

La Plata, 27 de junio de 2019

AUTOS Y VISTOS:

Este expediente FLP 19000/2019/CA1 caratulado “B.M.S. y otro c/ Estado Nacional- Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo ley 16.986”, procedente del Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora, Secretaría N° 10; Y CONSIDERANDO QUE:

I. Antecedentes .

M.S.B. y P.E.R., por derecho propio y en representación de su hijo A.L.R., promovieron la presente acción de amparo contra el Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación requiriendo “el suministro de aceites de cannabis con balances variados de CBD y THC, en cantidad suficiente para su rotación permanente”. Ello con el único fin de emplearlo como consumo medicinal para el niño, quien padece hipoacusia severa profunda bilateral, hemiparesia lateral izquierda, retraso mental y trastorno de espectro autista, con origen en encefalitis viral de nacimiento, diagnóstico por el cual se le extendió el correspondiente certificado de discapacidad por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

De acuerdo a lo que surge del escrito de inicio, el médico psiquiatra doctor Claudio Daniel López Maggio, certificó que desde el mes de noviembre de 2018 y por iniciativa familiar, A. toma aceite de cannabis a razón de cuatro gotas diarias. Asimismo, el profesional dejó constancia de que a lo largo de ese período se observó “una evolución favorable en el sentido de un franco mejoramiento comportamental, así como la posibilidad de poder reducir las dosis psicofarmacológicas que tenía prescriptas”.

Esa opinión fue compartida por la médica pediatra de cabecera, doctora Georgina Hood, quien certificó que el aceite de cannabis “se ha sumado al tratamiento con Risperidona y está siendo supervisado por el psiquiatra López Maggio. Asimismo, se advierte desde el comienzo del suministro de aceite de cannabis franca mejoría en el comportamiento de A.R.encontrándose más comunicativo, más alegre y con menos episodios agresivos tanto en el ámbito familiar como escolar y en sus terapias”.

Análogas consideraciones en cuanto a los progresos generales y la sintomatología del niño fueron realizadas por la terapeuta ocupacional licenciada Nadia Quagliarini, como así también por los responsables de la actividad de Recreación y Deporte Adaptado e Inclusivo (Ra.De.Es.) del Club Atlético Lanús, donde aquél concurre desde inicios del año 2017.

Los amparistas luego describieron sus vivencias diarias en relación a los cambios y mejorías que tuvo su hijo desde que comenzaron con esta terapia alternativa. Expusieron que la medicación psiquiátrica, lejos de mejorar su calidad de vida, lo tornaban más “opaco” y desconectado con su entorno. Y fue en ese contexto, en el que tomaron conocimiento que muchos padres que estaban atravesando experiencias similares con sus hijos habían comenzado a utilizar el aceite de cannabis. Por ello, previa consulta con el doctor López Maggio, un fin de semana decidieron explorar esa opción con un frasco de aceite que consiguieron y que tenía un equilibrio de cepas entre CBD y THC.

Los resultados de esa prueba fueron descriptos por los accionantes en los siguientes términos: “Desde que A. toma Aceite de Cannabis volvió a sonreír, volvió a conectarse con los demás, a jugar con nosotros, obviamente dentro de lo limitado de su mundo y

de su juego. Está mucho menos agresivo. Antes lo retábamos todos los días (.) su relación con el mundo era puro fastidio, enojo, agresión. Ahora estamos pudiendo volver a construir una relación con él, en la que notamos que se siente muchísimo mejor. Y lejos de ser un 'sentirse mejor' aislado o desconectado, lo que vemos es que se conecta con el mundo". Incluso llegaron a suprimir una de las drogas psiquiátricas que A. venía tomando (Irazem), además de reducir la dosis de rispedirona.

Los actores continuaron su relato expresando que luego consiguieron otro frasco de aceite, con un mayor componente de CHD, y que por lo que pudieron observar surtió mejores efectos por la tarde. Es así que durante la mañana el niño toma dos gotas de aceite de cannabis elaborado con cepas de proporción equilibrada entre CBD y THC; y a la tarde ingiere dos gotas de un aceite preparado con cepas que tienen mayor proporción de CBD y menor de THC.

Hicieron mención a que luego de la sanción de la ley 27.350, que creó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis (RECANN), y de las reglamentaciones que citaron, sólo se admite el ingreso a dicho programa a casos de "epilepsia refractaria". Y si bien el sistema normativo vigente refiere que potencialmente se podrían aceptar otras patologías, ello depende de que medien evidencias científicas existentes. Con lo cual, dado que el uso de cannabis medicinal en Argentina -antes de su autorización por la ley 27.350 y en el marco de la ley 23.737- era ilícito, "resulta imposible que pueda acreditarse 'evidencia científica existente' relativa a otras patologías". A ello agregaron, por otra parte, que resulta un hecho público y notorio que no se admite la incorporación al RECANN de otras patologías diferentes a la epilepsia refractaria.

En este orden de ideas, adujeron que si bien conforme la Reglamentación de dicho Programa por parte del Ministerio de Salud (Resolución 1537-E/2017), una vez registrado el paciente, el Programa iniciará el trámite para la provisión de aceite de cannabis, resulta imposible inscribir a niños discapacitados que no sufran aquella enfermedad específica.

Por las razones expuestas y con base en distintos precedentes jurisprudenciales que citaron, M.S.B. y P.E.R. dedujeron esta acción, en la que luego de desarrollar sus presupuestos de admisibilidad y de invocar los derechos constitucionales involucrados, solicitaron como medida cautelar que hasta tanto el Estado Nacional provea y garantice en forma efectiva el suministro de aceite de cannabis con la variedad de cepas que requiere A., se los autorice al cultivo en su domicilio particular de las plantas de cannabis que sean necesarias para la obtención del aceite, cuya única finalidad será el consumo medicinal a favor de su hijo.

II. La decisión recurrida .

El señor juez de primera instancia hizo lugar a la medida precautoria y autorizó a los progenitores de A.L.R. a cultivar en su domicilio particular las plantas de cannabis necesarias para abastecer al niño del aceite requerido con fines medicinales, en base a la afección que padece.

Ello en las condiciones que los actores ofrecieron en carácter de caución, expuestas en el punto VIII del escrito de demanda, y que son las siguientes:

a) que tendrán un máximo de seis plantas; b) que llevarán un registro foliado de la cantidad de plantas cultivadas, sus novedades de interés y evolución; c) que al momento de la cosecha de la flor se registrará la cantidad obtenida, el proceso de

producción rotulando los frascos respectivos y documentándolos con el mismo libro foliado, de modo tal de garantizar un control externo; d) que A. continuará bajo tratamiento y supervisión psiquiátrica y de los restantes profesionales abocados a su cuidado; e) que permitirán que el personal que el Ministerio de Salud designe al efecto y/o la autoridad estatal que corresponda, ingrese al domicilio y verifique el cumplimiento de las pautas precedentemente descriptas, sin perjuicio de toda otra medida de control y/o supervisión que el señor juez de primera instancia estime corresponder.

III.El recurso y los agravios .

Contra ese pronunciamiento el Ministerio de Salud y Desarrollo de la Nación dedujo recurso de apelación, cuyos agravios pueden sintetizarse así: a) la manipulación de semillas y/o los plántines quedan fuera del cuidado y del control de algún organismo del Estado Nacional, desconociendo los lineamientos exigidos en el Decreto Reglamentario 738/2017 que autoriza al CONICET y al INTA a realizar el cultivo del cannabis con fines de investigación médica o científica; b) no se cuenta con prescripción médica suficiente que avale que el tratamiento con cannabis sea adecuado para la patología del niño; c) una medida precautoria de este tenor puede provocar un efecto multiplicador respecto de otros pacientes con la misma enfermedad, con el consecuente riesgo de que se genere un caos jurídico administrativo con los organismos con competencia exclusiva sobre la fiscalización de las plantaciones de cannabis para fines médicos; d) no se encuentra suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho que todo anticipo cautelar demanda (fs. 107/109).

IV. Tratamiento de la cuestión.

1. Los presupuestos para el dictado de la medida cautelar.

1.1. El dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; además 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 excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad ("La Ley" 1996-C-434).

1.2. En tal sentido, ha sido jurisprudencia reiterada que la procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, recaudos que aparecen exigidos por el art.230 del Código Procesal, a los que se une un tercero, establecido de modo genérico para toda clase de medidas cautelares, cual es la contracautela, contemplada en el art. 199 del Código de rito.

Dichos recaudos aparecen de tal modo entrelazados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y viceversa ("La Ley" 1996-B-732) cuando existe el rigor de un daño extremo e irreparable, el riesgo del fumus puede atemperarse ("La Ley" 1999-A-142).

1.3. También es pertinente recordar -como lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que cuando la medida cautelar se intenta contra la Administración Pública, es menester que se acredite prima facie y sin que ello implique prejuizamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto

cuestionado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual en principio ni los recursos administrativos ni las acciones judiciales mediante los cuales se discute su validez, suspenden su ejecución, lo que determina, en principio, la improcedencia de las medidas cautelares (Fallos 313:521 y 819, entre muchos otros).

Debe añadirse, en tal sentido, que en los litigios dirigidos contra la Administración Pública o sus entidades descentralizadas además de los presupuestos de las medidas de no innovar, establecidos en general en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se requiere como requisito específico, que la medida solicitada no afecte un interés público al que deba darse prevalencia ("La Ley" 2001-D-65) o, expresado con el giro que emplea la Corte Suprema, resulta imprescindible la consideración del interés público comprometido (Fallos 314:1202).

1.4.Finalmente, habrá de efectuarse una consideración respecto de las modificaciones introducidas por la ley 26.854 que rige las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional. En efecto, en lo sustancial que aquí se examina no altera los principios señalados. Por cierto, subsisten las exigencias de acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la ponderación del interés público. Y, en lo que resulta de mayor interés para el caso, establece pautas más flexibles para aquellos asuntos que comprometan a "sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso" o en los que "se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria" (art. 2, inciso 2, ley citada).

2. Aplicación de estos principios a la tutela del derecho a la salud y a las circunstancias de la causa.

2.1. El derecho a la salud, al que antes de la reforma constitucional de 1994 se lo consideraba un derecho implícito (art. 33, C.N.), está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inciso 22, C.N.), como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Fallos 323:1339, in re "Asociación Benghalensis y otros"). En el contexto normativo aludido y en tanto lo consientan las constancias de la causa, la protección cautelar del derecho a la salud debe otorgarse con amplitud, precisamente para evitar los daños o su agravamiento (véase, Corte Suprema, in re "Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo", sent. del 4-4-2002, en *El Derecho* 201-36 y, en general, conf., Rev. *El Derecho*, Tomo 201, p. 36; asimismo, CARRANZA TORRES, Luis R., *Derecho a la salud y medidas cautelares*, en Rev. *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, ejemplar del 20/02/2004 [en especial, la remisión a la jurisprudencia aludida en el punto 3]).

2.2.Dadas las particulares circunstancias del sub iudice, las pautas precedentes deben conectarse con el deber de los tribunales de dar consideración primordial al interés superior del niño en todas las medidas concernientes a él (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), siendo una de sus claras expresiones el derecho que aquel tiene a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud (art. 14 de la ley 26.061).

2.3. Además, la ley 25.280 (B.O. 04/08/2000) aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con

Discapacidad. En lo que aquí concierne, prevé expresamente la obligación de los Estados Parte, de trabajar prioritariamente en la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad (art. 2, apartado 3, inciso b).

2.4. Este elenco legal se complementa a nivel infraconstitucional con la ley 24.901, que instituyó “un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos” (art.1).

Dicho bloque normativo define a las Prestaciones de rehabilitación como “.aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios.”.

2.5. A todo lo anterior cabe incorporar para la decisión del caso la ley 27.350, que regula el “Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados” y creó 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.

Dicho programa persigue distintos objetivos, entre los que para el análisis del sub judice cabe destacar los siguientes:a) Empezar acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a la salud; b) Garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa, en las condiciones que establezca la reglamentación; c) Propiciar la participación e incorporación voluntaria de los pacientes que presenten las patologías que la autoridad de aplicación determine y/o el profesional médico de hospital público indique, y de sus familiares, quienes podrán aportar su experiencia, conocimiento empírico, vivencias y métodos utilizados para su autocuidado; d) Desarrollar evidencia científica sobre diferentes alternativas terapéuticas a problemas de salud, que no abordan los tratamientos médicos convencionales; e) Investigar los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados en la terapéutica humana (art. 2).

A su vez, la ley faculta a la autoridad de aplicación para realizar todas las acciones requeridas para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios científicos y médicos de la planta de cannabis con fines medicinales en el marco del programa, sea a través de la importación o de la producción por parte del Estado nacional. A tal fin -continúa- la autoridad de aplicación 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.

En todo ese marco, el plexo legal también creó en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación un registro nacional voluntario a los fines de autorizar, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737, la inscripción de los pacientes y familiares

de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis.

2.6. En los términos de la reglamentación que el decreto 738/2017 hizo de la ley, quedó especificado que las acciones de promoción y prevención fijadas en los objetivos supra aludidos deben estar dirigidas a las personas que, por padecer una enfermedad bajo parámetros de diagnósticos específicos y clasificados por la Organización Mundial de la Salud, se les prescriba como modalidad terapéutica el uso de las plantas de Cannabis y sus derivados (art. 3, inciso "a").

Luego, el art. 8 prevé que el registro nacional funcionará en el ámbito del Ministerio de Salud y allí se registrará a pacientes en tratamiento para estudio de casos y pacientes en protocolo de investigación, que voluntariamente soliciten su inscripción, o sus representantes legales en caso de corresponder.

A tal fin se contemplan distintos supuestos, a saber:

1) Pacientes en tratamiento para estudio de casos: Son aquellos 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. Se trata de pacientes que continuarán con el uso del cannabis en el marco del estudio de casos y con supervisión del Programa; 2) Pacientes en protocolo de investigación: Comprende a quienes hayan sido incorporados como participantes en un protocolo de investigación objeto de la ley en trato, con los requisitos que se establezcan en el Programa; 3) Familiares: Opera en caso de familiares que actúan en carácter de representante legal, cuando así correspondiere, en los términos de las disposiciones que dicte la autoridad de aplicación.

3. Sentado ello, las constancias de autos permiten aseverar que los siguientes extremos están suficientemente acreditados: a) A.L.R. padece de las patologías supra descriptas (fs. 58) y posee certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires (fs.53); b) desde el mes de noviembre de 2018 y por iniciativa familiar, viene consumiendo aceite de cannabis a razón de 4 gotas diarias; c) dicho consumo se sumó al tratamiento con rispedirona, encontrándose el niño bajo supervisión psiquiátrica, informando su médica de cabecera y la terapeuta ocupacional que desde entonces A. ha experimentado una franca mejoría en su comportamiento (fs. 60 y 62/63); d) análogas consideraciones sobre el progreso del hijo de los actores hicieron las autoridades de la actividad Recreación y Deporte Adaptado e Inclusivo del club atlético Lanús (fs. 65).

4. Pues bien, las singulares circunstancias del sub judice hacen que la decisión que este Tribunal adopte a título precautorio deba armonizar, por un lado, la asistencia integral y adecuada del hijo de los amparistas, cuyo interés superior está elevado al rango de principio según la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 318:1269 ; 322:2701; 323:2388 ; 324:112, entre otros). Y por otro, la objeción que el recurrente introduce en relación a la falta de control estatal sobre el cultivo y manipulación de las plantas de cannabis que el a quo autorizó.

Esa misión se hará con otro objetivo que no puede perderse de vista y que esta Sala ponderó en otras oportunidades (ver expte. FLP 51530 "Benítez, Mariana Andrea c/ OSDE", 24/09/2018), donde se dejó sentado que en las decisiones que comprometen la salud de las personas, un punto cardinal en la labor de asumir un temperamento lo

constituye el balance entre los beneficios y los posibles perjuicios que un abordaje sanitario puede tener.

4.1. Con ese fin, la adecuada interpretación y aplicación del bloque normativo desarrollado en lo pertinente, permite arribar a una solución provisoria que resguarde de manera simultánea los intereses de A. y las potestades de fiscalización que la ley le concede a las autoridades estatales.

En efecto, no está en discusión la existencia de una política sanitaria emprendida para investigar los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados en la terapéutica humana.

Si uno de los objetivos de esa estrategia es el de desarrollar evidencia científica, un camino razonable que prima facie no traiciona el justificado interés que el Estado tiene de controlar la actividad, y que a la vez dispensa una tutela jurisdiccional a una situación que no admite demoras, lo constituye la inmediata incorporación de A. al registro nacional instaurado en el ámbito del Ministerio de Salud.

Ello en la categoría que la autoridad de aplicación estime corresponder de las descriptas en el considerando "III.2.6" de este fallo.

4.2. Mientras todo ese procedimiento se sustancia, el marco normativo supra desarrollado permite razonablemente establecer que el Estado sea quien le suministre provisionalmente y de manera gratuita a los amparistas el aceite de cannabis, en las cepas y cantidades que necesita A. Abastecimiento que, cabe aclarar, queda a resultas de lo que pudiere surgir de las pruebas que se vayan recolectando en el decurso de la causa, a la luz de lo que se dejará expresado en las consideraciones que más adelante se efectuarán.

Este mandato es, por lo demás, el que mejor responde a la política pública de generar nueva evidencia científica, admitiendo paulatinamente la inclusión de patologías que no sean la epilepsia refractaria con el fin de analizar las bondades o efectos adversos - que por el momento en el caso no se observan, sino todo lo contrario- en el empleo de la alternativa terapéutica en examen.

4.3. No escapa a la atención de este Tribunal que -como alega el recurrente- no hay en la causa una prescripción médica que avale específicamente el tratamiento con cannabis como la alternativa más adecuada para el abordaje de la salud de A.

Sin embargo, exigir esa certeza, en una cuestión que incluso aún no está clausurada en el campo de la ciencia, contrasta con el juicio hipotético que caracteriza al examen cautelar de un reclamo que involucra la urgente atención de la salud de un niño.

De hecho, aquella información acerca de los beneficios terapéuticos del uso del aceite de cannabis en la persona de A. podrá obtenerse con el examen a cargo del Cuerpo Médico Forense que el Ministerio de Salud dejó solicitado en su informe circunstanciado (fs. 116 y vta.), y cuya producción aquí ya se deja ordenada para el momento en que el expediente sea devuelto a primera instancia.

4.4. Resta añadir que no obsta a lo anterior la invocada proliferación de eventuales reclamos que pudieran surgir en el futuro, con el consecuente riesgo de que se genere un colapso de los organismos fiscalizadores de las plantaciones de cannabis para fines médicos.

Ello es así porque esa aseveración no supera el test de lo conjetural y, como tal, no puede enervar ni postergar la necesidad actual y acreditada de brindar un tratamiento que de acuerdo a lo testimoniado por los profesionales que asisten a A., hasta ahora ha arrojado resultados singularmente benéficos para su salud e integración familiar y social.

5. En virtud de lo expuesto, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de la instancia precautoria, el Tribunal estima que los elementos arrimados al promover la acción, analizados al solo efecto cautelar y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto, son suficientes para conceder un anticipo jurisdiccional a la pretensión formulada por los amparistas, aunque con los alcances expuestos en las consideraciones precedentes.

V. Por tanto, SE RESUELVE:

Modificar la medida cautelar decretada a fs. 94/97, con los alcances que se desprenden del considerando "IV.4.2" de este pronunciamiento y debiendo en primera instancia dar cumplimiento con lo ordenado en el considerando "IV.4.3" in fine de este fallo. Costas dealzada en el orden causado atento no haber mediado réplica de los agravios del recurrente.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

NOTA: Se deja constancia del estado de vacancia de la tercera vocalía de esta Sala (art. 109 R.J.N)

CARLOS ALBERTO VALLEFIN

juez de cámara

ANTONIO PACILIO

Juez de Cámara

P. MARTIN LABOMBARDA

Secretario federal