



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, 26 de julio de 2017

VISTOS:

Estos autos caratulados: **P. A. R. Y OTRO c/ CONSTRUIR SALUD s/LEY DE DISCAPACIDAD** .Expediente FMP 27894/2016, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad.-

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Ferro dijo:

Que llegan los presentes autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 80/83 y vta., por el Sr. Defensor Público Oficial Dr. Daniel Rubén Darío Vázquez, en nombre y representación de los amparistas, en contra del auto del 26 abril de 2017 en el cual el aquo rechaza la medida cautelar solicitada.

En la presentación de referencia se agravia de la denegatoria de la medida cautelar en razón de generarse un evidente daño a la salud, integridad física y calidad de vida de la persona amparada.

Manifiesta no coincidir con el rechazo de la medida, basado en el hecho de que aún no se ha creado el registro dispuesto por la ley 27.350 ni se ha reglamentado acerca de la autoridad de contralor.

Aclara entonces que mientras sus mandantes pudieron costear la compra del aceite de cannabis –nombre comercial Charlotte’s Web Premium- no tuvieron problema para obtenerlo legalmente en razón de haber realizado los trámites correspondientes para su importación por ante el ANMAT.

Alega que la tutela cautelar que requiriera deriva de principios supranacionales y constitucionales, tales como la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.



Resalta que el peligro en la demora se evidencia con los demostrados perjuicios que le ocasiona al paciente no contar con el fármaco solicitado, atento padecer de epilepsia tipo no especificada y retraso mental leve.

Finalmente hace reserva del caso federal, solicitando se revoque la resolución recurrida, haciéndose lugar a la medida cautelar oportunamente solicitada.

Que habiendo analizado la cuestión que nos compele en esta instancia, soy de la opinión que corresponde hacer lugar a lo solicitado cautelarmente por los amparistas en base a las consideraciones que seguidamente paso a exponer.

Respecto de la medida cautelar dentro de este proceso, corresponde recordar que en las palabras del maestro Carnelutti, cautelar se llama al proceso que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso (definitivo) ⁽¹⁾; “tomar medidas” para reparar o solucionar una dificultad no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución.

En ese contexto, la finalidad de las medidas cautelares en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad que se dicte una sentencia favorable. A ese fin, es preciso indagar sobre el cumplimiento de la exigencia procesal atinente a los presupuestos que las medidas cautelares deben ostentar para pensar en su viabilidad; o sea, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela.

La Corte Suprema ⁽²⁾ ha sostenido que la pretensión que constituye el objeto cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, pues, el juicio de la verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto

¹ Carnelutti, Instituciones, T. I. p.86, N°44

² CSJN, 24-7-91, “Estado Nacional c/Prov. de Río Negro s/ solicitud de medidas cautelares”; íd. 19-5-97, “Universidad Nac. de Mar del Plata c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y v. 22-12-92, “Iribarren c/Prov. de Santa Fe s/ acción declarativa”.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad.

En este marco, el juez posee amplias facultades para proceder al análisis de los hechos así como para valorar los intereses de las partes, no encontrándose vinculado por la petición que se le formule al respecto, quedando librado a su prudente arbitrio resolver lo que sea más razonable para satisfacer aquellos intereses y los más generales y preferentes del servicio de justicia.

Y a mi juicio, tales postulados procesales se encuentran debidamente acreditados para el dictado de la cautelar solicitada.

Primeramente, se impone valorar que en la presente causa se encuentran en juego los derechos de la persona, entre ellos el derecho a la vida y, en consecuencia, el derecho a la salud, reconocidos en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 incs 22 y 23 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I; XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3 y 25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5, 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 12.1 y 12.2 d; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 y Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11 e y f).

Tal como lo he sostenido en reiterados precedentes, el derecho a la inviolabilidad de la vida es de carácter absoluto, en el sentido que vale para todos los hombres, desde siempre y para siempre.

El derecho a la vida —no sólo a la vida misma sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica— asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, pues tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del



hombre, que es el sustrato en el que inhieren las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas. ⁽³⁾

En el caso de marras, he de ponderar la patología que aqueja al amparado, su condición de discapacitado y la prescripción efectuada por el médico tratante que desarrolla su actividad en una institución de reconocido prestigio e indudable jerarquía científica, como lo es la Fundación FLENI.

Señalo asimismo que los accionantes en su escrito postulatorio manifestaron que, ante la prescripción médica, han realizado las gestiones pertinentes para la importación del CBD por ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología médica abonando la suma de U\$S 350.

Precisamente, es la propia Disposición ANMAT N° 10401 la que considera “Que el acceso excepcional de medicamentos es aquel que involucra una especialidad medicinal no registrada o no disponible en el país, ya sea por no estar comercializada o por ser un fármaco que aún en etapa de investigación clínica debidamente autorizada por la agencia regulatoria de medicamentos del país donde ésta se lleva a cabo.”

He de enfatizar, además que en reiteradas oportunidades el Máximo Tribunal afirmó 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, a elegir según sus propios valores y puntos de vista, incluso aunque parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada (Art. 19 Constitución Nacional).

Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente la posibilidad de aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos, con o sin expresión de causa (véase art. 2º inc. e).⁽⁴⁾

³ CFAMDP, “López Andrea I. c/ Osecac s/ amparo”, de fecha 14/7/2000, reg. 5646 de la Secretaría Civil de este Tribunal.

⁴ Cfr. “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias, 1 de junio de 2012. Fallos: 335:799.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

En el caso particular de autos, entiendo que frente a una acreditada, cierta y grave afectación de derechos individuales corresponde privilegiar la efectiva vigencia de estos frente a la generalidad de otros bienes jurídicos tutelados en la legislación infraconstitucional, generalmente de carácter penal.

La provisoriedad de una medida cautelar favorable en principio al uso medicinal del cannabis como alternativa terapéutica, impone separar las consecuencias de su consumo lúdico ya que el uso de los cannabionoides depende estrictamente del criterio del médico tratante, materia específica sobre la cual el aquo no cuenta con especialidad para contrariarlo sino sólo sobre la base de eufemismos y/o tecnicismos jurídicos que ponen en peligro la salud y la vida de la persona cuyo amparo se requiere judicialmente.

Teniendo en cuenta pues las dolencias que padece el tutelado, es indudable que requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales “de una acción positiva” que le asegure la vigencia del derecho a la salud, dentro de la garantía constitucional a una “tutela judicial continua y efectiva”.

El certificado de discapacidad agregado en estas actuaciones y la evidente urgencia que demanda la necesidad para el paciente de disponer de un tratamiento adyuvante paliativo (aceite de cannabis) nombre comercial CHARLOTTE`S WEB PREMIUM (ver certificado médico) indicado por el profesional médico tratante constituye suficiente fundamento para tener por acreditado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho que impone el dictado de una medida cautelar.⁵

⁵ Cfr. Congressional Research Service. Informing the Legislative Debat since 1914. National Academies Evaluation. The National Academies evaluated cannabis, its constituents, and drugs containing synthetic THC. For each of 11 health topics, the report assessed “fair-and good-quality” research, relying on systematic reviews published since 2011 (where available) and primary research published after the systematic review (or since 1999, if no systematic review exists). The 11 health topics are (1) therapeutic effects; (2) cancer; (3) cardiometabolic risk; (4) respiratory disease; (5) immunity; (6) injury and death; (7) prenatal, perinatal, and postnatal exposure to cannabis; (8) psychosocial effects; (9) mental health; (10) problem cannabis use; and (11) cannabis use and abuse of other substances. The report presents nearly 100 conclusions, including some related to the challenges in conducting research with cannabis and cannabinoids.



Cuadra añadir que toda decisión judicial debe fundarse en la ley, y en ese contexto no debo prescindir de la ley 25.404 que establece medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia y que impone que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna; que las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes N° 22.431 y N° 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias, como asimismo que en toda controversia judicial o extrajudicial en la cual el carácter de epiléptico fuere invocado para negar, modificar y extinguir derechos subjetivos de cualquier naturaleza, será imprescindible el dictamen de los profesionales afectados al programa, el que no podrá ser suplido por otras medidas probatorias y debe remarcarse que los gastos que demande la presente se tomarán de los créditos que correspondan a la partida presupuestaria del Ministerio de Salud, conforme las previsiones de los arts. 4, 6, 8 y 11 de dicha norma.

Todo ello, sin dejar de advertir el largo tiempo que ha transcurrido desde el inicio de la presente acción y el momento en que el tema referente al rechazo de la media cautelar es revisada por esta Alzada.

Considero entonces que, teniendo en cuenta que la interpretación constitucional constituye un operativo jurídico, no resulta plausible que ante la falta reglamentación de una ley para determinado caso concreto, impida buscar la real interpretación acorde a la Constitución Nacional mediante una adecuada integración para evitar el vacío normativo. Esto por cuanto "...se ha de interpretar que las normas de la constitución que declaran derechos fundamentales, son operativas, y deben ser aplicadas aunque carezcan de reglamentación." (6)

⁶ Cfr. Germán J. Bidart Campos en Manual de la Constitución Reformada, T I págs. 298 y sstes.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Sostengo ello pues determinada la necesidad práctica de la existencia de una urgencia para salvaguardar los derechos humanos debo remitirme a una de las dos grandes clases de disposiciones, unas que resultan inmediatamente aplicables, operativas (self-executing en el derecho americano) que pueden hacerse valer ante un tribunal sin otro aditamento o norma que precise su contenido o alcance. Estas, son llamadas operativas y comprenden a la mayoría de los derechos descriptos en las declaraciones que forman parte del orden jurídico argentino. Así, no resulta necesaria la sanción de ninguna ley para efectivizar el derecho de los habitantes a la salud, su calidad de vida y a una adecuada atención médica.

Pero más aún, si no se compartiera tal opinión se debería valorar -al tiempo de analizar si una norma es operativa o programática- la presunción que en materia de derechos humanos las normas son operativas. Esto fue admitido desde antaño por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso Siri, en cuanto sostuvo que “las garantías individuales (léase en lenguaje actual derechos humanos) existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas”, para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González que “No son, como puede creerse...simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, su derecho a una buena calidad de vida con todo sus aditamentos.



Actualmente, en apoyo de ello, se ha señalado que “es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado idéntico principio, al decir que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. Sin embargo la circunstancia de hallarnos frente a una norma programática no implica que carezca de cualquier efecto, sino que, por el contrario, pueden extraerse varias consecuencias. La primera de ellas es que la disposición impide la adopción, por el estado, de normas que se opongan al mandato o plan contenido en aquella, puesto que de lo contrario se estaría desconociendo el programa. En segundo término, si el mandato normativo aparece claro, el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñar el sentido de otras normas.

Caso contrario podría darse el caso de la violación de un tratado internacional, por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento, lo que resulta un despropósito legislativo y una violación al principio de la jerarquía de las normas.

Es que como nos enseña con meridiana claridad Daniel Herrendorf, “Divulgar los beneficios de la libertad entre personas que no pueden gozarlos se parece menos a una conquista que a un escarnio.” “Los Estados están comprometidos a allanar todos los obstáculos para que los derechos ratificados estén al alcance de todos. No tiene sentido —más que el de obtener un bonito





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

ropaje internacional- consagrar derechos imposibles de los que nadie gozará, porque los jueces hacen caso omiso del derecho de los tratados en sus sentencias, y los gobiernos no respetan las cláusulas ratificadas.” (7)

Por todo lo expuesto es que propongo al Acuerdo hacer lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, disponer que la accionada proceda -en forma inmediata- a arbitrar los medios necesarios para que los amparistas tengan acceso al fármaco solicitado según la prescripción médica obrante en autos, bajo caución juratoria; sin costas atento la inexistencia de contraparte (art. 68 2da. parte del CPCCN; arg. art. 22 inc. d) Ley 27.149).

Tal es mi voto.

El Dr. Tazza dijo:

Que por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

⁷ Cfr. Daniel Herrendorf en El Derecho a Tener Derechos. Págs. 64/5



Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

Hacer lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, disponer que la accionada proceda -en forma inmediata- a arbitrar los medios necesarios para que los amparistas tengan acceso al fármaco solicitado según la prescripción médica obrante en autos, bajo caución juratoria; sin costas atento la inexistencia de contraparte (art. 68 2da. parte del CPCCN; arg. art. 22 inc. d) Ley 27.149).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

Se deja constancia que el Dr. Eduardo Pablo Jiménez no firma por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.).

