

Accion De Amparo Gobierno De La Ciudad De Buenos Aires Portador De Hiv Suministro De Marihuana Ley 27 350 Circunstancias Sobrevinientes

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Portador

de HIV. Suministro de marihuana. Ley 27.350. Circunstancias sobrevinientes Se ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que -a través de los profesionales de la salud que dependan de la demandada y asistan al actor en efectores del sistema de salud pública de la Ciudad Autónoma-, siempre que consideren que un tratamiento basado en derivados de la planta de cannabis resulta adecuado para el cuadro que presenta el actor (portador de HIV), prescriban al nombrado dicha terapia, en la forma y dosis que estimen apropiadas, en el marco de las previsiones de la ley 23.750, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud, ya que en ese sentido, dicho plexo normativo habilita la posibilidad de que le sea indicada la sustancia solicitada y se eliminan así los obstáculos legales que existían. Ciudad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2017

VISTAS: estas actuaciones, para resolver los recursos de apelación interpuestos y fundados a fs. 320/325 vta. y 327/336 vta. -por la actora y la demandada, respectivamente- contra la sentencia de fs. 301/313, y CONSIDERANDO: 1. A. R. C. inició la presente acción de amparo (fs. 1/10 vta.) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), con el fin de obtener que: a) se revocara el acto del Hospital General de Agudos Dr. E. Tornú que le denegó la prescripción de cannabis sativa o índica para el tratamiento de su neuropatía periférica; b) se ordenara al demandado que procediera a prescribir y suministrar cannabis de la especie sativa o índica en las dosis necesarias y médicamente recomendadas; c) subsidiariamente, en caso de que la entrega solicitada fuera imposible, se autorizara al actor el auto cultivo de la planta respectiva. Refirió que al momento de entablar la demanda tenía 51 años y que padece de VIH. Como derivación de tal patología, sufre de enfermedades refractarias, como hepatitis C -desde 1992- y polineuropatía periférica en evolución, que le producen un dolor físico intenso y permanente y, en la esfera emotiva, aislamiento, angustia, depresión y desasosiego. A fin de aliviar el dolor se le prescribió metadona, en dosis que alcanzaron los 3,5 mg. cada ocho horas en el mes de agosto de 2011. Ante la situación descrita, decidió por sí comenzar a consumir cannabis sativa o índica con fines terapéuticos. En consecuencia, logró una reducción sustancial del dolor y una mejora de todos los aspectos de su vida, como también una disminución de las dosis de metadona a 1,5 mg. diarios. En función de tales avances, solicitó a su médica tratante -la Dra. Teresa A. Franco, especialista en dolor y cuidados paliativos- que le prescribiera cannabis sativa o índica para el tratamiento de la neuropatía que padece. Sin embargo, la profesional nombrada rechazó el pedido, por no tratarse de una medicación legal. El demandante consideró que tal proceder es arbitrario, ilegítimo, discriminatorio y lesivo de su salud, de su dignidad y de su ámbito de autonomía personal - consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional-. En la línea indicada, solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 5º, inciso 'a', 14 y 40 de la ley 23737,77 del Código Penal de la Nación, de los decretos 722/1991 y 299/2010 Y de toda otra norma que pudiere justificar la denegatoria de la demandada. 2. La jueza de grado, Dra. Lidia Lago, rechazó in limine la acción de amparo, ya que consideró que no se advertía la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la actividad estatal que motivó la demanda (fs.14/16). Tal decisión fue impugnada por el actor (fs. 54/57 vta.) y revocada por esta sala que, además, dispuso remitir los autos a la Secretaría General, a fin de que un nuevo magistrado sustanciara la causa (fs. 71/72). Las actuaciones quedaron radicadas ante el Juzgado de primera instancia CAyT N° 13, Secretaría N° 26 (v. fs. 79). Luego tuvieron lugar la ampliación de demanda de fs. 83/83 vta. (v. fs. 84, 102/102 vta. y 103) Y la contestación de fs. 109/113. 3. La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones del actor "tal como fueron formuladas" (fs. 310) y, en tal sentido, no juzgó procedente: a) ordenar al GCBA prescribir y suministrar al requirente cannabis sativa o índica; b) autorizar al interesado el autocultivo del vegetal, ni c) declarar las inconstitucionalidades planteadas, en lo estrictamente relacionado con el uso medicinal del cannabis. Por otro lado, ordenó a la demandada: a) registrar detalladamente en la historia clínica del actor todo lo que hace a su consumo de cannabis como modo de combatir el dolor; b) tomar contacto -a través de la profesional médica a cargo del tratamiento del actor en el Hospital Tornú- con los investigadores de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP)- específicamente, con el Laboratorio para la investigación en Medicina del Dolor a cargo del Dr. Marcelo Morante-; c) si, tras la interconsulta indicada, 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 o ingreso al país del producto de que se trate, para su suministro al actor bajo control profesional; d) si, tras la interconsulta indicada en el punto 'b', 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 paciente todo el asesoramiento e información que haya podido recopilar o se encuentre a su disposición. 4. La decisión reseñada fue apelada por el actor (fs. 320/325 vta.) y por la

demandada (fs. 327/336 vta.). Ambos recursos fueron concedidos en relación y con efecto suspensivo (cf. Art. 20 ley 2145, fs. 337). Los fundamentos de ambas apelantes fueron respondidos por las respectivas contrapartes (fs. 339/343 vta. y 345/349). Recibidas las actuaciones en esta Sala (fs. 352) y producido el dictamen fiscal de fs. 354/364, se llamaron autos para resolver (fs. 365). 5. Los agravios de las recurrentes pueden sintetizarse del siguiente modo: A) El actor sostiene que la sentencia de grado debe ser revocada porque: a) omite pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas en el caso concreto; b) es dilatoria y afecta su derecho a la salud y a la autodeterminación. En relación con este punto, hace notar que el objeto de la acción es la remoción de los obstáculos que le impiden someterse al tratamiento que ha elegido -no la determinación de la terapia más adecuada al cuadro que padece- y manifiesta que resulta innecesaria la interconsulta con el instituto de investigación dependiente de la Universidad Nacional de La Plata. B) El GCBA objeta la decisión recurrida en tanto: a) considera que la vía del amparo es la más idónea en el caso; b) resulta arbitraria, dado que se aparta de las constancias de la causa y resuelve más allá de lo pedido por las partes; c) invade facultades propias y excluyentes del Poder Ejecutivo; d) vulnera el principio de congruencia. 6. El problema de la admisibilidad de la acción de amparo ha sido adecuadamente resuelto en la sentencia de fs. 301/313. Cabe agregar que la demandada se limita a aseverar que las pretensiones planteadas por el actor "involucran una complejidad técnica que exige una mayor amplitud de debate y prueba" (fs. 328 vta.) y vincula esta afirmación con la ausencia de elementos de convicción que demuestren cual es el preparado que el actor consume para paliar su dolor o los efectos de esta preparación sobre la salud del peticionario. En rigor, estos argumentos se relacionan con el fondo de las cuestiones materia de la causa; es decir, con la procedencia o la fundabilidad de la acción y no con la admisibilidad de la vía procesal elegida. En suma, el GCBA no aporta motivos que conduzcan a apartarse de lo establecido por el juez de grado sobre esta cuestión. 7. Según surge de la demanda, el actor solicita que se ordene a su contraparte que, "por medio de las autoridades que corresponda, proceda a prescribir y suministrar cannabis de la especie sativa o índica (marihuana) en las dosis que sean necesarias y médicamente recomendadas" (fs. 1). No aclara en qué forma requiere que le sea prescrita o suministrada la sustancia. Esta circunstancia tampoco se desprende de las declaraciones testimoniales de fs. 175/179. Sin embargo, del certificado agregado a fs. 17 surge que el actor habría pedido que el cannabis le fuera prescripto y suministrado "en su forma natural". La falta de definiciones en este aspecto tiene relevancia, dado que "Los términos Cannabis sativa y marihuana no son sinónimos, pues cannabis se refiere a la planta y marihuana describe el preparado elaborado a partir de las flores, hojas y tallos pequeños" (cf. Juan Ramón de la Fuente (coord.), Marihuana y salud, Fondo de Cultura Económica, Academia Nacional de Medicina de México, Universidad Autónoma de México, México, 2016, ps. 27/28). No obstante, resulta claro que el actor especificó que pretende acceder a un tratamiento basado en el uso del cannabis y que su demanda se dirige a remover la negativa de su médica tratante, que considera ilegítima. En relación con este punto, además, es importante no perder de vista que -de resultar viable la prescripción que actor reclama- la forma en que debe administrarse el cannabis requerido y las dosis deberán ser establecidos por el profesional de la salud que asista al demandante. 8. Sentado lo anterior, corresponde ingresar al análisis del centro del asunto puesto a consideración de este tribunal: si la negativa del GCBA es manifiestamente ilegítima o arbitraria y si, al descartar la pretensión del actor orientada a que la demandada le suministrara cannabis o a que se le autorizara el cultivo para su uso personal, la sentencia de grado se ajustó a derecho. Durante el trámite de la causa hubo modificaciones relevantes en el marco jurídico aplicable. En efecto, poco antes de emitirse esta decisión fue sancionada y aprobada la ley 27350 (Boletín Oficial del 19/04/17), que vino a regular la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados (v. art. 1º Y concordantes). La norma crea "el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud" (art. 2º). Establece, asimismo, que la autoridad de aplicación "tiene la facultad de realizar todas las acciones requeridas para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios científicos y médicos de la planta de cannabis con fines medicinales en el marco del programa, sea a través de la importación o de la producción por parte del Estado nacional?" (art. 6º). Por otra parte, se dispone que la "Administración Nacional de Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa?" (art. 7º). Por último, la ley prevé que "[e]l Estado nacional impulsará a través de los laboratorios de Producción Pública de Medicamentos nucleados en ANLAP, creada por la ley 27113 y en cumplimiento de la ley 26688, la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para su uso exclusivamente medicinal, terapéutico y de investigación?" (art. 10). La ley de referencia ha sido reglamentada por el decreto 738/17 (Boletín Oficial del 22/09/17). Dicho acto administrativo establece que el programa creado por el artículo 2º de la ley actuará en el ámbito de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud (art. 2º). Los objetivos del programa comprenden acciones de promoción y prevención que "deben estar dirigidas a personas que, por padecer una enfermedad bajo parámetros de diagnósticos

específicos y clasificados por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), se les prescriba como modalidad terapéutica el uso de las plantas de Cannabis y sus derivados" (art. 3º, inc. 'a'). Vale aclarar que la patología que aqueja al actor se encuentra incluida en las condiciones que exige la reglamentación (v. <http://www.who.int/hiv/es/>). A efectos de ser incorporados al programa mencionado, los pacientes deben inscribirse en el registro previsto en el artículo 8º de la ley (art. 3º, inc. 'd' del decreto 738/17) y su reglamentación. Por el artículo 4º de la norma reglamentaria se designa como autoridad de aplicación de la ley 23750 al Ministro de Salud, quien estará habilitado para dictar normas complementarias y las demás disposiciones necesarias. El artículo 6º del decreto 738/17 autoriza al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) a cultivar cannabis "con fines de investigación médica o científica para la elaboración de la sustancia que como medicamento sirva para proveer a quienes estuvieran incorporados al PROGRAMA". Con posterioridad, la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud (B.O. del 25/09/17) reglamentó el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la planta de Cannabis, sus Derivados y Tratamientos No Convencionales. El inciso 1 del anexo I de la resolución mencionada prevé que "las personas que padezcan de epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de cannabis y sus derivados, en base a las evidencias científicas existentes, son susceptibles de solicitar la inscripción en los Registros" que dependen del Programa. Agrega que "El PROGRAMA podrá incorporar otras patologías, basado en la mejor evidencia científica".

9. Así las cosas, se observa que el régimen reseñado -integrado hasta el momento por la ley citada, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud- contempla diversas opciones para el uso medicinal del cannabis. De tal modo, se eliminan los obstáculos legales invocados por la Dra. Teresa Franco, médica que labró el certificado de fs. 17, para prescribir la administración de la sustancia, en caso de que ella lo considere indicado. Es menester subrayar que no es posible emitir un juicio técnico acerca del tratamiento más adecuado para el cuadro del demandante -cuestión que, por lo demás, no integra la pretensión del actor. En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del actor y ordenar al GCBA que -a través de los profesionales de la salud que dependan de la demandada y asistan al actor en efectores del sistema de salud pública de la CABA-, siempre que consideren que un tratamiento basado en derivados de la planta de cannabis resulta adecuado para el cuadro que presenta el Sr. A. R. C., prescriban al nombrado dicha terapia, en la forma y dosis que estimen apropiadas, en el marco de las previsiones de la ley 23750, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud. Atento al modo en que se resuelve, deviene innecesario analizar los restantes agravios planteados por los recurrentes. GABRIELA SEIJAS DIJO (EN DISIDENCIA PARCIAL):

1. Si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto del litigio, la decisión debe atender también a las modificaciones introducidas, en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir. 2. A mi juicio, el plexo normativo integrado por la ley 27350, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud, en tanto habilita diversas vías para el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, permite satisfacer la pretensión principal del demandante, esto es, la posibilidad de que le sea indicada la sustancia solicitada (fs. 1, puntos 1 y 2 del objeto de la demanda). En síntesis, toda vez que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (doctrina de Fallos, 306:1160; 318:2438; 335:905, entre otros), así como al marco normativo existente en ese entonces (Fallos, 329:2897; 330:5; y 337:1152) la cuestión debatida devino abstracta, atento a que fue modificado el fundamento normativo de la decisión cuestionada y la nueva legislación contempla alternativas terapéuticas que pueden, en caso de que los profesionales de la salud habilitados y las autoridades de aplicación lo juzguen procedente, dar satisfacción a la pretensión del actor. Atento al modo en que se resuelve, deviene innecesario analizar los restantes agravios planteados por los recurrentes. Por ello, oído el Sr. Fiscal de Cámara, por mayoría SE RESUELVE: I- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del actor y ordenar al GCBA que -a través de los profesionales de la salud que dependan de la demandada y asistan al actor en efectores del sistema de salud pública de la CABA-, siempre que consideren que un tratamiento basado en derivados de la planta de cannabis resulta adecuado para paliar los padecimientos del Sr. A. R. C., prescriban al nombrado dicha terapia, en la forma y dosis que estimen apropiadas, en el marco de las previsiones de la ley 23750, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud. II- Sin costas, atento al modo en que se resuelve y al cambio normativo operado luego de la interposición de los recursos de apelación de fs. 320/325 vta. y 327/336 vta. (art. 62 del CCAyT). Regístrese y notifíquese a las partes, al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

Esteban CENTANARO Juez de Cámara - Subrogante Sala III Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires HUGO R. ZULETA Juez de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires GABRIELA SEIJAS Augusto Zangone Prosecretario Letrado Sala III - CCAyT
Correlaciones: Ley 27350 - B.O. 19/04/2017 025510E