

AMPAROS SOBRE USO TERAPÉUTICO DEL CANNABIS

LA INELUDIBLE TAREA DE UN BALANCE ADECUADO ENTRE LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LOS DERECHOS SUSTANCIALES

Nora Maciel¹

“Entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo, a hacerlas pronto.” (Piero Calamandrei)

En nuestro país numerosas familias no han encontrado marco jurídico ni protección con la ley de uso medicinal del cannabis 27.350, ya que el autocultivo realizado para producir la sustancia que les mejora la calidad de vida ante diversas dolencias, todavía se sostiene en la de clandestinidad; aun cuando la razón o motivo del obrar es un derecho reconocido en nuestro ordenamiento legal, como lo es el acceso al mayor nivel posible de salud.

Resulta inadmisibles la necesidad de pedir permiso para acceder a un tratamiento, cura o mejora de la vida y la salud, mucho más cuando se trata de aquello que procuran los padres para los hijos aquejados por enfermedades que la ciencia y la medicina farmacológica no han podido dar respuesta satisfactoria.

Sin embargo ante la persecución penal, el hecho de exponer ante los tribunales los cuadros de salud, muchos de ellos desesperantes, es la única vía que les queda. Y eso se logra mediante un amparo para el reconocimiento del derecho a la salud integral.

La justicia federal de la Provincia de San Luis, en una insólita resolución del 08 de agosto de 2018, rechazó una medida cautelar contra el Estado Nacional en autos “M.C.A. en representación de su hijo menor I.M.M. c/ ESTADO NACIONAL S/ AMPARO LEY 16.986”, argumentando razones procesales formales por sobre el derecho a la salud.

El pedido de la acción principal consistía -tal como se encuentra relatado en la resolución que es motivo de este comentario-, en la provisión de cannabis en diversas modalidades (cremas/aceites variados) y un pedido cautelar de autorización para realizar el autocultivo de cannabis para que la familia del niño pudiera producir la sustancia que le brinda un mejor estado de salud al niño. Los argumentos del rechazo de la medida cautelar merecen algunas reflexiones,

¹ Defensora Oficial de Pobres y Ausentes, Corrientes. Miembro del Área de Política de Drogas y de la Mesa Nacional de la Asociación Pensamiento Penal (APP).

intentando con ello producir algún pensamiento crítico que permita aislar este precedente junto con aquellos que no deben repetirse.

Pensar un proceso de amparo contra el Estado Nacional, sin medida cautelar urgente, es negar una realidad como es la mora derivada del recargo de tareas – problemática prácticamente universal- de los tribunales y también por la complejidad a veces de los derechos afectados que ameritan estudio, pericias y otras diligencias.

En tal sentido, la protección cautelar fue peticionada contra el Estado Nacional, dotando al caso de matices propios. No es lo mismo protegerse de actos u omisiones del Estado que frente a empresas privadas o particulares.

El Juez debió advertir este primer dato del caso llevado a su conocimiento. El rechazo de la medida cautelar se sustentó en un argumento estrictamente formal, sustentado en una supuesta identidad entre el objeto principal y la medida cautelar, que no condice con lo peticionado en autos. La actora pidió por un lado la provisión de cannabis a cargo del Estado, y luego, en la medida cautelar, la autorización para cultivar y proveerse de la sustancia hasta entonces.

El razonamiento superficial, ligero y carente de correspondencia entre lo peticionado y lo interpretado por el juez, ubica al resolutorio en un buen lugar en la teoría del absurdo. Confundir provisión a cargo del Estado con autorización para autocultivo, puede ser entendida en el exceso de tareas del tribunal o bien en necesidad de invocar una supuesta falencia procesal ante la inexistencia de razones de peso jurídicas y fácticas.

Pero aún para el hipotético y remoto caso de que la petición principal y cautelar pudiera confundirse con el mismo objetivo, lo cierto es que el caso de autos se debiera haber resuelto a favor de la concesión cautelar ya que en el balance entre la vigencia de principios procesales y derechos sustanciales, estos últimos tienen un mayor peso. Ello no sólo se debe a que el tema bajo decisión versa sobre el derecho a la salud, sino también por la vigencia de un principio específico dictado por la Convención de los Derechos del Niño, como lo es el “interés superior del niño”; algo que el magistrado no podría ignorar.

Dice el resolutorio en cuestión que no corresponde otorgar una medida cautelar cuando lo peticionado coincide con objeto de la causa principal, pues ello viola el principio de igualdad de partes. Analizaré este argumento, aunque como quedó expuesto más arriba, no existía tal coincidencia.

Entre los fundamentos surge que la identidad de objeto de la acción principal y la medida cautelar, genera un anticipo de jurisdicción que viola el principio de igualdad de las partes. Así lo dice la resolución: *“dado que para arribar a una decisión definitiva sobre la pretensión deducida aparece como indispensable sustanciar el contradictorio entre las partes a los fines de brindar al organismo*

accionado la posibilidad de hacer valer sus los motivos y/o fundamentos de los actos cuestionados, resultando por lo expuesto prudente denegar la cautelar pretendida”.

El principio de igualdad entre las partes en el proceso no es un dato objetivo, sino que debe valorarse “quienes” son las partes de la causa, y la ponderación que entre ellas no hay igualdad. Una es una parte poderosa, el Estado, dueña de la situación que vulneró derechos, y la otra es un particular, afectado por la decisión.

Al hacer primar el principio procesal de igualdad de las partes, cuando no se trata de reclamos entre privados sino entre un administrado y el Estado Nacional, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho está consagrado en la Declaración Universal de Derechos humanos artículo 8 cuando dice que *“Toda persona tiene derecho a un recursos efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *“toda persona tendrá derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes”* (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a todo individuo cuyos derechos o libertades hayan sido violados *“la facultad de interponer un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”* (artículo 2 inc. 3 a). Se advierte que la eficacia está dada en la protección del derecho que aparece vulnerado y que motivó el uso del recurso ante los tribunales.

La mayoría de los tribunales y autorizada doctrina ha reconocido que la tutela judicial efectiva incluye un derecho fundamental a la tutela judicial cautelar². Es decir el derecho a que la ley prevea, y los órganos judiciales adopten, medidas cautelares tendientes al aseguramiento de la eficacia de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión formulada en el proceso principal.

Ello equivale a afirmar que los justiciables tienen derecho, al formular una solicitud de tutela cautelar, a que el órgano judicial dicte al respecto una resolución fundada, ya sea sobre el fondo o sobre aspectos de orden formal, en la que se realice una interpretación razonable de los presupuestos de la medida cautelar de que se trate.

Es el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Camacho Acosta Maximino (Fallos 320:1633 y ED 176-61 con comentario de Augusto Morello “La tutela anticipada en la Corte Suprema”) el actor, en el marco

² La Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que “el derecho del interesado a una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía constitucional de defensa en juicio” (Fallos 300:1102; 301:99; 305:852; 311:1644 y 2004 y 312:1367).- Garcia de Entrerria Eduardo “Reflexiones sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso administrativo” en su obra “La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y derecho contencioso-administrativo español”, Civitas Madrid 1992.

de un proceso laboral, solicitó que se dictara una medida cautelar innovativa que impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquellos. La Cámara había sostenido en su rechazo que no se había dado cumplimiento al recaudo de la verosimilitud del derecho, ya que de adentrarse el tribunal en la cuestión debatida implicaría, sin lugar a dudas, emitir opinión sobre el *thema decidendum*. La Corte al revocar este rechazo reiteró la necesidad de que los jueces obren con mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, pero también expreso que *“la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuizamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable”*.

En el caso bajo análisis, se encuentra en juego la vida y salud de un niño que sufre una importante discapacidad. Tan solo por ello el Juez debió haber obrado con cierta prudencia, tratando de descartar daños irreparables que la demora o denegación de la cautelar pudiera ocasionar³.

Como se advierte, no es uniforme ni pacífico el criterio adoptado por el Juzgado Federal de San Luis, pues se trata el caso de uso terapéutico de cannabis, ya sea por provisión o por autocultivo, y de una excepcional situación donde la medicina clásica o tradicional o farmacológica no ha logrado los beneficios que si reporta el uso de la planta, cuya siembra particular está prohibida. En “Camacho Acosta”, la CSJN ha marcado la necesidad de observar con mayor rigor los antecedentes del caso para evitar que una demora innecesaria termine generando un daño irreparable. Algo que el Juez interviniente ha soslayado mediante un análisis meramente formal sin confrontar los antecedentes de la causa.

Ese razonamiento desconoce además el derecho a la salud, garantizado en el artículo 33 y explícitamente en el artículo 42 de la CN, también en los artículos 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4 incisos 1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 12 numeral 3; 8 numeral 3; 9 apartado b; 21 y 22 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 10 apartado 2, 14, 15; 25, 29 y 32 de la Convención de los Derechos del Niño.

Aida Kemelmajer de Carlucci enseña que al haberse dado entrada a doce documentos internacionales relativos a derechos humanos con la reforma constitucional, se desprende que la salud encuentra un posicionamiento más elevado. Su tutela dentro del esquema internacional de los derechos humanos nos

³ Véase JA 2000-III-626; Morello, Augusto M., EL Derecho Privado en su relación con el derecho procesal desde la visión constitucional y transnacional -Constitucionalización del derecho Civil o “civilización” del derecho constitucional- en Morello A.M, Sosa G.L. y Berizonce R.O. Códigos procesales...2da edición, Abeledo Perrot LEP, Buenos Aires 2004 vol. X-A, p.349.

dice que la salud es una exigencia social y por esa razón los sujetos tienen facultades para reclamar al Estado las prestaciones debidas⁴.

Sumado a ello, advirtiendo la existencia de un sujeto de derecho que tiene un plus de protección por su condición de niño, cabe advertir que el resolutorio en cuestión pasa por alto, llamativamente, que entre las medidas a garantizar por el Estado se halla la de lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad hasta el máximo de los recursos disponibles (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

Se advierte entonces que entre un principio procesal como la igualdad de partes y un derecho humano como la salud y la vida de un niño, lo que el magistrado debió cotejar en el análisis y prevalencia, era la irreparabilidad del perjuicio invocado. Ese recaudo surge de la naturaleza de la afección, del cuadro clínico acreditado y generalmente con el relato del impacto del uso del cannabis en el tratamiento diario. Para este último aspecto, cobra especial relevancia la palabra de los padres que a diario luchan por la salud del niño. En suma, la interferencia o choque entre principios y valores, prima el deber de ponderación⁵.

Frente al derecho a la salud reclamado ante los tribunales, no resulta razonable ni prudente alegar razones formales que ni siquiera están contempladas en el Código de Procedimiento Procesal Civil que rige supletoriamente. Allí no hay ninguna norma que prohíba la mentada coincidencia entre el objeto cautelar y la acción principal. Cuando el legislador quiso limitar las facultades de dictar cautelares, lo hizo en procesos específicos, como la ley 25.587, claramente de índole económica y material distante a situaciones de derechos esenciales como es el caso de los autos analizados.

Obviamente el Juez no puede ni debe olvidar que el Código Civil y Comercial se aplica supletoriamente para todas aquellas situaciones en las que se encuentra en discusión derechos civiles. En sus artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial⁶, orienta la interpretación normativa contrariamente al razonamiento que efectuó el magistrado realizó en los autos.

⁴ Ponencia en la Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Buenos Aires, L.L. Suplemento Especial noviembre de 1999 p.37.

⁵ ALEXY R. Teoría de la Argumentación Jurídica, traducción de Atienza e I. Espejo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid 2008 p.349; Lorenzetti R.L. Teoría de la decisión Judicial, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, ps.21 y ss.

⁶ Artículo 1: Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables conforme con la constitución Nacional y los tratados de DDHH en los que la republica sea parte. Al tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos y costumbres son vinculantes cuando las leyes y los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legamente siempre que no sean contrarios a derecho. Artículo 2: La ley debe ser interpretada conforme sus palabras, su finalidad, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento.

El expedito acceso a justicia ha constituido una preocupación del activismo procesal. En ese sentido los impulsores de esta corriente, autores del código civil y comercial vigente, han plasmado en el artículo 706 la regla de interpretación que vengo sosteniendo, en el cual se afirma que: *“Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso al justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos”*.

En palabras de la doctrina procesalista de mayor incidencia en la jurisprudencia, la tutela judicial efectiva *“es según se mire, un derecho fundamental que beneficia a los justiciables, un deber funcional para el órgano jurisdiccional llamado a hacer realidad y también un principio en el sentido de ser un portador de valores. En verdad, se ha calificado justamente como el más importante de los derechos porque constituye el derecho a hacer valer otros derechos siendo para algunos un derecho humano vecino al derecho natural”*⁷.

Como se puede apreciar, la resolución denegatoria de la medida cautelar no solo ha sido sustentada en contradicción con lo peticionado, sino que fue dictada en contraposición con la doctrina y jurisprudencia actual. Todo lo cual merece una rápida corrección por parte de las instancias de alzada.

⁷ Peyrano Jorge W “importancia de la consolidación del concepto de tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido, en Herramientas Procesales, Nova Tesis, Rosario, p.24