



SEBASTIÁN MARIO GALLARDO
PROCURADOR LEGAL
FISCALÍA GENERAL

Autos: "Incidente de apelación de Navarro, Julia Macarena - Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación en autos: [REDACTED] y otro c/ Estado Nacional y otro s/ amparo ley 16.986".-

Expte. N° FGR 16005/2018/1/CA1.-

Objeto: contesta vista y manifiesta.

Excma. Cámara:

Mario Sabas Herrera, Fiscal General ante la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad, con domicilio constituido en mi público despacho, estableciendo domicilio electrónico -Código Único de Identificación de Fiscalías- (CUIF) 51000002049, a V.E. digo:

I. Por el presente vengo a contestar la vista conferida a fs. 90, en virtud de encontrarse cuestionada la constitucionalidad de la ley 23.737.

II. Estas actuaciones arriban a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación), quien a fs. 66/70 repelió el dictado de la medida cautelar innovativa dictada por la Sra. Magistrada de la ciudad de Viedma y en la que determinó autorizar a la Sra. [REDACTED] quien accionó en representación de su hijo menor de edad, conjuntamente con la Sra. [REDACTED] y el Dr. [REDACTED] a cultivar plantas de cannabis en la cantidad necesaria con exclusivo destino medicinal para el menor mencionado, bajo estricta sujeción a los lugares y modalidades informadas por los interesados a fs. 157, así como a las normas de conducta establecidas en la resolución repelida.

USO OFICIAL

Más allá de aquellos motivos que originaron el recurso de apelación de la demandada que concita la atención de la Alzada, la presente acción de amparo tiene como objeto requerir al Estado Nacional el suministro de aceites, cremas y material vaporizable de cepas identificables de cannabis con balance variados de CBD y THC, en cantidad de cepas suficiente para su rotación permanente.

Se fundamenta en la utilización de las sustancias mencionadas para el tratamiento de los padecimientos que aquejan a [REDACTED] quien sufre del síndrome de Tourette o trastorno por tics motores y vocales múltiples combinados, todo lo cual fue especificado por la parte actora en su escrito.

Asimismo, requirieron el dictado de una medida cautelar, hasta tanto el Estado Nacional de cumplimiento a la prestación pretendida, consistente en la habilitación de [REDACTED]

[REDACTED]-abuela de [REDACTED] y [REDACTED]-madre del menor-, para cultivar cannabis en su domicilio con el único fin de consumo medicinal de niño.

Sobre el cuestionamiento que suscita la intervención de este MPF, la accionante instó que si la Magistrada lo consideraba necesario, se declarase la “*...inconstitucionalidad para el presente caso de los artículos 14 y 5 inc. a) y e) en relación con Los párrafos penúltimo y último de La Ley 23.737, como de toda normativa de rango inferior que obste al ejercicio de Los derechos a La vida y a La salud de [REDACTED].*”.

En tal sentido, citaron jurisprudencia relacionada con el uso medicinal del aceite de cannabis, haciendo referencia

al precedente del Alto Tribunal de nuestro país “Arriola”, el que entendieron aplicable.

Al dictaminar la Fiscalía de Grado, cuya opinión se encuentra glosada a fs. 45/54, se requirió colaboración a la Procuraduría de Narcocriminalidad -PROCUNAR-, cuyo titular suscribió conjuntamente con el Magistrado Subrogante del MPF la presentación mencionada.

Se avocaron allí a expresar que se encontraban reunidos los elementos necesarios para la procedencia de la medida precautoria peticionada, luego de haber realizado un profundo análisis del tema bajo estudio, la legislación aplicable -Nº 27.350-, sus antecedentes parlamentarios. Concluyeron que era necesario que [REDACTED] contara con el aceite medicinal, en atención al cuadro clínico indicado, sin que pueda estar sujeto a la puesta en práctica de la normativa sancionada, ya que la urgencia del caso así lo requiere. Por ello sostuvieron que hasta tanto el Estado Nacional haga entrega efectiva de los elementos requeridos por la actora, cubiertos por la ley 27.350, debía autorizarse el cultivo de la materia prima necesaria para la elaboración del aceite indicado.

En lo que refiere a la normativa penal -ley 23.737-, manifestaron que el objeto de esta acción también se funda en asegurar la indemnidad de la madre y abuela del menor ante las posibles consecuencias punitivas que podría acarrearles el autocultivo de marihuana.

En ese marco, con sustento en fallos sobre la materia -entre los que se destaca el precedente de la CSJN en autos “Arriola”-, entendieron que “...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...”.

La Sra. Juez Federal de Viedma determinó conceder la cautelar instada y autorizó a [REDACTED], [REDACTED]

[REDACTED] -madres y abuelos del menor-, a cultivar el vegetal prohibido para producir la sustancia medicinal demandada.

En lo que refiere a los términos de la vista otorgada a este MPF, cabe indicar que la *a quo* sostuvo que el cultivo y la elaboración del aceite cannábico deben realizarse “*...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 garantecer 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...”.*

USO OFICIAL

Contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2018 se alzó el representante del Estado Nacional -Ministerio de Salud de la Nación-, cuya presentación obra a fs. 66/70.

Arribadas las actuaciones a la Alzada se requirió opinión a esta Fiscalía General.

III. La intervención lo es en los términos de la ley Orgánica del Ministerio Público Nº 24.946, que dispone la participación de este organismo en los procesos de amparo, la cual se caracteriza por su amplitud, circunstancia que se mantiene con el dictado de la ley Nº 27.148, receptando el mandato del art. 120 de la Constitución Nacional.

1. Lo que se trata aquí es entonces intentar determinar, compatibilizar y especificar si dentro del escenario normativo que regula el caso de autos, que abarca la protección de la persona peticionante, con el derecho al suministro de las sustancias medicinales que contempla la ley 27.350, es posible aseverar que la ley 23.737, cuyas consecuencias penales pretenden *a priori* ser evitadas, debe ser declarado contrario a la CN. Sobre este eje gira la intervención de este MPF.

Adelanto que no debería decretarse la inconstitucionalidad articulada, toda vez que la autorización para cultivar las plantas dada por la Magistrada mediante la medida cautelar innovativa dispuesta, con más lo determinado en el punto II de la parte resolutiva, son suficientes para neutralizar aquellos temores que los presentantes manifestaron, a lo que adicionaré algunas consideraciones que seguidamente expondré.

Es ella la solución que considero aplicable, puesto que es doctrina del Alto Tribunal “que la declaración de

inconstitucionalidad de una Ley sólo puede admitirse como “última ratio” del orden jurídico”, (Fallos: 247:387; 249:51; 303:248; 304:849 y 1069, entre otros), “*a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por La Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía* (Fallos: 312:2315, etc.) y, en tal sentido, el juzgador debe apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar, a fin de asegurar la primacía de La Ley Fundamental, como medio de afianzar la justicia que está encargado de administrar (Fallos: 308:857).

En esta dirección he señalado que se presenta como una de las más delicadas funciones que se han encomendado a los tribunales de justicia. Ciento es que su delegación en los Magistrados conlleva la interpretación de las normas bajo los parámetros de aquellos principios fundamentales que se encuentran inmersos en nuestra Constitución Nacional. Sin perjuicio de lo cual concurren otros como el principio de legalidad que exige frente a determinados tipos penales como los cuestionados, establecer si coexisten en ellos un defecto de magnitud tal que se traduzca en el quebrantamiento de alguna garantía o principio de la Carta Magna.

Por otro lado, no es menos cierto que quien asume impugnar una norma a la que califica de inconstitucional deberá necesariamente demostrar en su libelo la vinculación existente entre esta y los principios de rango superior que se estiman infringidos, no ya una somera declaración dotada de generalidad sino una exposición que particularice los extremos que pretenden demostrarse y que conlleven al juzgador a encontrar, como único sendero posible, la tacha argüida.



MINISTERIO PÚBLICO

FISCAL

Fiscalía General ante la Cámara Federal
de Apelaciones de General Roca

USO OFICIAL

Ha dicho el Alto Tribunal que “*El planteo de inconstitucionalidad exige de un sólido desarrollo argumental y fundamentos suficientes para que pueda ser atendido y, por tanto, debe contener no sólo el aserto de que la norma impugnada causa agravio, sino la demostración del mismo en el caso concreto, pues no compete a los jueces hacer declaraciones generales abstractas, al ser de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos*”¹.

De tal forma, el presente caso, y en este acotado marco de conocimiento cautelar, precisa una respuesta expedita, rápida, en atención a la magnitud de los derechos en juego reconocidos por la Carta Magna y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, a los fines de evitar que aquellos sean conculcados, puesto que los riesgos para la salud del menor, además de los avances obtenidos, deben ser resguardados para garantizar el goce pleno de los mismos.

La medida adoptada cubre los extremos enunciados en el párrafo anterior, ya que más allá de compartir lo dictaminado por los integrantes del MPF a fs. 45/54, de mantenerse este marco provvisorio de decisión, no encuentro un agravio latente y actual para los actores siempre que cumplan con aquellos requisitos que la a quo indicó en su resolución -ver fs. 64, punto VII-.

Un elemento más para adicionar a la postura esgrimida por esta Fiscalía General -la prescindencia de acudir a la declaración pretendida-, surge palpablemente de la propia letra de la ley cuestionada.

¹ Del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que se remitió la Corte Suprema, Fallos 327:1899.-

El art. 5 de la ley 23.737, comienza señalando que “...será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo...-el resultado es propio-” a quien realizara alguna de las acciones que en sus diferentes incisos enumera, todos los cuales, por cierto obedecen al indiscutible fin de abarcar la cadena de tráfico.

Enseña Abel Cornejo en su obra² que la falta de autorización se refiere a la aquiescencia que debe tener quien lleva a cabo algunas de las actividades que la norma puntuizada anteriormente describe, siendo preciso entonces que cuente con la venia de la autoridad pública correspondiente y que se sustente en fines científicos o terapéuticos. Con cita de bibliografía de Javier De Luca, expone que “...la Ley 23.737 ha querido evitar lagunas de punibilidad (art. 19 de La C. N.) en todo lo atinente a La relación real entre Las personas y Los estupefacientes...”. De allí que de mantenerse la actividad de cultivo dentro de los parámetros impuestos por la judicatura, no sería posible afirmar que la conducta de aquellas personas autorizadas pueda quedar atrapada por la ley penal.

Así se señaló que “...La propia Ley 23.737 en su artículo 9 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 medicinal del cannabis...” y que “[d]e este modo, estimo que estrictamente en relación a La pretensión del amparista vinculada al uso medicinal

² Estupefacientes - Editorial Rubinzal Culzoni- pág. 38.-



MINISTERIO PÚBLICO

FISCAL

Fiscalía General ante la Cámara Federal
de Apelaciones de General Roca

USO OFICIAL

del cannabis, no corresponde declarar la inconstitucionalidad de los decretos 722-PEN-1991, 299-PEN-2010 y 772-PEN-2015, ni de precepto alguno de la Ley 23.737, en tanto no constituyen un obstáculo insalvable para –eventualmente– acceder a su materialización. Por supuesto que lo expuesto no implica desconocer la afectación constitucional que, en otros planos, pueden materializar tales normas, tal como lo ha señalado la CSJN en los autos “Bazterrica” y “Arriola”...”³.

Es dable afirmar que el bien jurídico protegido por la ley de estupefacientes no se verá vulnerado. El cultivo debe suceder en el ámbito de privacidad, con el objetivo único y primordial de garantizar la salud del menor, por lo que deben adoptarse todas las medidas necesarias para al respecto.

Por ello, de suceder de esta forma, puede adelantarse al menos como hipótesis bajo estudio, que serían aplicables las conclusiones a las que esa Excma. Cámara Federal arribó en autos “Azari Meza” en el año 2007, en cuanto a que “...a) La punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal (art.14, parte segunda, Ley 23.737) no vulnera in abstracto La garantía de intimidad o privacidad contenida en el artículo 19, CN y en Los tratados internacionales individualizados en el acápite 9 de la presente (art.75, inc.22, CN)...” y “...b) sin embargo, 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, dadas las circunstancias,

³ Autos “C. A. R. c/ GCBA s/ amparo (ART. 14 CCABA)” - Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Sala 13 - fecha: 13-ago-2015 - Cita: MJ-JU-M-94293-AR | MJJ94293 | MJJ94293.-

puede descartarse verosímilmente –por ausencia de ostentación– el peligro de trascendencia a terceros indeterminados...”.

2. Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, entiendo necesario resaltar que comparto las términos y conclusiones a las que arribó el Sr. Asesor de Menores e Incapaces en sus escritos de fs. 80/82 y 87/88, cuyo propósito no es otro que la protección del interés superior del niño.

Lo que se peticiona, además de la confirmación de la medida cautelar, tiende a asegurar la eficacia del tratamiento dotándolo de seguridad en la elaboración y administración del aceite requerido.

Si bien la ley 27.350 constituye el marco regulatorio para situaciones como la presente y la falta de operatividad confluyó para el dictado de la sentencia apelada, no es menos cierto que aquellas otras pautas que el legislador allí estableció no pueden ser desatendidas.

Es que más allá de la monopolización del Estado Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación, la normativa en trato contiene estándares de seguridad que deben respetarse, aun cuando ello requiera que sean adecuados para el caso, como son la necesaria intervención de profesionales o técnicos que guíen la actividad de cultivo autorizada, fabricación del aceite, control de la sustancia y administración -Ministerio de Salud, ANMAT, INTA, CONICET, entre otros-.

Reitero, no se discuten los resultados que la práctica demostró a través de los galenos, sino llevar a cabo las acciones necesarias en vista a ese interés superior en juego.

Finalmente no se detalló de qué forma o manera los autorizados se harán de las materias primas para el cultivo



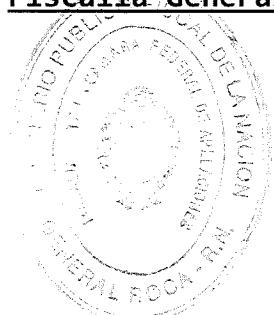
MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

Fiscalía General ante la Cámara Federal
de Apelaciones de General Roca

-semillas o plantas-, las que de no poseerlas pueden no contar con el resguardo e intimidad en la que se asentó la medida dispuesta.

IV. Por todo lo expuesto, solicito a V.E. que tenga por contestada la vista cursada.

Fiscalía General:



15 de marzo de 2019.

MARIO SABAS HERRERA
FISCAL GENERAL

USO OFICIAL

