/2018)

Villa María, 14/09/2018.

Y VISTOS: Estos autos caratulados ***** Y OTRO Cf ADMINISTRACION PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD — (APROSS) AMPARO, Expte. Nº 7523343 de los que resulta que

A fs.36/47 comparecen los señores **** y **** en representación de **** y solicitan que el APROSS cubra en forma urgente inmediata el tratamiento de manera continua y regular recomendado por su médico de cabecera basado en CANNABIS MEDICINAL, cuyas dosis y cantidad dependerá del resultado que se vaya obteniendo durante el tratamiento, ya que es la única opción viable hoy, después de haberlo intentando todo, para detener los innumerables ataques epilépticos que padece su hijo y que ponen en peligro inminente la salud de **** que padece retraso mental moderado, agravado por una enteropatía epiléptica de Lennaux Gastaut que lo obliga a medicación constante y variable que no da resultado positivo alguno.

Su médico de cabecera ha intentado todo, pero las crisis epilépticas han mejorado, entendiendo que el tratamiento adecuado es con Charlotte web hemp extract in olive oil. El menor cuenta con la cobertura del APROSS de la cual es beneficiario, encontrándose protegido por la ley 24091, que prevé la cobertura total de las prestaciones básicas que necesiten las personas con discapacidad afiliadas. Queda consecuentemente establecida la obligatoriedad de APROSS de proveer los medios necesarios, cual es el pago total del tratamiento mediante el uso de CANNABIS

MEDICINAL de manera continua y regular de los que se encuentra privado en la actualidad ya que los módulos de cobertura de la demandada son insuficientes para afrontar dichas prestaciones.

Atento a la urgencia requiere en forma cautelar que se ordene a la demandada otorgar cobertura al cien por ciento del medicamento Charlones Web Hemp Extract in Olive Oil de manera continua y regular. Dictado el decreto de "Autos", queda la medida cautelar en condiciones de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO: Los progenitores de **** de 17 años, en calidad de representantes legales del mismo, peticionan como medida cautelar, se ordene a la demandada APROSS a otorgar cobertura al cien por ciento del medicamento Charlotte Web Hemp Extract in Olive Oil de manera continua y regular, atento la negativa de esta última. Me remito la respuesta a la carta documento enviada por el APROSS (fs. 29) en la cual expresa que *"dicho producto constituye un suplemento dietario los cuales son productos formulados y destinados a suplementar la incorporación de nutrientes en la dieta de personas sanas que presentan necesidades dietarias básicas no satisfechas o mayores a las habituales, cuadra aclarar que el profesional tratante y prescriptor de dicho producto, el Dr. **** Prestador de APROSS. Si bien ANMAT autoriza importación del mismo, no aprueba su comercialización" Por lo cual al no revestir el producto la calidad de medicamento, no encontrarse aprobado por ANMAT para su comercialización, ni incluido en Vademécum, APROSS vigente, no corresponde su provisión."*

Antes de ingresar al análisis de la cuestión cuadra apuntar que no se desconoce la jurisprudencia sentada tanto por la Excma. Cámara de Apelaciones local cuanto, por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, en el sentido que, resultando coincidente el objeto del amparo con el de la cautela planteada junto con la precitada acción, debe rechazarse la medida pedida inaudita parte, pues al resolverse directamente el amparo se asegura la audiencia de las partes en el procedimiento. Los principios de bilateralidad y defensa enjuicio, con la posibilidad de que las partes acompañen los elementos probatorios necesarios a fin de acreditar los extremos que invocan, todo ello en el marco de un juicio sumarísimo como es el procedimiento de amparo. Ahora bien, sin perjuicio de ello, entiendo que en el caso sub examen, no resulta de aplicación la doctrina señalada ya que se encuentra en riesgo la salud de un menor de edad, requiriendo la petición una rápida tutela judicial que puede lograrse con el otorgamiento de la medida cautelar, para el caso de corresponder, antes que, con la sentencia de amparo, por más sumarísimo y expeditivo que sea el procedimiento que se lleva cabo a tal fin. Como sostiene Adolfo Rivas, cabe distinguir entre las cautelares que agotan la cuestión y las que sólo la anticipan provisoriamente (aut.cit."Fl Amparo", pag.35 I).

Se propone asegurar lo establecido en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que tiene jerarquía constitucional (arts.3 I y 75 inc.22 de la C.N.). No debe perderse de vista que el objeto de la medida es la cura de un adolescente por lo que debe privilegiarse el interés superior del NINA. De conformidad



a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro país (arts.31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional). En efecto, en la citada Convención, en su artículo 3.1 expresa: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". La obra social debe brindar cobertura integral para paliar la discapacidad sufrida por el hijo menor de un afiliado, pues no puede dejar de lado la obligación de brindar atención y asistencia integral a la discapacidad que establecen las leyes 22.431 y 24.901, en tanto resulta obligación impostergable de la autoridad pública emprender acciones positivas dirigidas a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación. Existen numerosos precedentes jurisprudenciales al respecto (CSJN, 8/6/2004."Martin Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina-Dirección General de Bienestar Personal Fuerza Aérea 5/amparo"; C. Nac. Fed., Civ. y Com., Sala 1.13/12/2005, 'S.D.S. c/ Instituto Obra Social del Ejército', LL Ley 30/6/2006). Resultando avalado por la discapacidad del adolescente cuya cura se procura, su situación desventajosa, su alto nivel de vulnerabilidad, y la necesidad del tratamiento peticionado (según los informes médicos acompañados), no existe razón alguna para desestimar la cautelar, conforme la expresa previsión del art. 2 de la ley 24.901.

Así, conforme lo razonado entiendo pues que dicha Expediente Nro. 7523343 - 3 / S cautelar, aunque planteada en el marco de la acción de amparo, no puede ser rechazada in limine y que en su lugar debe analizarse si se han cumplido en autos los presupuestos fácticos para su procedencia.

En este sentido, entiendo también que se ha acreditado la verosimilitud del derecho invocado, ello así con la constancia de afiliación de **** a la obra social accionada. Además, se encuentra probado en autos con el diagnóstico médico que se acompaña-, tanto la enfermedad de que se trata como la necesidad del tratamiento. No es óbice que quien lo recomiende no sea prestador, ni que le medicamento no esté aprobado para su comercialización, pues existe un profesional especializado que se lo está recomendando, asimismo ha reconocido la demandada que se trata de un suplemento dietario.

En cuanto al peligro en la demora, surge evidente en función de la enfermedad diagnosticada, y la necesidad notoria de su tratamiento, el que no puede posponerse en función del trámite del proceso. Se advierte la existencia de un daño irreparable que puede evitarse con el otorgamiento de la cautelar.

En cuanto a la contracautela, considero en atención a encontrarse controvertida la prestación, que debe requerirse a los amparistas el ofrecimiento y ratificación de la fianza de cuatro letrados a los efectos de su otorgamiento. En definitiva, juzgo se encuentran cumplimentados los extremos necesarios para la procedencia de la cautela de que se trata, y bajo la responsabilidad del ofrecimiento y ratificación de la fianza de cuatro letrados, notificar a la demandada Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross), que se ha dispuesto que la misma otorgue -a su costa-, cobertura al cien por ciento del medicamento Charlotte Web Hemp Extract in Olive Oil de manera continua y regular.

Por lo expuesto y lo dispuesto por el art.483 del C.P.C. y C. y cone, de la Ley 4.915;

RESUELVO: Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, previo ofrecimiento y ratificación de la fianza de cuatro letrados, y bajo su responsabilidad, notificar a la demandada Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross) que se ha dispuesto, a su costa, y en el plazo de cinco días de notificada, proceda a otorgar a cobertura al cien por ciento del medicamento Charlotte Web Hemp Extract in Olive Oil de manera continua y regular. PROTOCOLICESE, HAGASE SABER Y DESE COPIA.

SEBASTIÁN MONJO (JUEZ)



PROCESOS PENALES

“Principal en Tribunal Oral T001 –IMPUTADO: OTT, CHRISTIAN DARIO s/INFRACCION LEY 23.737 (ART.5 INC.A) e INFRACCION ART.189 BIS APARTADO (2) 2º PARRAFO”

(Expediente N° 032884/2017/T001 –TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTI N N° 4 –27/02/2018)

San Martí n, 27 de febrero de 2018.

Y VISTO:

Para redactar los fundamentos de la sentencia dictada en la causa nro. FSM 32884/2017/T01 (registro interno nro. 3449) seguida a CHRISTIAN DARIO OTT, de las demás condiciones personales mencionadas en el veredicto.

Intervinieron en el proceso, en representación del Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General doctor Carlos Cearras y como defensores del encausado, las Sras. Defensoras particulares doctoras Cecilia Lacay y Gabriela Factorovich.

RESULTANDO:

I. El requerimiento de elevación a juicio

Que conforme se desprende de fs. 416/424, el señor representante del Ministerio Público Fiscal ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 1 de San Martí n, requirió la elevación a juicio del presente proceso imputando al encausado Ott la conducta delictiva que se describe a continuación: “que desde fecha incierta pero hasta el día 10 de septiembre de 2016, Christian Darío Ott, en su domicilio sito en la calle Balcarce n° 3233 de la localidad de Villa Ballester, Provincia de Buenos Aires, sembró y cultivo gran cantidad de plantas de cannabis sativa, mediante la implementación de diversos elementos para su cultivo, como así también, tenía la cantidad de 10,9 gramos de clorhidrato de cocaína. Por último, tenía bajo su esfera de custodia, un arma de guerra – revolver calibre 38 Special con proyectiles en su interior-sin la debida autorización legal”.

Dichas conductas fueron calificadas como constitutivas de;

II. La acusación

En el presente acápite se realizara una breve reseña de los hechos imputados y de las consideraciones finales (art. 393 del CPPN) formuladas por el señor representante del Ministerio Público Fiscal ante este colegio (las cuales en su totalidad fueron grabadas en la audiencia), Dr. Carlos Cearras, quien en primer término solicito la absolución de Christian Darío Ott en relación al delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal, toda vez que existe a su juicio un cono de sombra respecto a la imputación por la cual el mencionado llego hasta esta instancia, lo que le permite echar mano al art. 3º del CPPN en torno al principio de la duda beneficiante.

Por otra parte, formulo acusación contra el mentado Ott conforme las consideraciones que de seguido se exponen.

En este sentido, expreso que las presentes actuaciones se iniciaron por una denuncia anónima en sede judicial provincial que alertaba que una persona de nombre Christian, también llamada “Papita”, se dedicaría a la venta de estupefacientes, especialmente cannabis, en la localidad bonaerense de Villa Ballester, señalándose dos domicilios donde se llevaría cabo dicha actividad ilícita (Balcarce 3331 o 3233, entre Belgrano y Aristóbulo del Valle; calle Belgrano 284 o 4972, entre Almirante Brown y Balcarce; ambos de la citada localidad).

En esa línea, recordó que fruto de las tareas de inteligencia se observó a una persona egresar del domicilio de la calle Balcarce 3331 o 3233, manipulando una bolsa de pequenas dimensiones, lo que motivo que personal policial lo detuviera y le exigiera exhibir sus pertenencias, secuestrándose en dicha oportunidad una bolsa de cannabis y expresando este sujeto, identificado como Marcelo Alejandro Álvarez, que esa sustancia se la había regalado su amigo Christian y que no lo detuvieran. Indico que, como consecuencia de ello, se ordenó el allanamiento de los domicilios investigados y se secuestró el día 16 de septiembre de 2016, en la vivienda ubicada en la calle Balcarce 3331 o 3233, entre Belgrano y Aristóbulo del Valle, de la localidad de Villa Ballester, provincia de Buenos Aires, gran cantidad de plantas de cannabis y habitaciones ambientadas para el cultivo del mismo. Agrego que la calidad de la sustancia fue determinada por las pericias químicas obrantes en autos, destacando que en el lugar se encontraron plantas, semillas y macetas.



Conforme lo expuesto entendió que el hecho y la participación de Ott en el mismo se encuentran acreditados con el acta de allanamiento y la declaración de los testigos de actuación y policías que participaron del mismo.

Sin embargo, discrepo con la calificación legal escogida por el Fiscal de instrucción, sosteniendo que con los elementos probatorios incorporados al debate no se había podido comprobar la finalidad de comercio, al no encontrarse elementos vinculados al mismo en el domicilio allanado, sumado a las tareas de inteligencias que tampoco arribaron a tal afirmación.

En consecuencia, considero que el hecho debe ser calificado como tenencia simple de estupefacientes, siendo que la siembra y cultivo de estupefacientes como el suministro (art. 5°, incs. a y e, de la ley 23.737) deben encuadrarse en la figura atenuada del art. 5°, anteúltimo párrafo, de la ley de estupefacientes, conclusión a la que arribo teniendo especial consideración de las manifestaciones vertidas por Marcelo Alejandro Álvarez y plasmadas por el personal policial interviniente en el procedimiento, en tanto el nombrado refirió que el estupefaciente se lo había obsequiado un amigo.

Por esas consideraciones, solicito que a Christian Darío Ott se le imponga la pena de tres años de prisión y costas de proceso.

III. La defensa

III.A.- El descargo del imputado

Que, a esta altura, corresponde señalar que ante la negativa expresada por Christian Darío Ott de declarar en el juicio oral, se ordenó la incorporación por lectura de aquellas declaraciones indagatorias bridadas por el en la etapa instructora (fs. 180/182 y 323/327).

En la primera oportunidad, y en ocasión de prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. en jurisdicción provincial (fs. 181/182) Ott refirió: “soy adicto, y todo lo que tengo era para consumo propio. Que trabajo, no vivo de eso, vivo de la carbonería de mi papa. Que las plantas me gustan, las tengo como hobby. Que me dedico a la jardinería, pero plantas legales, cactus y florales. Que intercambio con la gente todas las que tengo, que la gente saca fotos en la puerta de mi casa, tengo arreglo de cactus con setenta variedades de cactus distintas, que intercambio con la gente por otros cactus. Que me dicen la casa de los cactus. Que tengo girasoles y todo tipo de flores. Que desde la vereda se pueden apreciar todas las plantas. Preguntado por las anotaciones que constan en el cuaderno, responde que no contesta preguntas. Preguntado si tiene algo para decir respecto del arma, responde que no. Que quiero decir que soy el sostén de mi familia, tengo a mi papa que tiene 81 años y mi mama que tiene 75 y hace una semana que se quebró la cadera, y soy su enfermero, y la asisto continuamente, no tienen quien los ayude. Que eso es lo que más me preocupa porque no se las pueden arreglar solos, y yo la ayudo a levantarse, para su higiene, y hasta kinesiología hago. Que mi viejo no puede asistirla. Que me necesitan en mi casa, ellos dos no pueden estar solos esta n mal.

Que lo antes posible quiero estar en mi casa, con mis viejos y no se pueden sostener solos. Que soy la única persona que está con ellos tengo un hermano que está en España”.

Luego, y conforme lo plasmado en el acta que luce a fs. 323/327, amplió su declaración, oportunidad en la cual expuso: “que a los 13 años empecé a consumir marihuana, lo cual me llevo a comprar a lugares marginales, villas, donde me han golpeado, me robaron, me arrebatában la plata en muchísimas y distintas ocasiones. Que con el tiempo me enteré que la marihuana prensada paraguaya que vendían en esos lugares contenía el hongo botritis cine rea, el cual es perjudicial para personas con el sistema inmune deficiente, casos como HIV o cáncer. Muchísimos años más adelante, descubrí las flores y el autocultivo, el cual se convirtió en un hobby y empecé a consumir solo lo que yo cultivaba, solo flores cultivadas por mí. Que con el tiempo comencé a ir a copas cana bicas, donde estudiamos las propiedades medicinales del cannabis y se me enseñó a hacer aceite medicinal, primero con alcohol fino y después otro aceite con alcohol etílico absoluto y otro alcohol tridestilado de cereal, lo cual acentuó más el hobby que tenía. Yendo a estas copas, en el 2014, en la primera que fui se llamaba ZION obtuve una medalla por el tercer puesto entre 75 participantes. En el 2015 participe en la Copa Ciudad Autónoma de Bs. AS. Y obtuve un sexto puesto entre 80 participantes donde salí en la revista “HAZE”, en la no mina de ganadores. Yendo a estos lugares, conocí gente con los cuales también intercambiaba variedades llegando a juntar 33 variedades distintas hasta el día del allanamiento. Que como dije antes, se me enseñó a hacer cannabis medicinal y se me enseñó que lo más importante es el punto de corte y el curado, que debe ser marihuana sembrada orgánicamente. Que esta marihuana debe ser cosechada cuando los tricomas viran del color transparente al color blanco lechoso en un 70% y el 30% vira hacia un color ámbar, ese es el punto justo



de corte que se lo puede ver con una lupa de 30 x 40. Esta marihuana una vez cortada se desecha toda la materia verde, hojas pequeñas grandes y ramas, se la pone en una habitación oscura y fresca con una humedad que no supere el 70%, si la humedad llegara a ser más alta se usan ventiladores que no apunten directamente a las flores. Al cabo de 15 días, estas flores habrán perdido un 75% de su peso original y están listas para ser pasadas a los frascos. Estos frascos se los pone en un armario oscuro y durante el primer mes se los abre todos los días durante dos horas, salvo los días que haya humedad o los días de lluvia. El segundo mes se los abre día por medio y el tercer mes se los abre una vez por semana. Luego de esto, la marihuana ya estará curada para fabricar aceite medicinal. Para hacer el aceite, primero se cortan los cogollos, se los muele con un picador, se los deja en la heladera durante dos días, se los pasa a un frasco previamente esterilizado ya habiéndole agregado hasta la mitad alcohol tridestilado de cereal. Luego se agregan los cogollos, se cierra el frasco y se lo agita durante dos minutos y se los cuele primeramente con un filtro de café de tela. El líquido que sale de esta filtración se vuelve a colar, esta vez con un filtro de café, pero de papel. El líquido que sale debe ser color verde y transparente. Luego se pasa este líquido a un bowl de "pirex", se le agrega agua destilada, se lo pone a baño María durante cinco horas aproximadamente revolviendo con una espátula de silicona, siempre controlando que no supere los 78 grados de temperatura para que no se desoxidilen los cannabinoides, controlando que burbujee pero que no exploten esas burbujas así uno a simple vista se da cuenta que no supero esa temperatura. Que cuando se va decantando el aceite, se separa del agua y se lo degusta. Si llegase a tener gusto a alcohol, se le vuelve a agregar agua destilada y se sigue con el proceso un par de horas más, pudiendo ser en total unas 8 horas. Una vez que el aceite se decantó todo, se separa del agua y se guarda en jeringas de 1 mililitro. También se lo puede mezclar con aceite de oliva o con leche de coco, la cual ayuda a mantener activos los cannabinoides por más tiempo. La primera dosis inicial para cualquier persona o un chico es una gotita del tamaño de un granito de arroz. Este aceite sirve para encefalopatías, como epilepsias refractarias, como el síndrome de Doose, síndrome de West, síndrome de Dravet y el de Lennox Gastaut. Y también sirve para trastorno del espectro autista. El 4 de mayo de 2016, en la marcha mundial para la marihuana, conocí a Valeria Salech y Mariana Quiroga, que son miembros de la Organización "Mama Cultiva Argentina", con quienes me comprometí a brindarles flores y aceites de lo que yo tenía, contactándome con ellas mediante su página de Facebook. Que este aceite medicinal yo se lo daba a mi mamá, que tiene artritis reumatoidea y al cabo de una semana se le fueron los dolores, a pesar de que ella tomaba la medicina tradicional. Que también se lo daba a un amigo mío Ariel Castillo, que padeció a Cáncer de Colon. El aceite lo ayudo a pasar la quimioterapia sin vómitos aumentando el apetito, durmiendo bien y recuperando rápidamente la masa muscular. También se lo daba a otros familiares que tiene HIV. Este aceite también sirve para otras patologías, como la fibromialgia, Alzheimer, esclerosis lateral amiotrófica, mal de Parkinson, Tourette, HIV, cáncer, artritis y otras que no recuerdo. Que como dije antes, hasta el día del allanamiento tenía 33 variedades y el porqué de tener estas variedades conservadas se debe a que cada una conserva distintos niveles de tetrahidrocannabinol, cannabinol y cannabidiol. Estos componentes actúan sinérgicamente o en conjunto, son los que se usan para la medicina como componentes principales. Es como si existiera una variedad para la cura de la enfermedad de cada persona o de varias. Para conservar esas variedades no queda otra que clonaras ya que la marihuana es una planta dioica, plantas macho con polen masculino, plantas hembras con estigmas femeninos. La semilla que nazca del cruce de estos dos individuos va a tener características genéticas de ambos, y ya no va a ser igual a la madre, entonces no queda otra que clonarla a la planta madre. Para esto, se necesita un clon enraizado, una planta joven, una planta mediana y una planta madre, de la cual se extrae el clon y así se mantiene el ciclo. De ahí la cantidad de plantas que yo tenía. La marihuana medicinal debe ser cultivada de forma orgánica, con un sustrato especial previamente esterilizado y en macetas. Siempre cultivé en macetas pequeñas y las mantuve tipo bonsái, lo superando en promedio los 20 cm de altura. Este sustrato está compuesto de 20% turba espagnum, 20% de humus de lombriz, 20% de compost, 20% de tierra fértil, 15% de perlita y 5% de bermipulita. A este sustrato se le deben agregar hongos tricotermas y micorrizas, los cuales son antagónicos contra hongos perjudiciales como la botritis cinérea, el fusarium o el pitium. También la marihuana orgánica debe ser cultivada con fertilizantes orgánicos, yo utilizaba harina de hueso, harina de pescado, levadura de cerveza, melaza de Tanía, espirulina y té de cascara de banana. También como insecticidas se deben usar los biodegradables o lavables como el aceite de nim, que se extrae del árbol de nim originario de la India, la tierra de Diatomeas, que se extrae de algas fosilizadas, jabón potásico y también purín de ortiga y purín de cola de caballo. Que las macetas estaban rotuladas con el nombre de cada variedad y los frascos también estaban



rotulados con cada variedad. También quería decir, que, hipotéticamente hablando, si con todas las plantas que yo tenía quisiéramos armar, por ej., un arbolito de navidad nunca llegaría a igualar en cantidad de ramas, porte o altura a una sola planta cultivada solamente en tierra. Yo nunca quise lucrar con esto, sería muy tonto de mi parte no cultivar directamente en la tierra, ya que tengo un terreno inmenso donde podré a haber cultivado y no lo hice. Siempre cultive en indoor, en las habitaciones, porque es la forma más segura que la marihuana sea de alta calidad medicinal. Que quiero poner como avales dos nombres, el Dr. Carlos Magdalena, director de Neurología Infantil del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez; también el Dr. Marcelo Morante médico docente e investigador de la Universidad Nacional de La Plata, quien lleva a cabo pruebas con cannabis y Valeria Salech y Mariana Quiroga, que son miembros de la organización “MAMA CULTIVA ARGENTINA”. Que, respecto del arma, voy a decir que a principios del mes de agosto yo venía del supermercado chino, a eso de las 21 hrs., entro a mi casa, llego hasta el fondo y veo a una persona extraña. Deje las bolsas, salí corriendo, fui hasta lo de mi papa que vive a la vuelta y le dije a mi mama que llame al 911; mientras ella llamaba, volvimos a mi casa con mi papá, entramos y corroboramos que ya no había nadie. Cuando estábamos en la pieza, escuchamos que llego el patrullero, salimos y dijimos que no había nadie así que se fue la policía. En ese interín, mi papa había llevado el arma consigo y la había dejado en la pieza sin que yo supiera, atrás de un televisor sobre un mueble que yo tengo enfrente de la cama. Al otro día, vi que estaba el arma ahí, quede en llevársela, pero fueron pasando los días y me olvide de ella hasta el día del allanamiento. Esa arma pertenecía a mi abuelo y la heredo mi papa cuando era policía federal. Preguntado sobre si posee papeles al respecto, responde que se han extraviado. Preguntado si estaba inscripto como legítimo usuario su padre, responde que desconoce, que como era de su abuelo si tenían los papeles no estaban a nombre de su padre. Que también quiere decir que lo que más me duele de toda esta situación es el estado de abandono de mis padres, mi papa José con 82 años hipertenso, con varices y una ulcera en la pierna, mi mama Mirta de 76 años, un mes antes de caer yo detenido se había quebrado la cadera, también es hipertensa, tiene reflujo gástrico, alergia bronquial y artritis reumatoidea. Yo era su enfermero, quien los cuidaba, hacia los mandados, la comida, mantenía la casa, además de llevar adelante el negocio familiar de venta de carbón y leña. En los días libre trabajaba como empleado de la agencia de fletes “ALPES TRANSPORTES” y también hacía jardines a varios vecinos de mi barrio. Que desde que estoy preso el negocio se vino abajo, mi papa necesita alguien que lo ayude urgentemente ya que no puede andar cargando las bolsas ni todo ese movimiento que hacía yo. Aparte quiero decir que, si bien está claro que viole la ley al querer suministrarle marihuana medicinal a lora personal, quiero que quede claro que todas mis acciones fueron destinadas a aliviar el sufrimiento de los demás en un contexto donde el gobierno no les pudo garantizar el acceso en forma segura a marihuana de alta calidad medicinal. Que por eso pido, como lo hacen en algunos otros casos, que no se me condene a una pena de cárcel, sino se me obligue a cumplir trabajos comunitarios. Preguntado sobre si tenía conocimiento si era ilegal el cultivo de marihuana, responde que sí. Preguntado en que horario realizaba el cultivo de cannabis, responde que, en cualquier horario del día, que cuando tenía tiempo libre me dedicaba a eso. Preguntado donde se realizan las copas canabicas, manifiestan que se realizan en lugares privados, generalmente por Facebook se organizan o por la Revista Haze o THC. A solicitud de la defensa en relación a si sigue consumiendo marihuana, responde que sí, que consumí a todos los días cannabis y algunos fines de semana cocaína. En relación a si recibe algún tratamiento por su adicción, responde que no recibe tratamiento alguno donde está alojado. Preguntado sobre si desea realizar tratamiento para recuperarse de su adicción, responde que sí, que sabe que es una adicción. A solicitud de la defensa sobre si estudio algo relacionado a las plantas, responde que comenzó en la Universidad de Agronomía la carrera de Floricultura, donde tiene aprobados sector Florícola y Botánico. A pregunta de la defensa sobre si vendió alguna vez este aceite medicinal, manifiesta que no, que entre los cultivadores armaron una red solidaria, donde le entregan ese aceite a quienes no pueden pagarlo. Preguntado si alguna vez comercializo estos estupefacientes que tenía en su domicilio, responde que no, jamás. Que solicita su excarcelación. Preguntado sobre si cumplí a horarios fijos en “ALPES TRANSPORTES”, responde que trabajaba en negro, porque es el amigo del hijo del dueño y le avisaba cuando tenía días libres y ahí lo convocaban. Preguntado sobre en que ocupaba el tiempo sus días, responde que en el negocio familiar. Preguntado sobre si alguna vez le entregó aceite medicinal a los miembros de MAMA CULTIVA, responde que no llego a hacerlo, que lo que tenía el día del allanamiento era porque estaba preparando varios aceites para entregárselos”.

III.B.-La defensa técnica



Al tiempo de efectuar su alegato, la Dra. Lacay, letrada defensora de Christian Darío Ott, compartiendo los argumentos esgrimidos por el señor Fiscal General, sostuvo que no se ha acreditado la finalidad mercantil de la tenencia de estupefaciente que se le secuestrara a su defendido, la cual reconoció pero únicamente con la finalidad de consumo personal, razón por la cual peticiono que se califique el hecho como tenencia de estupefacientes, prevista y penada por el art. 14, de la ley 23.737 y solicito que se imponga al imputado la pena de un año de prisión.

IV. Pruebas

A) Declaraciones testimoniales incorporadas por lectura.

Con el consentimiento de las partes se ordenó la incorporación por lectura de las siguientes declaraciones recibidas durante la instrucción a los siguientes testigos: Daniel Ovit (fs. 22/25 y 26/27), Nicola s Celentano (fs. 28), Adrián Tejerina (fs. 29 y 43/44), Horacio Miguel Ledesma (fs. 37vta. y 38vta.), Emiliano Fernández (fs. 47), Agustín Jesús Acosta (fs. 69), Matías Ezequiel González (fs. 70), Leonardo Sebastián Arriola (fs. 77/78).

B) Constancias incorporadas por lectura:

Según fuera autorizado oportunamente, se han incorporado por lectura al debate las siguientes piezas procesales: informe policial de fs. 7/10, acta de procedimiento de fs. 65/68, acta de procedimiento de fs. 86/89, acta de aprehensión y lectura de derechos de fs. 90/91, test de orientación efectuados sobre el material incautado de fs. 92/98, croquis de fs. 99, las minas fotográficas de fs. 100/129 y 138, acta de fs. 209/210, pericia balística de fs. 219/221, informe pericial de fs. 367/377, informe socio-ambiental de fs. 636/638, los informes periciales de fs. 644/648, 655 y 662 y el informe penitenciario de fs. 615/620.

Y CONSIDERANDO:

I. De la absolución propiciada por el señor Fiscal General.

Conforme se anticipará, el señor Fiscal General, Dr. Carlos Cearras, en oportunidad de realizar su alegato solicito la absolución del encartado Christian Darío Ott en relación al delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal, comprendido en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 416/424.

Ello así, por estimar que no se logró acreditar debidamente en el expediente que el arma pertenezca al encausado, valorando en este punto lo dicho por el en cuanto a que fue adquirida por su progenitor debido a un hecho de inseguridad que había sufrido tiempo atrás y que desconocía a su ubicación en una de las habitaciones del domicilio donde fue secuestrada, circunstancia que tornaba de aplicación lo normado por el art. 3º del CPPN en torno al principio de la duda beneficiante.

Ahora bien, tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos, considero que, ante la falta de acusación y pedido de pena por parte del Ministerio Publico Fiscal respecto del evento indicado y en ausencia de un acusador extraño a este, independientemente de compartir o no los fundamentos vertidos por el señor Fiscal General, me encuentro obligado a pronunciarme por la absolución, más allá del control de razonabilidad propio de todos los actos públicos, derivado de la forma republicana de gobierno; ello en consonancia con los Fallos 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557; “Tarifen o” –325:2019-; “García” –317:2043-; “Cattonar” –318:1234-; y “Mostaccio, Julio” –327:120.

Lo contrario implicaría la asunción de funciones distintas a la jurisdicción que violaría la garantía de imparcialidad y lesionaría a la garantía del debido proceso, entendido este, como compuesto por acusación, prueba, defensa y sentencia.

En esa línea debe recordarse que en el citado precedente Mostaccio (DJ 2004-2, 22) el cintero Tribunal sostuvo que “la imposición de condena transgrede las garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso –art. 18 de la Constitución Nacional– si el fiscal durante el debate solicito la absolución del imputado, pues no se respetan las formas esenciales del juicio –acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales...”. Esto fue también expresado en el fallo “Cáceres, Martín” (Fallos 320:1891), resultando así ineludible acceder a la pretensión del Dr. Carlos Cearras.

En cuanto al control de razonabilidad el mismo se ve satisfecho desde que el titular de la vindicta pública basa su postura en las consideraciones de hecho y derecho expuestas en su alegato que fuera reseñado anteriormente, de lo que se infiere un claro razonamiento efectuado a la luz de las constancias de autos.

En este sentido, la postura del señor Fiscal General, quien cito el principio del artículo 3 del C.P.P.N., “in dubio pro reo”, para concluir como lo hiciera, no resulta arbitraria, pues encuentra sustento en las especiales



características que tuvo el caso traído a juzgamiento, estando dotada de argumentación suficiente y superando consecuentemente el examen de logicidad que el Tribunal debe aplicar en estos supuestos.

Al respecto, si bien es cierto que bastaría esta circunstancia de orden procesal para acceder al requerimiento desvinculatorio propiciado en este proceso, las razones que ha expuesto en su alegato final hacen a sus argumentos homologables, satisfaciendo de esta manera el control de legalidad y razonabilidad que debe imperar.

En efecto, el pedido absolutorio del Dr. Cearras abarca fundamentos concluyentes que permiten considerarlo debidamente motivado en los términos del artículo 69 del Código Procesal Penal de la Nación, pues hace referencia a elementos probatorios que fueron ventilados tanto durante el debate oral celebrado en autos, así como también por medio de las constancias incorporadas por lectura al proceso que refuerzan aún más lo aquí postulado.

Por tales motivos, es que resolví la absolución respecto de Christian Darío Ott en relación al hecho por el que viniera a juicio requerido, constitutivo del delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal –previsto y reprimido por el art. 189 bis inciso 2º párrafo segundo del C.P., por no mediar acusación (art. 402 del CPPN).

II. La materialidad ilícita y la responsabilidad del imputado

Que la prueba producida durante la audiencia y la incorporada al debate por lectura, con conformidad de las partes, permitió afirmar, con el grado de certeza que esta instancia impone que, Christian Darío Ott desde fecha incierta, pero hasta el día 10 de septiembre de 2016, sembró y cultivó plantas de cannabis sativa destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, a la vez que le fue hallado en su poder la cantidad de 10.9 gramos de clorhidrato de cocaína.

Asimismo, que el día 19 de agosto del año 2016 siendo aproximadamente las 19.10 horas, suministros estupefacientes –marihuana-ocasional y gratuitamente a Marcelo Alejandro Álvarez, para uso personal de este último.

Tal afirmación, en primer lugar, encuentra sustento en las declaraciones brindadas por el Cabo 1º Daniel Ovit del servicio de Brigada de la Delegación San Martín de la Policía Federal Argentina. El preventor indicó que, luego de identificar los domicilios denunciados y realizando tareas investigativas sobre los domicilios sitios en la calle Belgrano nº 4972 y Balcarce 3233 de la localidad de Villa Ballester, tras implantar una discreta vigilancia no visualizo actividad alguna que hiciera presumir que allí se realizaban actividades compatibles con la comercialización de estupefacientes. (cfr. Fs. 22 y 26).

En dicha oportunidad asimismo se pudo establecer que en ambos domicilios se registró el ingreso y egreso de un sujeto masculino de nombre Darío, alias “Papita”, de unos 28 o 32 años de edad, de aproximadamente 1.90 mts. De altura, de tez trigueña, barba y pelo largo de color negro, a quien se lo podía visualizar realizando tareas de jardinería en el interior del domicilio, así como en la acera de ambos.

En idéntico sentido se manifestó el Subinspector Nicolás Celentano al prestar declaración testimonial a fs. 28.

Aunado a ello, tuve en cuenta las tareas de investigación desplegadas por el Cabo 1º Adrián Tejerina del grupo nº 2 de la Brigada de la Delegación San Martín de la Policía Federal Argentina, quien realizando una discreta vigilancia sobre el domicilio sito en la calle Balcarce nº 3233, el día 19 de agosto del año 2016 constato el arribo al lugar de un rodado marca Volkswagen Gol dominio UOF-623 del cual descendió un sujeto masculino. Este ingreso a la vivienda investigada invitado por el sujeto identificado como Darío –alias “Papita”– para luego de unos minutos retirarse del lugar manipulando una bolsa de nylon con sustancia vegetal, lo que motivo el seguimiento del rodado y su posterior interceptación sobre la calle San Martín a la altura catastral nº 444 luego de haber recorrido unas cuadras.

En esta oportunidad y en presencia de testigo civil convocado al efecto, requerido que fuera a que exhibiera sus pertenencias personales, el sujeto previamente identificado como Marcelo Alejandro Álvarez extrajo del bolsillo izquierdo de su pantalón una bolsa de nylon conteniendo en su interior una sustancia vegetal, refiriendo espontáneamente en ese momento “es un regalo de un amigo, no me lleven, por favor”. Al ser sometida al correspondiente test de orientación, arrojó un tinte rojo indicativo de estarse ante la presencia de marihuana.

Dicho procedimiento se encuentra debidamente documentado en el acta que en copias luce a fs. 33/34 y 35/36, así como en las constancias glosadas a fs. 39/41, mientras que a fs. 37 luce la declaración testimonial



brindada por el testigo convocado al efecto, señor Horacio Miguel Ledesma, donde ratifico en un todo lo que fuera plasmado en el acta de aprehensión y secuestro.

Por otra parte, valore el acta de allanamiento glosada a fs. 86/89, ordenada en función del resultado de las tareas policiales llevadas adelante por el personal policial Tejerina y que fueran relatas precedentemente, la cual documenta la requisa realizada en el domicilio sito en la calle Balcarce 3233 de la localidad de Villa Ballester, oportunidad en la cual se procedió la detención del investigado Darío –alias “Papita”- quien fuera identificado como Christian Darío Ott, así como al secuestro, en distintos compartimentos de la vivienda, de los siguientes elementos: cuatro balastros, tres timers, tres lámparas, dos frascos plásticos de color negro con la etiqueta que reza “Flushars lavador de raíces”, un frasco plástico de color negro con inscripciones varias, un frasco de color negro con inscripciones “Flowars bioestimulador floral”, un envase de plástico color negro con la inscripción “Top Veg”, un frasco plástico de color negro con la inscripción “PK Boost”, dos envases plásticos de color blanco con la inscripción “Grow Dynamite”, dos envases plásticos de color blanco con la inscripción “Aegis desarrollo radicular”, un envase plástico de color blanco con la inscripción “Orquídeas fertilizante líquido”, un envase plástico de color blanco con la inscripción “calcio”, un envase plástico con la inscripción “Nostress fertilizante 100% orgánico de origen vegetal”, un envase plástico de color negro con inscripción “Top Crop Deeper Underground”, un envase color negro con la inscripción “Dolomita”, un envase plástico con la inscripción “Clonex Rootin Hormone”, un envase con inscripción “más verde fertilizante líquido”, un roseador con inscripción “Gammareoots potenciador del crecimiento y antishock”, un envase plástico color blanco con la inscripción “Magnesio”, un envase con la inscripción “Ultratron”, un medidor de temperatura, un cuaderno con tapa azul con anotaciones varias, una lámpara de 900w, una lámpara de 150w, y una lámpara de 400w, un porta lámpara colocado en una mina de aluminio conectada por medio de cables a un balastro color negro, treinta y siete (37) plantas las cuales fueron extraídas de sus respectivas macetas, dos lámparas, dos balastros y un timer, ochenta y un (81) plantas enmacetadas, sesenta y ocho (68) plantas pequeñas sin maceta, veinticinco (25) macetas vacías con inscripciones varias, tres lámparas, dos balastros, dos timers, seis (6) ramas secas y otras veintiséis (26) ramas de menor tamaño que se hallaban colgadas en un alambrado tipo tender, seis (6) frascos de vidrio conteniendo sustancia vegetal cuyos pesajes resultaron ser de: 78grs., 56 grs., 13 grs., 18 grs., 18 grs., 14 grs., un envase de vidrio con tapa conteniendo sustancia vegetal, un envoltorio de nylon transparente con sustancia blanca compacta y polvo –cocaína- que se hallaba en el interior de un envase de dulce de leche marca “La Serenísima”, dos bolsas que contenían sustancia vegetal picada, las cuales arrojaron un peso de 218 grs. y 416 grs., hojas secas, tres frascos con sustancia vegetal cuyos pesajes respectivos resultaron ser de 7 grs., 2 grs. y 5 grs., dos bolsas de nylon transparente con sustancia vegetal cuyos pesos respectivos resultaron ser 6.4 grs. y 2.5 grs., un frasco de vidrio conteniendo sustancia vegetal, dos frascos de vidrio de color azul con tapa plástica de color gris con sustancia en polvo color verde amarronado –marihuana-, un envoltorio de nylon transparente con sustancia blancuzca –cocaína- y otro envoltorio de color blanco con sustancia blancuzca compacta en piedra y polvo –cocaína-, una caja conteniendo veinte (20) envases de distintas semillas, un revolver con la inscripción “S&W Oto” en el can o n Nro. de serie 521316, con seis alveolos –cada uno de ellos con su cartucho a bala correspondiente sin percutar-, con la inscripción “IMI.38 SPL” en su base, cinco (5) cartuchos a bala con la inscripción “IMI.38 SPL” en su base –envueltos en un nylon transparente-, un cartucho a bala con la inscripción poco legible 2FAM MAP” en su base, un estuche color negro que contenía tres (3) cartuchos a bala con la inscripción “IMI.38 SPL”, cuatro (4) cartuchos a bala con la inscripción “FMC SF II 9MM 57” en su base, un cartucho a bala con la inscripción “FLB 95 9x19” en su base, un cartucho a bala con la inscripción “38 S&W ORBEA” en su base, tres cartuchos a bala con inscripción “SP 32 S&w” en su base, una bolsa de nylon de color blanco conteniendo diez (10) cartuchos de escopeta con la inscripción “ORBEA CAL 16” en su base -3 de ellos de color amarillo y 7 de color rojo- y nueve (9) plantas enmacetadas.

El acta de procedimiento antes mencionada fue analizada conjuntamente con los tests orientativos de fs. 92/98, los cuales dieron positivo para la presencia de marihuana y cocaína en las sustancias secuestradas, así como también con el croquis ilustrativo de fs. 99 y las vistas fotográficas obtenidas durante el procedimiento, glosadas a fs. 100/129.

Cabe señalar que tanto el acta de procedimiento como los tests orientativos fueron ratificados durante la instrucción por los testigos de actuación Julio Avelino González (fs. 75/76) y Leonardo Sebastián Arriola (fs. 77/78). A este respecto, corresponde destacar que los nombrados han brindado un detalle minucioso acerca de



las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aconteció el hecho objeto de la presente causa, extremos que permiten concluir que tanto el allanamiento como el acta confeccionada fueron realizados con estricto apego a lo establecido en el código de rito (arts. 138, 139, 2130, 231 y sgtes. del CPPN).

En lo que respecta al material estupefaciente hallado en el interior de la finca de Ott, destaque el informe pericial químico elaborado por la División Laboratorio Químico de la Superintendencia de la Policía Científica de la Policía Federal Argentina, el cual concluyó que las sustancias secuestradas consistían en clorhidrato de cocaína, arrojando un peso total de 6.38 gramos, con una pureza promedio del 62.4% y un número de 38 dosis umbrales. Mientras que las plantas, hojas, semillas y sustancia vegetal secuestrada se determinaron que contienen delta-9-tetrahidrocannabinol (THC), siendo que sus pesajes totales y dosis umbrales se encuentran detallados en el cuadro que luce a fs. 372 (ver fs. 368/372).

Así, acreditada la materialidad del suceso, estime que debe tenerse por probada la intervención responsable del encartado en el mismo, por cuanto fue hallado en poder del material estupefaciente en cuestión, en ocasión de ser allanada su finca.

Por otra parte, resalte la admisión de responsabilidad realizada por el imputado en oportunidad de prestar declaración indagatoria en autos, conforme se encuentra documentado en las actas de fs. 180/182 y 323/327, lo cual completa la prueba de cargo y permite afirmar, con la certeza requerida en esta instancia procesal, que Christian Darío Ott es autor penalmente responsable del obrar doloso que se le atribuye.

Dicho lo anterior, analizada la responsabilidad del encausado, corresponde ahora abocarse a analizar la calificación legal de los hechos enrostrados.

III. Calificación legal

En la discusión final (art. 393 del C.P.P.N.), el titular de la vindicta pública expreso su discordancia con el encuadre legal efectuado en la etapa de instrucción por el fiscal de grado, en tanto, en virtud de las constancias probatorias adunadas en autos, descarto la finalidad de comercio de estupefacientes, estimando entonces que el accionar desplegado por el imputado resulto configurativo de los delitos de tenencia simple de estupefacientes y siembra y cultivo de estupefacientes, estos últimos en su modalidad atenuada (arts. 5 incisos “a” -en función del párrafo agregado por ley 24.424-; “e” y 14 de la ley 23.737) Por su parte, el alegato defensorista en la puridad se limitó a discutir el monto de la pena propuesto, en tanto no cuestiono la nueva calificación jurídica propiciada por el señor Fiscal General, limitándose a señalar que la pena a imponer a su defendido debí a ser de un (1) año de prisión.

Dicho ello, considero oportuno destacar que, como director del debate, tengo a mi cargo la función de controlar que la actividad de las partes se ajuste a los roles normativamente regulados tanto por la norma fundamental como por las leyes procesales.

Además, el control de legalidad de actuación que yace en cabeza del tribunal constituye una expresión de la forma republicana de gobierno, la cual consagra la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que debe permanecer vigente permanentemente.

En este orden, la doctrina enseña que: “la forma republicana de gobierno (art. 1° de la C.N.) impone a todos los funcionarios expresar los fundamentos y razones de sus actividades, pues no hay otra forma de verificar si se cumple con la tarea y hacer efectiva su responsabilidad en caso contrario” (D’Albora, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, 4° Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 159).

No se trata de avasallar la autonomía que la Carta Magna le confiere al Ministerio Público Fiscal, se trata de realizar el análisis acerca de la fundamentación de lo alegado y postulado por el representante de ese ministerio, lo que implica en el caso de autos, analizar la razonabilidad de la calificación legal postulada por el Representante del Ministerio Público Fiscal en el juicio oral desarrollado en el presente proceso.

Sentado ello, y teniendo en consideración que la calificación legal propiciada por el Dr. Cearras ha implicado un cambio en aquella fijada oportunamente en el requerimiento de elevación a juicio de autos, debe recordarse que acerca del principio de congruencia que debe imperar en todo proceso penal, la doctrina tiene dicho que “la congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Es decir que el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse, entender lo contrario implicaría desvirtuar el sustrato del proceso”¹¹.



11 Ledesma, Ángela Ester, “Principio de congruencia en el proceso penal. Reglas aplicables”, en XXIV Congreso de Derecho Procesal, 8/10 de noviembre 2.007; Mar del Plata, Argentina. “Ponencias Generales. Relaciones generales. Trabajos seleccionados”. Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fe –Argentina-2.007, pág. 717.

Asimismo, es criterio del Máximo Tribunal que, “cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva” (Fallos: 329:4634).

Y también que, “la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, sino que, en definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que de lo contrario se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), privándosele al procesado el derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye” (cfr. Fallos: 316:2713).

Sobre esa base, entiendo razonable y ajustado a los sucesos antes descriptos el juicio de subsunción efectuado por el titular de la vindicta pública en el debate oral, toda vez que la descripción fáctica efectuada en el requerimiento de elevación a juicio contiene todos los elementos exigidos por las figuras legales seleccionadas por señor Fiscal General al momento del alegato, no vulnerando así el derecho de defensa del imputado, máxime si se tiene en cuenta que el cambio efectuado ha sido objeto de discusión final, asegurando así que el imputado y su defensa tengan la efectiva oportunidad de defenderse respecto de esta.

En efecto, no puede perderse de vista, tal como reseñé anteriormente, que al momento de concedérsele la palabra a la Dra. Lacay, esta se limitó a expresar su discrepancia con el monto de la pena a imponérsele a su defendido dentro de la escala penal aplicable, sin efectuar crítica alguna respecto al cambio en la figura legal postulada, no pudiendo entenderse dicho desacuerdo como sinónimo de arbitrariedad.¹² Cámara Federal de Casación Penal. Sala I. Causa N° 16498. Lopiano, Roberto Carlos s/ recurso de casación. 3/05/13. Sala: III. Causa N° 10806. Aldeco, Alejandro Martín s/recurso de casación e inconstitucionalidad. 26/10/09.

Así las cosas, la modificación propiciada por el Sr. Fiscal General no vulnera el derecho de defensa en juicio por dos razones.

En primer lugar, no distorsiona la naturaleza del hecho que fue materia de acusación, ya que no solo no ha modificado el objeto procesal del presente sumario, sino que además no ha implicado un cambio sorpresivo, por cuanto la plataforma fáctica sobre la que versó el reproche penal al imputado en el requerimiento de elevación a juicio se mantuvo inalterable y ninguna mención ha hecho la defensa respecto al encuadre legal escogido por el titular de la acción pública.

En segundo término, en su acusación el Fiscal General desechó circunstancias relevantes para el derecho penal descriptas en el requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 416/424, descartando la calificación más gravosa por la que se abriera la instancia (delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de siembra o cultivo de plantas, en concurso real con tenencia simple de estupefacientes, previstos por los arts. 5° inciso “a” y 14 primer párrafo de la ley 23.737) en favor de la modalidad atenuada de aquellos tipos penales (art. 5°, antepenúltimo y último párrafo, de la ley citada), toda vez que descarto la hipótesis de comercialización de la sustancia incautada.

Por ello, tal accionar no solo no vulnera el principio de congruencia sino que además no se advierte de que manera pudo haberse entorpecido el ejercicio de la defensa en juicio de Ott, máxime si se tiene en cuenta que mejoro la situación del nombrado al reprocharle un delito de menor gravedad que aquel que fuera objeto de calificación legal en la instancia anterior, que más allá de beneficiarlo tampoco impidió que la defensa ejerza la estrategia que estimo correspondiente.

Además, no puedo dejar de soslayar que la calificación propiciada por el señor Fiscal General fue objeto del contradictorio, toda vez que la defensa del encausado tuvo oportunidad de ejercer -durante el curso del debate- de modo efectivo todas las defensas de hecho y derecho que el ordenamiento legal le otorga, lo que efectivamente realizó al expresar su discordancia con el monto de la pena oportunamente solicitada.

Aunado a ello, también es importante destacar que, en el especial caso, la selección por parte del acusador público (y único en autos) de la figura penal aplicable al caso, importo el descarte de uno de los extremos de imputación de aquella otra figura primigenia, cual es la intención de llevar a cabo la conducta dentro de una cadena de tráfico de estupefacientes.



En ese sentido, y por imperio de aquellos principios ya reseñados supra, la adopción de la calificación del requerimiento de elevación a juicio, podré a importar un cercenamiento del derecho de defensa, que acoto su actuar al contenido del alegato final de su contraparte, y que por lo tanto se podré a encontrar privada de controvertir una novedosa y sorpresiva calificación.

Bajo ese norte, entiendo que la razonabilidad que debe guardar la petición formulada por el titular de la vindicta publica, se ve satisfecha desde que esta basa su postura en las consideraciones de hecho y derecho expuestas en su alegato que fuera reseñado anteriormente, de lo que se infiere un claro razonamiento efectuado a la luz de las constancias de autos.

Por los motivos expuestos anteriormente fue que encontré razonable y ajustado al suceso antes descrito el juicio de subsunción efectuado por el Ministerio Público Fiscal, entendiendo así que la conducta reprochada al causante resulto constitutiva de los delitos de cultivo de estupefacientes atenuado por su finalidad; facilitación de sustancias estupefacientes a título gratuito y tenencia simple de estupefacientes, los cuales concurren idealmente entre sí (arts. 12; 29; 45; 54 y artículos 5 incisos “a” (en función del párrafo agregado por ley 24.424); “e” y 14 de la ley 23.737).

IV. Determinación de la pena

Acreditada la materialidad ilícita del accionar desplegado por Christian Darío Ott y a fin de graduar la pena a imponer, no se encontraron eximentes que tratar.

Aunado a ello, en función de las pautas conmensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, valore como agravante la cantidad del material incautado por entender que implica una mayor afectación del bien jurídico tutelado, mientras que como atenuante pondere la carencia de antecedentes penales computables previos al inicio de estos actuados.

Por ello, considere que correspondí a imponerle a Christian Darío Ott la pena de tres (3) años de prisión, multa de mil pesos (\$ 1.000) y costas; por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de cultivo de estupefacientes atenuado por su finalidad, facilitación de sustancias estupefacientes a título gratuito y tenencia simple de estupefacientes, los que concurren en forma ideal entre sí (arts. 5º incisos “a” –conforme ley 24.424-y “e” –conforme ley 26052-y art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737).

V. Excarcelación

Que la señora Defensora Particular, doctora Cecilia Lacay, en la audiencia de debate oral solicito la excarcelación de su asistido, ello atento el tiempo de detención sufrido.

Corrida que fue la vista al señor fiscal general, este se expidió en forma favorable respecto de la concesión del beneficio bajo estudio, ello por compartir las razones brindadas por la defensa del justiciable, y teniendo en cuenta el cambio de calificación del hecho, la pena de prisión solicitada, el tiempo de detención sufrido por Ott y su comportamiento intramuros, bajo la caución que el tribunal estime corresponder.

Ahora bien, del informe que luce a fs. 750 se desprende que Christian Darío Ott poseía conducta ejemplar 10 (diez) dentro del establecimiento carcelario, no habiendo sido pasible de sanción disciplinaria alguna durante su detención.

Por otra parte, a fs. 749 se informó por Secretaría que el mentado se encontraba privado de su libertad en forma ininterrumpida desde el día 10 de septiembre del año 2016, por lo que a la fecha de celebración de la audiencia de juicio oral (20 de febrero de 2018) llevaba cumplido un total de uno (1) año, cuatro (4) meses y diez (10) días de encierro preventivo.

Así las cosas, y teniendo en consideración la pena impuesta en el acápite que antecede, y constatado el cumplimiento del requisito temporal exigido por el art. 13 del Código Penal, es que entendí procedente la concesión de la excarcelación en términos de la libertad condicional a Christian Darío Ott (art. 317 inciso 5º del C.P.P.N.), ordenándose su inmediata libertad, la que debería efectivizarse en la misma fecha y desde su actual lugar de detención, previa confección del acta respectiva y debiendo constatar que no registre órdenes de detención de otro Magistrado, en cuyo caso debería quedar anotado a disposición del señor Juez requirente; ordenándose además que el inculpo debí a comparecer ante esta sede a sus efectos el día 21 de febrero del año en curso a las 12.00 horas, obligación que cumplió.

Asimismo, estime oportuno establecer que Christian Darío Ott se someta a las reglas de conducta previstas por los incisos 1º y 3º del art. 27 bis del Código Penal, esto es: fijar domicilio y someterse al cuidado de un Patronato de Liberados, y abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas.



VI. Efectos

Determine que correspondí a proceder a la devolución de los celulares incautados en el procedimiento plasmado en el acta de fs. 86/89, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 523 in fine del C.P.P.N.

Por otra parte, sostuve que conforme lo establece el art. 23 del Co digo Penal correspondí a ordenar la destrucción del material estupefaciente y demás elementos secuestrados en el marco del presente expediente.

VII. Honorarios.

En cuanto a la regulación de honorarios profesionales de las doctoras Cecilia Lacay y Gabriela Factorovich, no surgiendo de la compulsa efectuada en la causa el cumplimiento de los requisitos legales, se difirió regulación hasta tanto ello ocurra.

Con esto, se da por cumplida la fundamentación del fallo motivo del mismo, debiéndose estar a la fecha de lectura oportunamente fijada.

DANIEL ANTONIO PETRONE (JUEZ)



“Incidente Nº 3 –IMPUTADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL Y OTRO s/INCIDENTE DE FALTA DE ACCION”
(Expediente Nº 003273/2017/3/CA001 –CAMARA FEDERAL DE SALTA –SALA I –SECRETARIA PENAL Nº 1 –
10/04/2018)

Salta, 10 de abril de 2018.

VISTA:

Esta causa Nro. FSA 3273/2017/3/CA1 caratulada “Gago, Esteban Daniel y otro s/Incidente de falta de acción”, originaria del Juzgado Federal Nro. 1 de Jujuy;

Y RESULTANDO:

1) Que llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel Lopez, en contra del auto de fs. 27/34 por el que se rechazó la excepción de falta de acción por inexistencia de delito y la inconstitucionalidad del art. 5, penúltimo párrafo, de la ley 23.737 (cfr. fs. 41/52).

La defensa se agravia estimando que el Juez se basó en la potencialidad del daño o hacia terceros que tenía el material incautado a Gago y la cantidad de plantas de marihuana que se encontraron en su domicilio.

Sin embargo, alega que se soslayó la aplicación de la ley 27.350 sobre el uso medicinal del aceite de la planta de cannabis, estimando que el delito que se les atribuye no debe ser identificado únicamente con ejecutar la acción descripta en el tipo del art. 5, inc. “a” de la ley 23.737 (siembra o cultivo de plantas y/o guarda de semillas para la producción de estupefacientes), sino que debe ponderarse si aquella lesiona el bien jurídico tutelado por la norma.

Señala que debe considerarse escasa la cantidad de estupefaciente secuestrado, cuestionando los resultados del peritaje de fs. 279/302 de la causa principal, bajo el argumento de que se debió tomar en cuenta la tabla de peso y concentración obrante en el informe que presento y elaboro la Asociación Rosarina de Estudios Culturales que acompañó en el legajo (cfr. fs. 1/14).

Afirmo que las cincuenta y ocho (58) plantas de marihuana encontradas en el domicilio de Gago tenían como destino la obtención de aceite medicinal de cannabis y hojas de marihuana, ambas para el propio consumo de sus defendidos, de modo que considero aplicable los lineamientos que surgen del precedente “Arriola” que declara la inconstitucionalidad de la hipótesis delictiva que se les atribuyo; poniendo de relieve, además, que el delito de cultivo o siembra de estupefacientes por el que fueron procesados tiene que estar dirigido a producir o fabricar estupefacientes para su comercio.

En lo que concierne a la audiencia del art. 454 del C.P.P.N. llevada a cabo el pasado 28 de marzo del corriente, se remite a la lectura del acta por razones de brevedad, toda vez que reedito el tratamiento de los motivos de agravios ya expuestos.

2) Que, por su parte, el Fiscal General Subrogante, en la audiencia celebrada, a cuya lectura del acta pertinente se remite, adujo que existe procesalmente un obstáculo para la procedencia del planteo defensivo, toda vez que al no haber sido apelado el auto de procesamiento, el cuestionamiento de la defensa tiende a entrar por una vía no admitida por el Código Procesal Penal a su puesta en crisis, lo que no resulta admisible.

En relación al fondo del asunto, sostuvo que la defensa refirió que todas las plantas tenían un destino medicinal, buscando el amparo de la ley 27.350, pero, prohíbe el autocultivo, como el cultivo sin autorización y que el art. 8 de dicha ley es taxativa al respecto.

Asevero que la plantación de marihuana y su envergadura en el caso, más la cantidad de semillas y plantas secuestradas, se encontraban al margen de la autorización legal, por lo que entiende que, con esas conductas, sin más elementos, resultó afectado el bien jurídicamente protegido, además, de que, a su entender, existió dolo de tráfico, atento a que los informes policiales y las desintervenciones telefónicas así lo acreditan.

3) Que conforme surge de las copias del principal, estas actuaciones se iniciaron el 16/3/2017, en circunstancias en las que el Oficial Inspector Alejandro Gustavo Martínez de la Brigada de Narcotráfico de Humahuaca (Pcia. de Jujuy) tomó conocimiento a partir de los dichos de una persona que no quiso revelar su identidad aunque se aclaró que sería un “mochilero” (turista), que tras haber pernoctado en el hostel “La casa de Calete –Finca Los Terpenos”, ubicada aproximadamente a 8 km de la ciudad de Humahuaca, observó que existía una gran cantidad de plantas de marihuana que estaban bien ocultas en un invernadero, razón por la cual el Fiscal Federal Nro. 2 de Jujuy que intervino, ordenó que se verifiquen los hechos denunciados.



De ese modo, a fs. 2 y vta. se confirmó que efectivamente en el lugar existió a una zona de cultivo de marihuana, obteniéndose fotografías (desde la vía pública) del lugar, detectando el Oficial Inspector Martínez que de allí emanaba un fuerte olor a marihuana.

Asimismo, la preventora estableció a partir de las verificaciones en las redes sociales sobre el hostel que su propietario, a quien se lo vio ingresar en el invernadero durante las vigilancias encubiertas, era Esteban Daniel Gago, adjuntando fotografías e informando su número telefónico (cfr. fs.2 y vta., 3/4 y vta. y 10).

Por ello, a fs. 31/32 el Fiscal Federal Nro. 2 de Jujuy formuló requerimiento de instrucción y solicitó que se allane el lugar y se detenga a Esteban Daniel Gago, lo que así fue ordenado por el Juez Federal Nro. 1 de Jujuy (cfr. fs. 33/34).

Del registro se incautaron cincuenta y ocho (58) plantas maduras de la especie cannabis de diversos tamaños compuestas por raíces y hojas; ciento cincuenta y dos (152) plantines y almácigos de la misma especie que la señalada anteriormente, con un peso total aproximado de sesenta y nueve kilos con setecientos cuarenta y cinco gramos (69,745kg), quinientas noventa y tres (593) semillas de la especie cannabis sativa; restos de marihuana y flores (cogollos); revistas y libro sobre cultivo de marihuana; tele fonos celulares, todo lo cual se corroboró mediante pruebas orientativas de narco test, resultando positivo; asimismo se incautaron tele fonos celulares (cfr. acta de allanamiento y sus anexos a fs. 43/52 y vta., 53/66, 71/77 y declaraciones testimoniales de los preventores agente, Jimena Ariadna Toconas y cabo Marcos Antonio Condorí a fs. 79 y vta. y 80/81, y del personal civil que intervino en el allanamiento, Sres. Ángel Atilio Tito e Iván Robinson Ángel Tito (ver fs. 67/68 y 69/70 del principal).

En la ocasión, se detuvo a Rodolfo Gabriel Lopez que se encontraba en el domicilio allanado, como también a Esteban Daniel Gago, quien tenía un recipiente artesanal que contenía restos de marihuana –sin determinarse su peso y cantidad–(cfr. acta de allanamiento de fs. 43/52 y vta.).

A fs. 114/121 y vta. y 122/129 y vta., lucen las declaraciones indagatorias de Rodolfo Gabriel Lopez y Esteban Daniel Gago respectivamente, prestadas el 3/4/2017, quienes luego de ser intimados por el hecho que se les enrostraba, el que fue calificado como delito de siembra y cultivo de sustancias estupefacientes (art. 5, inc. “a” de la ley 23.737), se abstuvieron de ofrecer versión de descargo.

Sin embargo, a fs. 177/180 Gago amplió su declaración y relato que vive en Humahuaca, localidad de Caleta (Jujuy), que es licenciado en turismo y que trabaja hace más de 20 años como guía de montaña profesional y que tiene un hijo menor de edad del que comparte su custodia.

Reconoció la propiedad de todas las plantas, semillas y demás elementos incautados y que iban a trabajarlas junto con su consorte Lopez para la producción de aceite de cannabis, con el que dijo que trata a su hermano que sufre de nefrosis y a su pareja por otras dolencias. Asimismo, detalló el proceso de elaboración del aceite de cannabis, explicando la necesidad de tener una cuantiosa cantidad de plantas para su fabricación, como de semillas, para la reproducción de la materia prima.

Finalmente, y a preguntas de su abogado defensor, expuso que la producción de aceite de cannabis no estaba destinada a la venta a terceros, sino para su consumo, la de su familia y para la de Lopez.

A su turno, a fs. 181/183 y vta., Rodolfo Gabriel Lopez también declaró y dijo que se trata con cannabis a raíz de un accidente automovilístico que padeció, lo que le dejó secuelas con dolencias. Sostuvo que su cuerpo mejoró y contra los pronósticos médicos, dado que volvió a caminar sin ayuda de muletas. También dijo que en el año 2015 a su madre le detectaron cáncer y que, en ese momento, leyendo bibliografía sobre el uso del cannabis para esa enfermedad, le propuso tratarse con aceite de cannabis lo que mejoró su estado de ánimo, ayudándola a dormir por la noche y a tener buen apetito, y que desde ese momento su obsesión fue que se curara del cáncer con la “medicina canabica”, por lo que empezó a investigar las posibilidades de cultivar cannabis.

Asevero que al momento de producirse el allanamiento tenía un cultivo con diferentes plantas con la finalidad de utilizarlas para la enfermedad de su madre.

A fs. 279/302 roló el peritaje químico realizado sobre el material estupefaciente (plantas, semillas, hojas y flor), sus recipientes, picadores, etc., lo cual arrojó que las 22 muestras de plantas analizadas se trataban de cannabis (marihuana), con un peso total aproximado de 2 kilos 674,22 gramos y 25,47 por ciento de concentración. Asimismo, se detectó la presencia de THC (tetrahidrocannabinol) en las semillas peritadas, concluyéndose del ensayo cuantitativo de viabilidad que en las 21 semillas examinadas e identificadas en el “sobre 6-B1”, se



determinó que tenían un 100% de capacidad germinativa. Finalmente se consignó que del lavado químico efectuado con tolueno sobre las muestras examinadas dieron positivo para cannabis (marihuana).

A fs. 304/330 y 331/342 corren agregadas las actas por las que se extrajo la información de los teléfonos celulares secuestrados cuyas líneas telefónicas responden a los números 0388-155149461 y 0388-154141901. De la transcripción de mensajes de texto verificados (vía mensajería instantánea “WhatsApp”), se desprende que Gago mantenía conversaciones con diferentes interlocutores en las que se le realiza un encargo al nombrado de aceite de cannabis; sobre comercialización de alcohol etílico (para la producción de resina y aceite) y día logos relativos al cultivo de plantas y semillas.

Así, se destaca de la conversación transcripta a fs. 327vta./328, que Gago mantuvo el siguiente diálogo con quien figuraba agendado como “Mariano Fusero Boga Cannabis”: “Esteban: estamos muy conscientes de que si no podemos hacer el cultivo. Podemos ir presos. (...) Mariano: Lo más probable es que autocultivo no salga siquiera para medicinal...espero equivocarme. No puedo recomendarte nada Teto. Son decisiones personales. (...) Esteban: No sé qué hacer. Si seguir cultivando o dejar de hacerlo. Mariano: El riesgo siempre lo tuviste. Esteban: Si. Pero con poca producción. Mariano: Es decisión personal...yo no puedo recomendar a nadie respecto del riesgo que cada uno quiere correr. Esteban: Para hacer el aceite me la tengo que jugar con mucho más”.

CONSIDERANDO:

1) Que el art. 339, inc. 2) del C.P.P.N. prescribe que “durante la instrucción, las partes podrán interponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento: (...) Falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida, o no pudiese ser proseguida, o estuviere extinguida la acción penal”, que se vincula con los impedimentos relativos al ejercicio o al progreso de la acción penal, es decir, con defectos o vicisitudes en su promoción, impulso, mantenimiento o subsistencia.

Así, se explicó que, en el trámite de las incidencias, como las que aquí ocupa, podrán deducirse cuestionamientos vinculados a que la acción no fue legalmente promovida por el agente fiscal (arts. 188 y 195 del C.P.P.N.) o cuando no puede proseguirse si depende de una cuestión prejudicial (arts. 10 y 11 del C.P.P.N.). También, en aquellos supuestos en los que la acción penal se extinguió, cuando el imputado se encuentra sometido a proceso por el mismo hecho o ya ha sido juzgado por ese suceso; como asimismo cuando fue promovida por quien no tenía legitimación activa para hacerlo, en los casos de la acción privada o dependiente de instancia privada (cfr. D’Albora, Francisco J., “Co digo Procesal Penal de la Nación. Comentado, anotado y concordado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 606).

Es decir, los planteos que se vinculan con esta clase de incidencias resultan acotados y se limitan estrictamente a los supuestos de excepción que antes se citaron y, por tal razón, el código establece que deben ser de “previo y especial pronunciamiento” (art. 339 del C.P.P.N.), de lo que se infiere entonces que no resulta la vía idónea para objetar la calificación jurídica, o a la responsabilidad de los imputados.

De este modo, permitir que por esta incidencia se introduzcan cuestiones que deben ser debatidas en la causa principal, desnaturalizan precisamente el trámite acotado y excepcional que regula el art. 339, inc. 2° del C.P.P.N., ya que, en definitiva, la ley procesal otorga a las partes amplias facultades –tanto en cantidad de oportunidades como en cuestiones para debatir–para cuestionar el me rito de la prueba que fundamenta la imputación y, en su caso, producir prueba de descargo (v.gr.: recurso de apelación contra el auto de procesamiento, oposición a la elevación a juicio, intervención en los actos de prueba, etc.), lo que, en definitiva, resguarda de mejor manera los derechos de los justiciables involucrados.

Es que, en definitiva, la excepción de falta de acción es “una modalidad de oposición a los poderes de acción y jurisdicción por impedimentos transitorios o definitivos que excluye por innecesaria una discusión acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal (cfr. Cafferata Nores, José I., Tarditti, Aída “Co digo Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, tomo I, Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 116). En consecuencia, al tratarse de un impedimento procesal, lo que se obsta es un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (Pastor, Daniel R. “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales” en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Lerner, Córdoba, 2008, pág. 796).

En suma, “las excepciones son arbitrios a través de los cuales no se afronta la refutación de los hechos constitutivos del objeto procesal ni se aducen razones fácticas y jurídicas que neutralicen o disminuyan la entidad de las imputaciones” (C.F.C.P. Sala III, causa nro. 9259 caratulada “Menéndez, Luciano Benjamín s/ recurso de casación” del 5/2/09).



2) Que, sin embargo, en supuestos excepcionales se admitió –pretorianamente, por cierto–que cuestiones relativas a la calificación legal de la conducta puedan ser analizadas por esta vía, cuando de manera notoria el hecho no encuadra en una figura penal.

En este sentido, se indicó que “la excepción de falta de acción por inexistencia de delito solo procede cuando tal extremo surja en forma evidente y manifiesta” (cfr. Ca. mara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa nro. CFP 12591/2014/1/CA1 caratulada “O., S. A. s/ excepción de falta de acción”, Reg. Nro. 41.051, del 17/5/2016), o bien cuando “circunstancias inequívocas y ostensibles permitieran descartar *ab initio* la comisión de una conducta típica y antijurídica” (Ca. mara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Szelinga, Roberto R.”, del 20/3/1998, en L.L. 1999-C,645) y solo ante “situaciones de muy particularidad excepcionalidad, cuando la inexistencia del delito es evidente” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa nro. 46.318 caratulada “Fernández Eduardo Jorge y otro s/ excepción de falta de acción”, Reg. Nro. 59, del 7/2/2012), pues de lo contrario importaría que “la prosecución del proceso resulte un claro dispendio de la actividad jurisdiccional” (cfr. Ca. mara Federal de Casación Penal, Sala III, *in re* “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación”, sentencia del 16/11/2001).

Así, conviene aclarar, que la excepción a la regla que se comentó en el apartado anterior deviene restringida y acotada exclusivamente a la causal de inexistencia de delito cuando surja palmaria la ausencia de tipicidad de la conducta, quedando por fuera de esta vía incidental el tratamiento de toda otra cuestión que sea extraña y ajena a ella, como cuando lo debatido versa sobre el mérito de la prueba, la responsabilidad del acusado o la falta de acreditación de los elementos subjetivos del delito.

Por ello se afirmó que “la excepción de falta de acción no resulta válida para demostrar la inexistencia de delito, a menos que esta resulte manifiesta, lo cual no ocurre si hay hechos controvertidos sujetos a prueba, que deberán ser evaluados en oportunidad de la sentencia” (cfr. Ca. mara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en autos “Escudero, Roberto”, del 15/07/99), o se tratan de cuestiones vinculadas al “plano subjetivo” (cfr. Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación”, Tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 930, con cita de varios fallos).

3) Que, bajo esos lineamientos, esta Sala advierte que, en rigor, el recurso que se presentó pretende impugnar la prueba sobre el auto de procesamiento que se dictó el 26/4/2017, el que, a pesar de ser oportunamente notificado a la defensa de Gago, no se lo impugnó (cfr. fs. 166/168 del principal).

Ello es así, toda vez que el recurrente intenta controvertir la adecuación del tipo penal atribuido a sus defendidos, solicitando la aplicación de la ley 27.350, procurando una reedición en la justipreciación del aspecto subjetivo del hecho (finalidad con la que detentaban las plantas y semillas de marihuana), lo que excede el marco de la incidencia.

Asimismo, invoca la falta de vulneración del bien jurídico protegido y cuestiona la plataforma fáctica del hecho atribuido, al requerir la defensa una nueva valoración de los elementos probatorios colectados, en particular, respecto de las conclusiones a las que se arribó en el peritaje químico ordenado por el Juez y que presento el gabinete técnico de la Gendarmería Nacional a fs. 273/304 del principal. Esto último, también por fuera de los específicos mecanismos que el código procesal estableció para que las partes en el marco de la prueba pericial presenten sus propios expertos y sobre el material incautado puedan, eventualmente, refutar las conclusiones que elaboran los peritos “oficiales” (cfr. arts. 250 a 267 del C.P.P.N.).

Por ello, se considera que la defensa de Gago y Lopez intenta obtener un nuevo examen factico, probatorio y jurídico del hecho ventilado en la causa principal, lo cual además de exceder esta incidencia, por lo que recién se explicó, implica una nueva apelación (tardía) contra el auto de procesamiento firme.

4) Que, por lo demás, la invocada ley 27.350 que instrumenta el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, no resulta aplicable al caso, toda vez que la norma y su decreto reglamentario (738/2017) no autorizan a los particulares a sembrar, cultivar, producir, distribuir, comercializar con la planta de cannabis, ni con sus derivados.

En efecto, el art. 7 de la ley prevé que será la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) a quien se permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente (cfr. art. 8 de dicha ley).



Por su parte, el art. 10 del texto legal prescribe que el Estado Nacional impulsara a través de los laboratorios de Producción Pública de Medicamentos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP), la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para su uso exclusivamente medicinal, terapéutico y de investigación y el art. 3 del decreto 378/2017 establece que será el instituto nacional de semillas (INASE) el que regulara las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento de las plantas de cannabis, autorizándose al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), y al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), al cultivo de cannabis con fines de investigación médica o científica.

Como puede apreciarse, la ley de marras que se citó en el recurso no consagra ningún permiso factible de configurar en el caso un supuesto de atipicidad manifiesta, como tampoco de ausencia de antijuridicidad o incluso de una excusa absolutoria. Ello es así, aun cuando se considere que la totalidad de las plantas y semillas que se encontraron en el invernadero tengan ese exclusivo destino, todo lo cual –como antes se explicó– resulta una cuestión que no corresponde analizar en esta oportunidad.

Empero, y como cuestión de relevancia, no puede ni debe perderse de vista, que en la audiencia celebrada en el marco de esta incidencia, el propio abogado defensor de Gago y López admitió que no desconocía a esa parte que la ley 27.350 en modo alguno permite ni consagra el autocultivo, ni torna atípicas a las conductas llevadas adelante por sus asistidos, por lo que se truncan en sus propios cimientos los argumentos defensivos, en cuanto buscan el amparo de la legislación de mención a sabiendas que no les confiere ninguna protección y dan cuenta de la tipicidad y antijuridicidad de las acciones que se les endilgaron.

5) Que, por esas mismas razones, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 5 de la ley 23.737, pues por intermedio de ese agravio la defensa también pretende introducir cuestiones ajenas a la vía incidental.

En efecto, el reclamo se dirige a que se recalifique la conducta de sus asistidos en aquella norma (que castiga con prisión de 1 mes a dos años en los casos en que por la escasa cantidad del material sembrado o cultivado surja inequívocamente que estaba destinada al propio consumo) y, a partir de allí, que se declare la inconstitucionalidad de la aplicación del delito en la especie, todo lo cual no es más que un planteo encriptado sobre la valoración del me rito de la imputación, pues –en definitiva– se requiere analizar el alcance que corresponde asignar en autos al vocablo “escasa cantidad” que describe el tipo penal.

Así, y más allá del valor que en el marco de la causa principal y en la oportunidad que corresponda deba asignársele al informe que la defensa presento y elaboro la Asociación Rosarina de Estudios Culturales a fs. 1/14, a los efectos de esta incidencia corresponde estar (en lo que respecta a la calidad del material incautado) al peritaje que realizó la Gendarmería Nacional a fs. 279/302, debiendo hacerse notar que la asistencia letrada de Gago y López al ser notificados de la realización de la pericia no propuso especialistas para su control (cfr. fs. 184/185 y 347 del principal).

Todo ello, sin perjuicio de señalar –aun con los límites de esta incidencia– que la hipótesis de propio consumo a la que se alegó estaban destinadas las plantas, semillas y demás material incautado, no se compadece con lo que declararon los imputados, quienes manifestaron que las tenían para su consumo y el de su familia, lo que lleva a descartar (*a priori*) el extremo de exclusivo uso individual que exige la norma sobre la siembra o cultivo atenuado.

Por todo lo expuesto, se **RESUELVE**:

I.-NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López, obrante a fs. 41/52, cuyos datos personales obran en autos y, en consecuencia, CONFIRMAR el decisorio de fs. 27/34 por el que se rechazaron los planteos de excepción de falta de acción por inexistencia de delito y de inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 5 de la ley 23.737.

II.-COMUNICAR lo resuelto al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy.

III.-DEVOLVER las presentes actuaciones al Juzgado Federal de origen.

IV.-REGÍSTRESE, notifíquese y publíquese en los términos de las Acordadas 15 y 24 de 2013 de la CSJN.

LUIS RENATO RABBI BALDI (JUEZ)
MARIANA INES CATALANO (JUEZA)
ERNESTO SOLA (JUEZ)





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

(Expediente N° 054079/2018 – CAMARA FEDERAL DE ROSARIO – SALA A –SECRETARIA PENAL –06/07/2018)

Rosario, 6 de julio de 2018.

Visto en Acuerdo de la Sala “A” el expediente n° FRO 54079/2018/CA1 “R., Erika Melina y otros s/ Habeas Corpus”, procedente del Juzgado Federal n° 4 de Rosario, del que resulta que:

Erika Melina R., Carina Soledad P., Natalia Emilia P., Natalia M., Fernanda M., Analía A., Natalia K. y Susana C., por derecho propio y en representación de sus hijos, con el patrocinio letrado de las Dras. Jesica Pellegrini y Gabriela Durruty, interponen la presente con base en lo dispuesto en el artículo 3 inciso 1° de la ley 23.098, con la finalidad de que se ordene a las fuerzas de seguridad respectivas, que se abstengan de interferir en su derecho a cultivar cannabis con fines medicinales para producir aceite, necesario para la salud de sus hijos, cuyas dolencias detallan pormenorizadamente en cada caso, como también las mejoras que se obtuvieron en sus respectivos tratamientos médicos a raíz del uso del aceite de cannabis. Fundan su presentación en la ley 27.350 de Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados, la inconstitucionalidad de la ley 23.737 en sus artículos 14 segundo párrafo y 5 inciso a) y e) en reacio con los párrafos penúltimo y ultimo dictada por distintos tribunales del país cuyos fallos citan, la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la penalización del autocultivo del cannabis con fines medicinales, la ley 26.529 y su decreto reglamentario n° 1089/12 –Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y ley 26.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Minas, Niños y Adolescentes (fs. 59/84).

Mediante resolución del día 5 del corriente mes, el Juez Federal n° 4 Dr. Marcelo M. Bailaque, rechazo in limine la presente, y la elevo en consulta conforme arts. 3 y 10 ley 23.098 (fs. 86/88). En breve síntesis, estimo que el criterio de amplitud y no limitación que debe imperar en el ejercicio de los derechos constitucionales no se contrapone con aquel que considera que ellos deben llevarse a cabo por las vías legales correspondientes. En esa dirección concluye que la presente no es la correspondiente para reclamar la pretensión que se demanda, teniendo en cuenta lo preceptuado por la ley 23.098 en el artículo 3°. Tampoco lo es para expedirse, sin la existencia de un caso concreto, acerca de la inconstitucionalidad de la ley 23.737.

Y considerando que:

1. En materia de protección de los derechos constitucionales, siempre que no resulten más eficaces para ello los demás procedimientos vigentes establecidos por las leyes procesales, el Habeas Corpus normado por la ley 23.098 es la acción reservada para garantizar todos los derechos constitucionales de libertad y los casos de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de la detención. En el mismo sentido, el artículo 43 de la Constitución Nacional establece: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desapareció forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

Al respecto, Néstor P. Sagues, sostiene que el habeas corpus es en rigor de verdad un subtipo de amparo, un amparo especializado y las relaciones entre ambos institutos no siempre están bien definidas. En su opinión el criterio distintivo es el siguiente: “la acción de amparo protege (siempre que se den todos los supuestos de admisibilidad y de procedencia propio de ella) todos los derechos constitucionales, explícita o implícitamente contemplados por la ley suprema (art. 1° ley 16.986), excepto los de libertad ambulatoria (art. 1° ley 16.986; art. 3°, inc. 1, ley 23.098) y de digno trato en las prisiones (art. 3°, inc. 2, ley 23.098).” (“Derecho Procesal Constitucional –Habeas Corpus”, editorial Astrea, pág. 143).

En base al criterio precedentemente expuesto y teniendo en cuenta el relato que de los hechos denunciados como lesivos efectuaron los accionantes en el escrito inicial, se advierte que no son aquellos para los que procede la acción que se intenta, conforme surge del artículo 3 de la ley 23.098. Es decir, no se refieren a una limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente, ni tampoco a la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad de un detenido. Por otra parte, y recordando que el objeto de la presente es que se ordene a las fuerzas de seguridad que se abstengan de interferir en el ejercicio del derecho a cultivar cannabis para producir aceite con fines medicinales para los hijos de las accionantes, importa señalar que según se afirma en la denuncia las accionantes han



iniciado una acción de amparo en sede civil, con el objeto de que ordene al Estado Nacional la inmediata provisión a quienes acreditan la necesidad, del producido medicinal del cannabis.

Por iguales razones, la misma conclusión corresponde extender a la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la ley 23.737 respecto de los tipos penales que se señalan.

Por tanto;

SE RESUELVE:

I. Confirmar, en cuanto fue materia de consulta, la resolución del 5 de julio del año en curso obrante a fs. 86/88, en cuanto desestimo la acción intentada (arts. 3 y 10 ley 23.098).

II. Encomendar al Juzgado la notificación de la presente a los denunciantes y que remita copia certificada del escrito inicial y de las resoluciones dictadas en este proceso al juzgado en el que se radico la acción de amparo iniciada por las accionantes, a sus efectos. Insertar, hacer saber, comunicar conforme Acordada Nº 15/13 C.S.J.N. y devolver las actuaciones al juzgado de origen, sirviendo esta de atenta nota de remisión.

FERNANDO LORENZO BARBARA (JUEZ)

ANIBAL PINEDA (JUEZ)

JORGE SEBASTIAN GALLINO (JUEZ)



“Principal en Tribunal Oral T001 -IMPUTADO: ALI BROUCHOUD, EDUARDO NICOLAS Y OTROS/INFRACCION LEY 23.737”

(Expediente N° 032304/2017/T001 – TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN N° 5 – 01/08/2018)

San Martín, 1 de agosto de 2018.

Y VISTOS:

Para redactar los fundamentos de la sentencia dictada en la causa FSM 20895/2015 (RI n° 3562) y su acumulada FSM 28281/2015 (RI n° 3577) respecto de Eduardo Nicolás Ali Brouchoud, titular del DNI n° 18.782.793, argentino, nacido el día 5 de abril de 1980 en San Pablo, Brasil, hijo de Ismael Esteban Ali Brouchoud y María Luja n Are balo, soltero, de ocupación analista en sistemas, con domicilio en la calle Gorriti n° 1450 de la localidad de partido de Baradero, Provincia de Buenos Aires; y de Luciano Matías Ali Brouchoud, titular del DNI n° 34.300.601, de nacionalidad argentina, nacido el día 19 de febrero de 1989 en la localidad de Baradero, Provincia de Buenos Aires, hijo de Ismael Esteban y María Luja n Are balo, soltero, de ocupación jugador de póker profesional, con último domicilio en la calle Juan B. Justo n° 470 de la localidad y partido de Baradero, Provincia de Buenos Aires.

Y RESULTANDO:

Que a fs. 711/721 el Fiscal de Grado requirió la elevación de la presente causa siguientes términos “...Se le imputa a Eduardo Nicolás Ali Brouchoud y a Luciano Matías Ali Brouchoud haber sembrado semillas y cultivado plantas de cannabis sativa -marihuana-, desde fecha indeterminada pero al menos hasta el día 18 de febrero de 2017, haber almacenado por el mismo período de tiempo, materia prima utilizada para la producción de plantas de cannabis sativa, específicamente semillas, como así también haber tenido estupefacientes con fines de comercialización.

Dichas conductas, se desarrollaron en el domicilio de los inculos, sito en la calle Juan B. Justo n° 470, de la localidad y partido de Baradero, provincia de Buenos Aires, en el cual se pudo advertir los encausados tenían en el interior del inmueble semillas de cannabis sativa (marihuana), algunas de las cuales se encontraban dentro de sus respectivos blisters, cogollos de marihuana, los cuales se encontraban dentro de frascos, cajas o bolsitas.

Asimismo, se advirtió que las plantas de menor tamaño fueron halladas en una habitación especialmente acondicionada a tal efecto, y que las plantas más grandes se encontraban en el patio externo donde funcionaba un invernadero en un sector abonado a tal fin.

De este modo, fue secuestrada la cantidad de doscientas dieciocho (218) plantas de cannabis sativa de distinta variedad y tamaños de desarrollo, trescientos treinta y seis (336) semillas de cannabis sativa (marihuana) y cuatrocientos diecinueve con noventa y ocho gramos (419,98) de cogollos de marihuana, demás circunstancias de modo, tiempo y lugar que sobre el particular describe el acta de allanamiento obrante a fs. 13/17”.

En cuanto a la calificación legal, sostuvo que el hecho descripto era “...constitutivo del delito de tráfico de estupefacientes en sus modalidades: siembra de semillas y cultivo de plantad destinadas a producir estupefacientes, tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y almacenamiento de semillas destinadas a producir estupefacientes, ilícito previsto y reprimido por el art. 5 inc. a), c) y d) de la ley 23.737, todos ellos en concurso aparente, por el cual los encartados deberá n responder en carácter de coautores”.

Los días 28 y 29 de mayo, 12 y 19 de junio y 3 de julio del año en curso tuvieron lugar las audiencias de debate oral, de acuerdo a las directivas establecidas en el capítulo II, título I, Libro III del Código Procesal Penal de la Nación y cuyas circunstancias ilustra el acta agregada a fs. 831/837.

En oportunidad de formular su alegato, el señor fiscal general, doctor Carlos Cearras, por las razones de hecho y de derecho que al efecto expuso, considero que a partir de la prueba producida durante el juicio valorada según las reglas de la sana crítica, se encontraba fehacientemente acreditado que desde fecha incierta pero hasta el día 18 de febrero de 2017, Luciano Matías Ali Brouchoud sembró y cultivó doscientas dieciocho (218) plantas de cannabis sativa (marihuana) en su domicilio de la calle Juan B. Justo N° 470 de la localidad y partido de Baradero, provincia de Buenos Aires; lugar donde además guardaba trescientos treinta y seis (336) semillas de cannabis sativa y cuatrocientos diecinueve con noventa y ocho (419,98) gramos de cogollos de marihuana.

Por otro lado, sostuvo que no podía aseverarse con la certeza que esta instancia definitiva impone que su hermano Eduardo Nicolás Ali Brouchoud habitara en el mentado domicilio ni que participara en la actividad ilícita en cuestión, razón por la cual solicito se decrete su libre absolución por duda (art. 3° del CPPN).



Indico que, por el contrario, la autoría por parte de Luciano Alí Brouchoud se encontraba fehacientemente acreditada no solo a partir del resultado del allanamiento practicado en su vivienda, sino también a través de su propia admisión, aunque sostuvo que la finalidad de la siembra era obtener aceite de cannabis sativa para tratar las dolencias de su madre, quien declaro en el tribunal, respaldada por su médico, quien cambie depuso durante el juicio. En tal sentido, señaló que la reglamentación que concierne a esta práctica no lo permite, razón por la cual tal argumento no resultaba válido para eximirlo de responsabilidad penal.

Que, a su juicio, el estupefaciente que se obtenía con el producto del autocultivo lo consumí a el propio imputado y lo compartí a con sus amigos y allegados, y que si bien no se había acreditado que tal estupefaciente fuera destinado a la comercialización, entendí a que el hecho endilgado debí a encuadrarse en el art. 5, inc. “a” de la ley 23.737, toda vez que el cultivo en cuestión, por su cantidad y demás circunstancias, no era inequívocamente destinado al consumo personal, razón por la cual no podía aplicarse la figura atenuada prevista en el anteuúltimo párrafo de dicho artículo.

Sobre el punto destaco que la Sala III de la Ca mara Federal de casación Penal in re “Rosito, Leonardo Daniel” (del 08/02/2007; LL, 2007-F, 644), sostuvo que el tipo penal previsto en el inc. “a” no es necesario el dolo de tráfico para calificar la siembra y cultivo de plantas para producir estupefacientes.

En orden a la graduación de la pena, en atención a las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 del C.P., sin advertir agravantes y valorando como atenuantes la ausencia de antecedente penales y la buena impresión causada por el imputado durante la audiencia, solicito se le aplique el mínimo de pena previsto por la norma en cuestión, esto es 4 años de prisión, multa de \$2500, accesorias legales y costas.

Por último, solicito se ordene el decomiso y la destrucción del material estupefaciente incautado en autos.

Por su parte, el Sr. Defensor, Dr. Rodrigo Leandro González, al momento de producir su alegato a favor de sus asistidos, solicito se declare la nulidad de todo lo actuado en la presente causa -de conformidad con lo prescripto por el art. 166 y ss. Del CPPN-y la consiguiente absolución de su defendido Eduardo Nicolás Alí Brouchoud. Ello por violación n de lo dispuesto por el art. 175 del CPPN -que establece que debe hacerse constar la identidad del denunciante, bajo sanción n de nulidad-y de la garantía a de la defensa en juicio prevista por la CN y tratados internacionales en ella contemplados.

Por otro lado, manifestó que resultaba extraño que el mismo día 18 de febrero se dispusiera el allanamiento del domicilio, máxime cuando luego de la declaración de Giménez no se llevó a cabo ninguna tarea investigativa, salvo por la constatación de la existencia del domicilio supuestamente denunciado y la aseveración que desde su interior salí a mucho olor a marihuana. Que ello no resulta verosímil pues, en primer lugar, se trataba de plantas de cannabis y, en segundo término, porque el preventor Contreras dijo que so lo había podido oler la marihuana cuando al apersonarse en el domicilio para diligenciar una ce dula, el morador abrió la puerta, y tuvo razón el nombrado cuando dijo que no hizo nada ante ello porque era un acto privado, despenalizado por la Corte.

Continuo con su alegato el defensor indicando que en el allanamiento del domicilio de la Calle Juan B. Justo 470 encontraron una persona viviendo en su interior, con un autocultivo y que en tal sentido no hay contradicción con lo afirmado por el fiscal, pues tal como este señalara no hay indicio que permita afirmar que las plantas se las tenía con fines de comercialización.

Enfatizo que se trata de un individuo que cultivaba, y si bien 218 plantas pareciera ser una cantidad excesiva, lo cierto es que los peritos dijeron que so lo 1,5 kg eran u tiles para producir estupefacientes. También se secuestró medio kilo de cogollos, que se utilizan para hacer aceite. Es que el fin de la siembra era el consumo personal de Luciano, su hermano, amigos, y allegados. Tanto los hermanos Brouchoud como su madre consumían el aceite de cannabis sativa por sus cualidades medicinales; ellos por padecer asma y su madre por la artritis rematoidea severa que sufrí a, cuyo tratamiento requerí a del consumo de dicha sustancia conforme la prescripción que le efectuar el Dr. Magdalena, quien declaro en el juicio.

Afirmó que tales beneficios fueron receptados por la ley 27.350, la cual no se cumple por negligencia del Poder Ejecutivo Nacional, que no creo aun el registro de cultivadores voluntarios.

Por otro lado, señaló que 500 ml de aceite de cannabis es la dosis mensual por persona y que la madre y los dos imputados utilizaban el aceite, con lo cual la cantidad secuestrada (15 ml) no es desmesurada.



Remarco en tal sentido que, a diferencia de lo afirmado por el fiscal, en el domicilio allanado sí había elementos para producir el aceite, el cual se obtiene picando el cogollo y macerándolo con alcohol, luego se lo cuele para eliminar los restos, se evapora el alcohol y se mezcla con aceite de oliva. Es decir, se necesita algo para picar, un colador y ollas, todo lo cual se halló en la casa.

Sostuvo que las personas que cultivan cannabis en sus casas con fines médicos y/o recreativos luchan activamente contra el narcotráfico, y sus conductas no afectan la salud pública.

Discrepó con el fiscal en cuanto a que deba encuadrarse el hecho acreditado en el art. 5, inc. “a” de la Ley 23.737, pues dicha norma requiere el fin ilegítimo, y si este era el fin de consumo señalado, en un ámbito de privacidad, tal fin ilegítimo no existe. Tal como lo establece el fallo “Arriola” de la CSJN. Este tipo de cultivo es atípico. La pregunta es si el inc. A del art. 5 se refiere a una conducta que forma parte de una cadena de tráfico, y a su juicio no hay duda de que es así. La ley 26.052 y la adhesión de la Prov. de Bs As evidencia que el ámbito federal se quedó con los delitos de tráfico, entre los que se encuentra el inc. “a”.

Que, no obstante, ello, el art. 5° tiene dos atenuantes en el anteúltimo párrafo, que ratifican tal postura, y si bien algunas personas que concurrían al domicilio consumían, la entrega a título gratuito no lesiona el bien jurídico salud pública si es realizado en un ámbito de reserva con fines de consumo. Que, teniendo en cuenta la literalidad del artículo 5, la conducta resulta atípica por aplicación del fallo “Arriola” de la CSJN.

Subsidiariamente, sostuvo que si el tribunal entendiera que la conducta debe encuadrarse en el inc. “a” del art. 5° de la Ley 23.737, coincidiría con el fiscal en cuanto a que el mínimo de pena previsto por dicha norma resulta para el caso de autos desproporcionado y, por ende, el tribunal puede, sin declarar la inconstitucionalidad de la escala punitiva, perforar el mínimo, a fin de salvaguardar el principio de culpabilidad. Cito en tal sentido el fallo “Martín Pablo Luduena” del TOF de Paraná y solicito se le aplique la pena mínima prevista por el anteúltimo párrafo del art. 5° de la ley mentada.

Seguidamente, el Sr. Fiscal General, en uso de su derecho a re plica, solicito se rechace el planteo de nulidad formulado por la defensa. Ello así, porque la Ley 23.737 prevé, de acuerdo a los Tratados Internacionales suscriptos por la Rep. Argentina, la denuncia anónima como modo de inicio de una causa penal.

En cuanto a la perforación del mínimo entendió que ir más allá de la ley sancionada por los otros poderes del Estado atenta contra el orden republicano y se encuentra fuera de las facultades del juez.

Finalmente, en su du plica la defensa manifestó que la perforación del mínimo resulta un imperativo constitucional, ya que de otro modo se estaría vulnerando palmariamente el principio de culpabilidad, y ello no atenta contra el orden republicano pues existe siempre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la pena. En cuanto a la nulidad, reitero que la ley regula expresamente como debe efectuarse una denuncia penal y no se trata en autos de una mera notitia criminis.

Por último, el imputado Luciano Matías Alí Brouchoud hizo uso de la última palabra.

Siguiendo el orden resultante del sorteo practicado el Sr. juez Marcelo Gonzalo Díaz Cabral dijo:

Al momento de deliberar sostuve, ante todo, que al no mediar acusación respecto de Eduardo Nicolás Alí Brouchoud correspondió a dictar su absolució n de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas G 91 XXVII “García, José Armando”; T 209 XXII “Tarifen o, Francisco”; C 408 XXXI “Cattonar, Julio Pablo” y “Mostaccio, Julio C.” del 17 de febrero de 2004; con la aclaración de que tal decisión implicaba el cese de las restricciones provisionalmente impuestas así como la exención del pago de las costas del proceso (cfme. arts. 402 y 531 del C.P.P.N.).

Seguidamente afirmé que a partir de la prueba incorporada al debate y efectivizada durante el mismo, valorada conforme las reglas de la sana crítica (art. 398 2° párrafo del C.P.P.N.), se encontraba fehacientemente acreditado que, el día 18 de febrero de 2017, Luciano Matías Alí Brouchoud tenía en su domicilio de la calle Juan B. Justo n° 470, de la localidad y partido de Baradero, provincia de Buenos Aires, doscientas dieciocho (218) plantas, trescientos treinta y seis (336) semillas y cuatrocientos diecinueve con noventa y ocho gramos de cogollos, todo ello de cannabis (marihuana).

Para arribar a tal conclusión partí de la declaración del Oficial Inspector Héctor Román Giménez, quien durante el juicio sostuvo que el día en cuestión, mientras se encontraba prestando servicio de guardia en un festival de folclore que tiene lugar todos los años en la ciudad de Baradero, un sujeto -que requirió no ser identificado- se le acercó y manifestó que en una casa ubicada en la calle Juan B. Justo entre Urquiza y Vélez Sarsfield, vivía a un sujeto de apellido Alí que cultivaba plantas de marihuana.



Continuo indicando que con motivo de ello corroboro a través de vecinos del lugar que efectivamente el denunciado viví a en la calle mencionada, concretamente en una vivienda de material con sus paredes revocadas, con una puerta de madera blanca y una ventana con persiana del mismo color –ver fotografía de fs. 5-; de la cual emanaba un fuerte aroma propio de las plantas de cannabis sativa, razón por la cual recomendó se solicite al fiscal de turno una orden de allanamiento de la morada investigada.

En el mismo sentido declaro durante el debate el Oficial Principal José Fabián Uyema, quien recordó que el nombrado Giménez le había comentado que durante el festival mencionado un sujeto, que prefirió no identificarse, denunció que una persona llamada Alí tenía a plantas de marihuana en su domicilio ubicado en las cercanías del lugar. Que posteriormente se confirmó que efectivamente de la vivienda sindicada provenía un olor fuerte a cannabis sativa, motivo por el cual posteriormente el juez interviniente ordeno su inspección.

En efecto, a fs. 8/9 luce el pedido de allanamiento del domicilio investigado efectuado por el titular de la UFI n° 9 departamental, sede descentralizada Baradero, Dr. Vicente O. Gómez, con el fin de proceder al secuestro de todo tipo de sustancias estupefacientes, balanzas, elementos de corte, envoltorios, tele fonos celulares de los moradores y todo otro elemento utilizado para la producción y comercialización de dicha sustancia.

Dicha solicitud tuvo favorable acogida por parte del juez de Garantías Nro. 3 del Depto. Judicial de San Nicolás, quien ordeno la medida en idéntico sentido, conforme obra a fs. 11/12.

Antes de continuar con la descripción del procedimiento en cuestión, entendí pertinente tratar el planteo de nulidad formulado por la defensa durante su alegato, en relación a la génesis de la causa.

Recordé en tal sentido que el abogado sostuvo que la investigación se inició con la actuación ilegal del preventor Giménez, quien –carente de testigos–afirmo que alguien se le acercó durante un festival y, sin mayor explicación, le dio información sobre la existencia de un domicilio en el que se cultivaba marihuana, todo ello sin acreditar su identidad. Que ello impidió a establecer si el denunciante se encontraba dentro de las generales de la ley o, lo que sería peor, si la información fue obtenida de modo ilegítimo por la policía, por ejemplo, a través de la tortura. Que, aun cuando fuese verdad que se le acercó una persona y le informo sobre el hecho investigado, el art. 175 del CPPN establece que debe hacerse constar la identidad del denunciante, bajo sanción de nulidad. El que debe preservar la identidad es el juez, no el funcionario policial. Afirmo que, en consecuencia, el acta que dio inicio a la causa debí a ser declarada nula, así como todo lo que se efectuó en su consecuencia, ello conforme el art. 166 y ss. del CPPN, ya que de lo contrario se estaría vulnerando la garantía de la defensa en juicio prevista por la Constitución Nacional y los tratados internacionales a ella incorporados.

Sostuve que el planteo resultaba a todas luces improcedente y, por lo tanto, propuse a mis colegas su rechazo.

Es que más allá de que el art. 34 bis de la Ley n° 23.737 ordena expresamente mantener el anonimato de las personas que denuncien cualquier delito allí previsto –razón por la cual el funcionario estaba obligado a reservar la identidad del denunciante–, lo cierto es que la información aportada se trató de una mera “noticia criminis” que motivo las posteriores diligencias de la investigación preliminar desplegadas con el propósito de acreditar o desvirtuar su contenido. Así pues, en modo alguno la denuncia anónima reviste la calidad de prueba personal de cargo, sino que se limita a ser una fuente informativa. En este sentido la reserva de la identidad del confidente no ha cercenado el amplio ejercicio del derecho de defensa del imputado, pues no se trata de un elemento de cargo en su contra.

En tal sentido, se ha dicho que “...nada impide que la investigación se inicie por una denuncia informal anónima (en el caso, los dichos de una persona de sexo femenino que no quiso revelar su identidad y que brindo detalles concretos de la supuesta actividad delictiva), considerada esta como una simple ‘noticia criminis’ apta, por lo tanto, para desencadenar la investigación preliminar de oficio en la fase prevencional (conf., in re: “Sarmiento, Víctor A. y otros s/recurso de casación”, causa n° 4931, Reg. N° 6342, rta. el 18 de noviembre de 2003, con citas de la causa: “Freire, Roberto, A. s/ley 23.737”, Reg. n° 27, c. n° 27; Claria Olmedo, “La denuncia”, Doctrina 1971, Serie Contemporánea, J.A., pág. 385, Creus, “Invalidez de los actos procesales penales”, Ed. Astrea, 1992, pág. 96.).

Y que “...si bien la información recibida a través de una denuncia anónima no reúne los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias, no deja de ser un anoticiamiento apto para desencadenar el procedimiento por iniciativa propia, pues no debe pasarse por alto que lo que las autoridades policiales adquieren es la noticia de la comisión de un hecho con características de delito...” (conf., C.N.C.P., Sala II, in re: “Blanco,



Norberto Fernando s/ recurso de casación”, causa n° 4161, Reg. n° 5593, rta. el 10/4/03), razones por las cuales el cuestionamiento carece de sustento (cfr. in re “Sarmiento, Víctor A. y otros s/rec. de casación”, causa n° 4931, Reg. N° 6342, rta. el 18 de noviembre de 2003, y sus citas, y “Mauritis De Greef, Sonya y otro s/rec. de casación”, causa n° 6434, Reg. 8349, rta. el 2 de diciembre de 2005, de la Sala I de este Cuerpo).

Continúe entonces con la valoración de los elementos de prueba y pondere el acta de procedimiento obrante a fs. 13/17, en la que consta el allanamiento practicado en la vivienda investigada, sita en la calle Juan B. Justo 470 del partido bonaerense de Baradero.

Allí se plasmó que ante la presencia del testigo civil Lautaro Nahuel Difalco se irrumpió en el domicilio en cuestión, donde se encontraban tres sujetos masculinos, identificados como Matías Boonman, Alfredo Hernán Boonman y Luciano Matías Alí Brouchoud, procediéndose a la detención de este último.

Conforme surge del acta en cuestión, al ingresar los oficiales pudieron determinar que el lugar constaba de tres habitaciones, un living, una cocina-comedor, un patio abierto y otra dependencia lindera compuesta por un pasillo, un depósito, una habitación con un baño, un galpón y otro patio.

En la primera habitación, la cual tenía puerta de ingreso desde la calle, hallaron 174 semillas repartidas en 34 blíster, 162 semillas repartidas en 18 bolsas plásticas pequeñas, 4 cogollos, 104,60 gramos de cogollos repartidos en 8 frascos de vidrio, 15 cigarrillos de armado casero semi combustionados y uno entero, 3 blíster vacíos, papel de arroz, un picador de plástico, 9 filtros para cigarrillos, un armador de cigarrillo casero, un celular, tres pipas, una de vidrio, una de madera y otra de agua y 141,50 euros.

De la segunda habitación se secuestró un libro titulado “De la Semilla a la Hierba, Guía para el Cultivo de Hierba por un Entusiasta de la Marihuana”, un vaporizador digital, un picador de plástico, accesorios de vidrios manguera, un filtro, un cogollo que peso 4,71 gramos y un celular.

Asimismo, en el living encontraron un purificador de agua, 32 arandelas de cartón, 11 blíster de semillas vacíos, una balanza digital, una bomba centrífuga, y varios picos de regadores plásticos.

En la cocina comedor secuestraron un vaporizador digital que contenía resto de sustancias similar marihuana, 4 cigarrillos de armado casero, uno de los cuales se hallaba semi combustionado, un estuche de cuerina negra que presentaba restos de similar marihuana, un picador de aluminio, papel de cigarrillo, un armador de cigarrillos, una notebook y una CPU.

Por otro lado, al ingresar a la dependencia lindera del domicilio, pudieron observar un sistema de iluminación casero realizado con lámparas y porta lámparas destinado a brindar iluminación a 134 plantines de diversas alturas entre los 5 y 100 centímetros, distribuidos en dos mesas y en el piso, todos con sus respectivas macetas. En ese mismo lugar secuestraron, de diversas estanterías y roperos, tres cajas de papel de armado de cigarrillos, \$13600 pesos, dos cheques por \$3000 y \$7000, 20 paquetes y envases de diversos productos destinados al abono de plantas y fertilizantes, tres envases de insecticida, un rociador de líquido, un manual de nutrición de plantas, un almanaque con diversas anotaciones referidas al cultivo de plantas, un colador de metal, un reloj medidor de temperatura y humedad del ambiente, cuatro medidores de PH, una pipeta, dos blísters de semillas vacíos, un armador de cigarrillo, trozos de papel aislante de aluminio, una balanza de precisión, 5 cogollos ubicados dentro de una caja de metal, varios cogollos que arrojaron un peso total de 177,84 gramos y otros cogollos ubicados sobre un tul blanco dentro de un ropero totalizando 132,83 gramos.

Finalmente, en el patio de la finca se secuestraron 84 plantas de diferentes alturas de entre uno y dos metros, y cuatro bolsas de 80 litros de sustrato de uso profesional.

El contenido del mentado instrumento –que no fue negado o discutido por el imputado ni su defensa– fue ratificado por las declaraciones testimoniales prestadas durante el juicio por los ya mencionados oficiales Giménez y Uyema, como así también el Sargento Mario Contreras, quienes fueron contestes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se sucedieron los hechos allí relatados; todo lo cual se condice, además, con las fotografías tomadas durante la diligencia obrantes a fs. 60/77.

Conforme la peritación química realizada por la Gendarmería Nacional a fojas 507/40, las 218 plantas secuestradas pertenecían al género Cannabis, no habiendo sido posible determinar si correspondían a la especie Sativa, Indica o Rudelaris, dado el estado de putrefacción en el que se encontraban al momento de llevarse a cabo el estudio. Sin perjuicio de lo ello sí se pudo establecer que solo 10 pertenecían al “sexo hembra”, capaz de desarrollar cogollos. Por otro lado, se concluyó también que, con la totalidad del material secuestrado en autos, podían elaborarse 14,944 mililitros de aceite de cannabis medicinal.



Asimismo, según la pericia realizada por la misma fuerza sobre las semillas secuestradas en la finca, pudo concluirse que las mismas se correspondían con la especie *Cannabis Sativa*, más comúnmente denominada “Marihuana”, encontrándose comprendidas dentro de las previsiones de la Ley n° 23.737 conforme los reglamentos vigentes (ver fojas 685/88).

Sobre el punto hice especial hincapié en la declaración prestada durante el juicio por los peritos oficiales -Jorge Eduardo Dagil y Hugo Daniel Vargas-y de parte -Sebastián Basalo-, quienes depusieron de manera simultánea frente al Tribunal a fin de dar explicaciones sobre las conclusiones de los informes periciales mencionados, sin contradecirse sobre ninguna de las respuestas dadas ante las preguntas de las partes y del tribunal.

En tal sentido, ante todo aclararon que el material objeto de pericia lo fueron a buscar a la sede de Gardarmería en Baradero y que en su mayor parte ya se encontraba en estado de putrefacción, lo cual acontece ante la ausencia de un trasplante.

A preguntas del Fiscal, indicaron que al momento del allanamiento las plantas tenían 1,2 metros de altura y que, si bien el tiempo que requieren para lograr esa medida depende de las condiciones climáticas y otros factores, calculaban que requirieron aproximadamente entre 2 y 6 meses de crecimiento.

Coincidieron todos ellos en cuanto a que del total de elementos secuestrados solo 1,6 kilogramos eran útiles para producir estupefaciente o aproximadamente 15 ml de aceite de cannabis.

También ratificaron que de las 218 plantas incautadas solo diez de ellas eran hembras.

Consultados que fueron sobre el procedimiento necesario para producir el aceite de cannabis, señalaron que existen distintos métodos, pero el más utilizado es la destilación con alcohol. Indicaron asimismo que seguramente este había sido el elegido en el caso de autos, ya que en el domicilio se había secuestrado un decantador (para separar los líquidos de los sólidos), vaporizadores, elementos para trozar el material, aplicadores, varillas para disolver el alcohol, morteros y tubos de ensayo para su almacenamiento.

También había frascos con cogollos, pero los mismos no necesariamente eran utilizados para producir aceite.

En relación a las semillas incautadas, manifestaron que efectivamente eran de la planta de cannabis, y ante la pregunta específica, señalaron que no hay forma de establecer *prima facie* el sexo de las plantas que se obtendrían de su siembra.

Preguntados por el Fiscal sobre cuantas plantas son necesarias para el consumo personal del estupefaciente por parte de una persona, indicaron que no es posible determinarlo, ya que depende del nivel de consumo y el organismo de cada sujeto, y la concentración de THC de cada planta. Aclararon, no obstante, ello, que hay que tener en cuenta que el ciclo de cultivo de la planta es anual, que hay mucho vegetal que se pierde al ser el 50% machos, y que además de las hembras hay una gran cantidad que se pierden por mal cultivo. Así que, si bien puede en algún caso parecer mucha la cantidad incautada, lo que se puede obtener para consumo es poco.

Sostuvieron que de lo secuestrado se podían extraer 15 a 30 gramos de cogollos, ya que las plantas no eran grandes.

Preguntados sobre si a partir de la cantidad y demás elementos que se secuestraron, en base a su experiencia, ello era para consumo personal o para comercializar, afirmaron que tampoco es posible determinarlo ya que influyen varios factores, entre ellos cuantas personas lo consumieran y el nivel de consumo de cada una de ellas.

Tuve en cuenta, asimismo, la declaración testimonial prestada por la madre de los hermanos Alí Brouchoud, María Luján Arévalo, quien indicó que desde el año 2007 padece artritis reumatoidea severa que le causa dolores agudos en todo el cuerpo, y que incluso a veces no se puede mover, habiendo sido internada por ello en cuatro oportunidades.

Que le comentaron sobre los beneficios del aceite de cannabis para el tratamiento de su enfermedad y le consulto a un médico -Dr. Carlos Magdalena-sobre el tema, quien le recomendó el uso del mentado aceite, aclarándole que lo tenía que conseguir a través de cultivadores solidarios. Que como ella sabía que sus hijos esporádicamente fumaban marihuana y que por una cuestión cultural y generacional les resultaría más sencillo conseguir la sustancia, les pidió que le hicieran ese favor.

Que luego de un tiempo, sus hijos aparecieron con una jeringa con aceite de cannabis, sin aclararle donde o como lo habían obtenido, pero que a ella no le importó porque realmente le ayudaba muchísimo a soportar los dolores. Que posteriormente se enteró que el aceite lo habían producido ellos mismos.



Que solo llegaron a proveerla de una jeringa, que le alcanzo para un mes de tratamiento –de cuatro gotas por día-, ya que luego fueron detenidos.

Por su parte, el medico neuro-pediatra Dr. Carlos Alberto Magdalena señaló ante el Tribunal que efectivamente María Luján Arebalo lo consulto en noviembre de 2016 por una artritis severa deformante, que le generaba muchas dificultades en su movilidad y demás aspectos de su vida.

Que ella lo asesoró indicándole que era conveniente usar aceite cannabidiol (CBD) y tetrahidrocannabinol (THC) en proporción de 1 a 1, recomendando su tratamiento por vaporización. Aclaró, no obstante, que no existe una única dosis para todos los casos, depende de cada organismo, pero que se aconseja su aplicación gradual: de 20 gotas (1 ml) a 30 gotas (1,5 ml) diarias. A ella se le indico 10 gotas cada 8 horas, a razón de 100 ml por mes.

Al ser consultado para que indique cuantos gramos de cannabis resultan necesarios para lograr esa cantidad de aceite, respondió que se calcula que el aceite responde al 1% de la masa vegetal, y que para ello solo sirven las plantas hembras. Que es muy selectivo porque las plantas con bichos tampoco sirven. Aclaro que los talleres de cultivos necesitan una preparación muy especial y que por lo general se mezclan las especies Sativa e Indica que tienen las proporciones de CBD y THC necesarias. Que requiere luces, indoors, fertilizantes, los cuidados del sembradío y algunos insumos, como ser alcohol para la destilación, fuentes de calor, coladores para hacer baño maría y aceite de coco.

Del mismo modo pondera la declaración brindada por el testigo Enzo Gabriel Giménez, quien manifestó que era amigo de los hermanos Alí Brouchoud. Que a Nicolás lo conoció 4 años atrás, ya que jugaban juntos al básquet, y este le dio trabajo en un boliche que tenía con su hermano Luciano, y fue ahí donde conoció a este último. Aclaro que el local se llamaba “La previa” y que, si bien los imputados eran los dueños, también trabajaban allí.

Afirmo que además de esa actividad también jugaban al póker de manera profesional y que incluso habían viajado a otros países a jugar torneos.

A preguntas de las partes, indico que ambos consumían asiduamente marihuana, pero que nunca los vio o escucho que la vendieran. Que si lo hubieran hecho él se habría dado cuenta porque estaban siempre juntos en el local. Agrego que son buenas personas y que trabajo con ellos aprox. 3 años.

Manifestó que por lo general fumaban marihuana en la casa de Luciano, que vivió solo, y en la casa de Juan B. Justo, donde se juntaban entre amigos y a la que a veces también iba Luciano con su novia. Que la última vez que concurrió a ese lugar fue 6 meses antes de su allanamiento y que para ese entonces no había niño invernadero. Que Nicolás no vivió ahí, sino con su madre.

Por otro lado, recordé que a fs. 108/109 se encuentra agregada la declaración testimonial prestada por una persona cuya identidad fue reservada por el juez de instrucción. Que este Tribunal al momento de resolver sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida por las partes en los términos de los arts. 356 y ss. del CPPN, ordeno la citación del testigo en cuestión -Maximiliano Amado-a fin de que depusiera frente al Tribunal durante el juicio oral y público; ello, en salvaguarda del derecho de defensa en juicio.

Que, así las cosas, el nombrado manifestó en la audiencia que la firma inserta en el mentado documento no era suya y que él nunca presto declaración en los términos consignados en dicho documento, ya que no conocía a los hermanos Alí Brouchoud. Que para esa fecha él estaba detenido en la Comisaria de Baradero y que durante su encierro permaneció bajo los efectos de la droga, siendo golpeado y maltratado por el personal policial, hasta que lo trasladaron a la fiscalía donde le hicieron firmar algo que no puede especificar y de ahí su hermano lo llevo a un centro de rehabilitación.

Luego de efectuar un análisis armónico de todos los elementos de prueba producidos a la luz de la sana crítica procesal (art. 398 del CPPN), sostuve que coincidí a con el fiscal y la defensa en cuanto a que no se encontraba acreditado con la certeza que esta instancia definitiva requiere que Luciano Matías Alí Brouchoud cultivaba plantas de cannabis con fines de comercialización, como así tampoco que integraba una cadena de tráfico ilegal de esa sustancia.

Enfatice en tal sentido que previamente al allanamiento no existieron tareas de observación o inteligencia de ningún tipo que permitieran corroborar la hipótesis de venta de droga anónimamente denunciada, la que de ningún modo podía sostenerse en base a una declaración testimonial aislada, no reconocida como propia al deponer durante el juicio el supuesto testigo.



Afirmé que, por otro lado, el secuestro practicado en el domicilio del imputado tampoco permití a arribar a tal conclusión, pues no fueron allí habidos aquellos elementos comúnmente utilizados para el fraccionamiento o acondicionamiento de la sustancia vegetal apto para su inmediata distribución, ya sea mayorista o minorista.

Por último, si bien la cantidad de plantas, semillas y cogollos incautados en la vivienda no resultaba menor, lo cierto es que tampoco se trató de un volumen tal que torne irrefutable la finalidad mercantil. Por el contrario, señalé que tal finalidad se veía contradicha por lo afirmado por los peritos intervinientes en cuanto a que de aquello secuestrado solo 1,6 kilogramos eran útiles para producir estupefaciente o 15 mm de aceite de cannabis, sumado al uso que de este hacía la madre del incuso –ratificado por los dichos del médico Carlos Magdalena-, y el consumo recreacional diario tanto por parte de los hermanos Brouchoud, como sus amigos y allegados (reconocido por propio Alí Brouchoud en su declaración indagatoria –incorporada por lectura al debate en los términos del art. 378 del CPPN-y los dichos de su amigo Enzo Gabriel Martínez al deponer durante el juicio).

Sostuve que, en base a ello, disentí a con lo propuesto por ambas partes sobre el modo en que debí a calificarse el hecho.

Así, por un lado, contrariamente a lo postulado por el Fiscal General –y la minoritaria jurisprudencia por el citada-asevere que las conductas descriptas en el art. 5º, inc. “a” de la Ley nº 23.737 –así como en el resto de los incisos de dicho artículo–se encuentran, mediata o inmediatamente, relacionadas con la comercialización ilegal de drogas en una secuencia espaciotemporal, es decir, se trata de actos que integran de algún modo la cadena de tráfico de estupefacientes; lo cual explica que la escala penal establecida para todos los supuestos contenidos en dicho artículo sea la misma.

Es por ello que para encuadrar la conducta en cualquiera de las figuras allí previstas debe comprobarse, además del verbo típico, la existencia de esa “ultrafinalidad”, “elemento subjetivo distinto del dolo” o más concretamente “dolo de tráfico” en el sujeto activo.

En tal sentido, concretamente en relación al tipo penal en trato, la Cámara Federal de Casación Penal ha dicho que “...la siembra, cultivo o guarda tipificadas en la citada norma deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que tales conductas contribuyan a la cadena de tráfico de estupefacientes” (Sala III, 17/6/08, “Mansilla, Soledad Del Milagro”, LL, AR/JUR/4586/2008; en iguales términos: “Rosito, Leonardo s/rec. de casación n”, reg. nº 59.07.03, rta. 10/07/2013).

En la misma inteligencia, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en un caso similar al presente, sostuvo que “...dicho cultivo resulta por el momento insuficiente para configurar la infracción prevista y penada en el art. 5º, inc. “a” de la ley 23.737, toda vez que las distintas acciones descriptas en los incisos de esta norma, requieren su vinculación con el tráfico ilícito de estupefacientes. Es que, tales figuras deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico, entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que con estas conductas se contribuya a la cadena de tráfico de estupefacientes...” (Sala II, “Medina, Luciano Sebastián s/Inf. Ley 23.737”, causa nº 322, rta. 3/07/08; en idéntico sentido, “Bisignano, Humberto O.”, 1990/12/04, La Ley, 1991-D, 68 -DJ 1991-2-666).

Sostuve, entonces, que no habiéndose constatado ese plus subjetivo en el actuar del procesado Alí Brouchoud (circunstancia –insistí –reconocida por el propio fiscal) debí a descartarse la aplicación del inc. “a” del art. 5º de la Ley nº 23.737.

Sentado ello, indique que tampoco habría de coincidir con el criterio adoptado por la defensa en su alegato, relativo a que la conducta del nombrado debí a encuadrarse en la figura atenuada de cultivo para consumo personal, prevista en el anteúltimo párrafo del artículo de marras.

Es que la cantidad de plantas, semillas y cogollos de cannabis sativa, incautados en el domicilio allanado advertían –sana crítica mediante–que el cultivo ilegal no tenía como fin exclusivo el consumo de estupefacientes por parte del incuso, sino antes bien, tal como ya lo mencionara, su convite y/o suministro a familiares, allegados y amigos.

Siendo ello así, entendí que la conducta bajo análisis debí a calificarse como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por la primera parte del art. 14 de la mentada ley.

Es precisamente para casos como el presente, donde existe certeza negativa sobre la presencia de una finalidad adicional en el sujeto activo, que el legislador previó dicha figura residual, evidenciando su afán por abarcar todas aquellas conductas relacionadas con el tráfico y posesión ilegal de estupefacientes. Y si bien es



cierto que gran parte de lo incautado se trataba de plantas y semillas de cannabis sativa (escenario de hecho para el cual –paradójicamente– el legislador no contemplo una figura simple), no lo es menos que dicho vegetal no requiere ningún proceso –más que su cultivo y posterior secado– para transformarse en estupefaciente propiamente dicho (conforme lo prescripto por el art. 77 del C.P.), tal como sería el caso de la cosecha de cogollos hallada en el domicilio.

Señalé que, en base a lo sostenido, resultaba innecesario abocarme al pedido que formulara la defensa sobre la aplicación al caso de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Arriola, Sebastián y otros s/ causa nro. 9080”.

Fijada de tal modo la calificación legal del hecho endilgado al encartado, teniendo en consideración la escala penal resultante y los para metros previstos por los arts. 40 y 41 del Código Penal a efectos de graduar el monto de pena aplicable, valore como atenuantes la ausencia de antecedentes penales y, como agravante, la gran cantidad de plantas y semillas aptas para producir estupefacientes incautadas en su poder, por su mayor afectación al bien jurídico tutelado. Entendí por ello que resultaba adecuado imponer a Luciano Matías Alí Brouchoud 2 años de prisión y multa de mil pesos (\$1.000).

Entendí que, encontrándose satisfechos los requisitos objetivos previstos por el art. 26 del Código Penal, la misma pena de prisión debí a ser dejada en suspenso, pues dado el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, el ingreso a prisión solo lo significaría un plus retributivo que excediendo de tal modo la mensura efectuada acarrearía exclusivamente efectos contrarios a la reinserción social, finalidad propia de la ejecución de las penas privativas de la libertad según el art. 1° de la ley 24.660.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 27 bis del Código Penal estime adecuado para prevenir la comisión de nuevos delitos que durante el plazo de 2 años el encartado cumpla como regla de conducta fijar residencia y someterse al cuidado del patronato de liberados correspondiente a su domicilio.

En virtud de ello, propuse a mis colegas se disponga la inmediata libertad del nombrado la que se hará efectiva desde el asiento del tribunal, previa constatación de inexistencia de impedimento legal para ello, en cuyo caso debí a quedar anotado a disposición exclusiva del magistrado requirente.

Sentado ello indiqué que debí a imponerse al condenado el pago de las costas del proceso (C.P.P.N., arts. 530 y 531), de las cuales \$ 69,67 corresponden a la tasa de justicia.

Asimismo, sostuve que debí a afectarse al pago total de tales costas y de la multa impuesta el dinero que le fuera secuestrado a Luciano Matías Alí Brouchoud, debiéndose restituir al nombrado el remanente, junto con los teléfonos celulares y documentación personal secuestrados.

Por otro lado, señalé que correspondí a proceder a la destrucción de las muestras del material estupefaciente y demás los elementos incautados utilizados para su siembra, cultivo y conservación (art. 30 de la ley 23.737 y 23 del Código Penal).

El Sr. juez Alfredo J. Ruiz Paz dijo:

Que, por haber coincidido en un todo con los argumentos y conclusiones vertidas por el colega preopinante al momento de deliberar, adhirió su voto.

La Sra. Juez de cámara, María Claudia Morgese Martín dijo:

Que adhirió al primer voto.

Tras ello, los Sres. jueces firman la presente, con la aclaración que el Sr. juez Alfredo J. Ruiz Paz lo hizo en la sede del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, donde se encuentra cumpliendo funciones como juez subrogante.

MARCELO G. DI AZ CABRAL (JUEZ)
MARIA CLAUDIA MORGESE MARTIN (JUEZA)
ALFREDO J. RUIZ PAZ (JUEZ)



“CABRERA, SERGIO RODRIGO S/ RECURSO DE CASACIÓN”

(Expediente FSM 604010/2016/4/CFC1 – CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL – SALA II – 07/08/2018)

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 7 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la doctora Ángela E. Ledesma como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Ana María Figueroa como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Mariana Andrea Tellechea Suarez, a los efectos de resolver en la causa n° FSM 604010/2016/4/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "Cabrera, Sergio Rodrigo s/ recurso de casación". Representa en la instancia al Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General, doctor Javier Augusto De Lúea, y a la defensa oficial de Cabrera, la Sra. Defensora Oficial, doctora Laura Beatriz Pollastri.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designada para hacerlo en primer término la Dra. Ledesma y en segundo y tercer lugar los Dres. Slokar y Figueroa, respectivamente.

La señora juez Ángela E. Ledesma dijo:

I- Con fecha 2 de octubre de 2017, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, resolvió: **"REVOCAR** la decisión apelada que dispuso la inconstitucionalidad del artículo 55, inciso "a", antepenúltimo párrafo, de la ley 23.737 y sobreseyó a Sergio Rodrigo Cabrera (fs. 20v./22, ptos. dispositivos **I y II**)" (fs. 47/49 vta.).

Contra este decisorio, la defensa oficial interpuso recurso de casación (fs. 51/56 vta.), el cual fue concedido a fs. 57/59.

A fs. 65, se presentó la defensa oficial ante esta Cámara, a mantener el recurso oportunamente deducido y, posteriormente, los autos fueron puestos en término de oficina a fs. 66.

Finalmente, superada la etapa procesal prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta (fs. 79).

II-a. Con invocación del artículo 456 del CPPN, la defensa sostuvo que la decisión recurrida es arbitraria, pues no analizó las circunstancias del caso con relación a la doctrina del fallo "Arriola" de la CSJN.

Sostuvo que "las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que habría acaecido el episodio considerado, permiten concluir que la conducta que se le reprocha a [...] Cabrera no ha trascendido la esfera de reserva del individuo, por lo que su comportamiento ha quedado amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional" (fs. 54 vta.).

Argumentó que "el hecho de que ciertos vecinos del barrio hayan tomado conocimiento —o sospechado— de la existencia de presuntas conductas relacionadas con alcaloides en el domicilio allanado, ello no implica bajo ningún punto de vista que la acción atribuida a [su] pupilo haya afectado el bien jurídico que pretende proteger la norma en cuestión, pues [...] una acción privada no es aquella que accede al conocimiento público, sino aquella que afecta a terceros" (fs. 55 y vta.).

Sostuvo que "el artículo 50 inc. "a", antepenúltimo párrafo, de la ley 23.737 es inconstitucional [en] aquellos supuestos en que no hubo trascendencia a terceros".

En función de ello, peticionó que se revoque la decisión impugnada "y se confirme la declaración de inconstitucionalidad del delito y el sobreseimiento de [...] Cabrera" (fs. 56).

Hizo reserva del caso federal.

b. 1. En el término de oficina, la defensa sostuvo que el representante del Ministerio Público Fiscal carece del derecho al recurso, pues esta garantía fue concebida en favor del imputado y que la admisión al remedio interpuesto por la acusación, por parte de la Cámara de Apelaciones, implicó una trasgresión al principio de *ne bis in idem*" (fs. 69.).

Por otra parte, se agravio por "el exceso de jurisdicción en que incurrió la alzada" en violación "a los derechos de defensa y al debido proceso, a la garantía de imparcialidad y al principio acusatorio" (fs. 70).

Al respecto, señaló que "la Fiscalía no había cuestionado la calificación legal asignada a la conducta de Cabrera" en torno "al exclusivo uso personal de la droga", pero "al momento de revocar la decisión del juez de grado, la Cámara de Apelaciones asignó a la conducta un significado jurídico distintos" al sostener que "no puede



afirmarse con certeza que la posesión de las plantas de marihuana en poder de Cabrera, estuviese orientada exclusivamente a la finalidad de aprovisionamiento personal" (fs. 70).

Sostuvo que ese accionar en que incurrió la Cámara Federal implicó un exceso de jurisdicción, pues, por aplicación del art. 445 del CPPN, "el tribunal de alzada solo puede resolver los planteos expresados en la apelación" (*ibidem*).

Por otra parte, alegó la vulneración del principio de culpabilidad, en razón de que los magistrados de la apelación "presumieron que [su] asistido podría haber detentado [e]l estupefaciente para comercializarlo solo porque sus consortes de causa habrían ejercido dicha actividad", lo cual, se traduce a su entender, en una imputación a base de "responsabilidad objetiva" (fs. 71 vta.).

Insistió en que la conducta reprochada a su defendido se encuentra amparada en el principio de reserva del art. 19 de la CN y al derecho a la privacidad (fs. 72).

Sostuvo que en la sentencia examinada se confundió "el concepto de 'intimidad' con la idea de privacidad", pues "[l]as acciones privadas son aquellas que —aun siendo accesibles al conocimiento público- no afectan a terceros", mientras que "la intimidad constituye una esfera de la persona que está exenta del conocimiento público" (fs. 72 vta.).

En razón de ello, arguyó que "aunque la presunta tenencia de Cabrera hubiera sido conocida por sus vecinos, se trató de una acción privada que no afectó ningún bien jurídico y que no puede ser penalizada" (fs. 72 vta.).

Agregó que como "el accionar enrostrado recayó en el ámbito constitucional de privacidad" resulta aplicable al caso la doctrina que el cimero Tribunal sentó en el fallo "Arriola" (fs. 73 vta.).

III- En primer lugar, corresponde tratar el agravio vinculado a la violación del principio de *ne bis in Idem*, que considero que no tendrá acogida favorable el reclamo defensorista.

Al respecto, el recurrente adujo que admitir el recurso de apelación del Fiscal contra el sobreseimiento dictado por el juez de instrucción genera el riesgo a ser nuevamente perseguido.

Sin embargo, no indica de qué manera concreta ello genera una nueva persecución, o provoca que existan dos juzgamientos a la misma persona por idéntico hecho, pues, justamente, por el contrario, a lo alegado por el recurrente, aun nos encontramos en la etapa preparatoria del juicio de una sola investigación sufrida por Cabrera.

Por ello entiendo que corresponde rechazar dicho planteo.

IV- a. Sentado ello y para dar respuesta a los restantes agravios formulados por la defensa, corresponde traer a colación que de acuerdo a lo que surge de las presentes actuaciones, y únicamente en lo que interesa para el tratamiento del recurso interpuesto por la defensa de Cabrera, esta causa se inició con fecha 17 de octubre del 2016, a raíz de una denuncia efectuada en los términos del art. 34 bis de la ley 23.737. Posteriormente, se realizaron diversas medidas tendientes a corroborar los datos aportados por el denunciante y a luz de dichos resultados, se procedió a realizar un allanamiento en el domicilio sito en la calle Mazana Q 3285, entre Santa Catalina y Cucha Cucha de Gervasio Pavón, partido de Morón, Pcia. De Bs. As., perteneciente a Cabrera, oportunidad en que se secuestraron siete (7) plantas de marihuana.

b. Que el Juez de instrucción dispuso declarar la inconstitucionalidad del art. 5, inc. "a", penúltimo párrafo de la ley 23.737 y sobreseer a Sergio Rodrigo Cabrera "en orden al delito por el cual fuera procesado (fs. 20 vta./2 2).

El magistrado de origen fundó su decisión en que "no es posible acreditar que se haya producido un daño a bienes o derechos de terceras personas, por lo que su criminalización resultaría contrario al principio de autonomía y privacidad de las personas, amparado constitucionalmente por el Art. 19 [...]" (fs. 21 vta.).

Frente al remedio de apelación deducido por el acusador público (cfr. fs. 23/26.), la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Pcia. De Bs. As., hizo lugar al recurso y revocó la decisión liberatoria (cfr. fs. 47/49 vta.).

Para así resolver, los jueces sostuvieron que "no puede afirmarse con certeza que la posesión de las plantas de marihuana en poder de Cabrera, estuviese orientada exclusivamente a la finalidad de aprovisionamiento personal" (fs. 48 vta.).



Señalaron que "el hallazgo de los materiales [7 plantas de marihuana] no obedeció a un encuentro fortuito; sino que se habría concretado con motivo de las tareas de campo que identificaron al domicilio de Cabrera como un centro de abastecimiento y comercio de estupefacientes" (*ibidem*).

A su vez, evaluaron que "la conducta reprochada a Cabrera [delito de peligro] habría tenido trascendencia pública, en la medida que los hechos podrían haber devenido ostensibles a terceros [denunciantes que advierte sobre venta de drogas en el lugar y tareas de campo anuncia esta misma circunstancia]" (fs. 49).

Por último, afirmaron que "es plausible que la situación de Cabrera haya objetivamente exorbitado el ámbito privado de protección constitucional que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional" y por ello descartaron la aplicación de la doctrina de "Arriola" (fs. 49 y vta.).

Sentado cuanto precede, advierto que, en atención a las particularidades que se presentan en el presente caso, por los argumentos que expondré a continuación, corresponde ingresar al fondo del asunto para evitar un innecesario dispendio jurisdiccional.

En primer lugar, corresponde señalar que el marco de discusión se centra en si la conducta reprochada a Cabrera ha ocasionado una lesión al bien jurídico tutelado —salud pública-, o, por si el contrario, ella no ha repercutido en daño alguno, quedando la misma dentro del ámbito de reserva individual, de conformidad con el art. 19 CN.

De modo preliminar, se debe señalar que más allá de la advertencia efectuada por el impugnante, en torno a la calificación excesiva en que podría incurrir la Cámara Federal al dictar la decisión examinada, y la repercusión de dicha variación agravante en los derechos y principios constitucionales invocados (defensa, acusatorio, imparcialidad), lo cierto es que en la decisión examinada no se ordenó una modificación del encuadre jurídico asignada a la conducta reprochada a Cabrera.

Además, como bien reconoció el recurrente en su vía de impugnación, el representante del Ministerio Público Fiscal no objetó la calificación legal oportunamente asignada por el juez de instrucción, de modo que la denuncia de vulneración al principio acusatorio y al derecho de defensa formulada por el impugnante no se materializó, perdiendo, entonces, virtualidad dicho agravio.

Sentado ello, ahora sí, corresponde analizar si efectivamente el accionar endilgado a Cabrera, poseer siete (7) plantas de marihuana, excedió el ámbito de su privacidad.

En principio, tal como señalé al votar en la causa N° 14.518, caratulada "Parissi, Daniel Alejandro s/recurso de casación", rta. 03/04/12, reg. 19782, resulta necesario destacar las similitudes sustanciales que existen entre determinadas características normativas contenidas en el precepto de marras -anteúltimo párrafo del art. 5o de la ley 23.737-, y las reguladas en el segundo párrafo del art. 14 de dicha ley.

Si bien la primera disposición legal incrimina la actividad de cultivar plantas para producir estupefacientes para consumo personal, y la segunda la simple tenencia de estupefacientes, también para consumo personal, lo cierto es que ambas figuras tienen como denominador común el bien jurídico tutelado -salud pública- y requieren para su configuración la necesaria demostración de la trascendencia a terceros que implicaría la conducta imputada, para de ahí en más pasar a analizar si resulta factible la subsunción jurídica en tales tipos penales. Ello, como paso previo al control de constitucionalidad del referido art. 5o anteúltimo párrafo (*ibidem*) que introduce la defensa.

De modo que para resolver correctamente nuestro caso, cobran vocación aplicativa las consideraciones vertidas al votar en las causas 6470 "Sacramento, Facundo Nicolás s/ rec. de casación", rta. El 7 de marzo de 2006, reg. 127, 6472 "Guerra, Jorge Néstor Rubén s/ rec. de casación", rta. El 7 de marzo de 2006, reg. 128 y 6475 "Grimberg, Alejo Fabián s/ rec. de casación", rta. el 7 de marzo de 2006, reg. 129, ambas de la Sala III de este Tribunal -a cuyas reflexiones me remito *mutatis mutandi* para sintetizar-, y los lineamientos sentados por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Arriola" (Fallos, 332:1963).

Es que, insisto en esto, dadas las características comunes que poseen dichas figuras, más allá de las distintas conductas que contemplan, ambas aluden a un uso y consumo personal respectivamente de la sustancia estupefaciente, y protegen el mismo bien jurídico; por ende, y con especial remisión a los postulados establecidos en los antecedentes evocados, podemos asegurar que la naturaleza colectiva del bien tutelado (salud pública), impone determinar si las plantas incautadas fueron ostentadas públicamente por el imputado y si se generó un daño o peligro con trascendencia a terceros.



Ello así, puesto que el principio de lesividad proscribiera el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto.

Por tal razón es inadmisibles las puniciones de acciones u omisiones que no tienen ninguna posibilidad de generar un riesgo, por más que el autor así lo crea (Binder, Alberto, "Introducción al derecho penal", Ad-Hoc, 2004, págs. 166/167), este criterio es compartido con Ferrajoli cuando señala que el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica judicial precisamente la carga de tal demostración. La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos [...]" ("Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, pág. 467).

Conviene recordar, que "el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad"

Conviene recordar, que "el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad" (Alberto Binder, op. cit., p. 39); ya que no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático para la sociedad y los particulares. Por esta razón, se requieren garantías jurídicas especiales que determinen que sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y como recurso extremo (Cornelius Prittwitz, "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal", traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 433/434, con cita de Lüderssen).

En función de las consideraciones señaladas, y de acuerdo a las particulares características del suceso investigado acerca de que las siete (7) plantas en cuestión se encontraban dentro del domicilio de Cabrera.

Además, no se debe confundir la concreción de la lesión al bien jurídico protegido con la exhibición de la conducta a terceras personas. En efecto, mientras que en el primer caso se cumple con el manto prohibido, en el segundo, no necesariamente, si, justamente, no se materializa el peligro que veda el tipo penal.

En la sentencia examinada se valoró que las plantas eran "ostensibles", porque "el denunciante [...] advierte sobre ventas de drogas en el lugar y tareas de campo que anuncian es [a] misma circunstancia" más no se dijo de qué manera la plantación de cannabis sativa en la vivienda de Cabrera menoscabó la "salud pública", más aun tomando en consideración que el juez instructor descartó la hipótesis de tráfico y ello no fue objetado en ningún momento por el acusador público.

De esa forma, por las particularidades que presenta este caso, no es posible afirmar sin más que la conducta endilgada a Cabrera haya excedido la esfera de privacidad que ampara el art. 19 de nuestra Carta Magna.

En consecuencia, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de la defensa, sin costas, anular la decisión impugnada, estar a la inconstitucionalidad y al sobreseimiento de Sergio Rodrigo Cabrera, dispuestos por el juez de instrucción a fs. 20 vta./22 (arts. 19 de la CN; 336 inc. 3, 470 y 471 del CPPN).

Tal es mi voto.

El juez Alejandro W. Slokar dijo:

Que, en las particulares circunstancias del sub examine, adhiere a la solución que propicia la juez Ledesma.

Así vota.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1. Concuerdo con los argumentos y solución que propicia la doctora Ledesma -la que cuenta con la conformidad del doctor Slokar-, ello así, pues analizadas las constancias del expediente y estudiada la cuestión traída a control jurisdiccional de esta Cámara, la conducta desplegada por Sergio Rodrigo Cabrera se ajusta a la doctrina sentada en el fallo "Arriola, Sebastián y otros s/recurso de hecho" (Fallos: 332:1963).

En tal sentido, la circunstancia de haberse secuestrado en el interior del inmueble del imputado siete plantines de marihuana, aunado a que en la oportunidad prevista en el art. 294 del rito, el nombrado refirió que eran suyos y que estaban destinados a su consumo personal —extremo éste que no fue desacreditado-, resulta por si solo un argumento suficiente para concluir que su tenencia no pudiera generar peligro para terceros.



De esta manera, debo aproximarme al caso traído a estudio con aplicación del precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto estableció que "...los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)". Y también que "-. el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

A partir de ello, siendo que los siete plantines de marihuana, se encontraba alejados a la vista de otras personas, no se evidencia, en el caso, la concreta afectación al bien jurídico salud pública ni daños producidos a bienes jurídicos o derechos de terceros.

2. Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo:

Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, anular la decisión impugnada y estar al sobreseimiento dictado por el juez de grado a Sergio Rodrigo Cabrera (cfr. fs. 20 vta./22). Sin costas.

Tal es mi voto.

En virtud del resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de la defensa, SIN COSTAS, ANULAR la decisión impugnada, y ESTAR a la inconstitucionalidad y al sobreseimiento de Sergio Rodrigo Cabrera, dispuestos por el juez de instrucción a fs. 20 vta./22 {arts. 19 de la CN; 336 inc. 32, 470, 471, 530 y cc del CPPN}.

Regístrese, hágase saber, comuníquese, y remítanse las actuaciones el origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ÁNGELA E. LEDESMA (JUEZA)
ALEJANDRO W. SLOKAR (JUEZ)
ANA MARÍA FIGUEROA (JUEZA)



“MALAJOVICH, IVAN GREGORIO – BURGOS, MAXIMILIANO HÉCTOR S/INFRACCIÓN LEY 23.737”
(FPA 5131/2017 – JUZGADO FEDERAL DE PARANÁ – 28/12/2018)

///raná, 28 de diciembre de 2018.

Y VISTOS:

El presente sumario N° FPA 5131/2017, caratulado **“MALAJOVICH, IVAN GREGORIO – BURGOS, MAXIMILIANO HÉCTOR S/INFRACCIÓN LEY 23.737”**, seguido contra **Iván Gregorio Malajovich**, D.N.I. N° 31.724.919, sin sobrenombre ni apodo, de 33 años de edad, de estado civil divorciado, de ocupación comerciante, de nacionalidad argentina, nacido en la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, en fecha 27 de julio de 1985, con domicilio en Boulevard Sarmiento N°653, Dpto. 2, de la ciudad de su nacimiento, habiendo residido anteriormente en calle Sebastián Vázquez N° 385, Dpto. 18, también de esta ciudad, que sabe leer y escribir, cuenta con estudios terciarios incompletos, posee condiciones de vida buenas, hijo de Daniel Alberto, cuya ocupación desconoce, y de María Laura Dayenoff, docente de la escuela hebrea; y,

CONSIDERANDO:

a) Objeto procesal:

Que se le atribuye al encartado la comisión de los siguientes hechos:

“Que, Iván Gregorio Malajovich impartió instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, y preconizó acerca del uso de estupefacientes, tratándose de tres hechos en concurso real cometidos en el marco de los ‘talleres’ de cultivo integral de cannabis o de cultura cannábica, en los siguientes días y horarios: el 14 de abril de 2017 en la sede de la Asociación Civil Barriletes, ubicada en calle Courreges N° 189; el día 16 de julio de 2017 en ‘Pandora Multiespacio’, ubicado en calle Domingo Comas N° 270, y el 27 de mayo de 2018 en ‘casa Mainumbí’ sita en calle Gualaguaychú N° 836, todos de Paraná. Dichos hechos, a su vez, concurren en forma real con los siguientes: Que en fecha 31 de julio de 2018, siendo las 12.45 horas aproximadamente, y en ocasión en que personal de la Policía Federal Argentina diera cumplimiento a las órdenes de allanamiento dispuestas mediante Oficios N° 1527/18 y 1528/18 emitidos por este Juzgado Federal N°1 de Paraná, para el local comercial ‘El Esqueje’ sito en calle 25 de Mayo N°1087 de la ciudad de Paraná, y para el domicilio emplazado en Boulevard Sarmiento N° 653, casa N° 2 de la ciudad de Paraná, se constató la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes, la tenencia de estupefacientes y la guarda de semillas para producir estupefacientes por parte de Iván Gregorio Malajovich, conforme el siguiente detalle: en el local comercial, se localizó marihuana en la cantidad de diez gramos dentro de una lata metálica, diez gramos de cogollos de marihuana, y semillas de la misma sustancia. Mientras que en la vivienda del nombrado se localizaron 15 macetas con plantas de marihuana de distintos tamaños dentro de un gacebo de color negro con cierres con sistema eléctrico, de ventilación e iluminación en su interior, otras 18 macetas con plantas dentro de un gacebo similar al antes descripto, cogollos de plantas de marihuana contenidos en 13 tarros de vidrio transparentes, gajos de plantas de marihuana secándose colgados en una cuerda cuyo peso ascendía a 220 gramos, y picadura de marihuana contenida dentro de un recipiente abierto en la cantidad de 50 gramos; como asimismo 9 troqueles presuntamente de material estupefaciente LSD, siendo habidos dos de ellos dentro de un recipiente metálico y los 7 restantes dentro de otro recipiente del mismo material; y plantas de marihuana dentro del cesto de residuos cuyo peso ascendía a 155 gramos. Asimismo, se localizaron efectos tales como teléfonos celulares, una notebook, envoltorios de papel de seda, armadores, picadores, filtros de agua, vaporizadores, mecheros, reguladores de humedad, pipas, temporizadores, unidades de lana de roca, insecticidas, entre otros efectos que se describen con precisión en las actas de allanamiento”.

b) Valoración probatoria:

I. Que las presentes actuaciones reconocen su inicio a raíz de la nota N° 109/17 que la Dirección de Toxicología de la Policía de la Provincia de Entre Ríos elevara a este Juzgado Federal en fecha 17 de abril de 2017, conforme luce a fs. 3, a los fines de anotar sobre una “Jornada de Cultura Cannábica” a realizarse el día 23 de abril de dicho año en la sede de la Asociación Barriletes, sita en calle Courreges N° 189 de esta ciudad, la que fuera organizada por la “Agrupación Paranaense de Agricultores de Cannábicos” (A.P.A.C.). La invitación se habría difundido en una nota contenida en la página web del periódico “El Diario” de Paraná como así también en una publicación, tipo evento, en la red social Facebook perteneciente a la Asociación Paranaense de Agricultores de Cannabis –en adelante, A.P.A.C. (www.facebook.com/cannabiscultoresparana/), conforme se observa a fs. 1/2.



Ingresada la causa a esta sede, a fs. 4 se dispone que la dirección de la investigación quede a cargo del Ministerio Público Fiscal, de conformidad a lo dispuesto en el art. 196 del C.P.P.N.

En consecuencia, el Sr. Fiscal Federal requiere a la Delegación Local de la Policía Federal Argentina la realización de tareas de investigación e inteligencia con el fin de establecer la eventual comisión del delito de preconización o difusión pública del uso de estupefacientes, estipulado en el art. 12, inc. 1 de la Ley 23.737, u otro ilícito previsto en dicho cuerpo legal.

A fs. 8/29, 32/48, 51/52 y 54/63 se agregan los cuadernillos de investigaciones que fueran elevados por la fuerza de seguridad actuante. En lo que aquí interesa, a fs. 23 se aprecia una publicación efectuada en la red social Facebook por el usuario perteneciente a la A.P.A.C., en la cual se invita a la “2º Jornada de Cultura Cannábica”, a realizarse el día 16 de julio de 2017 en “Pandora Multiespacio”; y a fs. 24/26 se observa el “evento” creado en dicha plataforma por el mismo usuario.

A fs. 53, el titular de la vindicta pública estima conducente que se requiera a la firma Facebook Inc. que aporte toda la información disponible en sus registros y/o base de datos respecto del perfil “www.facebook.com/cannabiscultoresparana”, remitiendo los actuados a este Juzgado Federal a los fines de que se libre la rogatoria pertinente. Por decreto de fs. 65, esta Magistratura dispone la medida interesada; la que luce debidamente producida a través de la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal Argentina a fs. 68/97. En lo que aquí interesa, de fs. 79 se desprende que dicho usuario fue creado en fecha 18 de abril de 2009; que su creador, llamado “Ivan Gregorio”, se identifica como “Malnoff”; y que se encuentra asociado al email “malajovich@gmail.com”. Por lo demás, de fs. 92 surge que, entre las direcciones de IP vinculadas, aquella individualizada como 181.228.41.67, corresponde al ciudadano *Iván Gregorio Malajovich*, DNI N° 31.724.919 domiciliado en calle 25 de mayo N° 1087 de la ciudad de Paraná, celular N° 03435171001, email “malajovich@gmail.com”.

Devuelta la causa a la Fiscalía Federal, a fs. 101, ésta solicita a la fuerza policial la profundización de las tareas investigativas y la realización de un informe conclusivo de las mismas; frente a lo cual la preventora solicita a fs. 104/126 que se le otorgue una prórroga del plazo dispuesto a tales efectos, toda vez que habrían surgido novedades de interés para la causa en las nuevas auscultaciones efectuadas; lo cual es concedido por decreto fiscal de fs. 127. Entre dichas novedades menciona que, de las tareas de campo concretadas se habría podido determinar que en el domicilio sito en calle 25 de mayo N° 1087 de la ciudad de Paraná existiría un local cuyo nombre de fantasía sería “El Esqueje Grow Shop”, dedicado al cultivo, atendido por un sujeto que manifestaría llamarse “Iván” y ser el dueño del lugar. Este último utilizaría dos usuarios en la plataforma Facebook; a saber: “Ivan Malajovich (Ivan Esqueje)” (www.facebook.com/ivanesqueje) e “Ivan Gregorio (El Esqueje)” (www.facebook.com/malnoff). Por lo demás, el local comercial auscultado contaría con su propio perfil, siendo éste “El EsquejeGrow Shop” (www.facebook.com/ElEsquejeGrowShop).

A fs. 129/134, la fuerza interviniente indica que, de las averiguaciones efectuadas en la red social Facebook, más precisamente, en torno al usuario perteneciente a la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, se obtuvo que se habría organizado la “Fiesta Kapikua” con el objeto de recaudar fondos para la “Marcha Mundial de la Marihuana” (realizada en esta ciudad en fecha 5 de mayo de 2018 en la plaza “Sáenz Peña”), no pudiéndose precisar el lugar de su desarrollo toda vez que dicha información se habría brindado únicamente por mensaje privado; que a través de diversas publicaciones se promovería el autocultivo de marihuana y se haría énfasis en su consumo con fines medicinales, subrayándose lo saludable que es; y que se destacarían como miembros del perfil investigado los usuarios identificados como “Jugo Sonriente”, el que sería utilizado por *Maximiliano Héctor Burgos*, y “María Sabina”, el que sería utilizado por *Sabina Fernanda Galfano*.

Asimismo, se comunica que, del relevamiento efectuado sobre la plataforma social Instagram, concretamente, en torno al usuario “elesquejgrow”, que promocionaría el local comercial de *Iván Gregorio Malajovich*, como así también en la red social Facebook, particularmente, en lo que respecta al perfil de “El Esqueje” (“www.facebook.com/ElEsquejeGrowShop”), se extrajeron datos de interés para la causa, entre los que se cuenta un sinnúmero de imágenes y videos relativos al ofrecimiento de productos útiles para el autocultivo de marihuana (semillas, fertilizantes, plaguicidas y artefactos para iluminación y medición), a recomendaciones en torno al uso de estupefacientes (preparación de “butter weed” o manteca de marihuana, selección genética, obtención de resina y aceite de marihuana) y a la oferta de elementos para su consumo (trituradores, bongs, sausers, pipas, papelillos y filtros orgánicos). Por lo demás, se aprecian algunas fotografías en las cuales un masculino, el que presumiblemente sería el propio *Iván Gregorio Malajovich*, posa junto a innumerables plantas que



serían de la especie *cannabis sativa*; y otras en las cuales se visualiza directamente una gran cantidad de plantas de tal especie. En el sitio de Facebook referenciado reza la siguiente descripción: “... *El esqueje es una tienda donde podrás encontrar todas las cosas necesarias para el cultivo de cannabis. Con asesoramiento directo de mano de cultivadores experimentados en el arte del cultivo...*”. De los comentarios efectuados por usuarios se leen algunos que destacan el buen servicio que allí se ofrece.

La preventora da cuenta, además, de una publicación en el perfil de la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos con diversas fotografías del día en que se realizó la ya nombrada “Marcha Mundial de la Marihuana”. En las mismas se puede observar a los sospechados *Burgos* y *Malajovich*.

A su vez, agrega haber observado a *Malajovich* retirarse de su local comercial cuyo nombre de fantasía sería “El Esqueje Grow Shop” –sito en calle 25 de Mayo N° 1087, departamento 1, de Paraná con dos bolsas que en su interior tendrían una bolsa del sustrato denominado “cañamero”, para luego dejarlas en un domicilio ubicado en calle San Luis N° 796, donde habitaría la ciudadana *María Victoria Avile* (registrada como “Vicky Avi” en Facebook y “Vickyinfinite/” en Instagram); lugar en el cual *Malajovich* habría permanecido aproximadamente una hora para dirigirse posteriormente al inmueble de calle Gualaguaychu N° 836 donde funciona un comercio llamado “Casa Mainumbi” (cuyo perfil en Facebook sería “casamainumbi”), en el cual se desarrollarían actividades como yoga y talleres gastronómicos.

También indica que *Iván Gregorio Malajovich* tendría domicilio en Boulevard Sarmiento N° 653 y que los vecinos del lugar sostendrían que el nombrado cultivaría plantas de marihuana en su patio, acondicionándolas bajo una media sombra de color negra con el fin de favorecer el desarrollo de las mismas.

Posteriormente, personal dependiente de la Policía Federal Argentina, continuando con las investigaciones en torno al perfil de Facebook de la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, advierte que en él se insiste con las publicaciones relacionadas a talleres de autocultivo y a manifestaciones a favor de la legalización de la marihuana para todos sus usos.

Respecto del perfil de Instagram “elesquejgrow”, se comunica que allí persiste la oferta de productos útiles para el cultivo *indoor*, como así también la promoción de un taller de extracción de resina y elaboración de aceites terapéuticos. De las tareas de campo se supo que este último taller sería organizado por *Malajovich* y tendría lugar el domingo 27 de mayo de 2018, de 15 a 18 horas, en la denominada “Casa Mainumbi”.

En lo que atañe a *Maximiliano Héctor Burgos* (cuyo perfil de Facebook sería “Jugo Sonriente”, quien, a su vez, administraría la página de la A.P.A.C.) se pudo determinar que se domiciliaría en calle Pringles N° 32 de esta ciudad. Los vecinos del lugar, por su parte, también denunciarían que el nombrado cultivaría plantas de marihuana en su casa.

Del perfil de Facebook utilizado por *Iván Gregorio Malajovich* (“Ivan Gregorio”) se extrajo el video de una entrevista realizada al nombrado, a *Maximiliano Héctor Burgos* y a otros integrantes del grupo “Mamá Cultiva”, de fecha 05 de octubre de 2016, donde el primero indicaría cuál es su punto de vista respecto del cultivo de marihuana y abogaría por la descriminalización de dicho acto para consumo personal. La fuerza preventora, finalmente, estima que *Iván Gregorio Malajovich* podría estar comercializando plantas o semillas utilizables para producir estupefacientes a través de su local comercial “El Esqueje Grow Shop” y solicita, en consecuencia, la intervención telefónica del abonado que utilizaría, esto es, del N° 0343155171001. A fs. 141, el Sr. Fiscal Federal eleva las actuaciones a esta sede a los fines que se estimen correspondientes. Esta Magistratura concede dicha interceptación de las comunicaciones por resolutorio fundado de fs. 145/151.

A fs. 161/162, la Policía Federal Argentina remite información de interés, poniendo de resalto que, a los fines de trasladar los productos ofertados, el sospechado *Malajovich* se valdría de un automóvil marca Renault, modelo 4S, dominio colocado VYX 889; que el sindicato estaría organizando un evento llamado “Copa Cannábica del Paraná” para el 9 de septiembre de 2018, el cual estaría destinado a la degustación de marihuana cultivada por amateurs y a la premiación de aquella que se considere de mejor calidad; y, finalmente, que el mismo contaría con la ayuda de su hermano, *Germán Malajovich*, quién recibiría encomiendas del exterior conteniendo presumiblemente semillas de marihuana, las que serían posteriormente comercializadas en el local comercial ya citado, llamado “El Esqueje”.



En miras a lo expuesto, el Ministerio Público Fiscal insta a la Dependencia Paraná de la Dirección General de Aduanas para que informe los movimientos aduaneros de encomiendas enviadas y/o recibidas correspondientes a *Iván Gregorio Malajovich* y sus familiares, *María Laura Dayenoff* y *Germán Malajovich*.

A partir de las desgrabaciones telefónicas llevadas a cabo, las cuales se agregan a fs. 340/373, como así también conforme a lo comunicado a fs. 335/339, se logró recabar que *Malajovich* utilizaría la línea N° 0343155171001 y que mantendría conversaciones con el público en general, aportando instrucciones e indicaciones en aras a obtener un mayor y mejor rendimiento del estupefaciente cannabis sativa –en sus diferentes modalidades de uso; ofertando aquellos productos que tiene a la venta en su local comercial, conocido como “El Esqueje”; como así también reconociendo el propio cultivo de plantas de cannabis sativa.

Fundándose en el cúmulo de datos obtenidos, la preventora concluye que tanto *Iván Gregorio Malajovich* como la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, cuyo administrador resultaría ser *Maximiliano Héctor Burgos*, preconizarían el autocultivo de marihuana, exaltando los beneficios de su consumo y abogando por la legalización de la misma.

Así las cosas, “... *habiéndose constatado acciones tipificadas en la Ley 23.737...*” solicita a fs. 335/339 el libramiento de las siguientes órdenes de allanamiento: a) del domicilio del local comercial “*El Esqueje*”, sito en calle 25 de Mayo N° 1087, de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos; b) del domicilio donde residiría *Iván Gregorio Malajovich*, sito en calle Boulevard Sarmiento N° 653, casa N° 2, de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos; y c) del domicilio donde residiría

Maximiliano Héctor Burgos, sito en calle Pringles N° 32, de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos. Finalmente, peticona especialmente la requisita vehicular del rodado *marca Renault, modelo 4S, dominio colocado VYX 889*.

El Sr. Fiscal Federal se expide a fs. 375/380 en relación al pedido impetrado por la Policía Federal Argentina, interesando el acogimiento favorable de las medidas allí propiciadas. Teniendo en cuenta la gravedad de la situación corroborada en autos y la trascendencia del bien jurídico comprometido (esto es, la salud pública), entiende que se encuentra configurada la situación de sospecha objetiva requerida para el libramiento de las órdenes de allanamiento respecto de los domicilios *ut supra* mencionados como así también de la orden de requisita vehicular referenciada.

Por resolutorio de fs. 382/388 esta Magistratura decide hacer lugar a lo peticionado y, en consecuencia, se libran las órdenes de allanamiento N° 1527/18, 1528/18, 1529/18 y 1530/18.

En consecuencia, la Delegación Paraná de la Policía Federal Argentina, remite a fs. 394/460 las constancias del diligenciamiento de las medidas dispuestas. Así, a fs. 402/406 luce el acta de allanamiento del domicilio del local comercial “*El Esqueje*”, sito en calle 25 de Mayo N° 1087, de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos (orden de allanamiento N° 1527/18); a fs. 409, el acta de detención de *Iván Gregorio Malajovich*; a fs. 420/423, el acta de allanamiento del domicilio en el que reside el nombrado, sito en calle Boulevard Sarmiento N° 653, casa N° 2, de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos (orden de allanamiento N° 1528/18); a fs. 436/437, el acta de allanamiento del domicilio donde reside *Maximiliano Héctor Burgos*, sito en calle Pringles N° 32, de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos (orden de allanamiento N° 1529/18); y, a fs. 457/460, el parte comunicativo en el que se detallan los elementos que resultaran secuestrados en las fincas allanadas.

Ingresadas las actuaciones a esta sede, a fs. 461 se ratifica la orden de detención de *Malajovich* que fuera dictada verbalmente y se fija audiencia para recibirle declaración indagatoria.

A fs. 461/vta. obra el informe actuarial que da cuenta de la constatación de los efectos secuestrados en la presente causa, poniendo de resalto las diferencias habidas con el detalle elaborado por la preventora a fs. 457/460. Seguidamente, a fs. 462, se dispone el resguardo de los mismos en las dependencias de la Delegación Paraná de la Policía Federal Argentina.

En lo que respecta al dinero en efectivo incautado, el cual asciende a la suma de \$7500 (siete mil quinientos pesos), a fs. 462/vta. se ordena su resguardo en caja fuerte de Secretaría. Posteriormente, a fs. 475, es remitido a la Fiscalía Federal, donde es reservado en caja fuerte, conforme lo decretado a fs. 478.

El Sr. Fiscal Federal se expide a fs. 467 sugiriendo que al enrostrado le sea atribuido “... *el delito de impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, en concurso real con el delito de preconización del uso de estupefacientes (arts. 28 y 12 inc. a, Ley 23.737), en concurso real, tres hechos, cometidos en el marco de los así denominados ‘talleres’ de cultivo integral de cannabis o de cultura*



cannábica...”; como así también se le endilguen “... los delitos de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas para obtener estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización o tenencia simple de estupefacientes (art. 5 incs. a y c y art. 14, Ley 23.737), conductas desplegadas tanto en su domicilio particular (...) como en el local donde giraba el comercio de su titularidad...”.

A fs. 469/473 comparece a prestar declaración indagatoria *Iván Gregorio Malajovich*. Asistido por sus defensores técnicos e impuesto de los hechos que se le endilgan, de las pruebas en su contra y de la calificación legal que corresponde, manifiesta: *“... Inicialmente quiero declarar que soy una persona que no tiene problemas en la sociedad, soy un ciudadano que paga sus impuestos, pago el alquiler, apporto a la alimentación o los gastos de mi hijo mensualmente, también soy un padre activo, no sólo a nivel económico. Soy activista sobre todo de la marihuana, conocí el cannabis a través del consumo esporádico, lo que me llevó a darme cuenta de que me sentía bien, sentía placer al consumirlo y decidí investigar más sobre el tema, sabiendo que es una planta, se puede cultivar, y se puede evitar concurrir al mercado clandestino que ofrece productos de bajísima calidad. Así que empecé a instruirme al respecto, leyendo manuales en internet, publicaciones nacionales como la revista THC, entrando en contacto con otros cultivadores en foros de cultivo. Esto me llevó a darme cuenta de que realmente se cometía una injusticia en cuanto a la calificación de la marihuana como estupefaciente, y a tener una motivación personal para transmitir esta información a la sociedad y al que estuviese interesado en saberlo. Razón por la cual, comencé con un programa de radio llamado ‘El esqueje’, que se emitía en Radio Barriletes cuando funcionaba en calle Santos Domínguez, los días viernes a partir de las 22 horas. En ese momento me encontraba trabajando de remisero y tomé la decisión de querer dedicarme a algo que estuviese relacionado con el cannabis y que me pudiese dar sustento de vida, razón por la cual empecé a ofrecer productos para el cultivo y consumo. Inicialmente lo hice a través de una página de Facebook, llamada ‘El esqueje grow shop’, y luego con un socio en Santa Fe abrimos un local comercial, y duró un año la sociedad. Luego a raíz de la ruptura de la relación comercial volví a Paraná y abrí el local de calle 25 de mayo, que venía funcionando hace casi tres años. Soy consumidor habitual de cannabis, ya no lo consumo como una cuestión de estupefaciente, sino que podría asociarse a lo religioso, como espiritual, una cuestión de bienestar. Consumo solamente flores extraídas de plantas, cultivadas por mí. Soy activista de la causa. En el mismo momento en que comencé con el programa radial, comencé a organizar las marchas en reclamo de la normalización del cannabis, tanto para su cultivo como para su consumo. Así es que desde el 2013 se viene organizando todos los primeros sábados de mayo la marcha mundial de la marihuana, que se realiza tanto acá como casi en la totalidad del resto del país. Pertenezco a la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, que lucha por los derechos de los cultivadores y de los consumidores sin hacer distinción entre tipo de consumo, marco en el cual se fueron brindando los talleres de cultivo, de extracción, y de elaboración de aceites terapéuticos. Pertenezco también a ECUA, Frente de Emprendedores Cannábicos Unidos Argentinos, que agrupa a distintos comercios del rubro del mío, fabricantes de insumos, de artefactos para consumo, distribuidores. Trabajamos en conjunto con otras agrupaciones del país para lograr un marco regulatorio definitivo que permita el acceso legal y seguro al cannabis. Somos conscientes de que existe una ley que pena nuestra actividad, así como somos conscientes de que esa ley es del año 1976 y que está obsoleta en cuanto a materia cannábica. Ya que toma el cannabis como una sustancia más y no como una cultura. No me dedico a la venta de semillas, ni de marihuana. Mi actividad es netamente comercial, de accesorios e insumos, destinados solamente a personas mayores de edad. El local comercial del cual soy dueño no posee propaganda que preconice el uso del cannabis ni alentamos a la gente al uso de cannabis, simplemente la gente que ya tomó la decisión de hacerlo tiene un espacio donde poder consultar, instruirse sobre el tema, obtener información de cuáles son los mejores medios para cultivar sus propias plantas, realizar sus propias medicinas, los distintos usos de la planta. Considero que el hecho de que se me esté imputando la preconización del uso y de dar instrucciones sobre cómo cultivar y cómo producir cannabis es una violación de los derechos de las personas, es meramente información y luego las personas deciden qué hacer con la información, y la información es algo que tendría que estar disponible para todo el mundo. Quería comentar también que el uso abusivo de la fuerza al ingresar a la vivienda de Maximiliano Burgos sabiendo de sus condiciones, es cruel e irresponsable. Maximiliano se encuentra al borde de la muerte en este momento por la situación que tuvo que pasar, tiene esclerosis en grado 3. (...) Respecto del método de cultivo que utilizaba en mi hogar, es conocido como ‘cultivo indoor (dentro de puertas)’, método que había sido elegido específicamente por la cercanía de mis vecinos a mi hogar, para evitar molestias a ellos. Este método no permite producir plantas grandes, ya que se produce con luces artificiales imitando al sol, y los artefactos de ventilación y extracción de aire son para simular ambientes. La cantidad*



de plantas encontradas respondía a un ciclo de cultivo, la cantidad de armarios o carpas de cultivo responden también a los dos ciclos de la planta, de crecimiento y de maduración. Las partes de plantas encontradas en el tacho de residuos eran plantas macho que habían sido descartadas ya que no se consumen, y se utilizan para producir la semilla en la planta hembra. Jamás tuve intención de esconder mi carácter de activista, ni mi condición de cultivador, ya que salí en varios medios de comunicación a lo largo de estos años, expresando la necesidad de los cultivadores de una nueva regulación acerca de la materia, dialogando sobre los inconvenientes a los cuales nos vemos sometidos los cultivadores por la ley de estupefacientes, y sobre la actualidad política y los debates políticos que se dan sobre el asunto. Viajé a Necochea, Buenos Aires, La Plata, a distintas reuniones de agrupaciones. Asistí al Congreso a los debates de la ley de uso de cannabis medicinal, apoyando a las organizaciones tales como 'Mamá cultiva' en su reclamo, entendiendo que se debe priorizar su necesidad en orden a la salud, pero sin dejar de entenderlo como un derecho para todos. Casualmente un día antes del allanamiento, me entrevistaron de la Radio Universidad sobre los debates por la posible modificación del Código Penal y la falsa propaganda mediática de la despenalización de la tenencia y del cultivo para autoabastecimiento. [Si la misma información que brinda en los talleres se encuentra de libre acceso al público en internet o en revistas como la conocida THC] Sí, efectivamente esta información está disponible, y mucha de la información brindada en los talleres es extraída de estos medios, también en el intercambio de conocimiento con otros activistas y otros cultivadores. También pertenezco a un grupo de WhatsApp que se dedica sobre todo a cannabis medicinal, en el cual distintos protagonistas de la salud y de la cultura cannábica vamos volcando nuestros conocimientos, y las experiencias que vamos adquiriendo, todo ello para ir generando un conocimiento global y más abarcativo que nos permita seguir avanzando en la ayuda a la gente que lo necesita de manera responsable y seria. [Para que diga aproximadamente la cantidad de clientela que acudía a su negocio diariamente] Era un lugar bastante concurrido, por clientes, amigos, activistas. Era tomado como un espacio de intercambio de conocimiento, de educación, de concientización. No solamente clientes, sino que se acercaban personas con patologías a averiguar por lugares donde conseguir el aceite, medios para conseguirlo, medios para elaborarlo. El local era tan concurrido que a veces no podía terminar con mis tareas de administración del comercio, de las finanzas, del local. Porque todas las personas que ingresaban eran atendidas con respeto y con el tiempo que se merecían. No podría decir la cantidad aproximada de personas que concurrían diariamente al lugar. [Si las marchas que realizaba eran públicas] Eran públicas, se informaba a la Municipalidad de su recorrido, y se pedía acompañamiento a la Dirección de Tránsito para que corte las calles, lo cual nunca llegaba. Eran marchas pacíficas, de reclamo alegre, a modo festivo, que siempre terminan en la plaza, con algún número musical, repartiendo información, algún discurso de alguna entidad política de apoyo. Realmente nos tomamos la lucha muy en serio, es una carga que asumimos en vista de lo necesario y urgente de la modificación de la situación del cannabis ante la ley. [Si recuerda si usted o alguno de sus clientes tuvo algún inconveniente con algún vecino] No, normalmente tenía buena relación con los vecinos de los edificios y de los locales comerciales cercanos al local. De hecho, el dueño de la casa de repuestos de la esquina es usuario medicinal. Yo de hecho viví en ese barrio en una oportunidad cuidando la casa de una amiga que se fue de viaje. Realmente había cambiado la visión de la gente respecto de los usuarios de cannabis, de drogadictos a consumidores responsables, que se hacen cargo del consumo y deciden elaborar su propia materia prima. A tal punto que la gente no entendía que el cannabis fuese ilegal todavía. [Si podría brindar detalles del allanamiento] Como cualquier día habitual de semana, ingresé al local al horario de apertura, como a las 9 de la mañana. Alrededor de las 10,30 horas ingresó Juan Manuel Pauletti, un compañero activista de otras luchas, con quien estábamos dialogando y tomando unos mates. Alrededor de las 11,30 horas se hace presente personal de la Policía Federal informando que se hacían presentes para realizar un allanamiento, y que debían incautar todo material que estimaran destinado a producir o consumir cannabis. En ese momento mi reacción fue decirles que pongan una franja de 'Clausurado' en el local porque iban a tener que llevarse todo. Pero finalmente seleccionaron lo que tenían que llevar, entre esos efectos una prensa que es para consumir los principios activos sin necesidad de combustionar la parte vegetal. Hicieron hincapié en pipas, picadores, muchos de ellos de vidrio y delicados, destinados a ser vendidos en el local. No se hizo mucho caso al respecto. No se me permitió el derecho de comunicarme con mis abogados en el momento en que ingresó la policía, pedí por favor que se me permita, y me dijeron que no podía y que estaba incomunicado. Recibí llamadas de activistas en ese momento y no me dejaron responder. Sólo me permitieron comunicarme con mi madre para tranquilizarla. Me solicitaron la llave de mi hogar para no tener que romper la puerta, se las otorgué. Mi hermano dijo que la casa estaba patas para arriba cuando la fue a ver, y que habían sustraído dinero que no sé si está en las actas,



eran \$7.500 para hacer frente a mis obligaciones. El material encontrado era para uso personal o privado, ninguno destinado a comercializarse. [Para que resuma sucintamente dónde fue alojado dentro de la Unidad Penal y que detalle las condiciones de dicho alojamiento] Fui alojado en una celda de confinamiento, aislado, sin tener posibilidad de comunicación. La celda estaba en paupérrimas condiciones, inclusive en el momento de ingresar ya se encontraba con el baño rebalsado, el cual siguió rebalsando con el paso del tiempo hasta inundarse la habitación completa. Allí pasé la primera noche y la mayoría del primer día, no pudiendo descender de la cama porque abajo había agua con desechos de la cloaca. Ante mi reclamo de la situación habitacional del lugar, la respuesta fue que tenía que esperar y que ya iba a ser reubicado. El primer día no recibí desayuno, almuerzo, agua ni papel higiénico. Después de la ronda de reconocimiento nocturna de la guardia carcelaria me cambiaron a otro calabozo, que estaba en mejores condiciones de limpieza y no tenía agua en el piso. Ahí recién se me otorgó un pedazo de pan, un tupper con arroz y salchichas, una botella de agua que me acercaron otros reos, y me acercaron pertenencias que había llevado mi familia para mí. También quiero destacar que mi única actividad que genera ingresos monetarios es el local comercial, y que la incautación de elementos que no contienen estupefacientes, genera una imposibilidad de ejercer el derecho al trabajo y a obtener un ingreso para solventar mi vida y la de mi hijo. Por lo que solicito se me restituyan estos elementos a la brevedad para poder seguir trabajando. Nada más...”

En dicha oportunidad se resuelve concederle al imputado la excarcelación, sujetándolo a las siguientes reglas de conducta: *“... fijar domicilio, comparecer toda vez que sea citado, y hacerlo con frecuencia semanal, todos los días lunes en el horario de 7.00 a 13.00 horas, ante la Secretaría Penal N° 1...”*

A fs. 498/503 la Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General de Aduanas (A.F.I.P. – D.G.I.) informa que desde el año 2010 a la fecha no constan registros de movimientos de encomiendas de *Iván Gregorio Malajovich Dayenoff*, D.N.I. N° 31.724.919.

A fs. 525/532 luce el peritaje químico N° 6.165 elaborado por la División Criminalística y Estudios Forenses de la Agrupación V Entre Ríos de Gendarmería Nacional, el cual concluye que las muestras de sustancia vegetal identificadas como M1, M2, M4 y M8/M99 corresponden a la especie cannabis sativa (marihuana). Asimismo, se afirma que las semillas identificadas como M3 también corresponden a la especie referenciada y presentan una capacidad germinativa del 100%. Finalmente, se pone de resalto que las muestras M5 y M7 responden cromáticamente al grupo funcional “L.S.D.”, mientras que la muestra M6 arroja resultado negativo para el mismo, no pudiéndose orientar ni precisar de qué sustancia se trata.

A fs. 534/vta. el Sr. Fiscal Federal dictamina que, atento al resultado de la pericia efectuada al material estupefaciente secuestrado en la causa de marras y a las demás probanzas recabadas en el decurso de esta instrucción penal, cabe reafirmar la sospecha inicial en sentido incriminatorio respecto de *Malajovich*. Por consiguiente, propone se resuelva la situación procesal del enrostrado, procesándolo por los delitos previstos en los arts. 28 y 12 inc. a y arts. 5 inc. a y 14 de la Ley 23.737, en concurso real.

A fs. 537, la División Química Forense y Toxicología de la Dirección Criminalística de la Policía de Entre Ríos comunica que en la muestra de orina colectada a *Malajovich* se detectó la presencia de metabolitos indicadores del consumo de marihuana, mas no de cocaína.

A fs. 542/543, el Sr. Médico de Cámara, Dr. José Luis Kot, refiere que el examinado no presenta índices médicos psicológicos de tener una conducta adicta al consumo de estupefacientes, pero sí de ser un consumidor ocasional. Por lo demás, entre sus antecedentes tóxicos, destaca que *“... fuma marihuana desde los 16 años de manera intermitente, niega consumo de otros estupefacientes...”*.

A fs. 559, el Sr. Jefe de la Agrupación V “Entre Ríos” de Gendarmería Nacional solicita se contemple la posibilidad de ordenar el traslado del material incautado en autos, que le fuera entregado a personal de dicha dependencia policial a fs. 491 a los efectos de que se practique sobre el mismo la pericia química correspondiente, habida cuenta de que el recinto de resguardo de elementos de juicio de la Unidad de Criminalística *“... posee gran cantidad de humedad en sus paredes y se encuentra también colmado en su capacidad, características que hacen propicio el hábitat de pequeños roedores, que dañan los elementos resguardados, dificultando la preservación...”*.

En relación a lo expuesto en el párrafo precedente, el Sr. Fiscal Federal sugiere a fs. 560 se proceda conforme a lo estipulado en el art. 30 de la Ley 23.737. En dicha oportunidad, asimismo, reitera su petición para que, en lo inmediato, sea resuelta la situación procesal del imputado.



II. Que, en este estado procesal, corresponde expedirse sobre la ocurrencia de los hechos presuntamente delictivos y la eventual intervención en los mismos del imputado **Iván Gregorio Malajovich**.

III. Que, primeramente, debe traerse a colación que las presentes actuaciones se originan en fecha 17 de abril de 2017, a raíz de una comunicación remitida a este Juzgado Federal por la Dirección de Toxicología de la Policía de la Provincia de Entre Ríos, a los fines de anotar sobre una “Jornada de Cultura Cannábica” a realizarse el día 23 de abril de dicho año en la sede de la Asociación Barriletes, sita en calle Courreges N° 189 de esta ciudad, la que fuera organizada por la “Agrupación Paranaense de Agricultores de Cannábicos” (A.P.A.C.). La invitación se habría difundido en una nota contenida en la página web del periódico “El Diario” de Paraná como así también en una publicación, tipo evento, en la red social Facebook perteneciente a la Asociación Paranaense de Agricultores de Cannabis –en adelante, A.P.A.C. (www.facebook.com/cannabiscultoresparana), conforme se observa a fs. 1/2.

Posteriormente, de las auscultaciones efectuadas por la preventora se desprende una nueva invitación, la que fuera difundida a través de la red social Facebook por el usuario perteneciente a la A.P.A.C., esta vez, a la “2º Jornada de Cultura Cannábica”, a realizarse el día 16 de julio de 2017 en “Pandora Multiespacio”, ubicado en calle Domingo Comas N° 270 de esta ciudad, conforme se aprecia en las constancias glosadas a fs. 23/28.

Finalmente, de las tareas de investigación detalladas a fs. 132/vta. surge que en el perfil de Instagram “elesquejgrow” se promocionaba la realización de un taller de extracción de resina y elaboración de aceites terapéuticos, a realizarse el domingo 27 de mayo de 2018 en la denominada “Casa Mainumbi”, sita en calle Gualguaychu N° 836 de la ciudad de Paraná, y que el mismo era organizado por **Malajovich**.

En cuanto a los dos primeros eventos, esto es, las denominadas “Jornadas de Cultura Cannábica”, cabe dejar en claro que, si bien los mismos eran publicitados por el usuario de Facebook de la A.P.A.C. (www.facebook.com/cannabiscultoresparana), de conformidad a la información aportada por la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal Argentina a fs. 68/97, se cuenta en autos con que dicho perfil fue creado en fecha 18 de abril de 2009; que su creador, llamado “Ivan Gregorio”, se identifica como “Malnoff”; y que se encuentra asociado al email “malajovich@gmail.com”. A mayor abundamiento, en dicha oportunidad se logró determinar que, entre las direcciones de IP vinculadas al perfil de referencia, aquella individualizada como 181.228.41.67, corresponde al ciudadano **Iván Gregorio Malajovich**, DNI N° 31.724.919 domiciliado en calle 25 de mayo N° 1087 de la ciudad de Paraná, celular N° 03435171001, email “malajovich@gmail.com”.

A su vez, si se observan las fotografías obrantes a fs. 17, correspondientes a una publicación realizada por el usuario de Facebook señalado en el párrafo precedente, la cual reza: “... *Algunas imágenes de la Jornada de Cultura Cannábica en Paraná...*”, puede advertirse sin mayores dificultades que entre los disertantes se encuentra el enrostrado, **Iván Gregorio Malajovich**.

En lo que respecta al objeto de las mencionadas “Jornadas...”, a fs. 25 puede apreciarse un comentario realizado en ocasión de la promoción de la “2º Jornada de Cultura Cannábica”, en el cual se afirma “... *En esta jornada volvemos con el tallercito de cultivo, esta vez mas practico y también vamos a hacer una extracción en vivo para demostrar los procesos de elaboración del aceite... te va a re servir la jornada...*” (sic).

Por su parte, en lo que atañe al tercero de los eventos, es decir, al taller de extracción de resina y elaboración de aceites terapéuticos, cabe señalar que a fs. 132/vta. se advierte que el mismo fue difundido en el perfil de Instagram “elesquejgrow”, el cual promociona el local comercial de propiedad de **Iván Gregorio Malajovich**.

A lo expuesto hasta aquí corresponde aditar que, en ocasión del relevamiento efectuado sobre los usuarios de la plataforma social Instagram (“elesquejgrow”) y Facebook (“El Esqueje”), conforme surge de los informes de la preventora de fs. 129/134, se observaron un sinnúmero de imágenes y videos relativos al ofrecimiento de productos útiles para el autocultivo de marihuana (semillas, fertilizantes, plaguicidas y artefactos para iluminación y medición), a recomendaciones en torno al uso de estupefacientes (preparación de “butter weed” o manteca de marihuana, selección genética, obtención de resina y aceite de marihuana) y a la oferta de elementos para su consumo (trituradores, bongos, saucers, pipas, papelillos y filtros orgánicos). Por lo demás, en el sitio de Facebook referenciado reza la siguiente descripción: “... *El esqueje es una tienda donde podrás encontrar todas las cosas necesarias para el cultivo de cannabis. Con asesoramiento directo de mano de cultivadores experimentados en el arte del cultivo...*”. De los comentarios efectuados por usuarios se leen algunos que destacan el buen servicio que allí se ofrece.



Asimismo, a partir de las desgrabaciones resultantes de la intervención telefónica del abonado que utilizara *Malajovich*, esto es, del N° 0343155171001, las cuales se agregan a fs. 340/373, se logró recabar que éste mantenía conversaciones con el público en general, aportando instrucciones e indicaciones en aras a obtener un mayor y mejor rendimiento del estupefaciente Cannabis Sativa –en sus diferentes modalidades de uso; ofertando aquellos productos que tiene a la venta en su local comercial, conocido como “El Esqueje”; como así también reconociendo el propio cultivo de plantas de cannabis sativa.

En última instancia, cabe destacar lo señalado por el propio encartado en el acto indagatorio de fs. 469/473, quien refiere: “... *Pertenezco a la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, que lucha por los derechos de los cultivadores y de los consumidores sin hacer distinción entre tipo de consumo, marco en el cual se fueron brindando los talleres de cultivo, de extracción, y de elaboración de aceites terapéuticos...*”.

Sentado lo anterior, resulta dable concluir, con la provisoriedad requerida en esta instancia, por un lado, la intervención de *Iván Gregorio Malajovich* – cuanto menos en los tres eventos aludidos y, por otro, que los mismos estaban dirigidos al público en general y tenían por objeto impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, en este caso, de la especie Cannabis Sativa.

IV. Que, en segundo lugar y en lo referente a la preconización del uso de estupefacientes por parte del imputado, teniendo presente que preconizar significa “encomiar, tributar elogios públicamente” –en este caso, al uso de Cannabis Sativa, existen un sinnúmero de probanzas agregadas al *sublite* que –a *prima facie* parecieran poner de resalto la perpetración de tal conducta por parte de *Malajovich*.

Así, a modo ejemplificativo, pueden traerse a colación las constancias de fs. 129/134, ligadas a averiguaciones efectuadas en la red social Facebook, más precisamente, en torno al usuario perteneciente a la A.P.A.C., de las que surgen publicaciones ligadas a la organización de la “Fiesta Kapikua” con el objeto de recaudar fondos para la “Marcha Mundial de la Marihuana” (realizada en esta ciudad en fecha 5 de mayo de 2018 en la plaza “Sáenz Peña”); algunas que exponen fotografías del día en que se realizó dicha marcha en las que se puede observar al enrostrado; como así también otras en las que se promueve el autocultivo de marihuana y se hace énfasis en su consumo con fines medicinales, subrayándose lo saludable que es.

Asimismo, de las auscultaciones en torno al usuario de Instagram “elesquejegrow” y el perfil de Facebook “El Esqueje” surgen publicaciones en las cuales se aprecian fotografías en las que *Malajovich* posa junto a innumerables plantas que serían de la especie Cannabis Sativa; y otras en las cuales se visualiza directamente una gran cantidad de plantas de la misma especie.

Del perfil de Facebook utilizado por el enrostrado (“Ivan Gregorio”) se extrajo un video de una entrevista realizada al nombrado, a *Maximiliano Héctor Burgos* y a otros integrantes del grupo “Mamá Cultiva”, de fecha 05 de octubre de 2016, donde el primero indica cuál es su punto de vista respecto del cultivo de marihuana y aboga por la descriminalización de dicho acto para consumo personal.

Finalmente, a fs. 469/473, en ocasión de prestar declaración indagatoria, el propio *Malajovich* indica que: “... *Soy activista sobre todo de la marihuana, conocí el cannabis a través del consumo esporádico, lo que me llevó a darme cuenta de que me sentía bien, sentía placer al consumirlo y decidí investigar más sobre el tema, sabiendo que es una planta, se puede cultivar, y se puede evitar concurrir al mercado clandestino que ofrece productos de bajísima calidad. Así que empecé a instruirme al respecto, leyendo manuales en internet, publicaciones nacionales como la revista THC, entrando en contacto con otros cultivadores en foros de cultivo. Esto me llevó a darme cuenta de que realmente se cometía una injusticia en cuanto a la calificación de la marihuana como estupefaciente, y a tener una motivación personal para transmitir esta información a la sociedad y al que estuviese interesado en saberlo...*”. Y agrega: “... *En el mismo momento en que comencé con el programa radial, comencé a organizar las marchas en reclamo de la normalización del cannabis, tanto para su cultivo como para su consumo...*”. Asimismo, es concluyente al señalar que: “... *Tomé la decisión de querer dedicarme a algo que estuviese relacionado con el cannabis y que me pudiese dar sustento de vida, razón por la cual empecé a ofrecer productos para el cultivo y consumo...*”. Seguidamente, refiere que: “... *Realmente nos tomamos la lucha muy en serio, es una carga que asumimos en vista de lo necesario y urgente de la modificación de la situación del cannabis ante la ley. (...) Somos conscientes de que existe una ley que pena nuestra actividad, así como somos conscientes de que esa ley es del año 1976 y que está obsoleta en cuanto a materia cannábica. (...) Jamás tuve intención de esconder mi carácter de activista, ni mi condición de cultivador, ya que salí en varios medios de comunicación a lo largo de estos años, expresando la necesidad de los cultivadores de una nueva regulación acerca de la materia, dialogando sobre los*



inconvenientes a los cuales nos vemos sometidos los cultivadores por la ley de estupefacientes, y sobre la actualidad política y los debates políticos que se dan sobre el asunto...". A mayor abundamiento, reconoce: "... Pertenezco a la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, que lucha por los derechos de los cultivadores y de los consumidores. (...) Pertenezco también a ECUA, Frente de Emprendedores Cannábicos Unidos Argentinos, que agrupa a distintos comercios del rubro del mío, fabricantes de insumos, de artefactos para consumo, distribuidores..."

Por tanto, en base a las consideraciones efectuadas *ut supra*, no caben dudas de las manifestaciones llevadas a cabo en diferentes redes sociales de acceso público por parte de Iván Gregorio Malajovich respecto del autocultivo de marihuana, exaltando los beneficios de su consumo y abogando por la legalización de dicha sustancia.

V. Que, en lo tocante a la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes, la tenencia de estupefacientes y la guarda de semillas para producir estupefacientes que se le endilgan a Iván Gregorio Malajovich, debe traerse a colación que el allanamiento y la requisa del local comercial perteneciente al nombrado como así también de su domicilio particular, presentan en el *sublite* una evolución gradual, iniciándose a raíz de las órdenes N° 1527/18 y 1528/18, libradas por este Juzgado Federal, fundadas en la sospecha seria, objetiva y documentada de que en tales sitios podrían encontrarse sustancias estupefacientes y elementos relacionados con la fabricación, elaboración, producción y uso de las mismas, corroborándose la hipótesis inicial a medida que el personal preventor realizaba la pesquisa.

Es en este contexto, por lo tanto, que debe ubicarse cuanto acaeciera posteriormente, esto es el hallazgo y el secuestro del material estupefaciente en cuestión.

Se advierte que la totalidad de los elementos incautados se localizan en un ámbito respecto del cual cabe predicar la disponibilidad de uso por parte del encartado, por tanto, les son ellos imputables a título de dominio o señorío.

Así, en fecha 31 de julio de 2018, en el local comercial "El Esqueje", sito en calle 25 de Mayo N° 1087 de la ciudad de Paraná, se localizó sustancia estupefaciente marihuana dentro de una lata metálica; cogollos dentro de un frasco de vidrio; y semillas de la misma sustancia contenidas en bolsas de nylon transparente.

Por su parte, en el domicilio del imputado, emplazado en Boulevard Sarmiento N° 653, casa N° 2 de la ciudad de Paraná, fueron halladas macetas con plantas de marihuana de distintos tamaños dentro de un gacebo de color negro con cierres, provisto de sistema eléctrico, de ventilación y de iluminación en su interior; otras macetas con plantas dentro de un gacebo similar al antes descripto; plantas de marihuana dentro del cesto de residuos; cogollos de plantas de marihuana contenidos en trece tarros de vidrio transparentes; gajos de plantas de marihuana secándose colgados en una cuerda; picadura de marihuana contenida dentro de un recipiente abierto; como asimismo nueve troqueles de material estupefaciente L.S.D., siendo habidos dos de ellos dentro de un recipiente metálico y los siete restantes dentro de otro recipiente del mismo material.

Lo expuesto hasta aquí es conteste con las actuaciones de la fuerza preventora glosadas a fs. 394/431 y 457/460.

Del peritaje químico obrante a fs. 525/532 se desprende que la totalidad de las muestras de sustancia vegetal referenciadas corresponden a la especie *Cannabis Sativa* (marihuana); que las semillas también corresponden a la especie referenciada y presentan una capacidad germinativa del 100%; y que los troqueles referenciados (identificados como muestras M5 y M7) responden cromáticamente al grupo funcional "L.S.D."

No deben soslayarse los dichos del propio encartado en ocasión de prestar declaración indagatoria a fs. 469/473, quien señala: *"... Consumo solamente flores extraídas de plantas, cultivadas por mí. (...) Respecto del método de cultivo que utilizaba en mi hogar, es conocido como 'cultivo indoor (dentro de puertas)', método que había sido elegido específicamente por la cercanía de mis vecinos a mi hogar, para evitar molestias a ellos. Este método no permite producir plantas grandes, ya que se produce con luces artificiales imitando al sol, y los artefactos de ventilación y extracción de aire son para simular ambientes. La cantidad de plantas encontradas respondía a un ciclo de cultivo, la cantidad de armarios o carpas de cultivo responden también a los dos ciclos de la planta, de crecimiento y de maduración. Las partes de plantas encontradas en el tacho de residuos eran plantas macho que habían sido descartadas ya que no se consumen, y se utilizan para producir la semilla en la planta hembra. Jamás tuve intención de esconder mi carácter de activista, ni mi condición de cultivador..."*

Sentado lo anterior, cabe señalar que, desde la perspectiva normativa, tanto el delito de tenencia de estupefacientes y de semillas aptas para producirlos como el de cultivo de plantas con aptitud para ello en sus



diferentes modalidades, reconducen el sentido de la conducta típica al acto de detentar la cosa ilícita, en el contexto de lo que objetivamente se muestra como perteneciente a un programa prohibido que tiene al tóxico como objeto propagable. En definitiva, lo que se procura subrayar es que la noción jurídica de tenencia o cultivo es normativa valorativa, y no meramente ontológica (esencial en la bibliografía hispanoparlante: Pastor Muñoz, N., *“Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática”*, 1ra. ed., 2005, Barcelona, España: Atelier. Cox Leixelard, J.P., 2012, *“Delitos de posesión. Bases para una dogmática”*, 1ra. ed., J.C. Faira Ed., Montevideo Buenos Aires, Uruguay Argentina: B de F).

Debe recordarse que el argumento, en gran medida esclarecedor, a la hora de desentrañar el sentido del verbo típico aquí ventilado, es aquel que remite a las ya asentadas consideraciones doctrinarias relativas a la figura de la tenencia de estupefacientes o a la consumación del hurto –*mutatis mutandi* en el sentido de la “teoría de la disponibilidad”. Cabrá la imputación del delito en quien tenga disposición sobre las sustancias (García Vitor, Enrique; Goyeneche, Cecilia: *“Régimen Legal de los Estupefacientes”*, Ed. Jcas. Cuyo, Mendoza, 2001, pág. 103 y ss.).

Ergo, es dable señalar que la materialidad requerida para las figuras que les fueran endilgadas al imputado al prestar declaración indagatoria ha sido acreditada bajo el nivel de probabilidad exigido en la presente instancia.

c) Calificación legal:

I. Que, en orden a calificar los hechos y la intervención en ellos por parte de *Iván Gregorio Malajovich* extremos que se tienen por probados con la provisoriedad característica de la instancia y de conformidad con los elementos colectados hasta el presente, se considera que los mismos reciben adecuado encuadre jurídico en las disposiciones de los tipos penales previstos en los arts. 28, 5 inc. a y 14 de la Ley 23.737, los cuales reprimen, respectivamente, los siguientes delitos: impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes; sembrar o cultivar plantas y guardar semillas para producir estupefacientes; y, finalmente, tener en su poder estupefacientes; más no en la figura penal del art. 12 inc. a del referido cuerpo normativo, la cual tipifica la preconización del uso de estupefacientes.

II. Que, en lo que respecta al delito de impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, previsto y reprimido en el art. 28 del Código de fondo, y el de preconizar el uso de estupefacientes, establecido en el art. 12 inc. a de dicho cuerpo normativo, corresponde destacar que ambas figuras penales se encuentran estrechamente relacionadas. Ello así pues constituyen “... *supuestos en que, con el afán de abarcar el máximo de conductas posibles a fin de ampliar la protección del bien jurídico tutelado en estos casos, el legislador ha incorporado prohibiciones relacionadas con la propagación del uso de estupefacientes...*” (Baigún, D. Zaffaroni, E. R. Dirección. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Tomo 14 B. Hammurabi Ediciones. Buenos Aires, 2014. Pág. 118).

Ahora bien, he aquí oportunidad propicia para dejar sentada una importante diferenciación entre ellas.

En tal cometido, debe partirse de la base de que el análisis del alcance de las conductas ilícitas descriptas en todo tipo penal debe efectuarse en armonía con los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales incorporados a ella a través de su art. 75 inc. 22.

Y en lo que respecta a las previsiones del art. 12 inc. a del Régimen Penal de Estupefacientes, en ellas “... *se advierte una clara tensión entre el derecho a la libre expresión de ideas y la libertad de prensa, por un lado, y la tutela de la salud pública, por otro...*” (Ibídem. Tomo 14 A. Pág. 539).

En este sentido, nuestra Carta Magna dispone en su art. 14 que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho “... *de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...*”, en tanto el art. 32 determina que “... *el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta...*”. En lo relativo a la libertad de expresión, deben ponderarse especialmente los principios de libertad que contiene la Ley Fundamental en su preámbulo.

Amén de ello, tanto el derecho a la libre expresión de ideas como a la libertad de prensa aparecen explícitamente consagrados en diferentes Tratados Internacionales con jerarquía constitucional; a saber: en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por tanto, teniendo especialmente en cuenta las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes, corresponde sobreseer al imputado por el delito de preconización de uso de estupefacientes que se le endilga,



toda vez que, de conformidad a lo que sostuviera la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Vita, Leonardo G. y otro s/Rec. de casación”, la mera expresión de opiniones a favor de la despenalización del consumo de estupefacientes no encuadra en las disposiciones del art. 12 inc. a de la Ley 23.737, ya que caso contrario acabaría siendo penada toda manifestación relativa al consumo de drogas que adopte una postura disidente con la línea que orienta la política estatal en la materia, lo cual resulta violatorio de la libertad de expresión (del voto del Dr. Hornos en sentencia de fecha 11/04/05).

En este sentido, tal como se sostuviera en el precedente jurisprudencial citado, debe considerarse especialmente que, a efectos de interpretar el art. 12 inc. a, debe tenerse en cuenta que la figura contemplada en la primera parte del citado inciso (preconización o difusión pública del uso de estupefacientes) no puede desvincularse de la hipótesis prevista en su segunda parte en cuanto prohíbe la inducción al consumo, pues las conductas tipificadas se corresponden con una particular forma de instigación mediata al uso de estupefacientes.

En el caso de marras, *Malajovich* aboga públicamente por la despenalización del consumo de marihuana, actividad que se encuentra amparada bajo su derecho constitucional a expresarse libremente en el seno de un sistema democrático que a los integrantes del Poder Judicial corresponde hacer respetar. Resultan dirimentes los dichos vertidos por el enrostrado en su acto indagatorio de fs. 469/473, en cuanto afirma: *“... Empecé a instruirme al respecto, leyendo manuales en internet, publicaciones nacionales como la revista THC, entrando en contacto con otros cultivadores en foros de cultivo. Esto me llevó a darme cuenta de que realmente se cometía una injusticia en cuanto a la calificación de la marihuana como estupefaciente, y a tener una motivación personal para transmitir esta información a la sociedad y al que estuviese interesado en saberlo. (...) Soy activista de la causa. En el mismo momento en que comencé con el programa radial, comencé a organizar las marchas en reclamo de la normalización del cannabis, tanto para su cultivo como para su consumo. Así es que desde el 2013 se viene organizando todos los primeros sábados de mayo la marcha mundial de la marihuana, que se realiza tanto acá como casi en la totalidad del resto del país. Pertenezco a la Agrupación Paranaense de Agricultores Cannábicos, que lucha por los derechos de los cultivadores y de los consumidores sin hacer distinción entre tipo de consumo, marco en el cual se fueron brindando los talleres de cultivo, de extracción, y de elaboración de aceites terapéuticos. Pertenezco también a ECUA, Frente de Emprendedores Cannábicos Unidos Argentinos, que agrupa a distintos comercios del rubro del mío, fabricantes de insumos, de artefactos para consumo, distribuidores. Trabajamos en conjunto con otras agrupaciones del país para lograr un marco regulatorio definitivo que permita el acceso legal y seguro al cannabis. Somos conscientes de que existe una ley que pena nuestra actividad, así como somos conscientes de que esa ley es del año 1976 y que está obsoleta en cuanto a materia cannábica. (...) El local comercial del cual soy dueño no posee propaganda que preconice el uso del cannabis ni alentamos a la gente al uso de cannabis, simplemente la gente que ya tomó la decisión de hacerlo tiene un espacio donde poder consultar, instruirse sobre el tema, obtener información de cuáles son los mejores medios para cultivar sus propias plantas, realizar sus propias medicinas, los distintos usos de la planta...”*

Por tanto, resulta improcedente subsumir la conducta del enrostrado en el delito previsto en el art. 12 inc. a de la Ley 23.737, toda vez que la misma no reviste la capacidad objetiva suficiente para superar el límite de la libertad de expresión y resulta atípica por tratarse de un mero despliegue de opiniones y puntos de vista de naturaleza política, sin aptitud para promover de manera autónoma, clara y contundente el consumo de estupefacientes, debiendo por ende, dictarse su sobreseimiento en orden a dicho comportamiento.

En esta línea argumental, el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba ha dicho en la causa “*Calamaro, Andrés sobre infracción Ley 23.737*” que la libertad de expresión “... deja un margen muy acotado a cualquier restricción que se pretenda del derecho que tiene toda persona de comunicar sus propios puntos de vista, sus deseos, sus emociones, sus ideas, aun cuando éstas resulten controvertidas o polémicas...” (del voto del Dr. Vaca Narvaja en sentencia de fecha 20/03/2015). E inmediatamente cita lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso “*Handyside c/Reino Unido*”, el cual ha sentado como pauta de interpretación que “... la libertad de expresión es aplicable no sólo en relación a las informaciones y las ideas que tienen una acogida favorable o que son consideradas como inofensivas o contempladas con indiferencia, sino también para aquellas que chocan, ofenden, impactan o inquietan al Estado o a cualquier sector de la población, pues tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existiría sociedad democrática alguna...” (sentencia del 7/12/1976).



Ahora bien, sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, corresponde dictar el procesamiento del encartado por el ilícito previsto y reprimido en el art. 28 de la Ley 23.737, esto es, la dación pública de instrucciones acerca de la elaboración de drogas, dada la influencia estimulante –aún potencial sobre pasivos individuos receptores que dicho accionar –en este caso concreto supone, el cual excede los límites del derecho a la libre expresión para incardinarse en un comportamiento reñido con la Ley 23.737, dada su específica finalidad de propagar el uso de estupefacientes por parte de terceras personas, brindándoles herramientas concretas en aras a la perpetración de tal cometido.

Como puede advertirse, se trata de un delito de peligro abstracto, el cual se ve configurado en el *subexamine* por las razones que se exponen a continuación.

Se cuenta en autos con que *Malajovich* organizaba y publicitaba en sus redes sociales y (al menos en una ocasión, en la página web de un diario de amplia difusión local) jornadas o talleres abiertos al público en general de los cuales dan cuenta las constancias de fs. 1/2, 23/28 y 132/vta., los cuales tenían por objeto impartir esto es, dar a conocer, comunicar, exponer detalladamente, instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes en el caso, relativas a cómo obtener o a cómo emplear la especie *Cannabis Sativa*, favoreciendo la propagación de técnicas que posibilitaban el consumo de dichas sustancias por los destinatarios, inclinando su psiquis hacia el empleo de las mismas.

Se ha dicho que “... *lo fundamental en estos supuestos reside en la indeterminación del sujeto pasivo al cual se dirige la voluntad ilícita, sin resultar categórica al respecto la cantidad concreta de personas que escuchan al interlocutor...*” (Op. Cit. Baigún, D. Zaffaroni, E. R. Tomo 14 A. Pág. 544; de conformidad a la remisión realizada en: *Ibidem*. Tomo 14 B. Pág. 121). Así, en la plataforma fáctica bajo examen, si bien las jornadas o los talleres se llevaban a cabo en lugares privados y frente a un determinado grupo de personas asistentes, el acceso a los mismos era irrestricto y su publicidad estaba destinada al público en general, toda vez que se llevaba a cabo tanto en redes sociales de afluencia masiva e indiscriminada (*Facebook, Instagram*) como así también en la página web de periódicos locales (“*El Diario*” de la ciudad de Paraná).

Como explica Laje Anaya, esta figura penal “... *es una forma más o menos velada de incitar, inducir para que el destinatario obtenga por una parte y consuma por la otra...*” (Laje Anaya, J. “*Narcotráfico y derecho penal argentino*”. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1992. Pág. 205). Ahora bien, a diferencia de la mera preconización del uso de sustancias ilícitas, en el supuesto que nos ocupa, “... *los encomios se orientan hacia la forma en que los estupefacientes se emplean o de qué manera se usan para consumirlos...*” (Op. Cit. Baigún, D. Zaffaroni, E. R. Tomo 14 B. Pág. 126).

Ergo, la conducta del imputado encuadra en las previsiones del art. 28 de la Ley 23.737, correspondiendo su procesamiento en orden a la misma, al menos por tres hechos, en concurso real, de conformidad a lo establecido en el art. 55 del C.P.

III. Que, por otra parte, en miras a sostener la subsunción de los hechos en los tipos penales del art. 5, inc. a, de la Ley 23.737, esto es, siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes y guarda de semillas utilizables para idénticos fines; y en la figura del art. 14, 1º parte, de la Ley 23.737, esto es, la tenencia simple de estupefacientes, se tienen en cuenta una serie de elementos que conforman el plexo probatorio de la presente.

Primeramente, debe resaltarse que la siembra o cultivo de plantas y la guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes constituyen delitos de peligro abstracto o potencial que se consuman al cultivar plantas o guardar semillas utilizables para producir estupefacientes sin la pertinente autorización. El término “utilizables” revela que, al nivel de la estructura típica, se ha querido desvincular la acción de un resultado concreto, de manera que la sola realización de la conducta sin autorización, y siempre que las plantas o las semillas puedan ser eventualmente empleadas para obtener estupefacientes, agota la configuración típica requerida sin que quepa separar dicha expresión de la locución “para producir”, pues ésta concierne a la idoneidad de las plantas y las semillas y no a la finalidad de siembra o cultivo.

Del plexo probatorio reseñado en el punto b) es dable inferir que los elementos secuestrados, esto es, las plantas de la especie *Cannabis Sativa* contenidas en treinta y tres macetas y las semillas de igual especie vegetal halladas en un envoltorio de nylon, resultan “utilizables” para producir estupefacientes, en el sentido del término que fuera desarrollado en el párrafo anterior. Así, la capacidad germinativa de las plantas y de las semillas se encuentra debidamente fundamentada.



La gran cantidad de plantas incautadas importa un caudal significativo de tóxico en peligro potencial, el que representa una amenaza cierta al bien jurídico tutelado. Lo mismo ocurre con las semillas, las que, conforme surge del peritaje químico correspondiente, presentan una viabilidad del 100%.

Sentado ello, corresponde dictar el procesamiento de *Iván Gregorio Malajovich* por los delitos de cultivo de plantas y guarda de semillas destinadas a obtener estupefacientes, previstos y reprimidos por el art. 5, inc. a, de la Ley N° 23.737; ambos en concurso real (art. 55 C.P.).

Ahora bien, dichos hechos, a su vez, concurren realmente (art. 55 del C.P.) con la tenencia simple de estupefacientes, estipulada en el art. 14, 1° parte, de la Ley 23.737.

Como se mencionara *ut supra*, se cuenta en autos con una importante cantidad de material estupefaciente marihuana, tanto en forma de picadura, como de flores o cogollos, de gajos en fase de secado y de ramas. Asimismo, fueron hallados nueve troqueles de material estupefaciente L.S.D.

En lo que atañe a la marihuana encontrada en forma de gajos y ramas en fase de secado, debe subrayarse que ésta excede el ámbito de valoración del “cultivo” para incardinarse en la conducta progresivamente incriminada de «tenencia de estupefacientes» (FPA N° 1919/2014 “BALCAZA, JUAN IGNACIO S/INFRACCION LEY 23.737” rta. 4/11/2014). Es que, al mantener el cúmulo de hojas y ramas fuera de las macetas y de la tierra, a la intemperie climática, no pude predicarse una hipotética conducta germinativa, sino que se da lugar a una conducta o un estado de posesión.

Aun cuando la cantidad del material estupefaciente detentado es significativa, principalmente en lo que hace a su equivalencia en dosis umbrales, no existe sospecha previa o el hallazgo concomitante de elementos que permitan asignar a dicha tenencia la finalidad de comercialización o vinculación concreta con el tráfico como noción comprensiva de toda forma de expandir o propagar la droga; pues ello exige del intérprete una adecuada ponderación de diferentes pautas que consten en la pesquisa, tales como tareas de inteligencia, escuchas telefónicas, resultado de las pericias informáticas sobres celulares, el modo de distribución, disposición, y acondicionamiento de la sustancia; la existencia de elementos de fraccionamiento o extensión de la misma; o significativas cantidades de dinero; indicadores que, integrados a la cantidad y calidad del tóxico permitan fundar la configuración o no de la finalidad ultratípica.

Por otro lado, pese a las alegaciones defensoristas de *Malajovich*, ligadas a que el tóxico secuestrado era destinado a su propio consumo y aun cuando el análisis de orina y el informe médico acreditan su calidad de consumidor, el material estupefaciente hallado no puede ser considerado “inequívocamente” para consumo personal (regla de valoración probatoria), dadas las variables de cantidad y calidad (dualidad de sustancias: marihuana y L.S.D.). En lo que respecta a la incautación de elementos habituales para el consumo, tales como envoltorios de papel de seda, armadores, picadores, pipas, se destaca especialmente que tales efectos fueron habidos –en su gran mayoría en el local comercial del enrostrado y estaban destinados a la venta al público.

Por tanto, a efectos de determinar la finalidad con que el estupefaciente era detentado, se concluye que la tenencia en cuestión recibe adecuado encuadre normativo en las previsiones del art. 14, 1° parte, de la Ley 23.737, es decir, como tenencia simple de estupefacientes, sin perjuicio de que, en el decurso de otras instancias procesales, especialmente en el marco del debate, surjan elementos o valoraciones que sugieran fundadamente una calificación menos gravosa (progresivamente implicada en la atribución), a la cual podrá subsumirse el suceso sin alteración de los extremos fácticos adscriptos.

IV. Que, como corolario de lo analizado en los acápites que anteceden, luce adecuado a las constancias de la causa y acorde al grado de convicción que reclama la presente investigación instructora, dictar el sobreseimiento de *Iván Gregorio Malajovich* respecto del delito de preconización de uso de estupefacientes (art. 12 inc. a de la Ley 23.737); y su procesamiento en orden al delito de dación pública de instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes (art. 28 de la Ley 23.737), en tres oportunidades, en concurso real; el delito de siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5, inc. a, de la Ley 23.737); el delito de guarda de semillas utilizables para idénticos fines (art. 5, inc. a, Ley 23.737); y el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, 1° parte, de la Ley 23.737); todos ellos en concurso real (art. 55 del C.P.).

d) Medida cautelar:

Que, en otro corredor de ideas, corresponde debe analizar si, en el caso del procesamiento a dictarse, debe serlo con prisión preventiva. En tal cometido, habrá de tenerse en cuenta que, *prima facie*, el imputado no



gozará del beneficio previsto en el art. 26 del Código Penal, ya que el mínimo de la pena privativa de libertad a aplicar es mayor a 4 años y que el máximo es superior a los 8 años (art. 316, 2º párrafo por remisión del art. 317, inc. 1 del C.P.P.N.). Así, en ese marco penal resulta dirimente valorar la gravedad de los hechos atribuidos, lo que impide inferir que, en caso de recaer una condena, ésta pueda resultar de ejecución condicional (pautas del art. 319 el C.P.P.N.).

Ello es así porque el proceso penal actúa como un instrumento o mecanismo de control social por parte del Estado –con fines preventivos, asegurando la realización del Derecho Penal por medio de institutos de naturaleza cautelar, entre los cuales se destaca la restricción a la libertad ambulatoria.

Lo apuntado requiere formular un juicio referencial respecto de la pluralidad y gravedad del hecho, necesariamente gradual y argumentativo, que considere la mayor o menor motivación de la probabilidad incriminatoria en relación a la decisión del aseguramiento cautelar, de modo tal que se puedan exhibir razones suficientes que hagan posible que al afectado pueda parecerle legítima o razonable su detención (en este sentido ver: Freund, G. 2004. "Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal". En AAVV, J. Wolter, & G. Freund Edits., "El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal" R. Ragués I Vallès, Trad., 1ª ed., págs. 91 a 128. Madrid Barcelona, España: Marcial Pons, pág. 123).

Es que nuestra Constitución Nacional no sólo garantiza los derechos de los imputados a través del Principio de inocencia (art. 18) sino que protege también a quienes padecen las consecuencias dañosas de los delitos, conforme el principio contenido en el preámbulo de la Carta Magna de "afianzar la justicia", según el cual todos los ciudadanos tienen derecho a ser defendidos contra el delito y el Estado debe adoptar las medidas necesarias para prevenir y evitar los mismos.

En este sentido, ha dicho nuestro Máximo Tribunal que "... *El instituto de la excarcelación, según esta Corte ha tenido repetidas ocasiones de afirmarlo, tiene en cuenta a la par de los intereses de los individuos, los de la comunidad, pues es a uno y a otro a quienes alcanza la protección de la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional...*" (C.S., "Firmenich, Mario Eduardo s/ incidente de excarcelación", 20/07/98, en La posibilidad de la reiteración delictiva del procesado para privarlo de libertad, Durrieu, Roberto y Becerra, Alejandro, en "Derecho Procesal Penal, doctrinas esenciales", La Ley, tomo II, pág. 1622, 2013, Donna, Edgardo – Director).

Así, el "principio/estado de inocencia" basado en el radical "principio de dignidad humana" puede limitarse en la fase procesal en función del "principio de seguridad en la vida social" (Sánchez Ostiz, P. 2012. "Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios". 1º ed. Madrid Barcelona Buenos Aires São Pablo, España: Marcial Pons, págs. 139 – 142), pues aquello que puede lucir adecuado al comienzo de la investigación puede variar o adquirir otra precisión, cuando se formula el juicio de probabilidad incriminatoria como en el presente.

A la luz de las consideraciones vertidas (como legitimadores de un primer orden de estudio) y analizando el caso de manera concreta, debe considerarse la gravedad de la imputación formulada al enrostrado y las modalidades de ejecución del ilícito frente a la posibilidad de imponer otras medidas alternativas por las que se pueda gestionar el interés material de manera menos gravosa. En este orden de ideas, resulta dable mantener la excarcelación concedida a Iván Gregorio Malajovich a fs. 473 junto con los compromisos allí asumidos: fijar domicilio y comparecer a la Secretaría Criminal y Correccional N° 1 de este Juzgado Federal de manera semanal, todos los días lunes, en el horario de 7.00 a 13.00 horas, como así también toda vez que sea citado.

Ello resulta propicio pues se valora que, en el caso, la severa sospecha de riesgo procesal (como legitimadora de segundo orden) se ve neutralizada, ya que el encartado se encuentra cumpliendo fielmente el compromiso de presentación aludido, circunstancia ésta a la que se debe aditar que cuenta con 33 años, tiene un domicilio habitual conocido y vínculos familiares (un hijo de diez años, conforme surge de fs. 542), lo que podría determinarlo por mantener el arraigo pese a la amenaza de pena (en este sentido, el Informe 2/97 de la Comisión Interamericana de DDHH).

Todo ello indica, en su conjunto y en su contexto, que el procesamiento no puede ser sostenido también mediante la prisión preventiva, debiendo en consecuencia mantenerse la excarcelación sujeta a las reglas de conductas estipuladas a fs. 473.

e) Embargo:



Que, conforme al art. 518 del C.P.P.N., al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas.

Sabido es que el embargo es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar la ejecución de la pena pecuniaria, la indemnización civil derivada del delito y las costas del proceso. Por tanto, su *quantum* debe tender a ello (Almeyra, Miguel Ángel: “*Código Procesal Penal de la Nación, comentado y anotado*”, La Ley, 2007III, pág. 430).

Debe tenerse especialmente en cuenta que la Ley N° 27.302 (B.O. 08/11/16) ha modificado la pena pecuniaria prevista en el art. 5 de la Ley 23.737, estableciéndola en un valor de 45 a 900 Unidades Fijas, siendo equivalente cada una de estas Unidades al valor de un formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos (art. 45 de la Ley 23.737), el que actualmente tiene una cotización de \$3000.

En el presente caso, la conducta del imputado se subsume en la figura del art. 5 inc. a de la Ley 23.737, entre otras figuras. Así, es a propia ley la que fija los límites mínimos y máximos, dentro de los cuales corresponde al juez la determinación de la pena concreta en la última etapa del proceso y una vez asignado el marco penal correspondiente, donde cuenta con una serie de elementos racionales para adaptar el *quantum* de la pena a las características del hecho y de los sujetos (Mir Puig, Santiago: “*Derecho Penal. Parte general*”, 7ª edición, Ed. B de F, Montevideo Buenos Aires, 2004, pág. 715).

De esta manera, en esta etapa del proceso, a los fines de cuantificar el monto del embargo, se considera razonable tomar como referencia el primer tramo de la pena pecuniaria, esto es, 45 Unidades Fijas, lo que equivale a \$135.000.

A dicho monto debe aditarse otro tanto suficiente para garantizar las obligaciones detalladas por el artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, costas del juicio tasa de justicia y honorarios de los abogados defensores. Habida cuenta de que Iván Gregorio Malajovich cuenta actualmente con defensa técnica particular, se entiende razonable y adecuado a las constancias de la causa fijar el monto del embargo sobre los bienes del nombrado en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$150.000).

Por lo expuesto;

RESUELVO:

I) SOBRESEER a IVÁN GREGORIO MALAJOVICH, cuyos datos filiatorios y condiciones personales constan en autos, por la presunta preconización acerca del uso de estupefacientes, en infracción al art. 12, inc. a, de la Ley 23.737, de conformidad a las previsiones del art. 336, inc. 3 del C.P.P.N. y los argumentos vertidos en los considerandos, con la declaración que el presente proceso no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado (art. citado *in fine*).

II) PROCESAR a IVÁN GREGORIO MALAJOVICH, cuyos datos filiatorios y condiciones personales son de figuración en autos, por los demás hechos por los que fuera indagado, considerándolo *prima facie* responsable de los delitos de dación pública de instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes (art. 28 de la Ley 23.737), en tres oportunidades, en concurso real; siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5, inc a, de la Ley 23.737); guarda de semillas utilizables para idénticos fines (art. 5, inc. a, Ley 23.737); y tenencia simple de estupefacientes (art. 14, 1º parte, de la Ley 23.737); todos ellos en concurso real (art. 55 del C.P.) y de conformidad a los arts. 306 y 308 del C.P.P.N.

III) MANTENER la EXCARCELACIÓN de IVÁN GREGORIO MALAJOVICH concedida a fs. 473, debiendo continuar con las condiciones y compromisos allí asumidos.

IV) TRABAR EMBARGO sobre bienes libres de IVÁN GREGORIO MALAJOVICH hasta cubrir la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000). En caso de carecer de dinero en efectivo, se dispondrá la Inhibición General de Bienes, oficiándose al Registro de la Propiedad Inmueble para su toma de razón (art. 518 del C.P.P.N.). **FÓRMESE** el incidente respectivo (art. 521 del código citado).

Regístrese, notifíquese, líbrense las comunicaciones pertinentes y sigan los autos según su estado.

LEANDRO DAMIÁN RÍOS (JUEZ FEDERAL)