



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

La Plata, de diciembre de 2016.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 39357/2016/CA1, caratulado: “L.S.L. Y OTROS c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/AMPARO LEY 16.986” proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2.-

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la parte demandada, contra la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenó a la Obra Social de Petroleros (O.S.P.E.) que preste la cobertura integral al menor A.F. del fármaco Charlotte’s Web Hemp Extract Oil, cuyo principio activo es Cannabidol, en jarabe de presentación de 100 ml en la cantidad requerida por el profesional médico tratante, cumplimiento que deberá hacerse efectivo en forma periódica y de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento que sean indicadas por el profesional médico actuante y previo cumplimiento de los recaudos previstos por la ANMAT para la importación de sustancias compasivas (v. fs. 112/116 y fs. 105/107 vta. respectivamente).

II. La recurrente se agravia contra la resolución en cuanto que el actor inicia una acción de amparo sin que exista un incumplimiento por parte de este agente del seguro de salud. En este sentido, amplía que la amparista reclama la cobertura de la medicación “Charlotte’s Web Hemp Extract Oil”, cuando la misma no se encuentra aprobada en este País, siendo importado mediante la ANMAT para casos excepcionales, no siendo de cobertura obligatoria para dicha Obra Social.

Atento lo expuesto precedentemente, la recurrente reitera que no ha negado la cobertura médico asistencial que requiere el paciente en cuestión, pero si las mismas deben ser provistas en condiciones de igualdad con la totalidad de los beneficiarios de la entidad a la cual representa. En el caso de la medicación requerida por la amparista, se encuentra fuera del P.M.O- (Programa Médico Obligatorio) por lo cual, considera que no corresponde la cobertura de la misma.



III. Corresponde destacar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (conf. Fallos: 274:13, considerando 3º; 283:335; 300: 1231; disidencia del juez Belluscio en Fallos: 313:1513 y disidencia del juez Maqueda en Fallos: 326:2637), su exclusión por la existencia de otros recursos no puede resultar en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299: 358, 417; 305: 307; 307: 444; 327: 2920).

En tal sentido, las particulares circunstancias que rodean el caso, por encontrarse comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimientos cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas –entre las cuales se encuentra, lógicamente, el juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179). Sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio *judicial* mas idóneo (conf. Fallos: 330:4647).

El amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Constitución Nacional; tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (conf. Fallos: 329:255; 326: 4931).

Por el contrario, en atención a la naturaleza de los daños invocados, que involucran la violación del derecho a la salud, sólo podrían alcanzar una protección ilusoria por las vías ordinarias (Fallos: 330: 520; 329: 4741).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

IV. El *sub examine* exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud de la accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros).

Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. “Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 30/09/03).

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa 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 situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

V. En tal sentido, el derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - “R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo”). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

V. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

Debe tenerse en cuenta, además, la condición de persona con discapacidad del menor, acreditada en autos con el certificado pertinente. En su mérito, halla amparo en las disposiciones de la ley 24.901 de protección integral de las personas con discapacidad en tanto, como expresó la Corte Suprema de Justicia *"...ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de la obra social a los que esté afiliado. Mediante dicha ley se creó un sistema de prestaciones básicas "de atención integral a favor de las personas con discapacidad" y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2)"* (Fallos: 323:3229, en cita, del dictamen del señor Procurador Fiscal).

Debe recordarse, en ese sentido, que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado que "la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna". (CSJN, G. 529. XXXIII. Ganora, Mario Fernando y otra s/ habeas corques; entre otros).

VI. Una interpretación global de la normativa constitucional, internacional de derecho humanos y legal permite razonablemente concluir que el Plan Médico Obligatorio fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados (conf. Resol. Gral. MSyAS N° 247/96 y sus modificaciones; Leyes 23.660, 23.661 y 24.754); sin desconocer la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales y el descubrimiento de nuevas patologías, prácticas médicas o medicamentos destinados a su curación o respectivo tratamiento.

Es indudable que el apego estricto al mentado programa colisiona, en el *sub examine*, con el derecho a la vida y a la salud, a gozar de los adelantos científicos que la medicina incorpora diariamente con el fin de vencer los



trastornos psico-físicos, sustentados por una pluralidad de normas de génesis nacional como supranacional, que a partir de la reforma de nuestra Carta Magna en 1994 se encuentran junto a ella en la cúspide de nuestro derecho interno, siendo el meollo de esta disputa disipar cuál de las normas quedará desplazada por la aplicación de la otra, y tiene como única respuesta jurídicamente posible la prevalencia de nuestra Ley Fundamental por el lugar que ocupa en nuestra pirámide legislativa, restándole valor a una resolución ministerial. De esta manera, el PMO no es la excusa jurídicamente válida para no prestar el servicio de salud, sino por el contrario es el marco de referencia a partir del cual se debe cumplir con la Constitución Nacional, en lo referente al derecho a la vida y a la salud, el cual menciona en forma enunciativa y no taxativa como pretenden los encargados de brindar tal servicio las prestaciones que deberán otorgarse, conformándole piso mínimo a partir del cual se agregan otras que en el marco normativo constitucional y legislativo interno e internacional amparan el derecho a la vida y a la salud.

VII. En el caso de autos, resulta comprobado que el menor es afiliado a OSPE, así como el padecimiento de Encefalopatía Epiléptica (Sme de West) y la necesidad de la medicación indicada por su médico tratante. (v. fs. 6, 7, 8, 9, 10 y 25/30).

Asimismo, la situación de discapacidad del menor y las repercusiones negativas en su salud psico-física que provoca la situación descripta, justifica la necesidad de adoptar una solución urgente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso como asimismo, el cumplimiento de la medida cautelar.

Por ello, aún cuando la pretensión solicitada se encuentre fuera de la cobertura del Plan Médico Obligatorio (conf. Fallos: 329: 1638), teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, corresponde rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez *a quo*.

VIII. Por ello, en orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal RESUELVE:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

RECHAZAR el recurso interpuesto y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

