



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"CHUQUIMIA ALCON ROSEMARY CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", EXPTE: EXP 42744 / 0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Y VISTOS: para resolver la petición cautelar de la actora a fojas 56/7.

La actora inicia esta acción de amparo en el mes de octubre del corriente año, a fin de solicitar se declare la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 26.567 y/o de toda otra norma de carácter general de aplicación en el Ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, que prohíba la venta libre de medicamentos, ello con el fin de garantizar la accesibilidad a medicamentos de venta libre a los habitantes de los asentamientos o villas de emergencias o barrios cadenciados "Los Pinos"; "26 de julio"; "1-11-14"; "Fátima"; "Los Piletos" y "Carrillo" de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo solicitó en la presentación de inicio, el dictado de una medida cautelar en aras de tal propósito, a lo cual previamente se dispuso -en atención a lo dictaminado por la Señora Asesora Tutelar a fojas 36- el libramiento de sendos oficios al Ministro de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, a la Cámara Argentina de Farmacias y a la Confederación Farmacéutica Argentina, los que debidamente diligenciados no han sido respondidos a la fecha.

Ahora se presenta nuevamente la actora a fin de denunciar en calidad de hecho nuevo el dictado del Decreto 670/11 publicado en el Boletín Oficial Nr. 3817 del 22 de diciembre de 2011 en razón del cual el Señor Jefe de Gobierno de la Ciudad vetara de forma total la ley 4015 en razón de la cual la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires había dispuesto la adhesión a la ley nacional 26567 que estableciera, en lo que aquí interesa, que los medicamentos denominados de venta libre, cualquiera sea su condición de expendio solo podrá ser efectuado "*en farmacias habilitadas*".

En la misma presentación solicita el dictado de una nueva medida cautelar mediante la cual se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a adoptar las medidas conducentes a efectos de garantizar el expendio de medicamentos de venta libre en los barrios linderos a los Asentamientos conforme a las condiciones y controles que establezca el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y que asimismo, habilite ámbitos de comercialización de medicamentos de venta libre las veinticuatro horas del día en los Centros de Salud (CESAC) hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa.

I. En primer término, corresponde precisar que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (conf. art. 177, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario)

Con respecto de las decisiones de la Administración Pública, la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional debido a la presunción de

legitimidad de aquéllas. Ello exige que su dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo de los recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, perjuicio inminente o irreparable y contracautela), atendiendo especialmente a la mayor o menor verosimilitud del derecho.

Los referidos supuestos de admisibilidad deben hallarse siempre reunidos, sin perjuicio de que en su ponderación -por el órgano jurisdiccional- jueguen cierta relación entre sí y, por lo tanto, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menos rigor debe observarse en la valoración del perjuicio inminente o irreparable; la verosimilitud del derecho puede valorarse con menor estrictez cuando es palmario y evidente el peligro en la demora.

Además resulta necesario que, cuando la medida cautelar se intente frente a la Administración Pública, se acredite "prima facie", la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así, porque sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

II. Ahora bien, en relación a la medida cautelar solicitada, la misma se efectúa en el contexto de lo dispuesto por el Decreto 670/11, el cual en virtud del veto que dispone al proyecto de ley 4015, la situación de la venta de medicamentos de venta libre ha sido revertida a la situación previa a la sanción de ese proyecto de ley.

En efecto, ese proyecto de ley, dispuso siguiendo a los criterios de la ley nacional 26567, que solo se permite la venta de tales medicamentos en farmacias habilitadas y que su expendio -aún dentro de las mismas- sea efectuado personalmente por un farmacéutico o persona autorizada.

El Decreto en cuestión expresa ante esa situación que *"Que dicha prohibición importará una drástica reducción de la cantidad de lugares de expendio de medicamentos de venta libre, especialmente en aquellas zonas de la ciudad en la que, por razones muchas veces económicas, existe un menor número de farmacias; Que según la Disposición N° 3.686/ANMAT/11, las especialidades medicinales de venta libre son "aquellos medicamentos destinados a aliviar dolencias que no exigen en la práctica una intervención médica y que, además, por su uso, en la forma, condiciones y dosis previstas, no entrañan, por su amplio margen de seguridad, peligros para el consumidor"; Que, en igual sentido, la IV Conferencia Panamericana sobre Armonización de la Regulación Farmacéutica de la Organización Panamericana de la Salud recomendó la adopción como definición de Medicamento de Venta Sin Receta, Medicamento de Libre Venta (MLV) o de Dispensación sin Prescripción Médica (OTC), la de "Producto farmacéutico, medicamento o especialidad medicinal cuya dispensación o administración no requiere autorización médica, utilizados por los consumidores bajo su propia iniciativa y responsabilidad para prevenir, aliviar o tratar síntomas o enfermedades leves y que su uso, en la forma, condiciones y dosis autorizadas sean seguras para el consumidor"; Que el proyecto de Ley en análisis, **excediendo criterios de razonabilidad, limita el acceso de la población a los medicamentos -en este caso, los de venta libre- en condiciones de equidad, igualdad y libre***



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

elección, afectando tanto las garantías constitucionales relativas al derecho a la salud como los derechos de consumidores y usuarios consagrados por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (el destacado es propio).

Cabe señalar asimismo que el artículo 20 de la Constitución de los porteños dispone -en lo que aquí respecta-, que se garantiza el derecho a la salud, destacándose como pertinente en la cuestión planteada, el “*criterio de accesibilidad, equidad, integridad, solidaridad, universalidad y oportunidad*” con que dicho artículo constitucional da eficacia concreta al derecho a la salud.

“No basta con reconocer o proclamar un derecho fundamental, lo que, con toda su gran importancia, a veces resulta un tanto simple. Es preciso ir concretando su ámbito y contenidos, y a tales efectos resultará decisiva la función jurisdiccional, dado que la respuesta del constituyente suele ser sucinta y escueta, y por su parte, el legislador tampoco tiene por qué estar rellenando huecos continuamente...” (Lorenzo MARTIN RETORTILLO BAQUER, “Eficacia y Garantía de los Derechos Fundamentales”, Estudios sobre la Constitución española –Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1991, página 591).

Según expone el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, los derechos clásicos fueron diseñados sin tener que abordar la exclusión social y jurídica, son para personas que “**están instaladas en el bien**”.

El remedio ante esta situación -la exclusión social-, es por parte de quienes se hallan al frente de los máximos órganos del Estado, la organización de instituciones más inclusivas, pero ello no sucede con la frecuencia deseable, según describe este juez y doctrinario.

“El primer paso fue poner de manifiesto la ausencia real de disfrute. Con ironía, puede decirse que el Derecho es como un hotel cinco estrellas: está abierto para todos, pero sólo algunos entran en él; los que pueden pagar la habitación. Existe un umbral de entrada al Derecho que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios, contratantes, trabajadores o actores en un procesos”. El segundo paso, es “mostrar que el umbral fáctico era también epistemológico. Estas exclusiones permanecieron ocultas bajo nuestros esquemas mentales, ya que el modo de ver es el que impide ver, y cuando cambia aparecen otras evidencias” (Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos de derecho-, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2008, página 280).

Por otra parte, la situación de vulnerabilidad económica y social de las personas que habitan esta Ciudad ha sido expresamente contemplada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, refiriéndose reiteradamente a los pobres y los excluidos social y económicamente, a fin de ampararlos por una parte, y por la otra, estableciendo los criterios de la gestión gubernamental en la materia.

Para ello la Constitución porteña dispone que el Gobierno ha de

desarrollar *políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos* (artículo 17); Que la Ciudad debe asistir a las personas con necesidades básicas insatisfechas (artículo 17); promover el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades (artículo 17); promover el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio (artículo 18); resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, *dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos* (artículo 31, inciso 1).

Por lo tanto, resulta verosímil la preocupación que evidencia el pedido cautelar en cuanto a una implementación eficaz del expendio de medicamentos de venta libre en aquellos barrios o asentamientos habitacionales de personas en condiciones de vulnerabilidad económica y social -conforme a las pautas expresadas en los considerandos del Decreto 670/11-, y a fin de que se conjuren los temores expresados por los sectores que se oponen a ello en cuanto a los riesgos para la salud de las personas, resulta atendible disponer como se ha solicitado cautelarmente que, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -por conducto de las áreas gubernamentales pertinentes- disponga las medidas necesarias a fin de que el expendio en cuestión asegure a esa población vulnerable, en condiciones de seguridad para su salud, el acceso a los medicamentos de venta libre.

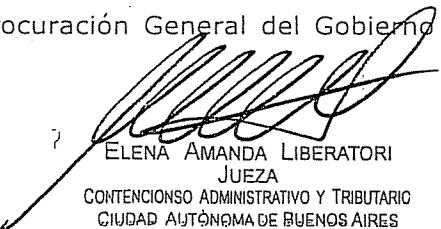
En aras de la accesibilidad en forma segura a los medicamentos de venta libre resultaría razonable que los CESAC fuesen uno de los ámbitos donde se comercialicen esos medicamentos durante las veinticuatro horas todos los días del año.

Por las consideraciones expuestas,

RESUELVO: HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada por la actora, teniendo por prestada la caución juratoria con el escrito de inicio, y en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires disponga -por conducto de las áreas gubernamentales pertinentes- las medidas necesarias a fin de que se asegure el expendio de los denominados medicamentos de venta libre a la población de los asentamientos o villas de emergencias o barrios carenciados de la Ciudad de Buenos Aires tales como "Los Pinos", "26 de julio", "1-11-14", "Fátima", "Los Piletos" y "Carrillo", hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Asimismo, se exhorta al Gobierno de la Ciudad a considerar la posibilidad de que los CESACs sean uno de los ámbitos donde se comercialicen esos medicamentos durante las veinticuatro horas todos los días del año.

Regístrese y notifíquese por Secretaría a la actora y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante oficio a la Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.


ELENA AMANDA LIBERATORI
JUEZA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES