



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A**

Rosario, 5 de febrero de 2.018.-

Visto, en Acuerdo de la Sala "A" integrada, el expediente n° **FRO 46857/2016/CA1** caratulado "**D L K C/ OSPRERA S/ AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES**", de esta Cámara Federal de Apelaciones (originario del Juzgado Correccional N° 1 del Departamento Judicial Pergamino), del que resulta:

Vienen los autos a la Alzada a raíz del recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada (fs. 35/39) contra la resolución de fecha 13 de octubre de 2016, mediante la cual se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y se declaró de oficio la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia (fs. 18/20vta.).

Concedido el recurso por ante la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental, se corrió el pertinente traslado (fs. 53) que fue contestado a fs. 55/56vta.

Elevadas las actuaciones, mediante el decreto de fecha 27 de noviembre de 2016 (fs. 59) la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal Departamental dispuso declarar la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia sobre la que versa la acción y ordenó la remisión de las actuaciones a esta Cámara Federal a fin de que se diera tratamiento al recurso de la demandada.

Recibidos los autos ante esta Alzada, se dispuso la intervención de la Sala "A" (fs. 71). Corrida la vista al Fiscal de Cámara fue contestada a fs. 72. A fs. 73vta. se notificó al Defensor Oficial de Menores por ante los Juzgados Federales y de esta Cámara. Notificada la nueva integración de la Sala y dictado el pase al Acuerdo (fs. 80/81) quedó la ~~causa en estado de ser resuelta.~~

Fecha de firma: 05/02/2018

Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

**La Dra. Vidal dijo:**

1°) Se agravia la demandada de lo resuelto en autos en cuanto considera que el juez se apartó del régimen aplicable a las Obras Sociales y no expuso fundamentos razonados que sostengan su decisión.

Manifiesta que el fallo incurre en afirmaciones dogmáticas sin fundamento legal. Afirma que no se ponderó la inexistencia de la negativa de las solicitudes de la contraria y del peligro en la demora.

Se agravia en cuanto estima que no hubo incumplimiento alguno en tanto la medicación cuya cobertura pretende la amparista no se encuentra aprobada para su comercialización en el país. Entiende que, siendo importada mediante la ANMAT para casos excepcionales, la cobertura no es obligatoria. Transcribe parte de una resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud que alude a las solicitudes de medicamentos de uso compasivo por vía de excepción.

Agrega que su parte ha puesto a disposición de la actora las prestaciones necesarias para la patología de acuerdo a las ciencias médicas y guías de práctica clínica y que cuenta con las prestaciones del PMO.

Expone que la medicación que se solicita no se encuentra incluida en el PMO, por lo que estima que no corresponde la cobertura médica en los términos de las leyes 23.660 y 23.661. Además, que la medida cautelar excede el deber de cobertura por consistir en un tratamiento que se encuentra en fase experimental, no habiendo sido incorporado a los protocolos formales.

Transcribe parte de un dictamen expedido por un especialista en farmacología y reitera que el PMO no ha ~~incluido la medicación requerida por lo que no puede exigirse~~

~~su provisión.~~

Fecha de firma: 05/02/2018

Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

Considera que su accionar no fue arbitrario ni ilegítimo y se queja en cuanto entiende que el a quo no consideró que su parte no se niega a brindar la cobertura sino que exige que sea cumplimentada dentro de los extremos fijados por la normativa vigente y con medicación que se encuentre autorizada por el Ministerio de Salud.

Realiza consideraciones respecto de las medidas cautelares innovativas y se agravia en cuanto lo decidido por el sentenciante configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final.

Funda en derecho, efectúa reserva del caso federal y manifiesta sobre la imposibilidad de cumplimiento de la medida dispuesta por el juez hasta tanto no sea presentada en la documentación requerida por la ANMAT.

2º) Con motivo de la prescripción médica (fs. 25 de autos y documental reservada) en fecha 22 de septiembre de 2016 la actora, en su carácter de progenitora del afiliado menor de edad y con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial Civil N° 1, solicitó a OSPRERA la provisión de la medicación objeto de este amparo consistente en extracto de canabinoides -nombre comercial "Everyday Advanced"- (cfr. nota reservada en dos fojas en Secretaría).

La demandada rechazó la solicitud fundado en que, como Agente del Seguro de Salud, debe adecuar sus provisiones a lo establecido en la normativa vigente y en el PMO y resoluciones ss y cc. Además, por encontrarse la medicación en etapa experimental de investigación y ensayos científicos y por estar controvertida su utilización (ver nota externa N° 042 A9/16 de fecha 28/09/2016 reservada en sobre).

3º) En virtud de ello, la actora inició la presente acción de amparo a fin de obtener la autorización, gestión y cobertura del 100% del tratamiento indicado por su

médico consistente en extracto de canabinoides (nombre





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

comercial "Everyday Advanced") en la dosis y por el tiempo necesarios para cumplir lo indicado. Como medida cautelar peticionó que se ordene a la obra social que provea la medicación dentro de las 48 horas de notificada (fs. 8/9). A lo que el juez accedió.

4º) Uno de los requisitos de las medidas cautelares está configurado por la verosimilitud del derecho (art. 230 inciso 1º CPCCN). Este se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no una incontestable realidad, que sólo se logrará determinar al agotarse el proceso, lo cual implica una amplitud de criterio a su respecto.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación **"...que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad"** (conf. Fallos 306:2060).

Otro de los presupuestos indispensables es la existencia de peligro en la demora (Art. 230, inciso 2º C.Pr.). Esto significa que debe existir un temor grave y fundado en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (conf. Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. II, p. 235, Abeledo Perrot, 1983).

Cabe decir -además- que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la

Fecha de firma: 05/02/2018  
Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713).

Se ha dicho que: **“A partir del caso “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió, mediante la medida cautelar innovativa, la posibilidad de anticipar la tutela cuando se acredite la verosimilitud del derecho y peligro en la demora...El tribunal valoró que la tardanza en la colocación de la prótesis, hasta el momento de la sentencia definitiva, provocaría al actor un perjuicio irreversible en la posibilidad de su recuperación física y psíquica, como también que la permanencia en su situación actual-hasta el momento que concluyera el proceso-le causaría un menoscabo evidente que le impediría desarrollar cualquier relación laboral”** (Roland Arazi; “Medidas Cautelares” pág 40, 3º ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea; Bs As.; 2007).

En el fallo citado, el más Alto Tribunal en el Considerando 12 señaló además que **“...el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie-según el grado de verosimilitud-los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del imputado...”**.

5º) Así, definidos conceptualmente los recaudos que cabe examinar, y despejada la cuestión respecto del argumento esgrimido por la apelante en cuanto al adelanto de jurisdicción, corresponde establecer si en el caso se





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

encuentran configurados, atendiendo a la crítica expuesta por la demandada.

Teniendo en cuenta las constancias acompañadas a la presente causa, prima facie se advierte que la verosimilitud del derecho aparece demostrada. Resulta acreditado con la documentación reservada que el menor SMA es afiliado a la Obra Social demandada; que la actora efectuó administrativamente el pedido de cobertura de la prestación y que la respuesta de la accionada fue negativa. También surge acreditado el padecimiento del niño y su condición de discapacitado; la necesidad del tratamiento con la medicación peticionada conforme la indicación de su médico tratante y su prescripción (ver indicación médica suscripta por el Dr. Pablo Vercell Neurólogo Infantil y recetario de OSPRERA N° 02-178-00304637 firmada por el profesional, ambos reservados en sobre en Secretaría con el resto de la documentación antes mencionada).

Y ello así además, en tanto la propia demandada ha reconocido el carácter prometedor en la utilización práctica del derivado del cannabis. En oportunidad de transcribir el dictamen en consulta emitido por el Dr. Ricardo Cerda, refirió que: "Los tratamientos con cannabis en esta patología, **empíricamente parecerían ser prometedores**. Si la OSPRERA decide cubrir este tratamiento por razones humanitarias, **no nos parecería impropio, y tendría nuestro aval**" (el resaltado en negritas me pertenece).

Resulta comprobado asimismo el peligro en la demora que se vislumbra en forma objetiva, atento a la patología que aqueja al niño de cinco años de edad: "Cuadriplejía, no especificada Parálisis cerebral infantil Epilepsia, tipo no especificado" (véase certificado de discapacidad N° 00568280-1 con validez hasta el 16/07/2019,

reservado en sobre).

Fecha de firma: 05/02/2018  
Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

Además, a fs. 17 consta informe del perito médico de la Asesoría Pericial Departamental, Dr. Daniel Vallejos, que luego de analizar la documental y de efectuar examen médico al menor, concluyó que: “...existe la necesidad y urgencia de realizar el tratamiento indicado a la mayor brevedad. El factor tiempo sí puede provocar agravamiento de las mismas”.

6º) Frente a todo esto, el apelante no ha acreditado qué medicamento ofrece en concreto que tenga la misma idoneidad y cumpla con la misma función que el indicado por el médico tratante del hijo de la actora; sino que se limitó a referir que la medicación se encuentra en fase experimental y lo controvertido de su utilización.

Sabido es que la tecnología y la medicina avanzan rápidamente en el tratamiento de diversas enfermedades, por lo que la normativa reglamentaria resulta muchas veces atrasada e insuficiente. En este sentido, cabe considerar lo dispuesto por esta Cámara, Sala “B” -que integro- en autos: **“GODOY, Nélica c/ Obra Social Unión Personal s/ Amparo”**, en cuanto que el Estado Nacional ha definido en los considerandos de la Resolución 939/2000 el “Programa Médico Obligatorio” señalando que constituye un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (Ac. Nro. 161/12 del 07.08.2012, Sala B).

Allí, se destaca además, que debe quedar garantizado el mecanismo para la actualización del Programa Médico Obligatorio en virtud del carácter dinámico del conocimiento científico, estableciendo una metodología de análisis para la incorporación de tecnologías que asegure la probada eficacia de todo procedimiento diagnóstico o terapéutico a financiar por la Seguridad Social.

Y, por último, que los Agentes del Seguro son

Fecha de firma: 05/02/2018

Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

responsables de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de sus beneficiarios y no meros financiadores de las prestaciones.

7º) Por tanto, de acuerdo a lo expuesto, tengo por configurados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Esta Cámara, en un caso similar al presente, en el que se encontraban en juego los derechos de una menor discapacitada que requería la cobertura de determinados estudios a fin de obtener un medicamento de uso compasivo importado como el reclamado en autos, sostuvo que: **“En definitiva, la medida cautelar recurrida -conforme lo resuelto por el a quo- ha reunido los requisitos exigidos por la norma de rito, no compartiendo por ello lo expresado por la recurrente en sus agravios en cuanto a que el fallo se encuentra desajustado con la normativa tuitiva que gobierna el acceso a las prestaciones destinadas a las personas con discapacidad.**

7º) En el caso se encuentra en juego la salud e integridad física de las personas (conf. CSJN, Fallos: 302:1284), reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. D, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), tratándose además de resguardar la calidad de vida de una menor de edad.

Lo decidido -como se acaba de expresar- compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional

Fecha de firma: 05/02/2018  
Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

Como lo señalaron los jueces Fayt y Moliné O'Connor en Fallos 318:1269 -a quienes se sumó el juez López en Fallos 318:1676- los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, viene a orientar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

En este marco, teniendo presente la doctrina antes reseñada, la jerarquía de los valores que se hallan en juego -la preservación de la salud de una niña, comprendida dentro del derecho a la vida-, se estima que no resulta razonable dejar sin efecto la disposición precautoria dictada en su resguardo." (del voto del Dr. Toledo al que adherí, en Acuerdo de la Sala "B" de esta Cámara del 17/11/2016 dictado en autos "ZACCARI, Diego c/ Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina s/ Amparo contra actos de particulares").

Por lo expuesto, la decisión adoptada en el caso es la que mejor se compadece con la tutela del derecho que se pretende proteger y atento que en el presente amparo se encuentra en juego el interés superior del menor SMA, receptado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada en el citado fallo. Esta norma constitucional proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, en el sentido de que la decisión se defina por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.

Además, cabe agregar que, como es de público conocimiento, en fecha 29 de marzo de 2017 el Senado y la

Fecha de firma: 05/02/2018

Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A

Cámara de Diputados sancionaron la Ley 27.350 (publicada el 19.04.17) que crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, que dependerá del Ministerio de Salud; y que aún se encuentra pendiente de reglamentación. Entre los objetivos del Programa está el de garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis.

En ese contexto, a fin de garantizar las acciones de prevención, asistencia, promoción y protección del niño con discapacidad (art. 1 de la Ley 24.901), conforme la doctrina sentada por nuestro máximo Tribunal de Justicia en cuanto al derecho que se protege, estimo que corresponde rechazar los agravios y confirmar la sentencia apelada.

Lo dicho es sin perjuicio del carácter provisorio de este tipo de tutela y de lo que se resuelva en el fondo del asunto.

8°) En relación a las manifestaciones vertidas por la apelante en el punto VIII de su escrito recursivo, corresponde señalar que lo resuelto por el magistrado, se encuentra sujeto a la presentación por parte de la actora, de la documental requerida para el trámite de importación correspondiente a la adquisición del medicamento a través de la ANMAT (ver resolutive, punto 1°, fs. 20vta.). Así, entiendo que cabe también su rechazo.

9°) En relación a la imposición de las costas, habrá de diferirse al momento de dictar sentencia en la cuestión de fondo, oportunidad en la cual será analizada integralmente la cuestión de las costas suscitadas en el litigio.

Así voto.

~~El Dr. Fernando L. Barbará adhirió al voto~~

Fecha de firma: 05/02/2018

Alta en sistema: 07/02/2018

Firmado por: FERNANDO LORENZO BARBARÁ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ELIDA VIDAL, JUEZA DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: ELEONORA PELOZZI, SECRETARIO DE CAMARA



#29261363#197919803#20180206134050952



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A**

En mérito de lo expuesto,

**SE RESUELVE:**

I) Confirmar la Resolución de fecha 13 de octubre de 2016 (fs. 18/20vta.), en lo que ha sido materia de recurso. II) Diferir el pronunciamiento sobre costas hasta que se dicte sentencia sobre la cuestión de fondo. Insértese, hágase saber, comuníquese conforme lo dispuesto en la Acordada N° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente remítanse los autos al Juzgado Federal competente. No participa del presente Acuerdo el Dr. Gallino por encontrarse cumpliendo funciones fuera de la jurisdicción.

ms

FERNANDO LORENZO BARBARÁ  
JUEZ DE CAMARA

ELIDA VIDAL  
JUEZA DE CAMARA

Ante mi

Eleonora Pelozzi  
Secretaria de Cámara

