

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL DE LA PLATA

“L. S. L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/AMPARO LEY 16.986 “

La Plata, 8 de noviembre de 2016. AUTOS Y VISTOS: Tiénese al doctor Mariano Santander por presentado, parte a mérito de la copia del testimonio de poder acompañada y por constituido el domicilio electrónico indicado, incorporándose el mismo al sistema Lex 100. Por contestado en tiempo y forma el informe requerido en los términos del art. 8 de la ley 16.986 y presente la prueba ofrecida y reserva del caso federal formulada. Encontrándose pendiente de resolución el tratamiento de la medida cautelar solicitada por los amparistas corresponde abocarme a su tratamiento. En primer lugar se encuentra acreditada la calidad de afiliado a la Obra Social de Petroleros del menor A. F., DNI, como así también su calidad de discapacitado, según certificado expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, con fecha de emisión 29 de octubre de 2015 (vide fs. 9). Los accionantes requieren que la Obra Social de Petroleros a la que está afiliado el menor le suministre, con cobertura integral, la sustancia Charlotte’s Web Hemp Extract Oil, cuyo principio activo es Cannabidol, en jarabe de presentación de 100 ml, como también de toda aquella que le fuera indicada en el futuro. Acompañan certificado médico, suscripto por el doctor Sebastián Díaz Basanta, del Servicio de Neurología del Hospital de Niños “Sor María Ludovica” de la ciudad de La Plata con la indicación correspondiente (vide fs. 30). No puede soslayarse en el sub iudice la particular circunstancia del delicado estado de salud del pequeño A. F. de un año y siete meses de edad que padece de encefalopatía epiléptica refractaria (síndrome de West) y que sufre -según refieren sus progenitores- alrededor de 620 espasmos por día. También que la medicación indicada por el profesional médico tratante no se comercializa en el país y su componente substancial es un derivado de una droga -cannabis- cuya utilización, aún con fines medicinales, no está legalmente autorizada. La salud se vincula, en un sentido positivo, con el estado en que la persona puede ejercer con normalidad todas sus funciones naturales, sean éstas físicas o mentales. El derecho a la salud -mencionado expresamente por el constituyente reformador de 1994 en el artículo 42 de la Constitución Nacional, constituye una derivación del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal, con los cuales está íntimamente imbricado. El derecho a la salud presenta una connotación social, más acentuada que los otros derechos mencionados de los cuales deriva. Su génesis, en el ámbito del derecho público, está vinculada con el constitucionalismo social, y, por ende, con la obligación del Estado de contribuir activamente al resguardo de la salud pública. El derecho a la salud ha recibido, también, una intensa protección en los tratados internacionales de derechos humanos que han merecido hasta el presente ser reconocidos con jerarquía constitucional, sea por propio mandato constitucional o como consecuencia de una expresa declaración del Congreso de la Nación de conformidad a lo estatuido por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Ley Fundamental. La Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone, en su artículo 25, que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias

independientes de su voluntad”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dispone que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (artículo XI). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere explícitamente a la protección de la salud en los artículos 12.3, 18.3, 19.3.b., 21 y 22.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), luego de establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, refiere específicamente a la protección de la salud en los artículos 12.3, 13.3, 15, 16.2 y 22.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce que “se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles ...” (artículo 10.1) y que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (artículo 12.1). En la misma convención internacional se establece igualmente que es obligación de los Estados partes “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (artículo 12.2.d). El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales - conocido como Protocolo de San Salvador-, establece en su artículo 10 que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El nudo con la vida es evidente: vivir biológicamente apareja el derecho a vivir con la dignidad y en las condiciones que, por ser persona, exige todo ser humano, tanto de sus demás semejantes como del Estado. Por ende, para vivir con dignidad la calidad de vida se debe integrar con la salud. En tal sentido la mera invocación de normas reglamentarias de lógico carácter infra-constitucional no pueden esgrimirse con éxito -al menos en esta instancia meramente preliminar- para pretender enervar la eficacia de explícitos contenidos constitucionales. Ha de agregarse, que en el sub examine, se encuentra acreditado la calidad de menor del afectado y su condición de discapacitado. La Convención sobre los Derechos del Niño, luego de expresar que “los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna ...” (artículo 2.1) dispone que “los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios” (artículo 24). Estas circunstancias fácticas y jurídicas se conjugan, en principio, a los efectos de tener por acreditado, en esta instancia meramente preliminar y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva, el *fumus boni iuris* exigido inveteradamente por las normas procesales como primer recaudo para la procedencia de las medidas cautelares. Advierto, además, la gravedad del cuadro clínico que aqueja al menor, su condición de discapacitado, la indicación de dos profesionales médicos sucesivos, la prueba previa que se ha realizado con la citada droga con resultados positivos y que la misma es elaborada en países extranjeros con estándares importantes en el cuidado de la salud. Cabe recordar que en relación a las personas discapacitadas las mismas han recibido del legislador una protección especial, entre las que corresponde destacar la ley 24.901 que estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Además, el

Congreso de la Nación ha dado sanción a la ley 26.378 por la cual se aprueba la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, que en su art. 7 refiere expresamente a la especial tutela que deben recibir los niños en condiciones de incapacidad. A esta Convención se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 27.044. Ante ello entiendo que ha de prevalecer el derecho de los accionantes a obtener por medio de su obra social el reconocimiento integral a esta prestación. Ello, sin perjuicio del estricto cumplimiento de todos los trámites previstos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para la importación de sustancias compasivas. Debo resaltar que la decisión provisoria que se adopta, en este caso específico, prima facie favorable a la utilización del cannabis y sus derivados como una alternativa terapéutica, lo es al margen de los perjuicios relacionados con el consumo lúdico de esa sustancia y en base a los informes médicos especializados en neurología infantil derivados de una institución oficial de indudable jerarquía científica. En consecuencia la utilización en un paciente determinado del uso terapéutico de los cannabinoides y sus compuestos debe depender exclusivamente del criterio médico que -como con cualquier otro fármaco- es una decisión derivada de la ciencia médica que no corresponde que este judicante revise en tal carácter. La manifiesta urgencia que demanda la necesidad para el accionante de disponer del fármaco indicado por los profesionales médicos tratantes constituye suficiente fundamento para tener por acreditado el peligro en la demora. En relación a la contracautela que ha de requerírsele a los accionantes para satisfacer los eventuales daños y perjuicios que pudieren derivarse de la medida cautelar, entiendo que resulta suficiente la caución juratoria. Por ello RESUELVO: 1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes, disponiendo que la Obra Social de Petroleros deberá arbitrar, en el plazo de diez (10) días hábiles, los medios necesarios para suministrarle con cobertura integral al menor A. F., DNI el medicamento Charlotte's Web Hemp Extract Oil, cuyo principio activo es Cannabidiol, en jarabe de presentación de 100 ml en la cantidad requerida por el profesional médico tratante. 2.- El cumplimiento 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. Ello, bajo apercibimiento de proceder de acuerdo a lo normado por el art. 239 del Código Penal de la Nación. 3.- Cumplida que sea por los accionantes la contracautela dispuesta, líbrese el correspondiente oficio. Protocolícese, notifíquese personalmente o por cédula y ofíciase.

ADOLFO GABINO ZIULU JUEZ FEDERAL