

Bahía Blanca, de agosto de 2017.

**VISTO:** Este expediente n<sup>o</sup>. CCF 2708/2017/2/CA1, caratulado “*Inc. de Apelación... en autos: ‘F, A, I c/ OSDE s/ Amparo de Salud’*”, venido del Juzgado Federal n<sup>o</sup>. 1 de la sede, para resolver la apelación de fs. sub 83/90, contra la resolución de fs. sub 68/70 vta.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

**1ro.)** El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenó a OSDE la inmediata provisión del aceite de cannabis (nombre específico: Charlotte Every Day Advanced Hemp Oil) conforme lo prescripto por el médico tratante (4 ml diarios).

**2do.)** Contra lo así resuelto, interpuso recurso de apelación OSDE, quien centró sus agravios en los siguientes motivos: **1)** la pretensión sustancial coincide plenamente con la medida cautelar dispuesta; **2)** la provisión de aceite de cannabis resulta una medida de imposible cumplimiento pues “*la sustancia no se encuentra aprobada en este país, siendo importado, únicamente mediante la ANMAT para casos excepcionales y a instancias del paciente*”; **3)** no se acredita la verosimilitud en el derecho, pues la medicación requerida no se encuentra incluida en el P.M.O.; **4)** no se acreditada el peligro en la demora, pues de los certificados médicos glosados a la causa no surge que, de no procederse inmediatamente, pudiera cambiar la situación de hecho; **5)** no se acredita el *periculum in damni*; **6)** se fijó como contracautela una “*simple caución juratoria del actor*”, apartándose de las pautas previstas en el art. 199 CPCCN.

**3ro.)** Conferida la intervención correspondiente al Ministerio Público Fiscal, éste dictaminó en favor de la confirmación de la medida cautelar.

**4to.)** La presente incidencia refiere a un joven de 20 años, discapacitado, quien padece parálisis cerebral, retardo en el desarrollo y epilepsia encefalopática –refractaria al tratamiento habitual, pero respondiendo al aceite de cannabis– (cfr. f. sub 25, 27 y 28).

El médico tratante, Dr. Luis Gómez, describió que padece “*parálisis cerebral, convulsiones refractarias. ITU [infección de tracto urinario] a repetición, con TTO [tratamiento] con jarabe de cannabis, anti convulsionante. Actualmente sin sonda vesical, se retiró hace seis meses atrás. Presenta menor*

USO OFICIAL



número de convulsiones según refiere la madre. Se encuentra más sociable sin agresión. Presenta mejor calidad de vida para Agustín y la madre y fliares. directos. (sic)”; (cfr. f. sub 27).

Con mayor detalle de su cuadro general, el neurólogo tratante, Dr. Eduardo Sage, informó que el amparista es “*paciente con distocia del parto (hemorragia cerebral, hipoxia, cataratas bilaterales)*).

*Retardo psicomotor: caminó a los 4 años, sin desarrollo del lenguaje, operado en 3 oportunidades para reemplazo de cristalinos.*

*Se desarrolló siempre con epilepsia: se inició con Síndrome de West; continuó con crisis focales y generalizas T-C [tónico - clónico], quedando con epilepsia refractaria. Ningún tratamiento resultó efectivo para paliar la frecuencia de las crisis; a pesar que se recurrió a una serie amplia de fármacos anti comiciales (ferrobarbital, fenitoina, carbamazepina, ácido valproico, lacosamida, lorazepan, clonazepan y otros) la frecuencia de las crisis continuaba de 15- 20 diarias.*

*Desde junio 2016 indicamos cannabis en el esquema terapéutico; iniciamos dosis muy baja para relación con su peso (86 kg.) Elevamos la dosis progresivamente sin provocar fenómenos tóxicos (actualmente 2 ml c/12 hs).*

*En la actualidad las crisis han disminuido en su frecuencia (1 cada 20 días aproximadamente) y se ha logrado una notable resocialización de pte. (incluido mejoramiento en su estado de alerta – atención y sin trastornos de conducta).*

*Actual esquema terapéutico:*

*-ácido valproico 2-1,*

*-lacosamida1-1,*

*-cannabis 2ml c/12hs.*

*Por los resultados obtenidos se requiere que este esquema se pueda mantener con la cobertura correspondiente de la O.S. (OSDE)”; (cfr. f. sub 28/vta.).*

**5to.)** En primer lugar cabe señalar que no se encuentra discutida en el caso la condición de afiliado a OSDE del amparista (f. sub 30), como así tampoco la enfermedad que padece, su consecuente discapacidad, el sufrimiento que aquélla le provoca, ni los beneficios que el tratamiento le ha proporcionado.



Lo que está en debate, en cambio, es la obligación de la accionada de otorgar cautelarmente la cobertura integral de la medicación prescrita por los profesionales tratantes (aceite de cannabis, 4 ml. diarios; fs. sub 27 y 28).

Ahora bien, previo a analizar si en la especie se configuran los requisitos de procedencia de la cautelar, cabe señalar que la coincidencia que se invoca, entre el objeto de la cautelar y la pretensión de fondo reclamada, no resulta tal. Ello así, pues la medida cautelar innovativa en virtud de sus efectos continuos, no se agota en un único cumplimiento, sino que requiere una renovación periódica, que deberá hacerse efectiva durante un tiempo prolongado.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que *“es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva”* (énfasis añadido, Fallos: 320:1633, in re “Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafo Graf S.R.L y otros”).

Así, se ha dejado sentado que no es posible descartar el acogimiento de una medida cautelar bajo riesgo de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen resolver provisionalmente sobre la índole de la petición formulada.

Desde esta perspectiva, la identidad total o parcial entre el objeto de la medida precautoria y el de la acción no es, en sí misma, un obstáculo para su procedencia en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad, máxime frente a la naturaleza de los derechos aquí involucrados.

Además, tampoco puede obviarse que la cobertura concedida a título cautelar tiene carácter provisional, es modificable si cambian las circunstancias que le dieron lugar, y queda supeditada a lo que se resuelva en definitiva.

**6to.)** En cuanto a la verosimilitud del derecho, el *sub examine* involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, que constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico ha dotado de la máxima protección normativa: arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional: arts.

USO OFICIAL



I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, el amparista goza de un régimen especialmente tuitivo por su condición de discapacitado. Así, nuestro país ha ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En sus cláusulas se prescribió que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a **un nivel de vida adecuado** para ellas y sus familias y el derecho a una **mejora continua de sus condiciones de vida** (énfasis añadido, artículo 28 CDPD).

A nivel interno, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación *integral* a favor de las personas con discapacidad.

Por otro lado, la ley 25.404 establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4).

Recientemente, el órgano legisferante nacional sancionó la ley 27.350 de *Uso Medicinal* de la Planta de Cannabis y sus derivados, con el propósito de establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor (art. 1). A su vez, dispuso que “*la ANMAT [Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica] permitirá la importación del 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*”; y que “*la provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa [Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicina de la Planta de Cannabis]*” (art. 7).

Por último, la demandada –invocando la falta de verosimilitud en el derecho– sostuvo que la medicación requerida no se encuentra incluida en el PMO. Al respecto, esta Cámara tiene dicho que: “*Pese a la especificidad del sistema normativo que regula las prestaciones a favor de las personas con discapacidad, dada la infinidad de variables que pueden tener lugar en el universo de beneficiarios,*

USO OFICIAL



*siempre cabe la posibilidad de un caso concreto que no encuentre un encuadre perfecto dentro de sus previsiones. En tales casos, debe atenderse a los principios generales que surgen de la ley 24.901, como el de la integralidad de la cobertura (art. 1) y el que propicia la necesidad de atender a las características de la patología del beneficiario, su edad y situación socio familiar (art. 19). También debe atenderse a la concreta necesidad del beneficiario para cuya determinación –conforme ha dicho este tribunal inveteradamente- debe darse prioridad al criterio del médico tratante, que tuvo contacto directo con su paciente y elaboró un diagnóstico científico, frente a la opinión estandarizada de la prestadora” (cfr. CFABB, expte. n<sup>o</sup>. FBB 4417/2016/CA2, caratulado: “A.J.D. c/ OSDE y otro s/ Amparo ley 16.986”, del 6/4/17).*

En virtud de la normativa mencionada, hallándose comprometido en el caso el derecho a la salud –que se encuentra ligado a la dignidad e integridad de la persona– considero acreditado, *prima facie*, la verosimilitud en el derecho invocado.

**7mo.)** Respecto al peligro en la demora, la jurisprudencia ha sostenido que en materia de salud “*resulta suficientemente acreditado con la incertidumbre y preocupación que tales situaciones generan probando sólo que la medida es necesaria para disipar el temor de daño inminente*” (“Czumardewski, Lucas c/ Obra Social Unión Personal Civil de la Nación” CNFed. Civ. y Com. Sala I, 07/02/00, *LL On Line*, AR/JUR/296/2000. En igual sentido “Soto, Ricardo Oscar c/ Obra Social Unión Personal Civil de la Nación y otros. Incidente de Apelación, CNFed Civ y Com. Sala I, 19/06/2007, *Rubinzal Online*, RC J 1103/08).

Empero, cabe destacar que cuando se trata de medidas innovativas con sustancia de tutela anticipada, se exige a su vez la concurrencia de un plus, esto es, el perjuicio irreparable, grave o de muy difícil reparación que sufrirá el solicitante si no se la otorga.

Sobre tales premisas, considero que este *periculum in damni* se encuentra configurado por los perjuicios que podría ocasionar la interrupción del tratamiento que le ha proporcionado una innegable mejoría –cuantiosa disminución de la frecuencia de convulsiones–.

USO OFICIAL



En este sentido, corresponde remarcar que –hasta el momento– el amparista ha podido acceder al tratamiento gracias a la ayuda de sus familiares, quienes, según consta en autos, han adquirido el medicamento en los Estados Unidos de Norte América. Ello refleja, no solamente lo engorroso de la gestión para su obtención, sino también la vulnerabilidad e incertidumbre en la que se encuentra, toda vez que la continuidad del mismo se haya subordinada a una coyuntura ajena a su voluntad pues su obtención está sujeta al alea de que su entorno directo pueda continuar adquiriéndolo –con las dificultades que de ello se deriva–, lo que implica que súbitamente el tratamiento podría discontinuarse por imposibilidad de acceso al mismo.

Sumado a ello, corresponde poner de resalto que el amparista consume una dosis menor a la prescripta, pues es la cantidad que su familia puede costear, según lo manifestado a fs. sub 44 y 66. Así, surge de las constancias obrantes que el joven consume un total de 100 ml. mensuales –o menos– (ver fs. sub 5, 7, 9, 11, 14, 17, 19 y 22), y sin embargo, le han sido prescriptos 2 ml. cada 12 hs., lo que se traduce en un total de 120 ml. a razón de 30 días.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta su grave cuadro de salud, los padecimientos incesantemente sufridos a lo largo de su corta vida, considero imperativo salvaguardar la mejoría que éste ha logrado mediante la utilización del aceite cannabico. Vale aquí recordar el informe de su neurólogo tratante, quien sostuvo que las crisis han disminuido en su frecuencia de 15 a 20 diarias a 1 cada 20 días –aproximadamente–. Dicha mejoría también redundó en otros ámbitos de su vida ya que logró una notable resocialización, sin trastornos de conductas y agresiones (cfr. fs. sub 27 y 28).

De forma tal, que cualquier tipo de retroceso ante estos notables avances en su calidad de vida –y en el de su familia– deviene inadmisibile.

Así, teniendo en cuenta que el concepto de salud implica un estado de completo bienestar físico, mental y social –y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades– el cuadro descripto me permite afirmar que el derecho no puede resultar indiferente al sufrimiento humano, pues cada crisis epiléptica que el amparista experimenta, constituye un padecimiento que resulta imperativo detener,



pues ocasiona una aflicción que, ciertamente, no podrá ser reparada en una eventual sentencia definitiva que reconozca el derecho invocado.

En este sentido, es dable recordar que nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que *“las personas con discapacidad además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su conveniencia, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos”* (Fallos: 322:2701; 324 122; 327:2413).

**8vo.)** Corresponde ahora analizar si la medida cautelar otorgada es imposible de cumplir, como se agravia la demandada, por la dificultad de adquirir una sustancia que *“no se encuentra aprobada en este país, siendo importada, únicamente mediante ANMAT para los casos excepcionales y a instancia del paciente”*.

Cabe señalar al respecto que la ley 27.350 establece que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis con fines medicinales, contando con la indicación médica pertinente; que el Programa Nacional creado en su art. 2 no se encuentra operativo, y que resulta menester garantizar la gratuidad del tratamiento consagrada en el art. 7; por lo que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el programa referido, en las condiciones que establezca su reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis, de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante, previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de la sustancia requerida (Disposición 10.401/2016 del Ministerio de Salud, que aprueba el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos –RAEM–); por lo que de este modo, la medida no resulta de imposible cumplimiento.

De lo contrario, consagrar el derecho al uso medicinal del cannabis sin la posibilidad de garantizarlo implicaría una suerte de reconocimiento de derechos como meros principios de buena voluntad. Los derechos consagrados constituyen un compromiso de tutela efectiva por parte del Estado que los proclama. Éste debe velar por su cumplimiento para asegurar el efectivo goce de los mismos –en

USO OFICIAL



este caso a la salud–, pues de lo contrario serían proclamaciones teóricas, simples promesas.

En sentido similar, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “*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*” (énfasis añadido, Fallos, 323: 1339).

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde remitirse al Dictamen Fiscal, que rebate lo sostenido por la demandada: “*de averiguaciones practicadas telefónicamente desde [esta] Fiscalía General a (...) [ANMAT] surge que esa administración tiene previstos los mecanismos para el ingreso al país de la sustancia solicitada (...) cumpliendo con lo exigido por la A.N.M.A.T., la autorización es casi inmediata, pudiendo obtenerse hasta en el día y que la obra social puede solicitar esta autorización no para comprar aceite para tener un stock, sino comprar en nombre del afiliado*”.

**9no.)** Por último, la demandada se agravó porque “*se fijó como contra cautela una ‘simple caución juratoria del actor’, apartándose de las pautas previstas en el art. 199 CPCCN*”.

Los presupuestos de las medidas cautelares “*no deben ser considerados compartimientos estancos sino que debe concebírseles como ‘vasos comunicantes’*. De este modo, cuando asciende el contenido de uno, desciende en el otro y viceversa (...) cuando aumenta la verosimilitud en el derecho se puede ser menos riguroso con la contra cautela, e inclusive se puede dispensarla. De algún modo, esto surge del art. 199 del Código Procesal Civil y Comercial” (Tanzi, Silvia Y., Papillú, Juan M., *Juicio de amparo en salud*, Hammurabi, 2013, 1ra. ed, pág. 202).

Por ello, **propongo al Acuerdo: Iro.)** Se rechace el recurso de apelación interpuesto por OSDE a fs. sub 83/90, y en consecuencia se disponga que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Programa Nacional creado por la ley 27.350 en las condiciones que se establezcan en la reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante. Sin costas por ausencia de





*Poder Judicial de la Nación*

Expte. n<sup>o</sup>. CCF 2708/2017/2/CA1 – Sec. 1

contradicción (arts. 68, 2<sup>do</sup>. párrafo, y 69 del CPCCN). **2do.**) Se difiera la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 14, ley 21.839).

El señor Juez de Cámara, doctor Juan Leopoldo Velázquez, dijo:  
Me adhiero al voto que antecede por compartir sus fundamentos.

Por ello, **SE RESUELVE: Iro.)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por OSDE a fs. sub 83/90, y en consecuencia disponer que hasta tanto se encuentre operativo y en pleno funcionamiento el Programa Nacional creado por la ley 27.350 en las condiciones que se establezcan en la reglamentación, la obra social demandada deberá arbitrar los medios necesarios para suministrar al amparista la cobertura integral al 100% del aceite de cannabis de acuerdo a las necesidades y prescripciones de su médico tratante. Sin costas por ausencia de contradicción (arts. 68, 2<sup>do</sup>. párrafo, y 69 del CPCCN). **2do.**) Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 14, ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN n<sup>ros.</sup> 15/13 y 24/13) y devuélvase. No suscribe el señor Juez de Cámara, doctor José Mario Tripputi (art. 3<sup>o</sup>, ley 23.482).

USO OFICIAL

**Pablo A. Candisano Mera**

**Juan Leopoldo Velázquez**

**Silvia Mónica Fariña**  
Secretaria



*Poder Judicial de la Nación*

Expte. n<sup>º</sup>. CCF 2708/2017/2/CA1 – Sec. 1

mf

USO OFICIAL

---

Fecha de firma: 28/08/2017

Alta en sistema: 30/08/2017

Firmado por: CANDISANO MERA PABLO A. , Juez de Cámara

Firmado por: SILVIA MÓNICA FARIÑA, Secretaria

Firmado por: JUAN LEOPOLDO VELÁZQUEZ, Juez de Cámara



#30106490#186774223#20170828103405990