

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

Expte. N°: 127709

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 concluído.

----- 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 Edtih 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 la 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 prescriptas 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 ha 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 expone 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; cita precedentes de distintos juzgados del país que han receptado la posición sostenida por la accionante y especifica 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 y 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 (cannabidol) 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 de la 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 Estufepacientes 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 ctes. 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 tipo 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 de 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 una 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 peticona, 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 petitionó 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. 3^a) 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- Vallefin, “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 descrito, 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 a 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 n° 48785 en el Juzgado Civil, Comercial y Laboral n° 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, neuromodulación a través de estimulación de cordones posteriores espinales (colocación de un neuroestimulador), 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 de 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 canábica 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, aún 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 del 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 5ª de la Ley 23.737 de estupefacientes, que presenten las patologías incluídas en la reglamentación y/o prescriptas 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 (n° 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. 6ª). 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. 7ª).

----- 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 n° 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 n° 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, aún 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 n° 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 un 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 n° 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 pretende 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 n° 13 de CABA el 13/08/2015 en los autos “C.,A. R. s/ Amparo (art. 14 CCBA), “el artículo 9 de la Ley n° 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 denominada entre los estupefacientes enumerados por el Decreto PEN n° 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 n° 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 n° 27.350.

----- En ese marco de atribuciones se inscribe la Resolución n° 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 Vademecum 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 n° 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 n° 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 Estupefaciones) 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 neuropática 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 CASSETTA 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.

.-np

Susana E. FERNÁNDEZ

Jueza

Marcia A. Catinari

Secretaria