000598/2017

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S. A. A. c/ O.S.P.E. OSPE S/ medida cautelar (Legajo de copias Art.252 inc.2° CPr.)" Expte N° 598/2017,** venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 877/2017), por haber interpuesto la demandada a fs. 59/62 vta. recurso de apelación contra la resolución de fs. 40/42 que hizo lugar a la medida cautelar requerida por la parte actora.

I.- La resolución aludida dispone que, mientras dure el proceso principal, la Obra Social de Petroleros (OSPE) brinde al adolescente D. A. S., DNI N°**.***.*** la cobertura integral y total (al 100%) de del medicamento "*Charlotte´s web extract oil*" o su equivalente aceite de cannabis en forma inmediata y bajo las condiciones que indique el medico que asiste en el tratamiento a D.

Para así decidir tuvo en cuenta la condición de discapacidad del adolescente, el diagnóstico clínico, las indicaciones profesionales en cuanto a la medicación a administrar, la urgencia, la negativa de la Obra social de brindar la cobertura solicitada y la indubitable necesidad de evitar perjuicios a la salud y a la integridad psicofísica e integración social del paciente menor de edad.

II.- La demandada Obra Social de Petroleros (OSPE) expresó los agravios que le causa tal decisión en el siguiente orden:

Primero: El que titula "modo de concesión

del recurso". Cita el artículo 15 de la Ley Nacional N°16.986 sobre Proceso de Amparo como aplicable al caso y solicita que conste que la concesión del recurso de apelación sea a "ambos efectos". Luego, solicita que la concesión del mismo sea con efecto suspensivo, según lo considera en base a la norma nacional citada.

Segundo: Refiere a la medida cautelar concedida. Manifiesta que la medicación solicitada por el amparista "*Charlotte´s web hemp extract oil*" no es de cobertura obligatoria para la obra social OSPE, y que la jueza sentenciante resolvió sin fundamento alguno.

Invoca una consulta que habría realizado a la Superintendencia de Servicios de Salud, referida al pedido de marras que tramitó bajo el Expte. N° CUDAP 00028440/2015. De la trascripción de la respuesta que recibió puede extraerse que la Administración Nacional de Medicamentos (ANMAT) recibió otras solicitudes para el ingreso del producto en cuestión por uso compasivo y los autorizó por vía de excepción. Explicó que el cannabis es una planta de cuya flor deriva la marihuana y su uso medicinal está prohibido en la Argentina. Asimismo, que en sus decisiones contempló la tendencia en países vecinos y reconoció su eficacia contra los ataques de epilepsia. Por ésas razones habría autorizado la importación, dejando a salvo el debate pendiente en Argentina sobre el uso de la misma y una futura decisión del Ministerio de Salud. Sobre la cobertura de lo que denomina medicina alternativa (homeopatía, osteopatía y fitoterapia) la respuesta fue el acuerdo sobre la posibilidad de que una medicina integral sea beneficiosa para el paciente, sin embargo agregó que no contempla

la regulación en la materia y espera futuras decisiones al respecto.

Con base en ésta respuesta considera que no procede la cobertura pretendida al paciente.

Además de lo reseñado, manifestó que la medicación no se encuentra incluida en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y por consiguiente, no es obligatoria la prestación. Que OSPE es un agente prestador de cobertura de salud en los términos de las Leyes Nacionales N°23660 y 23661 y normas modificatorias y complementarias y por tratarse de un ente administrador de aportes y contribuciones de los afiliados no puede brindar mayor cobertura que la dispuesta por la normativa vigente. Arguye que la jueza sentenciante no tuvo en cuenta la responsabilidad patrimonial de la obra social y que es deber de su parte mantener un criterio de igualdad y equidad para los beneficiarios con la misma patología y no existen normas que la obliguen a la cobertura de otro porcentaje.

Manifiesta que no existe un peligro para la salud del menor de edad porque la obra social brindó las prestaciones medico asistenciales a la que está obligada.

Por ultimo expresó que la bondad del derecho invocado debe ser valorada con criterio restrictivo. A su vez cita la Ley Nacional N° 27.350 y considera que la misma no es aplicable al caso por ser una Ley que obliga al Estado; porque entiende que no obliga a los agentes del seguro de salud como OSPE a la provisión de la medicación -menos aun gratuitamente-; y porque se trata de una norma aun no reglamentada.

Ofrece prueba. Formula reserva del Caso Federal.

A fs. 66/67 vta. la actora contesta el traslado de los agravios diciendo, en primer lugar, que en el caso resulta aplicable la Ley Provincial N°V-84 y no la nacional; así el recurso debió concederse con efecto devolutivo.

Resalta la importancia suprema del Derecho a la vida y a la salud y su reconocimiento normativo; aduce que el Programa Médico Obligatorio no constituye obstáculo para la concesión del medicamento por realizar una descripción enunciativa y no taxativa de las prestaciones. Agrega que la mejoría desde la administración del fármaco "*Charlotte´s Web Extract Oil*" al menor es manifiesta. Solicita el rechazo de los agravios del demandado.

III.- Los argumentos relativos al modo de concesión del recurso no pueden prosperar. Huelga señalar que rige en el caso la ley procesal local no la ley nacional N°16.986. Sobre los recursos y el modo de concesión dispone en su artículo 11 que "[…] El Juez los deniega o concede en el término de un (1) día, en este caso con efecto devolutivo, cuando se hiciere lugar al amparo o dispusiere una medida cautelar […].

Ergo, no hay dudas que el recurso debe ser con efecto devolutivo y por ello corresponde desestimar el planteo de la demandada sobre el punto.

IV.- El ofrecimiento de prueba informativa en esta instancia y en el marco de la medida cautelar, debe ser rechazada por improcedente, en tanto el recurso fue concedido en relación (fs.63).

V.- Adentrándonos en el estudio de la

cuestión traída a revisión, cabe recordar que la medida cautelar solicitada requiere para su concesión la estricta concurrencia de los recaudos clásicos que tornan admisible toda cautelar; esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora; como así también un recaudo propio: el daño irreparable.

En el marco de los presupuestos apuntados, atendiendo al contenido de los agravios que pretenden poner en crisis y sin que el tratamiento de la medida pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, entendemos que corresponde analizar, si concurren los presupuestos imprescindibles para su provisión.

De la documentación obrante en autos surge la condición de discapacidad del menor D. S., según certificado de fs. 19 (Ley N°24.901). Asimismo, que su condición es producto de un deterioro progresivo de la salud, resultando su diagnóstico Síndrome de Morsier; epilepsia refractaria con crisis diarias y discapacidad intelectual (fs. 3). A su vez, la Dra. M. F., neuróloga infantil tratante del menor deja expresa constancia que D. no responde a la medicación habitual.

Es evidente el delicado estado del cuadro clínico del menor D. Según el criterio médico de la neuróloga tratante la medicación que brinda la obra social de modo convencional o de primera línea ya no sería eficiente para los padecimientos del paciente. Con los avances científicos surgió como alternativa la medicación solicitada y su administración habría dado buenos resultados en la salud del menor. Ello revelaría que en este caso, excepcional, la finalidad de una mejoría en la calidad de vida y en la salud estaría en

la medicación alternativa suministrada; extremos que demuestran sin ambages la concurrencia de los mentados presupuestos.

La salud comprende el máximo bienestar posible tanto físico como psíquico y una óptima calidad de vida. El concepto se fue conformando cada vez más como integral de la persona, partiendo desde su bienestar físico y mental, extendiéndose por su condición digna y en miras a todos los aspectos de su vida.

No cabe duda de que el acceso a los medicamentos constituye un aspecto esencial para garantizar el derecho a la protección de la salud sin perjuicio de la regulación pendiente en nuestro país sobre el uso del aceite de cannabis.

Justamente, ése derecho a la salud es protegido enfáticamente por normas nacionales, supranacionales, provinciales y en numerosos pronunciamientos judiciales que pusieron de resalto su valor supremo, es que la naturaleza misma determina la correlación inescindible entre la salud y la vida. (Const. Nac. Art.42; 75 inc.23 y los Tratados internacionales de jerarquía supra legal incorporados por el Art. 75 inc.22 de la Const. Nac.: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3 y 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 12,13,15,16 y 22; PIDESyC art.10 y 12; PIDCyP art.12,18,19,21 y 22; Convención sobre los Derechos del Niño art. 24, entre otros).

No puede soslayarse la amplia protección a la salud apuntada y el propósito inspirador de tales normas, cual es el máximo bienestar posible, de alcance

efectivo y amplio. La pretensión de excluir al menor D. S. de la posibilidad de mejorar su estado de salud so pretexto de falta de reglamentación de la Ley ó de interpretación restrictiva de normas infraconstitucionales (PMO, Ley 27.350); o sobre cuestiones porcentuales y económicas, desconocería la finalidad del sistema protectorio de la salud y la cobertura "integral" no estaría cumplida.

Esta Sala señaló en pronunciamientos anteriores que el término "derecho humano a la salud" expresa un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida y configura un derecho de naturaleza prestacional, un derecho de la población a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud (Carnota, Walter F.,"Proyecciones del derecho humano a la salud", "D 128-879 y 880).- Sentencia interlocutoria 213/2014; 133/2014 entre otras.

Negarle la cobertura de salud al adolescente D. S. tornaría tan solo declamativa la amplia gama de normas que refieren a la protección integral de la salud y del bienestar físico y psíquico en su conjunto y en relación al entorno familiar.

Tal protección también fue reflejada en el Programa Medico Obligatorio cuya interpretación la apelante pretende restringir. Asi en las "características básicas" del PMO se explicitó que el programa provee la asistencia médica fundamental y debe brindarse un tratamiento oportuno y eficiente de la enfermedad. Coloca como objetivo del sistema a la Salud y no a la enfermedad.

Luego, refiere a la carta de prestaciones

primarias y fundamentales que no pueden negar las obras sociales pero de ningún modo éstas excluyen otras prestaciones que no contemple el programa, como lo interpreta la recurrente. De lo contrario confrontaría con las normas y los propósitos superiores antes señalados.

Más aun ni siquiera la ANMAT negó la importancia de la salud y de un tratamiento eficiente y oportuno. En la respuesta que la misma apelante transcribe (Expte N° CUDAP 00028440/2015) puede leerse que priorizó el valor bienestar en casos excepcionales, autorizando el ingreso de la medicación. La gravedad de cada caso superó las barreras normativas. Además reconoció la eficacia del uso medicinal del aceite de cannabis en el caso de epilepsia y la intención de la cobertura integral benéfica con el mejor tratamiento posible, más allá de la normativa pendiente en Argentina al respecto.

No se advierte cual seria el régimen que apoyaría su postura restrictiva a la prestación. Incluso la Ley N°23661, citada por la demandada procura " el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país […] El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el 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 toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva".

Repárese que -en esta etapa preliminar- la

posibilidad de mejoría en la salud del menor D. S. justifica el acceso a la cobertura del medicamento "*charlotte´s web extract oil*" o su derivado aceite de canabbis. Que su condición de discapacidad vista a la luz de las normas nacionales e internacionales vigentes y en especial de la protección integral de la Ley N°24.901 y sumado a ello la opinión medica de la neuróloga tratante, son elementos suficientes que permiten comprobar la verosimilitud de su derecho a la cobertura que pretende.

Vale agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que "El ser humano goza del derecho a la autodeterminación de decidir cesar un tratamiento médico como también, en sentido opuesto, a recibir las necesarias prestaciones de salud y a que se respete su vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. (D. 376. XLIX. REX*D.M.A. c/ Y OTRO s/declaración de incapacidad* 07/07/2015Fallos: 338:556)

La urgencia de la medida se evidencia de los padecimientos diarios que sufre el adolescente sin encontrar alivio con la medicación habitual, según lo expresa la profesional tratante. La espera significaría una prolongación de sufrimientos físicos y espirituales en medio de un contexto personal y familiar que se deteriora cada día.

Lo expuesto habilita el adelantamiento de la tutela requerida mientras se sustancie la causa principal y por lo tanto corresponde confirmar la resolución de primera instancia apelada.

VI.- Las costas de esta instancia se

imponen a la recurrente vencida (art. 69 del C.Pr.). Los honorarios profesionales se fijarán teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, éxito obtenido y situación económica de las partes arts. 5,7, 13 y 26 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15).

Por ello, la **Sala A** de la C**á**mara de Apelaciones de la Circunscripci**ó**n Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E :

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada a fs. 59/62 vta. y confirmar la resolución de fs. 40/42.

2°) Rechazar la medida de prueba solicitada por improcedente.

3°) Téngase presente la reserva del Caso Federal planteada a fs.62 y vta.

4°) Costas de la Alzada a la recurrente vencida. Regular los honorarios de la Dra. P. L. I., en el TREINTA (30%) POR CIENTO y los de la Dra. A. K., en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO, de los honorarios que corresponda regular en primera instancia.

5°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Fernando NAHUELANCA, y concordar en la solución del caso (Ley V-N° 17).-

Silvia Noemí ALONSO **Julio Antonio ALEXANDRE**

JUEZA de CAMARA **PRESIDENTE**

REGISTRADA BAJO EL Nro. **DEL AÑO 2017**

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS