



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“C., A. R. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 44.899/0

///dad Autónoma de Buenos Aires, de agosto de 2015.

VISTOS: estas actuaciones en estado de dictar sentencia de las que,

RESULTA:

1. Que el señor A. R. C., por su propio derecho, promueve acción de amparo en los términos del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 43 de la Constitución Nacional y de la ley 2145, contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES a fin de que se revoque el acto denegatorio emanado del HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS DR. E. TORNÚ, por cuanto vulneraría principios y derechos constitucionalmente garantizados y, por tanto, resultaría un acto administrativo arbitrario, desigual, discriminatorio, injusto e inconstitucional, en flagrante menoscabo a sus intereses y derechos personalísimos.

Solicita, en consecuencia, se ordene al demandado que, por medio de las autoridades que correspondan, proceda a prescribir y suministrar *cannabis* de la especie sativa o índica (marihuana) en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas. Subsidiariamente, en caso de que ello resulte imposible, solicita se lo autorice a realizar su cultivo.

Refiere que es una persona adulta que convive con VIH, lo que ha significado muchos años de dolor y sufrimiento, conforme ilustra con la historia clínica del HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS DR. E. TORNÚ —del Gobierno de la Ciudad— que acompaña.

Añade que, producto de ello, tiene enfermedades refractarias, tales como hepatitis C desde el año 1992 y polineuropatía periférica en evolución —las que le producen un permanente dolor físico de gran intensidad— y, en la esfera emotiva, aislamiento, angustia, depresión y desasosiego.

Describe que para aliviar su dolor se le prescribe metadona —cuya dosis llegó a alcanzar 3,5 mg. cada 8 horas— y antidepresivos.

Explica que, ante la desesperación por sus dolores y las fuertes dosis de metadona que ingería, decidió consumir *cannabis* de la especie sativa o índica de modo terapéutico, con lo que logró reducir a lo largo del tiempo las dosis de metadona de 15 a 1,5 mg. por día.

Expresa que ante este hecho de gran satisfacción en lo personal —ya que ha bajado significativamente la dosis de metadona gracias al uso terapéutico de *cannabis* y que el alivio de su dolor mejora transversalmente todos los aspectos de su vida— solicitó a su médica tratante del HOSPITAL TORNÚ, Dra. T.A.F., especialista en dolor y cuidados paliativos, que le prescribiera *cannabis sativa* o índica para su

tratamiento de neuropatía periférica de los cuatro miembros.

Manifiesta que, frente a ello, la profesional le extendió un certificado denegatorio en el que señala que no podrá prescribirlo por cuanto el *cannabis* no constituye una medicación legal.

Indica que tanto la metadona como el *cannabis* se encuentran incluidas en el listado de sustancias consideradas estupefacientes a los efectos del Código Penal y de la ley nacional 23.737, conforme decreto 722-PEN-1991 y su modificatorio 299-PEN-2010 y subraya que, sin embargo, desde hace años se le prescribe metadona en altas dosis —aunque sólo para cuidados paliativos— pero en la actualidad se le deniega la prescripción de *cannabis* en su estado natural, sin químicos, para su uso medicinal.

Entiende que, de este modo, la denegatoria de la autoridad administrativa reviste el carácter de injusta, arbitraria, discriminatoria e ilegítima y cercena su derecho a la salud, a su integridad física y a su dignidad frente a la patología con la que convive.

Concluye que en virtud de lo expuesto se ve compelido a iniciar la presente acción de amparo.

Alega sobre la competencia del Tribunal y la procedencia de la vía intentada, describe los derechos que considera conculcados y plantea la inconstitucionalidad del decreto 722-PEN-1991 y su modificatorio 299-PEN-2010 “[con] *relación a la inclusión de cannabis para su uso medicinal en los alcances de la ley [nacional] 23.737 y del art. 14 de la ley [nacional] 23.737*” (cfme. fs. 7).

Finalmente, ofrece prueba y funda en derecho su petición.

2. Que a fs. 11 se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, que dictaminó a fs. 12 y concluyó —con cita de los arts. 1º y 2º del CCAyT y 7º de la ley 2145— que el Tribunal resultaba competente para entender en estas actuaciones.

A fs. 14/16 la Sra. Juez previniente resolvió rechazar sin sustanciación la acción de amparo incoada por el amparista en los términos del art. 5º de la ley 2145, medida que fue apelada por la parte actora a fs. 54/57.

A su turno, la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero decidió revocar la sentencia de primera instancia y ordenó la remisión de la causa a Secretaría General a fin de que sea sustanciada por un nuevo magistrado (fs. 71/72).

En ese estado llegaron los autos a conocimiento de este tribunal y a fs. 81 se dispuso correr traslado de la demanda.

3. Que a fs. 109/113 se presentó el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contestó demanda.

Formula las negativas de rigor y esgrime que la acción instaurada resulta genérica, imprecisa y no ajustada a la realidad, que la pretensión es confusa, en tanto se limita a señalar que la observancia de la ley por parte de una médica del HOSPITAL TORNÚ configura un acto injusto, arbitrario, discriminatorio e ilegítimo, y que tal aseveración configura un despropósito jurídico, en tanto el amparo no fue ideado “*para evitar que la Administración cumpla con la normativa vigente, ni tampoco para que sus funcionarios cometan delitos so pretexto de preservar derechos ajenos*” (cfme. fs. 110).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Precisa que en la especie no concurren conductas ni omisiones manifiestamente arbitrarias y/o ilegítimas por parte de las autoridades del GCBA, quienes en todo momento han dado cumplimiento con el ordenamiento jurídico vigente en materia de salud, e insiste en que el cumplimiento de una obligación legal por parte de la autoridad administrativa no puede convertir en ilegítimo a acto alguno.

Aduce que la demanda omite indicar las normas que en el caso se hallarían incumplidas y/o violadas por parte de la demandada y habilitarían esta garantía constitucional y que resultaría inadmisibles obligar a un médico del GCBA a cometer un delito castigado por la ley nacional 23.737.

Cuestiona, asimismo, la pretensión del amparista de que se le suministre o se le autorice cultivar la sustancia, ya que la accionada no tiene posibilidad de acceso a ella —en tanto tal hecho configura un delito penal— y por cuanto la pretendida autorización implicaría un acto nulo de nulidad absoluta e insanable.

Concluye que el objeto del amparo resulta fáctica y jurídicamente imposible, que no puede obligarse a una persona a cometer un delito y que no se advierte una acción u omisión por parte del GCBA que viabilice la presente acción de amparo.

Cita jurisprudencia que considera aplicable al caso, alega sobre la improcedencia de la vía intentada, refiere a la ausencia de caso, causa o controversia y plantea cuestión constitucional y caso federal.

4. Que la parte actora solicitó se declarara la cuestión como de puro derecho, lo que fue rechazado a fs. 149, y a fs. 150 se abrió la causa a prueba y se proveyó la ofrecida por la parte actora y por la parte demandada.

Constan asimismo en autos presentaciones efectuadas en carácter de “amigos del Tribunal” por diversas organizaciones, entre ellas Asociación Rosarina de Estudios Culturales (AREC), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación de Pensamiento Penal (APP), etc. (ver f.s 142/45 y fs. 226/296).

Una vez producidas las medidas ordenadas, a fs. 215 se remitieron los autos al Ministerio Público Fiscal a fin de que tomara intervención en relación con los planteos de inconstitucionalidad efectuados por la parte actora a fs. 7.

A fs. 217/222 se pronunció la señora Fiscal, quien en lo sustancial sostuvo que el actor no lograba desarrollar una argumentación sólida que justificara la declaración de inconstitucionalidad requerida. Apuntó que el demandante “*se limita[ba] a alegar que sus derechos amparados constitucionalmente se [veían] lesionados con el actuar de la administración, pero no determina[ba] en forma clara y precisa de qué manera las normas impugnadas le genera[ban] en el caso concreto un gravamen o perjuicio*” (v. fs. 218 vta./219).

Luego de efectuar ciertas consideraciones sobre cada norma en particular, precisó que no resultaba aplicable al caso la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal citada por el accionante —Sala I, *in re* “B.R., R”, expte. 41.025, del 3 de junio de 2008—, que había declarado la

inconstitucionalidad del art. 5, inc. a) de la ley nacional 23.737, “*por cuanto los hechos ventilados en tal causa no se relacionan con la siembra, cultivo o guardado de cannabis para uso medicinal*”. Tampoco consideró de aplicación la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Arriola*” —*Fallos*, 332: 1963 — pues “*la Corte no trató en dicha oportunidad la validez del artículo 5 aquí cuestionado*” (v. fs. 221 vta.).

Finalmente, a fs. 300 pasaron los autos a resolver, providencia que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

5. Que en primer lugar, y toda vez que la demandada ha negado que el amparo constituya el medio más idóneo a los fines perseguidos por el actor, corresponde analizar el aspecto relativo a su admisibilidad formal.

Conviene recordar, previo a todo, que los presupuestos de procedencia de la acción de amparo han sido establecidos por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad. De este modo, en su parte pertinente, la Constitución porteña establece que este remedio judicial, de carácter rápido y expedito, permite cuestionar “*todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte*”. Esta norma fija los requisitos constitucionales de la acción de amparo.

Como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (*Fallos* 306: 1253; y 307: 747).

Luego, resulta procedente cuando la acción u omisión cuestionada reúna *prima facie* los caracteres de ilegitimidad o arbitrariedad y ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. A su vez, es preciso que se presente una situación de urgencia que dé mérito a la tramitación de esta vía sumarísima y libre de formalidades procesales, de modo tal que conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso se advierta que remitir el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular del derecho presuntamente lesionado. Precisamente por esta última consecuencia la acción de amparo ha sido erigida como garantía constitucional, prevista para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías y en ello consiste su específica idoneidad como vía procesal.

No se trata de una acción *excepcional* o *heroica*, sino que tal “*excepcionalidad*” sólo puede entenderse “como una especificación del principio de que, en un Estado de Derecho, también son o deberían ser ‘excepcionales’ las amenazas,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de las autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción” (Voto de la Dra. ALICIA RUIZ, en autos “*Vera, Miguel Angel*”, TSJ, resueltos el 4 de mayo de 2001).

En igual sentido se ha expresado la Cámara del Fuero al sostener que la acción de amparo constituye una garantía constitucional otorgada a los particulares para tutelar de manera rápida y eficaz sus derechos y, por lo tanto, su procedencia debe ser analizada con criterio amplio, conclusión que se ve corroborada, en el ámbito local, por la disposición contenida en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, según el cual el procedimiento de amparo está desprovisto de formalidades que afecten su operatividad (Sala I, *in re* “Asesoría Tutelar”, del 1/6/2001).

La existencia de una actuación que se considera irregular, por afectar derechos de raigambre constitucional, torna admisible esta vía cuando lo hace en forma manifiesta. Sobre el punto, **resulta insoslayable recordar que la Sala III de la Cámara del fuero —en decisión unánime de los Dres. HORACIO CORTI, HUGO ZULETA y GABRIELA SEIJAS— revocó en su momento el rechazo *in limine* de la presente acción** (ver fs. 71/72). En tal ocasión, señaló que las circunstancias personales del amparista no pueden ser omitidas al resolver sobre la procedencia formal de la acción y que en autos “están comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad y su desarrollo (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Tratados internacionales)” y que “en dicho contexto no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia de la pretensión, lo que basta para admitir la vía expeditiva intentada y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenta con especial resguardo constitucional”.

De ese modo, tal como lo ha resuelto la Cámara, queda configurada una aparente lesión a derechos, que permiten considerar presentes los recaudos constitucionales del amparo, al menos en su plano formal.

Lo expuesto me permite concluir que los referidos requisitos constitucionales de viabilidad del amparo se encuentran claramente reunidos, por lo que, desde el punto de vista formal, resulta admisible en el caso.

6. Que tras la sustanciación de las presentes actuaciones, y en virtud del modo en que ha quedado planteada la controversia de autos, he de tener por acreditados los siguientes hechos, relevantes a los fines de adoptar una decisión respecto del fondo de la cuestión.

a) El actor, A.R.C. —de cincuenta y cuatro años de edad— contrajo VIH aproximadamente en 1992 y padece asimismo hepatitis C (ver historia clínica remitida por el HOSPITAL TORNÚ, fs. 188/209, en adelante HC).

b) En noviembre de 2009 concurrió al Servicio de Anestesiología del

HOSPITAL TORNÚ y comenzó a recibir asistencia respecto de una “polineuropatía periférica de los cuatro miembros” que sería producto del VIH (fs. 188/191, HC).

En ese momento se dejó constancia de que el actor presentaba una “neuropatía periférica de 7 años de evolución con exacerbación hace 5 meses. Dolor quemante desde cintura escapular hasta punta de los dedos de los pies. Parestesia en ambas manos” (fs. 195, HC).

Asimismo, la “interferencia del dolor” durante las últimas 24 horas se reflejaba (en una escala del 0 al 10) del siguiente modo (fs. 193, HC):

- i. Actividad en general: “10” (impide cualquier actividad)
- ii. Estado de ánimo: “10” (influye mucho)
- iii. Capacidad para caminar: “9”
- iv. Trabajo normal (ya sea en casa o afuera): “10” (limita del todo)
- v. Relaciones con otras personas: “10” (impide cualquier relación)
- vi. Sueño: “10” (lo impide del todo)
- vii. Capacidad de diversión: “10” (impide cualquier diversión).

c) Tras la consulta de admisión, el actor comenzó a recibir a fines de 2009 un tratamiento paliativo del dolor en el mencionado nosocomio de la demandada. En ese marco se le prescribieron diversas drogas, principalmente metadona, y también pregabalina, paracetamol, alprazolam, rivotril, amitriptilina, clonazepan (ver declaración testimonial de la profesional interviniente T.A.F., médica anestesióloga especialista en dolor y cuidados paliativos, fs. 176/77 y constancias de la HC).

d) La *pregabalina* se encuentra incluida en el “listado de **sustancias de riesgo**” —controlada bajo la condición de venta bajo receta archivada—, en tanto que el *alprazolam*, la *amitriptilina* y el *clonazepan* son **psicotrópicos** alcanzados por las prescripciones del decreto-ley 19.903/72. Todas ellas pueden producir “mareos, sedación, sequedad de boca, constipación y, en particular la amitriptilina, puede generar arritmias” y su combinación “puede provocar insuficiencia renal crónica e hipertensión arterial crónica en la pregabalina” (fs. 176 vta. *in fine*).

e) La *metadona* es un **estupefaciente** (en los términos del decreto-ley 17.818/68 y ley 23.737). Se trata de “un opioide fuerte”, con efectos secundarios o colaterales y adversos. Éstos últimos pueden ser “alucinaciones, constipación pertinaz, dependencia farmacológica, depresión respiratoria por sedación profunda”; en tanto que los “secundarios o colaterales” pueden presentarse como “constipación, mareos, prurito o picazón y sedación” (fs. 176/77, declaración testimonial de la profesional médica interviniente).

f) En el curso del tratamiento iniciado en 2009, el actor presentó efectos secundarios y adversos por la ingesta de *metadona*, consistentes en mareos que no le permitían trabajar y constipación pertinaz (fs. 176/77, declaración testimonial de la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

profesional médica interviniente).

g) Frente a esta situación, comenzó a consumir por propia iniciativa *cannabis* en forma oral —como “extracto/aceite” o como infusión— lo que le produjo mejorías sensibles en su salud. A saber, “alivio de dolor, disminución de ansiedad y mejora en los patrones de sueño”. Ello facilitó su rehabilitación y mejoró su calidad de vida, además de su humor y estado de ánimo. Asimismo comenzó a disminuir gradualmente el consumo de las drogas que se le habían prescripto originalmente (fs. 17 bis y fs. 176/77, declaración testimonial de la profesional médica interviniente).

h) El 7 de junio de 2012 el actor solicitó a la profesional que lo asiste en el HOSPITAL TORNÚ que le prescribiera *cannabis* sativa para el tratamiento de su polineuropatía periférica, a lo que ésta respondió por escrito que le resultaba imposible “al no ser una medicación legal” (ver constancia de fs. 17/17 bis).

7. Que corresponde a continuación realizar un breve y esquemático recorrido por el marco normativo general involucrado en los principales ejes jurídicos de caso.

7.a. Derecho a la salud (dignidad de la persona humana y autonomía individual). Tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19 de la Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal (art. 19 de la Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida —principio de autonomía—.”

“A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), entre ellos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos — Pacto de San José de Costa Rica— e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.”

“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 aquéllos no se torne ilusorio” (en autos “*Asociación Benghalensis y otros c/Mo. de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/amparo*”, del 1° de junio de 2000; *Fallos*, 323: 1339).

Así los derechos a la autonomía personal, a la dignidad, a la intimidad y a la salud se encuentran íntimamente vinculados y han sido ampliamente consagrados en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales con jerarquía

constitucional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 19, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 4º, 5º y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y arts. 6º y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Preámbulo y art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y art. 20 de la Constitución de la Ciudad).

En este sentido, han sido invocados en casos en lo que se debatían los derechos de los pacientes a decidir sobre el rechazo de tratamientos médicos específicos y, en este marco, el Máximo Tribunal remarcó que **“es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2º inc. e)”** (*in re “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”*, del 1º de junio de 2012; *Fallos*, 335: 799, el destacado no es original).

En este sentido, la referida ley 26.529 consagra los derechos del paciente en su relación con los profesionales y las instituciones de la salud y garantiza, en ese orden, el derecho a la asistencia, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad, a la información, y expresamente la autonomía de la voluntad de las personas.

Más específicamente, el art. 2º prevé el derecho del paciente a recibir *“un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales”* y establece que toda actividad médico-asistencial que tenga por objeto obtener, clasificar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente *“debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad [de aquél] y la confidencialidad de sus datos sensibles”* (v. incs. b y c). En particular, la norma recepta, como una clara expresión de la autonomía de la voluntad, el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente la manifestación de la voluntad, sin que ello signifique la interrupción de las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente (inc. c).

Desde esta perspectiva, el art. 5º de la ley exige diversos recaudos para asegurar que el consentimiento del paciente sea informado, esto es, que éste cuente con información clara, precisa y adecuada en cuanto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos, la existencia de procedimientos alternativos, las consecuencias previsibles, el derecho que le asiste a rechazar los procedimientos en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o terminal, y el derecho a recibir cuidados paliativos.

7.b. Penalización de la tenencia de cannabis. La ley nacional 23.737



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

establece las figuras legales que sancionan la siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas o elementos destinados a su producción o fabricación; así como también la tenencia (inclusive para consumo personal), la producción, fabricación, extracción o preparación, comercialización, entrega, suministro, aplicación o facilitación de estupefacientes a otro, ya sea a título oneroso o gratuito.

Precisamente, el art. 5° establece que “[s]erá reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con planta o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otro estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a ciento veinte mil australes. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco a quince años. En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”.

A su vez, el art. 14 dispone que “[s]erá reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

Por otro lado, el art. 9° de la ley prescribe que “[s]erá reprimido con prisión de dos a seis años y multa de tres mil a cincuenta mil australes e inhabilitación especial de uno a cinco años, el médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrare o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias. Si lo hiciera con destino ilegítimo la pena de reclusión o prisión será de cuatro a quince años”.

En este punto, cabe precisar el significado de los conceptos empleados de acuerdo a los pautas del Código Penal de la Nación. En relación con el término “estupefacientes”, el artículo 77 especifica que comprende los estupefacientes,

psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se encuentren incluidos en las listas que elabora y actualiza periódicamente por decreto el Poder Ejecutivo de la Nación. Así, el decreto 722-PEN-2015 —que sustituye el anexo I del decreto 722-PEN-1991— aprobó la última lista de estupefacientes a los efectos establecidos en el art. 77, que comprende en el n° de orden 45 al *cannabis*, resina de *cannabis* y extractos y tinturas de *cannabis*.

8. Que de una primera y provisoria aproximación al confronte entre los hechos invocados por el actor, las pretensiones que expresa en su demanda y el marco jurídico general aplicable al caso, es posible concluir preliminarmente que se configuraría en autos un caso que requeriría de la intervención judicial para su resolución. Ello por cuanto, determinadas normas vigentes —legales y/o reglamentarias— impedirían al actor acceder a determinadas sustancias o tratamientos que mejorarían considerablemente sus condiciones de existencia, mitigando los efectos de las dolencias que padece.

En ese orden, la innegable sensibilidad y trascendencia de la cuestión aquí debatida exigen extremar el escrutinio de las circunstancias fácticas y jurídicas que el caso presenta a fin de analizar si existen alternativas que permitan contemplar la situación del actor —y el amparo de los derechos que considera vulnerados— dentro del régimen jurídico vigente.

8.a. En esta línea, una primera cuestión a despejar radica en determinar si existen otros métodos para abordar la polineuropatía periférica que padece el actor que no impliquen la utilización de *cannabis*; si ha podido tener acceso a ellos en el marco de los efectores de salud de la demandada y, en su caso, cuáles han sido los resultados obtenidos.

Se ha afirmado que la neuropatía periférica se inscribe dentro de las diversas posibles causas de dolores crónicos y “[s]e define como **un dolor constante o intermitente, quemante o lancinante, fijo o continuo**, debido a una enfermedad generalizada o a la lesión de un nervio. [...] Puede adoptar diversas presentaciones: a) **dolor quemante**, superficial y distal a la lesión, a menudo con disestesia constante y en el territorio del nervio afectado; b) **dolor fijo y continuo**, sobre todo nocturno, y c) **dolor agudo, intenso, lancinante** e intermitente, especialmente en las extremidades” (cfme. *Manual de Terapéutica Médica*; RODÉS, JUAN; CARNÉ, XAVIER; TRILLA, ANTONI [directores]; Barcelona, Masson, 2002, p. 71, las negritas no pertenecen al original).

Si bien sus posibles causas son numerosas, “un tercio de los pacientes [con VIH] desarrolla neuropatía” y el tratamiento del dolor en estos casos “sigue los mismos principios que en el dolor neoplásico. Deben utilizarse los opioides en estos pacientes si lo requieren **a pesar del riesgo de su utilización** de forma aberrante por la posible farmacodependencia que presentan algunos de estos pacientes” (cfme. *op. cit.*, p. 73/4).

Sobre el punto, ha de tenerse presente que “[a]ctualmente **la utilización de los opioides en el dolor crónico no oncológico es un tema de controversia**. Algunos autores argumentan que, si no existe otro tratamiento que pueda aliviar el dolor, es lícito utilizar un opioide; en el lado contrario, se deniega su empleo con el argumento de que se desconoce el peligro que puede suponer la administración de estos



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

fármacos durante muchos años. Es evidente que el tratamiento con opioides en pacientes con dolor crónico no debe ser una primera opción, pero no debería negarse el derecho a recibirlos en aquellas situaciones en las que suponen el único tratamiento eficaz para aliviar el dolor. Lo deseable sería que la decisión final de iniciar un tratamiento con opioides en pacientes con dolor crónico no oncológico fuera tomada por un equipo de dos o más médicos. Asimismo es aconsejable la obtención de un consentimiento informado y escrito por parte del paciente” y prever un tratamiento preventivo para posibles reacciones adversas, como “el estreñimiento, las náuseas, la somnolencia y el prurito” (*op. cit.*, p. 66/67).

En otro orden, ha de tenerse presente que “[e]l dolor sólo puede tratarse correctamente si se ha evaluado correctamente. El paciente es la sola persona capaz de evaluar la intensidad de su propio dolor”. Asimismo “[e]l resultado de las evaluaciones debe ser anotado en la historia del paciente con la misma propiedad que las otras constantes vitales” y se destaca que “[l]a elección del tratamiento y la dosis se guía no solamente por la evaluación de la intensidad del dolor sino también por la respuesta del paciente que puede ser muy variable en función del individuo” (cfme. *Guía clínica y terapéutica para uso del personal sanitario cualificado en programas curativos en hospitales y dispensarios*; BROEK, I.; HARRIS, M.; HENKENS, M.; MEKAOUI, H.; PALMA, P.P.; SZUMILIN, E. y GROUZARD, V. [Comité editorial], Edición 2013, disponible en el sitio web de la Organización Mundial de la Salud, ISBN 2-906498-87-4, p. 31).

En virtud de lo expuesto, he de concluir que conforme surge de los elementos de prueba reunidos en el expediente el actor recibió en el Hospital Público al que asiste un tratamiento conforme lo indica la terapéutica y que las reacciones adversas que éste le produjo, son las que usualmente pueden presentarse en estos casos.

Así, respecto del interrogante planteado al comienzo de este apartado, tengo por probado que, en efecto, no sólo existen tratamientos para neuropatías periféricas que no contemplan el uso de *cannabis* (o sus derivados o productos a base de ella), sino que son los que indica la terapéutica, si bien ha comenzado a presentarse controversia al respecto. En gran medida se basan en la prescripción de opioides prohibidos por la ley 23.737 —al igual que el *cannabis*— y, si bien el actor tuvo acceso a ellos en los efectores de salud de la demandada, le produjeron graves efectos secundarios.

8.b. Determinado lo que antecede, ha de recordarse que la legislación penal vigente en nuestro país reprime con prisión, multa e inhabilitación especial al “médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrare o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias” y establece como agravante el hacerlo “con destino ilegítimo” (artículo 9, ley 23.737).

i. De allí que el uso medicinal de las sustancias previstas en los listados anexos de la ley 23.737 —respecto de las cuales el legislador ha evaluado que revisten de una peligrosidad tal que incluso su mera tenencia se encuentra severamente reprimida con pena privativa de la libertad (cfme. artículo 14)— en los casos “que

indica la terapéutica” y en las dosis necesarias, no se encuentra alcanzado por la prohibición penal.

En efecto, uno de esos estupefacientes prohibidos es el opioide denominado “metadona”, principal droga utilizada para el tratamiento del actor, conforme lo indica la terapéutica y le fue prescripto en el efector de la demandada. Es decir, que no obstante su calificación como “droga peligrosa” —cuya mera tenencia es reprimida con pena de prisión— y prohibida su “prescripción, suministro o entrega” efectuado por un médico u otro profesional autorizado para recetar, no constituye delito que sea prescripta o suministrada si se lo hace “en los casos que indica la terapéutica” y dentro de las “dosis necesarias”.

ii. En este punto, cabe analizar la situación de la pretendida “prescripción, suministro y/o entrega” de *cannabis* al actor frente a la excepción prevista en el artículo 9° de la ley 23.737, respecto del “uso terapéutico” de sustancias prohibidas.

Sobre la cuestión ha de recordarse que existen numerosos países que receptan con distintas modalidades y alcances (ya sea mediante formas de consumo directo o través de fármacos derivados, como por ejemplo el *Sativex*) el uso medicinal del *cannabis*.

Sin pretender efectuar una enumeración exhaustiva, entre los países europeos pueden mencionarse el Reino Unido, España, Alemania, Italia, Suecia, Dinamarca, Austria, República Checa, Bélgica, Finlandia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Suiza. En nuestro continente lo prevén numerosos estados de la Unión Americana (Alaska, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, Vermont, Washington, y District of Columbia), Canadá, Uruguay y Chile.

Sin embargo, en nuestro país la autoridad administrativa competente en la materia no ha autorizado aún el “uso medicinal o terapéutico” del *cannabis*, ni éste se encuentra tampoco reconocido de modo amplio o difundido como integrante de la terapéutica.

8.c. De lo expuesto precedentemente, cabe concluir que efectivamente se presenta en el caso una situación en la cual ciertas normas penales conspirarían contra la posibilidad de un adecuado ejercicio y goce de derechos individuales del actor (salud, dignidad, intimidad, autonomía). Como se expuso, este conflicto tampoco podría ser resuelto en la sede administrativa en la que el actor recibe los servicios de salud a través de algunas de las “válvulas de escape” que prevé la normativa penal a los efectos sanitarios, por lo que se torna necesaria la intervención judicial.

9. Que sentado lo expuesto, corresponde a continuación determinar de qué modo habrá de resolverse el conflicto planteado. Esto es, a qué plexo normativo se le dará preeminencia o de qué modo habrán de articularse las disposiciones legales en principio contrapuestas.

A tal fin, habré de recurrir: **a)** en primer lugar a los principios generales



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

fundamentales que, conforme lo han resuelto los niveles más altos de nuestro sistema jurisdiccional, deben animar toda la interpretación normativa necesaria para resolver casos concretos; **b)** en segundo lugar, a las pautas jurisprudenciales elaboradas por nuestra Corte Suprema de Justicia que se ajusten a tales principios y cuyas circunstancias de hecho y de derecho resulten aplicables al caso de autos.

9.a. Al momento de resolver casos que involucran derechos como los que aquí se debaten resulta imprescindible recurrir como guía interpretativa, al principio *pro homine* o pro persona, que informa todo el derecho de los derechos humanos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2 de la ley 23.054), dispuso: ‘Los Estados ... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’ (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145)” (en autos “*Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*”, del 5 de marzo de 2002; *Fallos*, 325: 292).

Los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) constituyen instrumentos que impulsan la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos allí consagrados y que, sumados al *principio pro homine* —que resulta connatural con estos documentos—, obligan al intérprete a escoger, dentro de lo que las normas posibilitan, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (CSJN, *in re “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”*, del 3 de mayo de 2007; *Fallos*, 330: 1989).

En otros términos, esta regla impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (CSJN, en autos “*Acosta, Alejandro Esteban s/infracción*”, del 23 de abril de 2008; *Fallos*, 331: 858), recordando que “[l]a dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general” (*Fallos* 333:405).

9.b. Si bien el caso en estudio no registraría antecedentes análogos en nuestro país, existen recordados precedentes en los que la Corte Suprema ha resuelto conflictos con aristas que en algún aspecto se le asemejan —ya sea vinculadas al derecho a la vida, a la salud o al derecho a la autonomía individual e intimidad— y de los cuáles corresponde extraer pautas aplicables al presente.

i. En primer término, he de recordar en que en los autos “*Saguir y Dib*” el Máximo Tribunal decidió autorizar el trasplante de riñón de una hermana hacia su hermano, no obstante la ley vigente en ese momento lo prohibía expresamente en razón de la edad de la dadora.

Para ello, se abocó a efectuar “la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico”, tarea que —destacó— debía realizarse “en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico”. En esa línea, concluyó en que en función de los hechos probados del caso, “frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado”.

Finalmente sostuvo que “no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia” (*Fallos*, 302:1284).

ii. En un caso más reciente, la Corte Suprema decidió anular las actuaciones por infracción a la ley 23.737 iniciadas por personal policial —al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso— a partir de la atención del imputado por una obstrucción intestinal en el Hospital San Bernardo de la ciudad de Salta.

La mayoría del tribunal decidió recurrir a la doctrina del plenario “*Natividad Frías*” de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 26 de agosto de 1966 y, en esa línea, sostuvo que “el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado” (autos “*Baldivieso, César Alejandro*”, resueltos del 20 de abril de 2010; *Fallos* 333:405).

Por su parte, la Dra. CARMEN ARGIBAY, en disidencia de fundamentos, si bien propició la misma solución, diferenció las circunstancias del caso de las del que motivó el plenario “*Natividad Frías*”. En lo que aquí interesa, expuso que “es difícil concebir un ámbito más ‘privado’ que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada ‘en un sobre’ (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional.

Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones.

Cuando los cuidados del cuerpo son realizados por las personas con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir, al menos sin un fundamento razonable, que ha mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales.”

Finalmente, concluyó que “el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados [art. 11 del decreto ley 17.132 y art. 177, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación], y no va más allá [art. 177, primer párrafo, del CPPN].” En ese sentido, basó la nulidad de la causa penal en que su origen estuvo dado por una violación al deber de secreto profesional.

iii. En los reconocidos autos “*Arriola*” todos los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación unánimemente concordaron en declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley nacional 23.737, en tanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Retomaron así, la doctrina anteriormente sentada en los autos “*Bazterrica*”.

Con diferente alcance según el voto, los magistrados fundamentaron la inconstitucionalidad de la ley en la violación del principio de reserva que resguarda las acciones privadas de los hombres de la interferencia estatal (art. 19 de la Constitución Nacional).

En ese orden, afirmaron que “toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea” y que “[l]as principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta” (considerando 13 del voto del juez LORENZETTI). Se postuló, por otro lado, que “el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (DWORKIN RONALD, *Los Derechos en Serio*, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España)” (considerando 32 del voto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO y MAQUEDA).

Por lo demás, se afirma que la problemática del consumo de estupefacientes se relaciona con el derecho a la salud, cuyo contenido debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social. Así, se ha sostenido que “tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones positivas por parte del Estado. (...) No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud”. En ese sentido, se afirmó que “no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado —cuando no incoherente y contradictorio— de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada” (considerandos 24 a 26 del voto del juez FAYT).

iv. Puede extraerse como conclusión de los tres casos reseñados, que no obstante la diversidad de los hechos que los motivan, existe un denominador común en la actuación de la Corte Suprema. Frente a una acreditada, cierta y grave afectación de derechos individuales en un caso concreto ha privilegiado la efectiva vigencia de éstos frente a la generalidad de otros bienes jurídicos tutelados en la legislación infraconstitucional (a menudo de carácter penal).

En palabras del propio Máximo Tribunal, y en orden a la efectiva vigencia del principio *pro homine* y su relación con los conflictos de derechos vinculados con la normativa penal, la tarea de interpretación de las normas represivas no puede agotarse en las tradicionales reglas generales, sino que “el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) **exige priorizar una exégesis restrictiva** dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (en autos “Acosta” del 23 de abril de 2008; *Fallos*, 331:858).

En esa inteligencia, a continuación habrá de determinarse en el caso en estudio, el modo en que puede resolverse el conflicto planteado por el actor.

10. Que corresponde a continuación abocarse al análisis específico de cada una de las pretensiones del actor, a la luz de los criterios expuestos que fluyen del mandato liberal y humanista de la Constitución nacional y el sistema internacional de derechos humanos.

10.a. Solicita el actor en primer lugar que la demandada, por medio de las autoridades que corresponda, le prescriba y suministre “*cannabis* de la especie *sativa* o *índica* en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas”.

He de adelantar que tal pretensión no tendrá favorable acogida. Me conducen a tal decisión las siguientes razones:

i. En primer lugar, he de recordar que las amplias obligaciones que en materia de derecho a la salud, con diversa y jerarquizada fuente, pesan sobre el estado



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

de la Ciudad, le imponen garantizar “el derecho a la salud integral” y asegurar “a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad” (art. 20, CCABA). Tal deber comprende incluso expresamente “el suministro gratuito de medicamentos” (cfme. artículo 21, inciso 10 de la CCABA y artículos 14 y 48 de la ley 153, Básica de Salud).

Sin embargo, y tal como surge del propio objeto de la demanda que da inicio a estos actuados, la sustancia cuyo suministro pretende no se encuentra reconocida —al menos no aún— en nuestro país como “medicamento” o posible integrante de algún tipo de tratamiento en materia de salud. Por el contrario, no sólo se encuentra incluida en los listados anexos de la ley 23.737, sino que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) la ha incorporado en el listado de drogas vegetales que no pueden ser incluidas en las fórmulas de medicamentos fitoterápicos (disposición 1788/2000) o en la composición de suplementos dietarios (disposición 1637/2001).

En tal contexto, no puede desconocerse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la cual se han rechazado las pretensiones dirigidas a que el Estado u otros prestadores del servicio de salud suministren drogas o tratamientos en fase experimental y/o no autorizados para su utilización en medicina humana (vg. ver “*Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional*”, del 27/01/1987, *Fallos*, 310:112 y “*Buñes, Valeria Elisabet c/Obra Social Unión Personal y otro*”, del 19/05/2010, *Fallos*, 333:690).

ii. En segundo término, pues no corresponde al Poder Judicial determinar qué tipo de tratamiento, medicamento o modo de abordar una dolencia o enfermedad corresponde aplicar en un caso concreto. Se trata de una decisión técnica específica reservada a los respectivos profesionales de la salud y, si bien existen numerosos precedentes en los que los tribunales de diversas instancias han ordenado el suministro de tal o cual medicamento o el acceso a tal o cual tratamiento; se trata de situaciones en las que esa decisión se basa en lo actuado o indicado previamente por un profesional de la salud de modo detallado, concreto y preciso (ya sea en sede administrativa o en el marco del propio proceso judicial).

En el caso, si bien la facultativa que atiende al actor en el Hospital Tornú manifestó en su declaración testimonial que, en virtud de lo observado, el uso que el actor efectúa del *cannabis* “puede considerarse un uso médico terapéutico” y que se lo “prescribiría si modifica su calidad de vida” (ver fs. 176 vta.); estimo que el contexto y el tono condicional en que tales afirmaciones fueron realizadas no alcanzan a satisfacer adecuadamente el requisito antes expuesto.

En este sentido, tampoco puede perderse de vista que se encuentra prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina practicar tratamientos utilizando productos “no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública” (artículo 20, inciso 8°, del decreto ley 17.132/67).

iii. En otro orden, a mayor abundamiento y sin perjuicio de lo expuesto, no pueden soslayarse las dificultades de diversa índole que traería aparejado el cumplimiento de una manda en los términos requeridos por la actora. En efecto, ya sea el modo en que el GCBA se haría con el *cannabis* requerido, hasta la determinación de las “dosis necesarias y medicamento recomendadas” de un estupefaciente en estado bruto (no elaborado) cuyo uso no se encuentra autorizado en nuestro país, presentarían complejidades y eventuales problemas derivados del hecho de la prohibición legal general que aún rige al respecto.

10.b. Descartada la pretensión relativa al suministro de *cannabis* al actor por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde analizar lo solicitado de modo subsidiario, consistente en que “se lo autorice a su autocultivo”.

Como ya se reseñó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado frente a casos de tenencia para consumo personal de estupefacientes la potencia normativa del artículo 19 de la Constitución nacional en cuanto constituye una férrea defensa del ámbito de privacidad de las personas y de la posibilidad de decidir respecto del propio plan de vida, con la condición de que no se encuentren afectados derechos de terceros. Respecto de estas “acciones privadas”, ejercidas en tales condiciones, el propio constituyente se ha preocupado puntillosamente de aclarar que se encuentran “*exentas de la autoridad de los magistrados*” (art. 19 C.N.).

En ese contexto, y dadas las particulares circunstancias del caso y la legislación aún vigente en nuestro país, se presenta aquí la paradójica situación en la que un ciudadano con una grave y dolorosa enfermedad acude al Poder Judicial para que lo “autorice” a realizar una conducta que claramente se encuentra dentro de aquellas que la Constitución ha querido dotar de las máximas protecciones y garantías. Ello por cuanto, resulta en principio evidente que el “autocultivo” que se persigue no podría —fáctica ni legalmente— ser realizado en un ámbito público.

De este modo, considerar que corresponda a un órgano estatal (como lo es este Juzgado) conceder una “autorización” para que un ciudadano desarrolle una conducta que no afectaría a terceros en su ámbito de privacidad, relacionada con su bienestar físico y mental, implicaría —más allá de la decisión sustancial del caso concreto— la negación propia y flagrante de uno de los más valiosos preceptos de nuestra Constitución. Por tal razón, estimo que no resulta procedente la pretensión interpuesta en subsidio por el actor.

Va de suyo que la paradójica situación expuesta, constituye una manifestación más de la política de “penalización total” en materia de estupefacientes, y que el actor sólo persigue contar con medios institucionales para repeler eventuales intromisiones estatales a su ámbito de privacidad basadas en la ley 23.737.

Más allá de que tal razonable preocupación no se centra en un hecho cierto ya acaecido y que tal cuestión resultaría ajena a la competencia del suscripto, no puede dejar de destacarse que los elementos de prueba ya reunidos en autos —más los que puedan colectarse en el proceso de ejecución de la sentencia que aquí se dicta— interpretados a la luz de los precedentes de la CSJN ya citados podrían contribuir a paliar tal inquietud.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

10.c. Solicita asimismo el actor que se declare la inconstitucionalidad de los decretos 722-PEN-1991 y su modificatorio 299-PEN-2010 (recientemente sustituidos por el decreto 772-PEN-2015) “en relación a la inclusión de *cannabis* para uso medicinal en los alcances de la ley 23.737 y del art. 14 de la ley 23.737, así como de toda otra norma en la que pudiese excusarse el demandado que justifique la denegación de la solicitud de prescripción de *cannabis* sativa o índica en su forma natural para uso medicinal del accionante”.

En primer lugar, ha de destacarse que el hecho de que el *cannabis* se encuentre incluido en los listados previstos en los decretos mencionados, no necesariamente constituye el factor determinante de la proscripción de su uso medicinal. En efecto, la metadona con la que cual se realizó —y parcialmente se continúa realizando— el tratamiento del actor en el HOSPITAL TORNÚ de la demandada, se encuentra comprendida en las previsiones de tales decretos y, por ende, en las prohibiciones de la ley 23.737 y, no obstante ello, su uso como especialidad medicinal se encuentra expresamente autorizado por la ANMAT (ver, por ejemplo, disposición 4790/2014).

Es que, como ya se señaló, 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*.

De este modo, estimo que estrictamente en relación a la pretensión del amparista vinculada al uso medicinal 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*”.

Diferente situación se presenta respecto de otras normas que, efectivamente, proscriben el uso medicinal del *cannabis*, y que fueron genéricamente impugnadas por la parte actora. Es el caso, por ejemplo, de la disposición 1788/2000 de la ANMAT que incluye al *cannabis* en el listado de drogas vegetales cuya utilización se encuentra prohibida en la fórmula de medicamentos fitoterápicos por considerarse que “poseen efectos tóxicos para seres humanos”.

Ahora bien, los considerandos de tal disposición dan cuenta de la intervención en el procedimiento de su dictado del Instituto Nacional de Medicamentos y del “Comité de Armonización de inclusión y exclusión de drogas vegetales creado por la Disposición 2673/99, artículo 9º, integrado por representantes del ámbito académico, industrial y de Salud Pública”.

Así, la cuestión reviste un indudable carácter técnico, frente a lo cual la ausencia en autos de prueba de tal índole ofrecida o producida que pueda desvirtuar lo concluido por los organismos administrativos de competencia técnica específica que

intervinieron en el procedimiento de dictado de la norma impugnada, impiden acceder a la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

11. Que tal como quedara expuesto en los considerandos precedentes, no habrá de hacerse lugar a las pretensiones de la actora en el modo en que fueron formuladas. Sin embargo, la naturaleza de los hechos probados en autos a la luz de derechos cuyo amparo persigue el actor exigen tener presente que, tal como ha señalado en numerosas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el hombre es el centro de nuestro sistema constitucional y los procesos no pueden interpretarse como una sucesión de formulismos alejados de las circunstancias reales y concretas de cada situación. En otras palabras, el derecho no puede resultar insensible al dolor y al sufrimiento humano.

En este sentido, se ha afirmado respecto del derecho a la salud que “[e]l 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 aquéllos no se torne ilusorio” (CSJN, en autos *Asociación Benghalensis, Fallos*, 323:1339). Va de suyo que tal “deber proactivo” impuesto por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos compete a la República en su totalidad, por lo que se extiende a todos los niveles de gobierno y a la esfera de actuación de cada uno de los poderes del Estado, adaptado a las especiales características que reviste la función de cada uno de ellos.

En ese contexto, cobra especial relevancia la doctrina del Máximo Tribunal por la cual se afirma que “el principio *iura novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos invocados por las partes” (*Fallos*: 298:78; 313:924; 321:1167; 326:3050; 329:1787 y 331:2240, entre muchos otros).

En el marco de las normas adjetivas aplicables al caso de autos se ha afirmado que “el principio procesal conocido como *iura novit curia* implica que el juez tiene facultades para apartarse del marco normativo propuesto por las partes y aplicar el derecho vigente que considere acertado para la resolución del caso. En el marco del proceso contencioso administrativo, el artículo 27 inc. 4º del CCAyT, enumera como deber de los jueces el de fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia” (voto de MABEL DANIELE en los autos *GCBA c/Mik SRL s/cobro de pesos*, EXPTE: EXP 26389/0, sentencia del 24/02/2015). En el mismo sentido, se ha sostenido que “el deber de fundar es menester relacionarlo con la regla establecida en el art. 145 , inc. 6º CCAyT (art. 163 CPCCN.), respecto del contenido de la sentencia de primera instancia, en tanto dispone que las pretensiones deducidas en el juicio deben ser ‘calificadas según correspondiere por ley’, instaurando así el principio *iura novit curia*, por el que los juzgadores se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes y del derecho por ellas invocado” (en BALBIN, CARLOS F. [dir.], *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires – Comentado y anotado*, tomo 1, tercera edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 241).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

11.a. La particular relación que se entabla entre médico y paciente se encuentra alcanzada por la más alta protección constitucional destinada a la intimidad individual, que la coloca a extramuros de la posibilidad de intromisiones indebidas de terceros —incluido, por supuesto, el propio Estado—, con la sola excepción dada por un caso de necesidad cierta y concreta de “evitar un mal mayor” (art. 19 CN y art. 11 del decreto-ley 17.132).

Ahora bien, en el marco de la relación entablada entre el amparista y el personal profesional médico de la demandada, resulta acreditado en autos que:

i. El actor en uso de sus derechos como paciente (art. 19, inc. 3°, decreto-ley 17.132 y art. 2°, inc. “e”, ley 26.529) ha rechazado —al menos parcialmente— en determinado momento el tratamiento que venía siguiendo basado principalmente en la utilización de metadona, en razón de los efectos secundarios que su consumo diario por un dilatado período le produjo;

ii. Si bien no le fue ni prescripta ni suministrada por el profesional actuante, el actor comenzó a consumir por propia decisión —y en ejercicio de los más básicos derechos individuales— cierto preparado derivado de alguna variedad de *cannabis*;

iii. Esta circunstancia fue puesta por el actor en conocimiento del facultativo de la demandada, el modo de continuar el tratamiento “ortodoxo” de su dolencia “tuvo en cuenta” este hecho y se vio “ajustado” por él.

Surge así de los hechos acreditados en la causa que el consumo de un preparado de *cannabis* que el actor realiza en ejercicio de sus derechos individuales, “impacta” en el tratamiento que lleva adelante en el hospital de la demandada. En efecto, según informa la profesional a cargo, desde la ingesta de *cannabis* se ha reducido gradual y significativamente la dosis de metadona que se suministra al actor. Si bien no puedo considerar probada con plena certeza la existencia de una relación de causalidad entre ambos eventos, resulta razonablemente factible presumir su correspondencia, en virtud de lo declarado por el personal médico actuante y por la existencia de numerosos países en el mundo que reconocen tales efectos al *cannabis*.

Sin embargo, este hecho no consta en el registro de su historia clínica sino como una aislada y mínima expresión sin detalles de las circunstancias de modo, frecuencia, dosis, etc. (ver fs. 208). Indudablemente, no son ajenas a esta falencia, la total, severa e inconstitucional prohibición legal existente respecto del consumo de *cannabis*, y las penalizaciones y prohibiciones que rigen respecto de los profesionales de la salud (art. 9°, ley 23.737; art. 20, inc. 8°, decreto-ley 17.132).

Cabe recordar que “**los asientos que se efectúan en la historia clínica, cumplen funciones significativas**, cuales son, por un lado, desde el punto de vista médico asistencial, la de llevar un seguimiento de la evolución del paciente, **facilitando con ello la conducta médica a seguir y el tratamiento adecuado** según las diversas incidencias que se han ido dando durante la internación” (dictamen del Procurador General, al que adhiere la CSJN en *Fallos*, 324:2689, el destacado no es original).

Por tal razón, el legislador se ha ocupado de establecer detalladamente que se trata de un “documento obligatorio, cronológico, foliado y **completo**” que debe contener entre otra información, “todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente” (arts. 12 y 15, inc. “g”, ley 26.529).

También se ha establecido su carácter integral, por cuanto “forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas” (art. 16, ley 26.529).

En la misma línea, la legislación local establece el “Registro Único de Salud” que deberá contener, además de los datos personales del paciente, el detalle de las “enfermedades padecidas o preexistentes, consultas anteriores, diagnósticos y tratamientos, medicación prescrita y **toda otra información que resulte necesaria**” (art. 2º, ley 1815).

Se advierte de este modo que, sin perjuicio de que el preparado a base de *cannabis* que consume el actor no le haya sido prescripto por los profesionales que lo atienden en el efector de la demandada, el hecho de que su consumo de todos modos constituya -tal como ha quedado probado en autos- un elemento que impacta e influye en el tratamiento que oficialmente se le ha indicado, **he de ordenar a la demandada** que todo lo que hace a la ingesta de *cannabis* que realiza A.C. como modo de combatir el dolor, debe quedar detalladamente registrado en la historia clínica, habida cuenta de que la legislación penal aún vigente no puede constituir un óbice válido para ello, tal como se ha expuesto en considerandos precedentes.

Dicha manda persigue fundamentalmente garantizar el adecuado cumplimiento a la normativa pertinente, como un modo de asegurar una información *completa* respecto de las diversas circunstancias de su tratamiento y estado de salud del actor, que permita en lo sucesivo una adecuada y correcta evaluación de su situación.

11.b. Cabe recordar que la CSJN ha resuelto reiteradamente que las decisiones en materia de amparo deben atender a la situación fáctica existente en el momento de resolver (*Fallos*, 300:844, entre otros), teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no (*Fallos*, 304:1020, entre otros).

Resulta de público y notorio conocimiento que durante el transcurso del trámite de estas actuaciones la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata ha creado el Laboratorio para la Investigación en Medicina del Dolor –a cargo del Dr. MARCELO MORANTE- que incluye el estudio de uso medicinal del *cannabis* en casos de dolor oncológico, dolor neuropático no oncológico, dolor en enfermedades neurodegenerativas, epilepsia refractaria, caquexia y vih/sida; en contacto con instituciones académicas canadienses (ver *La Nación*, 15 de marzo 2015, entre muchas otras noticias de prensa).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A propósito de este hecho, corresponde recordar que al ya referido carácter proactivo de las obligaciones que pesan sobre el Estado en materia de salud, cabe agregar en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, el deber de promover la investigación científica, la vinculación con las Universidades Nacionales y la calidad de “consultoras preferenciales de la Ciudad Autónoma” que expresamente les asigna la constitución porteña a la Universidad de Buenos Aires y demás Universidades Nacionales (art. 58, CCABA).

Así, como modo de materializar los deberes que surgen de los preceptos referidos a la luz de las particulares circunstancias del caso concreto, habré de ordenar que la profesional médico de la demandada a cargo del tratamiento del actor en el HOSPITAL TORNÚ tome contacto con los investigadores de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP a fin de intercambiar información sobre su situación médica, efectuar interconsultas y evaluar la factibilidad de alternativas de tratamiento superadoras a las dolencias del actor.

11.c. La referida investigación que se lleva a cabo en sede platense, reconoce como fuente y antecedente la experiencia de otros países -fundamentalmente Canadá- en los que se registran estudios y experiencias de larga data que avalan cierto uso terapéutico del *cannabis* para el tratamiento del dolor en determinadas situaciones clínicas, entre las que podría encontrarse comprendida el cuadro que padece el actor.

Tampoco puede desconocerse que —como ya se reseñó en el considerando 8— numerosos países permiten y reconocen el uso medicinal del *cannabis* o de productos farmacéuticos derivados de él. Sin ir más lejos, durante 2014 el Instituto de Salud Pública de la República de Chile autorizó la importación excepcional de un fármaco elaborado a base de *cannabis* (*Sativex*) en un caso individual (ver numerosas notas de prensa e información que surge del sitio oficial www.ispch.cl).

En este sentido, y si bien como ya se expuso, tales usos del *cannabis* no se encuentran autorizados hasta la fecha en nuestro país, el cuadro que surge de los hechos del caso impone remitirse al régimen de “uso compasivo de productos médicos” que permite la autorización individual de importación y/o uso de productos médicos no comercializados en el país, “en situaciones clínicas que incapacitan o deterioran la calidad de vida, cuando no es efectiva la terapéutica convencional reconocida” o se presenta “intolerancia” a los tratamientos existentes (ver disposiciones 840-ANMAT-1995 y 3315-ANMAT-2005).

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la situación fáctica probada en el caso —conforme se expuso en el considerando 6- y lo afirmado por la profesional médica a cargo del tratamiento del actor (“prescribiría [*cannabis*] si modifica la calidad de vida”, fs. 176 vta.), HE DE ORDENAR a la demandada que:

i. si tras la interconsulta e intercambio de información con los investigadores platenses, el personal médico del efector de la demandada considera que corresponde prescribir al actor algún producto médico relacionado con el *cannabis*, interponga en el plazo más breve posible ante la ANMAT la correspondiente solicitud de autorización para el uso y/o ingreso al país el producto médico de que se trate, en los

términos de las disposiciones 840-ANMAT-1995 y 3315-ANMAT-2005, para su suministro al actor bajo control profesional.

ii. si tras la interconsulta e intercambio de información con los investigadores platenses, el personal médico de la demandada que asiste al actor considera que su tratamiento debe continuar llevándose a cabo en los términos actuales, suministre al actor todo el asesoramiento e información que al respecto haya podido recopilar o se encuentre a su disposición.

12. Que tras la sustanciación de las presentes actuaciones y luego del estudio y análisis de las particulares circunstancias fácticas y jurídicas que se han debatido en ellas, surge la necesidad de efectuar algunas breves consideraciones finales con relación al régimen de penalización total, completa y absoluta que rige en nuestro país respecto del *cannabis*, y que en el caso, obliga exponerse a la ilegalidad a quien persigue alivio al dolor que le produce una grave enfermedad.

El artículo 40 de la ley 23.737 establece que “el término estupefaciente comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”. Resulta interesante observar el contraste que existe en nuestro régimen legal respecto de otras “sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica” —si bien no incluidos en los listados del Poder Ejecutivo— con probados, graves y múltiples efectos nocivos a la salud y una gran incidencia en las causas de muerte en nuestro país: el tabaco y el alcohol.

En ninguno de los dos casos se encuentra actualmente penalizado su consumo ni su comercio. Respecto al tabaco —que fue durante largos años publicitado con imágenes de éxito social, deportivo y sexual, dirigidas fundamentalmente a los jóvenes— se estableció una política de creciente severidad (ver leyes 23.344, 24.044, 26.687), consistente en restricciones a la comercialización, a la publicidad y de difusión de información.

Así, además de las restricciones para fumar en determinados lugares, se ha dispuesto que las publicidades, promociones o envases de productos elaborados con tabaco deben contener alguno de los siguientes mensajes sanitarios: “a) Fumar causa cáncer; b) Fumar causa enfisema pulmonar; c) Fumar causa adicción; d) Fumar causa impotencia sexual; e) Fumar causa enfermedades cardíacas y respiratorias; f) El humo de tabaco es causa de enfermedad y muerte; g) La mujer embarazada que fuma causa daños irreparables a su hijo; h) Fumar causa muerte por asfixia; i) Fumar quita años de vida, o j) Fumar puede causar amputación de piernas” (arts. 7 y 10 de la ley 26.687).

Se advierte que, pese a tratarse de sustancias susceptibles de producir dependencia psíquica y física, además de un catálogo aterrador de graves enfermedades, los productos elaborados con tabaco no están prohibidos, ni su consumo penalizado. Pueden adquirirse en cualquier el kiosco, el mismo lugar donde se comercializan golosinas.

Sin embargo, al contrario de lo que sucede con los estupefacientes, este modo de encarar la cuestión —sin aniquilar derechos individuales— parece resultar más



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

eficaz. En efecto, los informes oficiales indican (ver por ejemplo, 3º Encuesta Nacional de Factores de Riesgo para enfermedades no transmisibles, Ministerio de Salud de la Nación, año 2012) que en nuestro país el consumo de tabaco muestra año a año un sostenido descenso.

Un régimen similar (aunque mucho menos severo en su formulación y en su aplicación) rige respecto de las bebidas alcohólicas (ley 24.788). Ello no obstante, y pese a que se encuentre expresamente prohibido que su publicidad sea dirigida a menores de dieciocho (18) años, sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico, o utilice el consumo de bebidas alcohólicas como estimulante de la sexualidad, es frecuente que los anuncios de bebidas alcohólicas en medios electrónicos sean musicalizados con clásicos del rock de época adolescente (vg. Teenage Wasteland, The Who), exhiban la calidad de sponsor o patrocinadores de equipos deportivos (la propia Selección Nacional de Fútbol), o se ambienten en situaciones festivas de explícita connotación sensual. Previsiblemente, las mismas estadísticas **no muestran** un descenso en el “consumo de alcohol regular de riesgo”, ni en el “consumo de alcohol episódico excesivo”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado ya de puntualizar con contundencia al resolver en los autos “*Arriola*” que la lógica de incriminar al tenedor de estupefacientes como un modo que permitiría facilitar el combate de las actividades vinculadas a su comercio ilícito, ha fracasado rotundamente. Ello por cuanto, desde su vigencia, por un lado **a)** no sólo no se ha logrado reducir el tráfico ilegal, sino que se ha acrecentado notablemente; y por el otro, **b)** ha aumentado el consumo de estupefacientes.

Así, la prohibición avasalla derechos individuales en aras de la consecución de un objetivo que no sólo no cumple, sino que dificulta. Más aún, es posible inferir que la lógica de la “prohibición total” no haría más que agravar las consecuencias del consumo de drogas que pretende remediar. Es que, en cualquier evaluación de la cuestión, no podrían soslayarse los considerables “daños colaterales” que este modo de abordar la problemática generan.

En primer lugar en la salud y situación de los consumidores por cuanto: **a)** se ven obligados a recurrir a un mercado ilegal a productos de mayor nocividad, de contenido incierto, etc., **b)** padecen la dificultad —o directamente la imposibilidad— de que se encaren campañas serias y eficaces de información y concientización sobre las consecuencias del abuso de las drogas y **c)** se exponen a sufrir estigmatización, marginalización y violencia institucional o de integrantes del ambiente del comercio ilícito.

En segundo término, respecto de terceros y de la sociedad toda, en razón de que: **a)** implica un dispendio de recursos policiales y del sistema de justicia dignos de mejor destino (ver considerando 29 del voto del Dr. FAYT en los autos “*Arriola*”, donde señala que en los últimos veinte años, sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley 23.737 lo ha sido por tráfico) y **b)** genera un ingente mercado ilegal con un fabuloso movimiento de dinero no declarado, que constituye el “caldo de cultivo” ideal para la proliferación de condiciones de violencia criminal y corrupción

institucional. Esta última cuestión, lamentablemente hace tiempo que ha dejado de ser para nosotros sólo una referencia agorera a la situación de otros países de la región — desde dónde nos llega y no cesa el grito de 43 ausencias—. En efecto, cada vez son más frecuentes los múltiples crímenes que se atribuyen a estas causas en distintos puntos de nuestro país y en barrios de nuestra Ciudad (ver por ejemplo, las noticias de prensa relacionadas con un quíntuple homicidio en el Bajo Flores en octubre de 2013, entre muchas otras).

En la región predomina una tendencia “totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tendedor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros” (ver considerando 16 del voto del Dr. LORENZETTI en los autos “Arriola”) y Uruguay ha legislado siguiendo un nuevo paradigma.

La urgente necesidad de encarar una revisión de la actual política para enfrentar el problema de las drogas se pone de manifiesto incluso en los principales países que han sostenido históricamente las posiciones más restrictivas en la materia. Así, no obstante la penalización existente a nivel federal respecto del *cannabis*, un número creciente de estados de los Estados Unidos —más de dos tercios— poseen en la actualidad normativa que se aparta de ella (ya sea legalización del uso recreativo, del uso medicinal, penalizaciones más leves, etc.). Reconocidos medios de prensa editorializan por el fin de la prohibición existente respecto del *cannabis* (ver por ejemplo, la serie de editoriales en THE NEW YORK TIMES, entre julio y agosto de 2014, www.nytimes.com) y la cuestión es tratada como “nota de tapa” en prestigiosas revistas de divulgación (ver “Marihuana. Entre la ciencia y el prejuicio”, edición junio de 2015 de la Revista *National Geographic*).

Se afirma que el impulsor de la “ley seca” en los Estados Unidos afirmó instantes antes de su entrada en vigencia que “[e]sta noche, un minuto después de las doce, nacerá una nueva nación. El demonio de la bebida hace testamento. Se inicia una era de ideas claras y limpios modales. Los barrios bajos serán pronto cosa del pasado. Las cárceles y correccionales quedarán vacíos; los transformaremos en graneros y fábricas. Todos los hombres volverán a caminar erguidos, sonreirán todas las mujeres y reirán todos los niños. Se cerraron para siempre las puertas del infierno.” No hace falta aclarar que el resultado “real” de la prohibición fue muy diferente.

Nuestro actual diseño legislativo en la materia, que penaliza el consumo, se plantea similares objetivos mediante similares métodos. La realidad, una vez más, nos devuelve un resultado diferente.

Por las razones expuestas, habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal; **RESUELVO: 1.** Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta en los términos del considerando 11. **2.** Hacer saber a la demandada que deberá presentar un detallado informe de lo actuado dentro del plazo de 30 días de notificada la presente.

Regístrese, notifíquese —a la señora Fiscal en su despacho— y, oportunamente, archívese.