

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos

Causa: RGJ en repres. de su hijo menor c/ instituto de obra social de la provincia de Entre Ríos y c/superior Gobierno de la Prov. de Entre Ríos s/ acción de amparo (en feria)

ACUERDO:

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los treinta y un días del mes de enero de dos mil diecinueve, reunidos, en el Salón de Acuerdos los señores miembros del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Feria, a saber: Presidente Dr. BERNARDO I. R. SALDUNA y las vocales Dres.: EDUARDO ROMEO CARBÓ y HUGO DANIEL PEROTTI, asistidos de la Secretaria autorizante fueron traídas para resolver, las actuaciones: "R G J EN REPRES. DE SU HIJO MENOR C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS y C/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROV DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO (EN FERIA)".-

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: señores Vocales Dres. SALDUNA, PEROTTI y CARBÓ.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó la siguiente cuestión:

¿Qué cabe resolver?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. SALDUNA, DIJO:

I.- A fs. 69/73 vta., G J. R, en representación de su hijo menor de edad E. G. R. y por intermedio de su apoderado, interpuso acción de amparo.

AMPARO Y MEDICAMENTOS EN FAZ DE EXPERIMENTACIÓN MÉDICA

“AMPARO” AND DRUGS IN MEDICAL EXPERIMENTATION

NICOLÁS ALBERTO SIMÓN¹

RESUMEN:

En el presente trabajo se comenta un fallo judicial en el cual se analiza la procedencia de una acción constitucional de amparo iniciada por el progenitor de un niño de tres años de edad -enfermo de cáncer- a fin de que la obra social de la provincia de Entre Ríos y/o el propio estado provincial proveyese al menor el medicamento necesario para la continuación de su tratamiento, fármaco este que sólo se expende en Alemania.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Alumno sobresaliente promoción 2012. Especialista en derecho de daños (Universidad Castilla-La Mancha, España, 2017). Especializando en Derecho Procesal de las Ejecuciones (Universidad Blas Pascal, Córdoba). Profesor integrante de la Cátedra de Derecho Privado I (Facultad de Derecho, Universidad Siglo XXI, Córdoba). Adscripto en la Cátedra de Derecho Privado II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba). Relator/Asistente de magistrado del Juzgado de Primera Instancia y Sexta Nominación en lo Civil y de la Excm. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba. Redactor del Boletín Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Se desempeña como Prosecretario Letrado de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Laboral, Familia y Contencioso Administrativo de la ciudad de Bell Ville, Córdoba. Mail: nicolassimon25@hotmail.com – ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3846-5132>

En su presentación, el actor demandó al Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos; y, subsidiariamente, al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos. Allí, pretendió que se brinde al niño E. G. R., la cobertura integral de la medicación Qarziba (nombre comercial), cuyo integrante farmacéutico activo/genérico es dinutuximab beta (denominación no comercial) 10 mg/2 por diez días (cinco ciclos).

Indicó que esa medicación había sido prescrita por la médica tratante, según la patología que padece su hijo. Esto es: Neuroblastoma estadio IV.

Abordó los requisitos de admisibilidad de la vía que intenta; y, reputó de ilegítima la conducta asumida por el IOSPER en cuanto esa parte se negó a otorgar la prestación. Señaló que ante la insuficiencia de recursos que invocó la Obra Social demandada, debe operar el Estado Provincial de modo subsidiario. En su respaldo, citó los arts. 28 CN; y, 5 y 38 CER.

Refirió al trámite administrativo e invocó normas convencionales. Preciso que la enfermedad de E. G. R. es un tipo de cáncer infantil de alto riesgo, con metástasis en la médula ósea y huesos del cráneo.

Relató que, con anterioridad, se inició tratamiento de inducción con quimioterapia. Y, finalizado ello, el tumor se había reducido lo suficiente que habilitó la realización de una cirugía; y, luego, un autotransplante de células madres a fin de erradicar la enfermedad.

Con el objetivo de evitar la reaparición del tumor, se aplicó ácido cis retinoico. E, insistió, según la indicación médica, su hijo debe recibir la droga requerida en este amparo.

Expuso que: a) la medicación se fabrica por una empresa alemana, b) no se encuentra en fase de experimentación; y, c) se comercializa en Europa.

Reconoció que, como toda droga, existen eventuales efectos adversos. Aunque, en el caso y citando las prescripciones de los galenos, las especiales circunstancias, ameritan y justifican el tratamiento.

A su criterio, la única razón en la respuesta del IOSPER, se justifica en la onerosidad del medicamento.

Detalló su prueba documental y ofreció la restante. Fundó en derecho; e, hizo reserva del caso federal, en los términos del art. 14 de la Ley N° 48. Finalmente peticionó que se haga lugar al amparo, con costas.

ABSTRACT:

The present paper comments on a judicial ruling that analyzes the requirements of a constitutional action initiated by the father of a three-year-old child with cancer in order to receive, from the medical care system of Entre Ríos Province and/or the state itself, the necessary medication for the continuation of the child's treatment, a drug that is only sold in Germany in Argentina, further expanding it in the margins of the National Gender Identity Law.

Palabras Claves: amparo - salud - medicamento oncológico - experimentación - importación.

Key Words: protection - health - oncological medication - experimentation - import.

I. El caso bajo análisis

En la feria judicial del pasado mes de enero del año dos mil diecinueve, el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Feria de la Provincia de Entre Ríos decidió -por mayoría- hacer lugar a la demanda de amparo entablada por el Sr. R.G.J. en representación de su hijo de tres años de edad -E.G.R.- a fin de que la obra social de esa provincia y/o la propia organización estatal le proveyesen al menor una droga necesaria para la continuación de su tratamiento oncológico.

El niño está siendo tratado en el Hospital "Ricardo Gutiérrez" de la ciudad de Buenos Aires puesto que padece de un tipo de cáncer infantil de alto riesgo, con metástasis en la médula ósea y huesos del cráneo. Tras un tratamiento de inducción con quimioterapia, E.G.R fue intervenido quirúrgicamente, se le efectuó un autotrasplante de células

II.- Requerido el informe del art. 8 de la Ley N° 8369 a las codemandadas, a fs. 165/183 vta. y a través de su apoderado, se presentó el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos.

En esa oportunidad, sin perjuicio de esgrimir un mero error material de su contraria, ensayó que la demanda era infundada y, en algunos extremos, con datos falsos. También, se avocó a replicar ciertos aspectos del promocional.

Sostuvo que: a) la droga en cuestión no está registrada, b) no se comercializa en la Argentina, c) su contraria reconoció que la medicación no está autorizada o disponible en el país y la posibilidad de efectos adversos (ver fs. 106). Resaltó los informes del Instituto Nacional del Cáncer y del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria; y, subrayó las múltiples coberturas que ha recibido el menor de edad (detallando el monto económico de la intervención en la Fundación Instituto Quirúrgico del Callao: \$1.164.800,74). Todo ello, desmentiría la versión del actor. Subrayó el trámite extrajudicial, antecedentes de la Provincia de Mendoza sobre el debate que aquí nos con- voca; y, transcribió la auditoría dispuesta por Presidencia del IOSPER: "se necesitan más datos para entender totalmente la eficacia del medicamento. Se lo ha autorizado para uso en 'circunstancias excepcionales'. Esto se debe a que no ha sido posible obtener información completa sobre el medicamento por razones éticas. (...) Aún no se concluye en los efectos adversos ... incluyendo el sistema nervioso central y periférico, la prevalencia de disfunción orgánica, los efectos sobre el crecimiento y el desarrollo endocrino, la pérdida de audición, la toxicidad cardíaca y los datos de supervivencia. El medicamento aún está en protocolo de estudios".

Alegó que el Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética del Hospital de Niños de Mendoza, con la firma de dieciséis profesionales, concluyeron que "no hay evidencia científica suficiente para realizar estabindicación" (citas de fs. 169 vta. in fine/170).

A continuación, mencionó una segunda auditoría de su parte; "En Argentina el ANMAT no ha autorizado su uso hasta la fecha. (...) Recientemente, han sido aprobados nuevos tratamientos inmunológicos, como los anticuerpos antigangliosido 2 (anti-GD2). (...) La moderada calidad de la evidencia disponible no permite hacer una recomendación definitiva sobre su cobertura" (fs. 170 vta. in fine/171).

.....
 madres para erradicar la enfermedad y -según prescripción médica- requiere recibir la medicación denominada comercialmente "Qarziba"².

Este medicamento es producido exclusivamente en Alemania y se encuentra en estado científico de experimentación en nuestros días.

El juez de primera instancia que conoció en la causa decidió acoger la pretensión constitucional esgrimida, imponiendo las costas causídicas generadas por el orden causado. Ambos polos de la relación procesal apelaron tal resolución. El recurso del actor se ciñó exclusivamente a lo decidido en materia de imposición de costas mientras que el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (en adelante, IOSPER) y el Superior Gobierno de esa Provincia procuraron la revocación del resolutorio, -principalmente- en base a dos cuestiones: la onerosidad de la importación del fármaco y la falta de certeza en la comprobación de efectos en el estado crítico de salud del infante.

Conforme la ley de procedimientos constitucionales de la Provincia de Entre Ríos (ley n.º 8369), el recurso de apelación de la sentencia dictada en el marco de un proceso de amparo conlleva el de nulidad, debiendo el tribunal de alzada verificar de oficio la existencia de vicios invalidantes del proceso. Además, la concesión del recurso de apelación y nulidad otorga al tribunal *ad-quem* la plena jurisdicción del caso, colocándolo frente a los postulados de las partes en la misma situación que el magistrado de la instancia anterior.³

El Tribunal Superior basó su decisión en la prueba recabada en la causa (principalmente documental, pericial e informativa) e incluso hizo producir -mediante el despacho de

2 Integrante farmacéutico activo/genético es dinutuximab beta; 10 mg/2 por diez días en cinco ciclos.

3 Véanse artículos 15 y 16 de la ley provincial de la Provincia de Entre Ríos n.º 8369.

Transcribió las partes pertinentes del informe del Instituto Nacional del Cáncer, coincidente con lo ya había dictaminado por esta parte.

Aludió al trámite ante la ANMAT e hizo ciertas consideraciones respecto de la Ley N° 23611.

Predicó que, a la fecha, no cuenta con los fondos necesarios para adquirir lo que se pretende. También, hizo referencia a los 298.000 afiliados a la Obra Social, consideró aspectos presupuestarios; y, el Decreto Ley N° 5326/73, ratificado por Ley N° 5480.

Interesó que se cite, en calidad de terceros, al laboratorio o importador o representante del medicamento; y, también, al Estado Nacional, Ministerio de Salud y Superintendencia de Salud.

Fundó la inadmisibilidad de la acción intentada; y, finalmente, hizo reserva del caso federal, en los términos del art. 14 de la Ley N° 48 y pidió que se rechace el amparo, con costas.

III.- A su turno, a fs. 187/194, se presentó el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos. Allí, con similares argumentos que el IOSPER, repelió la acción en su contra.

En concreto, esgrimió los resultados inciertos de la droga en estado experimental; y, concluyó que "el presente amparo configura una audacia desde el punto de vista médico" (fs. 190).

Luego de justificar la improcedencia de la demanda, rechazó la responsabilidad de su parte.

Por último, hizo reserva del caso federal, en los términos del art. 14 de la Ley N° 48; y, pidió que se rechace el amparo, con costas al actor, o, en su defecto, se impongan por su orden.

IV.- A fs. 199, el magistrado de la instancia inferior libró oficio al Servicio de Oncohematología del Hospital de Niños de Paraná. Y, atento su respuesta que obra a fs. 201/201 bis, a fs. 202 se requirió la intervención del Departamento Médico Forense de Este Poder Judicial cuyo dictamen luce a fs. 203 y vta.

V.- A fs. 205/225 vta., se dictó sentencia que hizo lugar a la acción de amparo incoada, impuso las costas por

.....
una medida para mejor proveer- mayor material probatorio en su sede. Cuadra destacar esto último, puesto que, sopesando la importancia del caso y la trascendencia de la decisión a tomar, el órgano jurisdiccional adoptó un rol activo en la resolución del planteo, propio del paradigma actual al que debe responder la función jurisdiccional.

El Tribunal de feria fue integrado por los Dres. Bernardo I. R. Salduna, Hugo Daniel Perotti y Eduardo Romeo Carbó. El primero votó a favor de los recursos de apelación deducidos por las demandadas y propuso revocar la sentencia del juez a-quo, mientras que los Dres. Perotti y Carbó votaron en contra de las impugnaciones articuladas por las accionadas y a favor del recurso del actor. Como se adelantó, se confirmó -por mayoría- la decisión del Tribunal de primera instancia en lo referido a la procedencia de la acción de amparo y se impusieron las costas del caso a cargo de las demandadas vencidas.

II. El Estado, responsable subsidiario en cuestiones de salud

Garantizado el derecho de defensa de las accionadas, la obra social como el propio estado provincial de Entre Ríos se opusieron a la pretensión esgrimida por el amparista. Conforme surge de la relación de causa efectuada por el Vocal del primer voto -Dr. Salduna-, ambas demandadas refutaron la pretensión constitucional hecha valer en el caso desde la primera oportunidad en que comparecieron a juicio. Su esfuerzo argumentativo demostrado por ante el máximo Tribunal provincial no resultó suficiente para rebatir lo decidido por el juez de primer grado.

Al iterar las actuaciones procesales de la causa, el Dr. Salduna expresó: "*Las accionadas fundamentan sus recursos en similar sentido a sus respectivas contestaciones de demanda*". De ello se desprende que su técnica recursiva ni la solvencia jurídica de su

su orden y se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes.

VI.- A fs. 242, 243 y 245 las partes introducen sendos recursos de apelación, remedios que son concedidos a fs. 247.

Las actuaciones son elevadas a esta Sala conforme oficio de fs. 248

VII.- A fs. 264/280 vta., 282/287 vta. y 289 y vta., las partes introducen sus respectivos memoriales, conforme autoriza el art. 16 LPC.

Las accionadas fundamentan sus recursos en similar sentido a sus respectivas contestaciones de demanda. Por su parte, el amparista, se queja en cuanto las costas se impusieron por su orden.

VIII.- A fojas 295/296 vta., el Ministerio Público de la Defensa, evacúa la vista conferida a fs. 291.

A su turno, a fs. 298/299 el Ministerio Público Fiscal, propicia el rechazo de la acción.

IX.- A fs. 314, sin perjuicio de lo dispuesto a fs. 300 y 301 y vta., las presentes actuaciones son puestas a despacho a fin de resolver.

X.- Preliminarmente, conforme lo establecido en los arts. 15 y 16 de la Ley de Procedimientos Constitucionales N° 8369, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia en la acción de amparo o de ejecución de primera instancia, conlleva el de nulidad, debiendo el tribunal de alzada verificar, aún de oficio, la existencia de vicios invalidantes y, en su caso, proceder según corresponda.

Las partes no efectúan planteo alguno de tal naturaleza. Tampoco lo señala en su dictamen el MPD ni el MPF; y, del análisis de las actuaciones, no se advierten defectos que por su magnitud e irreparabilidad deban ser expurgados del proceso por esta vía, por lo cual doy respuesta negativa al interrogante.

.....
postura respondieron al estándar mínimo necesario para refutar el objeto pretendido por el amparista.

Soslayan las accionadas que el estado es responsable en materia de servicio de salud; que en el caso de que el servicio sea prestado por obras sociales o entidades de medicina prepaga, la responsabilidad estatal es siempre subsidiaria ante el incumplimiento o el defectuoso, tardío o parcial cumplimiento de las primeras y que su obrar no se acota a la mera subsidiariedad, sino que el estado debe adoptar políticas positivas para lograr el efectivo y pleno goce del derecho a la salud digna.

La Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante, CSJN- ha pregonado que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que el Poder Judicial debe proteger.⁴

En ese marco, es dable destacar la decisión adoptada por los Magistrados que conformaron el voto de la mayoría. Sin descuidar los planteos defensivos esgrimidos por las demandadas, la posición que adoptaron los Dres. Hugo Daniel Perotti y Eduardo Romeo Carbó refleja la postura que -sobre la temática- ha sostenido inveteradamente el tribunal federal de la Nación.

La Corte ha dicho: "(...) el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema). Así, el tribunal ha destacado la obligación

⁴ CSJN, Fallos 330:3725.

XI.- Ahora bien, resulta oportuno memorar la uniforme y constante doctrina judicial, por la cual, al concederse el recurso de apelación y nulidad de conformidad a lo establecido por los arts. 15 y 16 de la Ley N° 8369, otorga a esta instancia de alzada, la plena jurisdicción sobre el caso, colocándola frente a la demanda en la misma situación que el judicante de grado inferior, pudiendo examinar la causa en todos sus aspectos, tratar cuestiones no planteadas recursivamente y establecer, aún de oficio, la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen ipso iure. De igual modo, reconoce al Tribunal la facultad para escrutar y resolver acerca de la totalidad del caso, tanto en su aspecto fáctico como jurídico, actuando con plena jurisdicción y juzgando con la mayor amplitud de conocimiento, con las limitaciones dadas por la naturaleza sumarísima del proceso, pudiendo no sólo revocar la resolución apelada, sino también reemplazarla por otra decisión ajustada a derecho (cfr. STJER, Sala Penal - "Barcos de Ferro" sentencia del 19/02/93; "Tepsich", sentencia del 05/09/94, LSamp. 1994, f°256; "De Giusto" sentencia del 02/07/93, LSamp. 1993, f° 358; "Traverso de Ormaechea", Sentencia del 04/11/94, LSamp. 1994, f° 301; "Romero", sentencia del 08/11/94, LSamp.1994, f° 307, entre otros.). Dentro del marco cognoscitivo reseñado, corresponde dar respuesta al planteo recursivo.

XII.- En ese orden, es menester señalar, que la CSJN en autos "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ amparo", rechazó la provisión de una droga en fase de experimentación.

El Máximo Tribunal de la Nación, "estimó que únicamente la demostración de la eficiencia del medicamento, constituye una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado un tratamiento médico ya escogido. Ello con la finalidad de garantizar los derechos a la vida y a la salud, como asimismo, las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan. Razones de índole científica e imperativos éticos, no permiten la utilización del hombre como un simple medio para otros fines, como lo sería la experimentación de medicamentos" (PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 235, el resaltado es propio).

.....
impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben sumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga ⁵(...)"
 Por ello, es menester recordar que en casos en donde está en juego el derecho a la salud de las personas, el magistrado que resuelve la causa debe indefectiblemente ponderar que su solución debe garantizar la dignidad del sujeto perjudicado, dando así eficacia al primero y principal derecho que nos permite ejercer el resto: el derecho a la vida.

III. Fundamentos principales esgrimidos por la oposición. Su alcance para fustigar el reconocimiento del derecho humano hecho valer en el proceso por el padre del niño enfermo.

En términos generales, la defensa esgrimida por las accionadas se basó en los siguientes pilares: la onerosidad del fármaco pretendido por el amparista y la presunta falta de comprobación científica de los efectos del medicamento objeto de la pretensión.

En el voto de la minoría como en los que conformaron la mayoría se citaron precedentes de la CSJN a favor de cada una de las posturas.

A continuación, se analizarán los puntos centrales de los pronunciamientos de los jueces que resolvieron el caso. El análisis se efectuará de manera conjunta, cotejando los postulados a favor como en contra de la procedencia de la acción constitucional intentada. Habida cuenta que la doctrina pretoriana del Tribunal Federal de la Nación referida a la onerosidad de los procedimientos médicos o la administración de medicamentos de

5 CSJN, Fallos 328:4640.

En ese mismo antecedente, se dijo que estaba "fuera de discusión que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan. Dicha actividad no sólo tiende a la preservación de esos valores, ante los eventuales efectos nocivos de alguno de los aludidos productos, sino que también se halla enderezada a evitar que el hombre pueda tornarse en el sufriente receptor de múltiples manipuleos sólo basados en la conjetura, la doxa o la improvisación; esto es, impedir que el sujeto se 'cosifique' como objeto de una mera investigación.

(...) En tal sentido, la fiscalización estricta de la experimentación y subsiguiente comercialización de productos medicinales tiende a evitar que esa actividad científica y comercial derive en eventuales perjuicios para la salud.

(...) Cabe inferir, además, que el indelegable control que debe ejercer el Estado en este campo reconoce no sólo razones estrictamente científicas sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines.

Es más, un adecuado paradigma de salud no puede dejar de observar que, principalmente en enfermedades como el cáncer, sus efectos trascienden a la persona del paciente hasta conmovir su núcleo familiar o de afectos, cuyos miembros, en muchas ocasiones resultan llamados a tener que prestar su opinión y consejo en trascendentes decisiones sobre el tratamiento a seguir. No es aventurado, entonces, afirmar que la protección del hombre enfermo a la que apuntan las normas citadas, debe entenderse que se extiende a todos los sujetos comprendidos en tales ámbitos" (CSJN, Fallos: 310:112, considerandos 13), 14) y 15), el resaltado es propio).

En esas mismas actuaciones, se referenció lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en "United States v. Rutherford", del 18/06/1979. Con cita de expertos, la Corte norteamericana, indicó que "un tratamiento ineficaz puede llevar a retardar el empleo de los medios terapéuticos reconocidos, provocando muertes innecesarias; por ello, en ausencia de evidencias científicas sobre su efectividad, ninguna droga destinada al tratamiento del cáncer puede ser considerada segura. (...) La experiencia de la

.....
alto costo es relativamente pacífica en cuanto a la procedencia de la acción de amparo de salud en esos casos, considero más interesante y fructuoso detenerme en el estudio de los argumentos dados en relación a la presunta falta de eficiencia de la droga pretendida para mejorar el estado de salud del niño en función de los presupuestos condicionantes de la procedencia del amparo.

Enfatizo: presunta falta de eficiencia. Con ello, adelanto opinión en el sentido favorable a la decisión adoptada por la mayoría del cuerpo jurisdiccional entrerriano.

1. Esfuerzo probatorio y amparo. Prueba de partes y prueba oficiosa

El amparo es una acción rápida y expedita fundada en la restricción, alteración o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de derechos y garantías. Atento su especial naturaleza de proceso urgente, las leyes adjetivas locales y la nacional establecen que la prueba de la que se valdrán los postulados de las partes debe ofrecerse con la interposición de los escritos introductorios. Asimismo, el plazo de su producción es acotado y no se admiten todos los medios de prueba.

Es un impedimento para la admisión de la acción de amparo que la misma requiera una amplitud de debate y prueba imposible de ejercerse en el marco sumario y restringido de este proceso.⁶

Ampliar el conocimiento y el ámbito de probanza y disputa en esta clase de procesos desnaturalizaría su propósito y principal fundamento: ser una herramienta eficaz para garantizar derechos constitucionales de manera urgente.

6 Sobre el tema, véase SAGÜES, Néstor P., "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)", LL 1995-D, 1517; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional", LL 1995-E y PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El rechazo in limine de la acción de amparo ¿una figura destinada a subsistir en la nueva ley reglamentaria?"

historia indica por qué el Congreso pudo razonablemente proponerse proteger a los enfermos terminales, en no menor medida que a otros pacientes, del amplio espectro de autoproclamadas panaceas que el ingenio humano puede elaborar" (el resaltado es propio).

En ese mismo sentido, en "Laboratorios Ricas S.A. c/ Estado nacional Ministerio de Salud y Accion Social", la CSJN dijo que "la fiscalización estricta de los productos medicinales constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública. Ello así, pues el Estado posee la facultad de intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades para restringirlas o encauzarlas en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público" (CSJN, Fallos: 318:2311, el resaltado es propio).

Siguiendo esta línea argumental, en autos "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa S. L. M. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo", del 26/03/2009, la CSJN hizo propio los argumentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal; y, revocó la sentencia en crisis, que había hecho lugar a la demanda. En ese caso, el actor había solicitado un procedimiento médico en fase experimental; y, la demandada se oponía con fundamento en que "no esta(ba) admitido ni reglamentado por los organismos de control" ni "recomendado por las instituciones consultadas". El dictamen, sin desconocer la urgencia con que debía resolverse el asunto, señaló la necesidad de mayor prueba, "que ilustrase, cuando menos, sobre los siguientes puntos: 1) la evolución operada en el proceso patológico que afecta al actor, su estado de salud actual y su pronóstico; 2) la descripción del procedimiento propuesto; 3) las consecuencias que éste puede acarrear, complicaciones frecuentes, riesgos razonablemente previsibles, y efectividad; 4) la existencia de terapias alternativas; 5) los beneficios y desventajas de la nueva práctica, así como los que correspondan a los tratamientos convencionales; 6) la necesidad o no de la administración de la estrategia médica en cuestión; 7) en caso afirmativo, los recaudos que deben adoptarse sine qua non; 8) la apreciación técnica integral referida al caso concreto, con las indicaciones terapéuticas que se juzguen más adecuadas".

En estos autos, a fs. 13/28 se agregó Anexo I, a modo de una ficha técnica o resumen sobre las características

Indiscutido es que las cuestiones de salud revisten tal calificativo. Piénsese que nos encontramos frente a una grave enfermedad padecida por un niño de tres años de edad. Tal como surge de la lectura del fallo en comentario, el caso ameritó un mayor despliegue probatorio, incluso su despacho como medida para mejor proveer.

Al respecto, aplaudo que se haya dado intervención al departamento médico del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos. En nuestros días, el auxilio que esos órganos técnicos aportan a los magistrados es altamente valorable. Sus informes reflejan cientificidad y objetividad, calidades que -en casos como estos- resultan tan necesarias al momento de fallar, aportando solvencia técnica al resolutorio judicial.

El departamento de medicina forense recomendó una interconsulta con un servicio de referencia nacional, medida que fue dispuesta de oficio por la Sala del Tribunal Superior de feria. Si bien no deben soslayarse los límites que el legislador ha dado al proceso de amparo, tampoco debe olvidarse que las formas procesales deben responder a un fin y si ese propósito -en el caso- era lograr efectiva convicción acerca de la procedencia o rechazo de la acción constitucional esgrimida, se resolvió en justos términos.

Por ello, celebro el activismo procesal de los sentenciantes del caso. Bien es sabido que los jueces cuentan con herramientas para dirigir y efectivizar el proceso, por ello, si bien se sortearon ciertas barreras o límites procesales estrictos también pudo hacerse eco de aquellos instrumentos para controlar los tiempos de tramitación y resolución de la causa, dándose efectivo cumplimiento al debido proceso.

2. El interés superior del niño

Uno de los fundamentos del voto de la minoría para postular el rechazo de la acción de amparo fue la protección del interés superior del niño.

del medicamento en cuestión. Allí se lee que la droga "está sujeta a seguimiento adicional" y su aplicación se reserva "a uso hospitalario y se debe administrar bajo la supervisión de un médico con experiencia en el uso de tratamientos oncológicos. Debe ser administrado por un profesional sanitario preparado para tratar reacciones alérgicas graves (...) en un entorno en el que se pueda disponer inmediatamente de servicios completos de reanimación". En ese mismo documento, se indican las reacciones adversas y la modificación del tratamiento según la gravedad de aquellas.

Según el anexo, "suele aparecer dolor neuropático al comienzo del tratamiento", "se pueden producir reacciones graves relacionadas con la perfusión", "se debe vigilar estrechamente la aparición de anafilaxia y reacciones alérgicas en los pacientes", "el síndrome de fuga capilar se suele desarrollar horas después del inicio del tratamiento", "se pueden producir trastornos oculares", "se han notificado casos esporádicos de neuropatía periférica con Dinutuximab beta Apeiron", "se ha notificado la aparición de reacciones adversas hematológicas con Dinutuximab beta Apeiron", "no se puede descartar un riesgo de reducción indirecta de la actividad del sistema CYP", "se desconocen los efectos ... sobre la fertilidad en el ser humano".

Conforme la documental que acompaña el amparista, "la Agencia Europea de Medicamentos ha concedido ... un aplazamiento para presentar los resultados de los ensayos realizados"; y, que "este medicamento se ha autorizado en 'circunstancias excepcionales'. Esta modalidad de aprobación significa que debido a la rareza de la enfermedad no ha sido posible obtener información completa de este medicamento".

Siguiendo con la lectura del anexo, en lo que hace a los "datos preclínicos sobre seguridad", se consigna que "se ha administrado dinutuximab a cobayas jóvenes machos y hembras, así como a macacos jóvenes (monos) machos y hembras, en pautas de dosis repetidas que superaron la dosis clínica recomendada. Algunos de los resultados destacados fueron cambios (disminución) en el peso del timo y cambios en la médula ósea (atrofia que afecta a las líneas celulares precursoras mieloides y eritoides). Los cambios de la médula ósea fueron de leves a graves y se resolvieron tras la interrupción del tratamiento. No se observaron efectos sobre la función cardiovascular (ECG, presión arterial)".

.....

La convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, Nueva York, 20/11/89) aprobada por la ley n.º 23.849/90, que reviste jerarquía de ley suprema de la Nación (arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional), en su art. 3, primer párrafo, dispone que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

La ley nacional n.º 26.061, de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en su artículo 1, segundo párrafo, reza que *"Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño"*, agregando en su art. 3: *"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"*.

Martínez Ruiz define el "interés superior del menor" como *"el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y de los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada"*.

Así entonces, cuadraba analizar si -para este caso específico- la administración de la droga en cuestión era más favorable al estado de salud del niño.

Uno de los tres vocales consideró que de la prueba producida en la causa no surgía "certeza" de que el medicamento en estado de experimentación podría mejorar la salud de E. G.R.

Ahora bien, ese grado de "certeza" que debe tratar de lograr el esfuerzo probatorio del

7 MARTÍNEZ RUIZ, Analía, "Convención sobre los Derechos Niño" Inés María Weinberg -Directora-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 104.

En el Anexo III, de fs. 32/44, apartado "B. PROSPECTO" (fs. 38/45), en especial fs. 40 in fine/42, se advierten los posibles efectos adversos. De su lectura, se desprende: hinchazón rápida en distintas partes del cuerpo, deficiencia de oxígeno, dificultad para respirar, infección potencialmente mortal, convulsiones, insuficiencia cardíaca. Incluso: shock debido a disminución del volumen de líquido corporal, formación de coágulos, trastorno cerebral, entre otras posibles consecuencias.

A fs. 48/49, se puntualizó "que no ha sido posible obtener información completa sobre el medicamento por razones éticas (...) Aún no se concluye sobre los efectos adversos a largo plazo de uso de Qarziba". Y, en esa documental, suscripta por los médicos auditores del IOSPER, se mencionó el informe del Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética de un Hospital de Mendoza donde se concluyó que "no hay evidencia científica suficiente para realizar esta indicación".

Otro profesional de la salud auditor de la obra social demandada concluyó que "la evidencia disponible no permite hacer una recomendación definitiva sobre su cobertura" (fs. 56).

Por su parte, el Instituto Nacional del Cáncer (fs. 57/64 vta.), realizó una búsqueda de publicaciones sobre el tema, hasta abril de 2018 inclusive. Y, en lo tocante al resumen de evidencia disponible, estableció que "no se encontraron reportes de calidad de vida en las publicaciones citadas. Con respecto a Dinutuximab beta, la búsqueda no arrojó resultados específicos, por lo tanto los datos de eficacia y seguridad son los disponibles en prospecto, no pasibles de análisis de riesgo de sesgo y estadístico en el presente documento" (el resaltado es propio, fs. 61).

En sus "consideraciones de costos", se advierte que "no se encontraron estudios de costo-efectividad (CE) publicados. El informe de NICE en desarrollo se encuentra suspendido actualmente ya que se retiró la aprobación por EMA para Dinutuximab. En el ámbito de EE.UU. no se han efectuado a la fecha informes de CE. No se encontraron evaluaciones de tecnologías sanitarias ni evaluaciones económicas de otras agencias regulatorias afuera de las mencionadas" (el resaltado es propio, fs. 62).

.....
 amparista debe ser ponderado en función de los requisitos básicos de procedencia de la acción de amparo en cada caso en particular. Puede ocurrir que, en un supuesto determinado, esa certeza -como grado de convicción suficiente- sea alcanzada con cierta prueba mientras que, en otro, el mismo medio o elemento probatorio no sea suficiente. Del voto del Dr. Salduna (minoría) surge que "(...) no se probó (...) que la aplicación de la droga pretendida, en la ecuación de efectos positivos y negativos, ventajas y desventajas, consecuencias secundarias, colaterales, y conforme el estado sanitario del menor, sea la adecuada para tal fin, ya que sólo se hizo hincapié en la posibilidad de mejorar su psicomotricidad, sin confrontarlo con su cuadro respiratorio asistido y las complicaciones que a ese nivel se podrían dar, aún con compromiso de vida".

Sumado al gravísimo estado comprobado de salud del niño enfermo de cáncer, del propio voto de la minoría surge que los magistrados tuvieron efectivo conocimiento que la provisión del medicamento podría mejorar el estado de psicomotricidad del infante. Ello surge de la prueba científica producida (pericial) y de la informativa recabada.

Así entonces, me pregunto si comprobado el grave estado de salud de un niño de tres años de edad, internado en un hospital en razón del padecimiento de una enfermedad de tipo terminal; al cuidado de médicos especializados en la materia y en la edad del menor; existiendo una prescripción médica a favor de la administración del fármaco y un informe favorable del comité de bioética del nosocomio; el consentimiento expreso de sus representantes legales y la autorización del organismo administrativo nacional en materia de medicamentos, alimentos y tecnología para la importación de cierta dosis de la droga para este caso en particular, ¿correspondía desestimar el amparo de salud incoado? Como se adelantó, no comparto la decisión propiciada por la minoría. La situación fáctica de la causa unida a las probanzas arrojadas y valoradas en función de los presump-

En sus conclusiones (fs. 62 vta.), es determinante: "El único ensayo aleatorizado de fase III fue abierto, y fue cerrado de forma prematura por lo cual sus resultados deben ser interpretados cautelosamente (...) Con los elementos disponibles, no es posible valorar la calidad global de la evidencia, dada su heterogeneidad y datos no disponibles (...) Con los datos disponibles, el balance de riesgos y beneficios es incierto. De acuerdo a la guía publicada por SIOF, adaptada de acuerdo a los recursos disponibles, esta terapia no se encuentra recomendada. Considerando lo previamente expuesto, no se cuenta con evidencia para recomendar su uso en la práctica habitual, reservándola exclusivamente en el contexto de ensayos clínicos" (el resaltado es propio).

El Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, en un documento de octubre de 2017 (fs. 65/68 vta.), advierte que "esta tecnología no ha sido aprobada hasta el momento en Argentina y no se han identificado estudios de costo-efectividad que lo evalúen".

Atento que la respuesta al oficio librado al Hospital San Roque de Paraná (ver fs. 201), "no aporta elemento alguno" (fs. 202), se dió intervención al Departamento Médico de este Poder Judicial. Ese organismo a fs. 203 y vta., se remitió al informe del Instituto Nacional del Cáncer donde expresa que "con los datos disponibles el balance de riesgos y beneficios es incierto"; y, recomendó una interconsulta con otro Servicio de Referencia Nacional, medida dispuesta por esta Sala a fs. 302 y vta.(el resaltado es propio)

Según todas las consideraciones que anteceden; y, sin dejar de considerar el derecho a la vida y a la salud (arts. 33 y 75 inc. 22 CN; arts. 12 y 21 inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos de los Niños; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), se impone acoger la apelación de las demandadas; y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo.

En un antecedente similar al caso que nos ocupa, se dijo: "con las constancias obrantes en autos y tratándose de un medicamento de uso compasivo, experimental, que puede tener diversos efectos adversos en un paciente

.....
 tos constitucionales de la acción de amparo llevaban al reconocimiento de la pretensión esgrimida.

El interés superior del menor debió ser contemplado de acuerdo a la particularidad de este caso, armonizándolo con los derechos e intereses puestos en contraposición: ¿qué otra opción existía para mejorar el estado de salud del niño?, ¿cuál o cuáles serían las consecuencias que produciría el hecho que no se suministrase la droga en estado de experimentación?, y por último, ¿el hecho de que exista cierta probabilidad de mejoría en su estado de psicomotricidad no implica una mejoría comprobable del estado de salud del niño que importe el efectivo goce de su derecho a salud?

En este caso, rechazar la acción de amparo en base a la protección del interés superior del menor no resulta una decisión ajustada a derecho. El interés superior del niño *"exige a todos los operadores del derecho una actuación positiva a fin de garantizar tales principios. Más concretamente: los legisladores deben adecuar la legislación a los parámetros constitucionales teniendo como miras el interés superior del NNA (niño, niña y adolescente); en los ámbitos ejecutivos deben implementarse programas e instituciones que atiendan este interés superior, y los jueces deben valorar en el caso concreto la preferencia de este interés superior, actuando como pauta interpretativa"*⁸.

3. El prospecto del fármaco peticionado: sus efectos adversos

Graciela Medina e Ignacio González Magaña nos enseñan que *"un ensayo clínico es un estudio médico enfocado a probar los efectos de algún fármaco nuevo o ya existente,*

8 NORA LLOVERAS, "El interés superior del niño" en "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios" Graciela Tagle de Ferreyra -Directora-, Nuevo Enfoque jurídico, Córdoba, 2009, p. 225.

con un cuadro de salud sumamente delicado como el de Tiziano (aquí: Enzo), (...), no se acreditó que su aplicación, considerando su estado general de salud, le sea beneficiosa.

Situaciones como la de autos, exigen que desde la magistratura se resuelva atendiendo su 'interés superior', que incluye el de alcanzar el mejor nivel o grado de salud, y lo que no se probó -ni aún con la actividad que al respecto se desplegó oficiosamente en ambas instancias-, es que la aplicación de la droga pretendida, en la ecuación de efectos positivos y negativos, ventajas y desventajas, consecuencias secundarias, colaterales, y conforme el estado sanitario del menor, sea la adecuada para tal fin, ya que sólo se hizo hincapié en la posibilidad de mejorar su psicomotricidad, sin confrontarlo con su cuadro respiratorio asistido y las complicaciones que a ese nivel se podrían dar, aún con compromiso de vida.

Y justamente, si el norte es proteger su interés superior, si ese es el principio rector que debemos salvaguardar, al no haber alcanzado certeza, con las constancias anexadas a autos y dentro del acotado margen de conocimiento que autoriza esta acción -que en el caso se amplió notablemente, desde que se dispuso la apertura a prueba en la instancia de grado y una medida para mejor proveer en esta Alzada, todas destinadas a obtener información médica; lo que pone también en evidencia la extrema complejidad de la cuestión traída y la inidoneidad de este proceso para resolverla-, que lo pretendido, confrontado, con fundamentos médico científico, los efectos contraproducentes y favorables, sea necesario para conservar o mejorar la calidad de vida del niño; como lógica conclusión, la acción no puede prosperar.

En términos coloquiales y sencillos, el estudio de la causa y de la documental médica obrante en autos, no me permite afirmar que la administración de la droga al niño le hará 'más bien que mal'; no queda claro si mejorará o empeorará su ya delicado cuadro de salud, no sólo una función de su organismo -psicomotricidad- sino su integralidad. Y la ausencia de tan simple como compleja respuesta es la que me conduce a confirmar la sentencia de grado.

No se trata de una ecuación financiera, ni de proteger a uno o todos, ésta situación o aquella. Lo único que había que analizar en autos era si estaban acreditados los presupuestos necesarios para que prospere este am-

.....
de algún tratamiento biológico o producto sanitario que pueda tratar o curar alguna enfermedad ya identificada. (...) En todos los casos, los ensayos clínicos son de gran ayuda para que la ciencia médica avance, ya que permiten evaluar todos los aspectos de interés de las enfermedades de un modo reglado y controlado; constituyendo de este modo, el proceso de investigación imprescindible para el desarrollo de nuevas alternativas terapéuticas, que contribuyan a mejorar la calidad y la esperanza de vida de las personas. En síntesis, es una evaluación experimental de un producto, sustancia, medicamento, técnica o terapia que, en cuanto se aplique a seres humanos, busca obtener eficacia en su objetivo, que no puede ser otro que mejorar la salud humana⁹.

De la ficha técnica del medicamento pretendido -que los jueces tuvieron a disposición en el expediente- surge que la droga está sujeta a experimentación, que su aplicación se reserva a uso hospitalario bajo supervisión de galenos con experiencia en el uso de tratamientos oncológicos y preparados para tratar reacciones alérgicas graves y que debe efectuarse en un entorno en el que se pueda disponer inmediatamente de servicios completos de reanimación. Así también, se aclaran los efectos adversos que puede importar su ingesta (dolor neuropático, reacciones graves relacionadas con la perfusión, anafilaxia y reacciones alérgicas, fuga capilar, trastornos oculares, reacciones hematológicas, riesgo de reducción indirecta de la actividad del sistema CYP y que se desconocen los efectos sobre la fertilidad en el ser humano).

De las propias constancias de la causa surge acreditado que el medicamento ha sido prescripto por el cuerpo de médicos tratantes de la enfermedad del menor, que el Co-

9 MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados expresamente por ley", LA LEY 29/08/2016, 29/08/2016, 1 - LA LEY2016-E, 675 - DFyP 2016 (octubre), 05/10/2016, 203, Cita Online: AR/DOC/2606/2016.

paro de salud, y en esta necesidad de dar una respuesta médico-científica por quienes no somos expertos ni concededores de esa materia, debemos evaluar las constancias traídas y merituar lo probado.

En esta causa, no se demostró que la administración del fármaco pretendido sea lo más beneficioso para el niño, conforme su actual estado de salud; ésto priorizando siempre su interés superior, que implica que no se ordene la provisión de un tratamiento compasivo si no está comprobado que el mismo le será favorable, considerándolo en su integralidad" (voto de la Sra. Vocal Dra. Mizawak en autos "CACERES JOSE MARTIN EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SU HIJO MENOR TIZIANO AGUSTIN CACERES C/ INSTITUTO DE LA OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO", del 18/10/2017).

Esos lineamientos, a mi juicio, resultan plenamente aplicables al presente.

En efecto: "De acuerdo a la normativa y a los principios reseñados, el accionante carece de derecho para que su obra social financie un ensayo clínico o un tratamiento en vías de experimentación, cuyo costo indiscutible debe pagar el investigador o el patrocinante.

Pero además de esta cuestión económica, no se puede hacer lugar a la pretensión porque se trata de un tratamiento experimental, en el cual no está claro cuál es la ecuación beneficio-riesgo, y la efectividad que su realización puede producir al paciente.

Es claro que los jueces no pueden determinar la proporción entre los beneficios y los riesgos que presenta el empleo de un tratamiento, medicamento y/o especialidad medicinal en la práctica médica, sin datos de eficiencia y seguridad, que sólo pueden proporcionar la aprobación de los estudios clínicos.

En este sentido este Tribunal no tiene competencia para determinar la efectividad de la práctica solicitada para evitar y/o retardar la evolución o complicaciones de la enfermedad o estado patológico, ni si ésta va a mejorar o empeorar la supervivencia y calidad de vida, porque no cuenta con ensayo clínico aprobado.

Es que al tratarse de un ensayo en fase experimental, el Poder Judicial no puede determinar la probabilidad de

.....
 mité de Ética del Hospital Gutiérrez dictaminó en sentido favorable a la administración de la droga, que los dos representantes legales de niño (sus padres) han sido informados de los efectos y las eventuales consecuencias tanto de la aplicación como de la no provisión del fármaco y -en consecuencia- han expresado su consentimiento, y -por último, pero no menos importante- que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT)¹⁰ aprobó la importación de cierta dosis del fármaco para el caso de E.G.R.

No puede soslayarse esto último. Los autores anteriormente citados postulan que *"el denominado uso compasivo de medicamentos consiste en un procedimiento de autorización, destinado a un paciente individual, en el caso de enfermedades terminales que carecen de tratamiento o donde el existente se muestra ineficaz en el empleo de un producto que no está aprobado aún en el país para el uso o indicación solicitados.*

En este sentido, el uso compasivo de fármacos comparte planos conceptuales con el arte de la práctica médica, con los estudios clínicos en los que se prueban nuevas drogas y -agregamos- la actuación médica de "última esperanza" ante un inexorable fin de la vida o de su subsistencia digna.

Dicho fin, fue receptado en nuestro ordenamiento jurídico por la disposición 840/1995 de la ANMAT para aquellas enfermedades en las que no exista en nuestro país un tratamiento convencional siempre que exista un balance riesgo/beneficio razonable para el paciente; o bien cuando existiera tratamiento convencional en el país, pero el paciente presentara intolerancia al mismo."¹¹

10 Autoridad de aplicación en la materia, organismo dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación (<https://www.argentina.gob.ar/anmat>).

11 MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio (2016): Op. cit. P. 8.

que una persona sufra algún daño como consecuencia inmediata o tardía de un estudio clínico" (CNACCF, Sala III, en autos "SLM v. Obra Social de Poder Judicial de la Nación y otro", del 07/10/2009, el resaltado es propio. Este pronunciamiento es posterior a lo decidido por la CSJN en las mismas actuaciones, citado ut supra). Esta argumentación, también merece ser trasladada al caso.

Si bien a fs. 7 obra conformidad de la institución sanitaria respecto del acceso de excepción del medicamento en cuestión (insistimos: ese permiso se limita solamente al caso concreto, aún sin comercialización en nuestro país); y que, además, el Comité de Ética del Hospital de Niños R. Gutierrez aprobó ello, no salva el valladar insalvable que hasta ahora se explicitó. Porque, si bien el ANMAT efectivamente aprobó la importación de Qarzibe, dentro de esos límites, exigió que la madre de E. G. R., firmase un consentimiento informado (fs. 6); cuya finalidad, pareciera ser eximir de una eventual responsabilidad al ente administrativo. Además, ante el estado de necesidad y desconocimiento sobre el fondo de lo debatido, nos hace dudar si la señora Hasenaver tenía cabal y verdadero alcance de lo suscripto.

En otras palabras: el ANMAT aprobó la importación del medicamento recetado para el caso específico y concreto de Enzo; aunque, insistimos, para así proceder exigió un consentimiento informado. Y, en definitiva, ello relativiza esa autorización. A mayor abundamiento: sin desmerecer la trayectoria y prestigio del Hospital de Niños R. Gutierrez, esa es la misma institución que indicó el tratamiento. Y, es evidente que, ante el organismo administrativo, no se contradice. Por ello es que, según mi entender, el Médico Forense de este Poder Judicial sugirió una interconsulta con el Hospital Garrahan.

Este iter lógico y jurídico no se modifica en virtud de la contestación del oficio remitido al Hospital Ricardo Gutierrez (ver fs. 312/312).

Esa instrumental es suscripta por quien indicó el tratamiento en cuestión (confrontar fs. 3 y 312), sin el acompañamiento de la directora del nosocomio (cuya firma si se advierte a fs. 7, respecto de la "conformidad de la institución sanitaria"). En definitiva, lo apuntado, a mi juicio, hace que esas manifestaciones sean interpretadas con suma cautela y de forma restrictiva. Y, aún soslayando ello, conforme la información requerida como

.....

Recuérdese que el medicamento diagnosticado en el marco del tratamiento oncológico de E. G. R. no se comercializa en nuestro país y debe ser importado de Alemania. Ello, nos demuestra que, atento el débil estado de salud del niño y lo imperioso de la administración del fármaco -acorde a las prescripciones médicas que, como prueba científica (documental, pericial e informativa), han sido reproducidas en la causa- se verifica una restricción o grave amenaza al derecho de salud del menor.

La arbitrariedad de la omisión de las demandadas radica en que, a sabiendas de que en el caso la provisión de ese medicamento específico es la única vía para garantizar la vida y/o mejorar la salud del niño, igualmente niegan su provisión. No es una cuestión menor que la ANMAT haya autorizado, en sede administrativa y a raíz del actuar de los padres del niño, la importación de diez viales de 20 mg de Qarziba para este caso en concreto. Al resolver, se espera de los magistrados una ponderación integral de los elementos probatorios recabados.

En estos lineamientos, si el órgano administrativo encargado de la fiscalización y comercialización de medicamentos a nivel nacional aceptó -luego de tramitada la vía en donde necesariamente se analizaron la prescripción médica y el "visto bueno" del Comité de Ética del hospital tratante del menor-, pues entonces esa prueba no puede nunca ser valorada en contra de la procedencia del amparo incoado sino más bien a su favor.

La experiencia, como una de las pautas de la valoración de la prueba que conforme el sistema de la sana crítica racional debe ser tenida en consideración por los jueces, nos informa que es altamente improbable que el organismo encargado de la fiscalización e importación de medicamentos autorice la importación de un fármaco sin que el mismo pueda llegar a tener, aunque sea, un leve efecto de mejoría en el estado de salud de la persona al que se le proveerá. El Dr. Perotti (mayoría) en su voto nos informa que el

medida para mejor proveer (fs. 301 y vta.), poco ayudan a dirimir esta controversia.

Por lo demás, los requisitos del art. 58 CCC no se verifican cumplimentados. No debemos olvidar que Enzo es menor de edad; y, por ello, no puede prestar su consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico, por ser la "persona que participa en la investigación" (inc. f). Me explico: sin soslayar la intervención en los trámites administrativo y judicial de los progenitores de Enzo, quienes, en definitiva, ejercen la responsabilidad parental, si ante la posibilidad de disponer sobre derechos patrimoniales del menor, en especiales casos se requiere la conformidad de un defensor oficial, cuanto más cuando se encuentran en juego derechos personalísimos (en estos autos, el MPD a fs. 197/198 y 295/296 no se expide sobre el punto; y, además, no intervino en el trámite administrativo -en especial ver fs. 6-).

Aunque, aún si consideramos cumplimentados los recaudos del art. 58 CCC, los costos de las "investigaciones en seres humanos", no deben ser soportados por el Estado Provincial ni el IOSPER (en un todo coherente con la jurisprudencia reseñada ut supra).

Finalmente, resulta pertinente destacar otra circunstancia: en la causa "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cairone, Mirta Griselda y otros cl Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/ despido" del 19/02/2015, la CSJN enseñó que deben observarse las "consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar, ya que repercuten sobre todo el sistema de contrataciones" (el resaltado es propio). Sin dejar de considerar las diferencias entre aquel antecedente y el conflicto que ahora nos ocupa, en especial lo referente a los derechos en juego, esa conclusión resulta una directriz a la hora de dar respuesta a la cuestión planteada.

Conforme las consideraciones que anteceden, corresponde receptor las apelaciones articuladas por las demandadas.

En cuanto a las costas, atento las distintas opiniones y posturas sobre el tema, los derechos invocados y las razones suficientes que esgrime el actor para litigar, entiendo que deben imponerse por su orden en la instancia

.....
 medicamento ya ha sido utilizado en nuestro país, por lo menos, en cinco casos más además del de E. G. R.

Así entonces, aunque el medicamento se encuentre en fase de experimentación científica resulta contradictorio basar la decisión del amparo en los eventuales efectos adversos de la droga cuando -a la fecha y de acuerdo a las investigaciones médicas- su administración es la única vía para garantizar el derecho a la salud digna de un niño de tres años de edad que tiene toda una vida por delante y cuando la autoridad administrativa competente autorizó su importación para ese caso específico.

Del fallo comentado no surge una cuestión que hubiese sido trascendental para el rechazo del amparo. Las demandadas podrían haberse opuesto a la procedencia de la acción alegando -y acreditando- que la provisión del medicamento no es la única vía o la más eficiente para el mejoramiento del estado de salud de E. G. R. y no lo hicieron. Ello también es una pauta que debió haber sido valorada, en conjunto con la demás prueba, como un indicio a favor de la pretensión esgrimida.

En su voto, el Dr. Salduna (minoría) expresó que "(...) *los jueces no pueden determinar la proporción entre los beneficios y los riesgos que presenta el empleo de un tratamiento, medicamento y/o especialidad medicinal en la práctica médica, sin datos de eficiencia y seguridad, que sólo pueden proporcionar la aprobación de los estudios clínicos*".

Es cierto que escapa a la competencia técnicamente jurídica de los magistrados todas las cuestiones científicas referidas a otras ciencias. Por ello es que el decisorio judicial debe siempre inferirse de las probanzas de la causa y que en casos como el estudiado (materia de salud) la prueba pericial es prácticamente dirimente.

Sin embargo, y en supuestos como este en donde está en juego el derecho a la vida en función de la provisión de un medicamento de uso compasivo, la tramitación de la

de mérito; y, sin costas en esta Alzada por no haber mediado contención (cada parte presentó su memorial, fundamentando su remedio y sin contestar los agravios de las otras apelaciones).

Entonces, deviene innecesario abordar la apelación del actor que cuestionó la imposición de costas por su orden en la instancia inferior.

XIII.- Por todo lo expuesto, propicio: 1) HACER LUGAR a los recursos de apelación deducidos por las demandadas. En consecuencia, REVOCAR el pronunciamiento apelado; y, RECHAZAR la acción de amparo. 2) En lo tocante a las costas: por su orden en la instancia inferior; y, sin costas en esta Alzada.

ASÍ VOTO.-

A la misma cuestión propuesta y a su turno, el Sr. Vocal Dr. PEROTTI, dijo:

1- Resumidos los antecedentes relevantes del caso por el colega que comanda el acuerdo, me remito a ello "brevitatis causae" y, al no advertir vicio invalidante alguno, ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída.-

2- En cuanto a las circunstancias fácticas del caso en examen, el Vocal que me precede ya ha efectuado una reseña de las constancias más relevantes del mismo, coincidiendo -en líneas generales- con las consideraciones vertidas en torno al "factum" venido a conocimiento y decisión de esta Sala.-

Empero, voy a disentir con el desarrollo argumental en el que funda su voto revocatorio, discrepando obviamente con la conclusión a la que ha arribado y adelantando que -en mi opinión- deben rechazarse los recursos interpuestos por IOSPER y SUPERIOR GOBIERNO de la PROV. de E. RIOS, debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia recurrida, aunque con la salvedad que haré al final en relación con la imposición en costas y honorarios.-

.....
 causa, merituación de la prueba y el decisorio adoptado deben responder al principio "pro homine". Se sostiene: "A los fines de velar por tales derechos fundamentales (vida y salud) el corpus iuris de los derechos humanos impone en estos casos la aplicación del principio prohomine. Dicho axioma proporciona un estándar jurídico que pone en el centro del sistema de derechos humanos al individuo y a sus derechos. Ampliarlos es su objetivo estratégico"¹².

En este marco, también debe destacarse que de la prueba pericial producida no surge que la administración del fármaco producirá necesariamente efectos negativos en la salud de E. G. R. Es decir, no existe prueba que acabadamente nos informe que el medicamento -en palabras propias del Dr. Salduna- le hará "más mal que bien" al niño. Lo único que se sabe -con certeza- es que sus efectos están en estado de comprobación científica y que ya se ha aplicado a otros casos, en virtud de la decisión biomédica tomada por los especialistas tratantes de las personas enfermas.

En otro párrafo de su voto, el Dr. Salduna (minoría) literalmente expresó: "(...) si bien el ANMAT efectivamente aprobó la importación de Garzibe (...), exigió que la madre de E. G. R., firmase un consentimiento informado (...); cuya finalidad, pareciera ser eximir de una eventual responsabilidad al ente administrativo. Además, ante el estado de necesidad y desconocimiento sobre el fondo de lo debatido, nos hace dudar si la señora Hasenaver tenía cabal y verdadero alcance de lo suscripto. En otras palabras: el ANMAT aprobó la importación del medicamento recetado para el caso específico y concreto de Enzo; aunque, insistimos, para así proceder exigió un consentimiento informado. Y, en definitiva, ello relativiza esa autorización."

12 PALACIO DE CAEIRO, Sílvia B. y JUNYENT DE DUTARI, Patricia M. (2015): Acción de Amparo en Córdoba, Córdoba, Advocatus, P. 560.

3- "Ab initio" debo tener presente -tal como bien lo puntualiza el Magistrado de 1ra Instancia al dictar el pronunciamiento venido en crisis- que no se encuentra controvertido -ni puede ponerse siquiera en dudas- que G J R (el actor) es afiliado al IOSPER, esto es, tiene un vínculo legal con la Obra Social demandada siendo además el padre y representante legal del menor E GR en cuyo nombre se presentó la presente acción de amparo.-

Igualmente, se encuentra hartamente demostrado el extremo fáctico que dió origen a estas actuaciones, es decir, que el menor padece de un neuroblastoma de alto riesgo en estadio IV, por el cual viene siendo tratado por la Unidad Oncológica del Hospital de Niños "Ricardo Gutiérrez" de la Ciudad de Buenos Aires.-

De acuerdo a los dictámenes médicos obrantes en la causa, la continuidad del tratamiento radica en la quimioterapia con suministro de una droga (la dinutuximab beta), comercialmente conocida como "Qarziba" y que es fabricada exclusivamente por la empresa alemana "EUSA PHARMA".-

Considero también acreditado que, ante el tratamiento indicado por la Médica de cabecera del menor Enzo -con el apoyo expreso de la Dirección del Hospital "Dr. Ricardo GUTIERREZ" y con la opinión favorable del Comité de Ética del citado nosocomio, cuyas constancias obran en el Expte- el amparista inició los trámites pertinentes ante el ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) a los efectos de obtener la autorización para su importación (ya que dicha droga sólo se expende en Alemania), observándose en las actuaciones que tengo ante mi vista que a fs 204 se agrega una constancia expedida por el Organismo supra mencionado (ANMAT) en el Expte CE-2018-55748960-APN-DFYGR#ANMAT, en la que se autoriza el ingreso de 10 viales por 20 mg de Qarziba (Dinutuximab beta).-

De tal modo, una de las principales objeciones alegada por la dos partes accionadas (IOSPER y Superior Gobierno de la Provincia) cae por su propio peso, ya que la misma autoridad que ejerce el poder de policía sanitaria es la que habría autorizado la compra (importación) del medicamento en cuestión, para lo cual -esto es bien sabido- se requiere todo un procedimiento previo que contempla la presentación de la correspondiente receta médica, un resumen de la historia clínica con la justificación brindada por el médico tratante,

El hecho que ANMAT haya peticionado el consentimiento informado de los padres en nada obsta la procedencia del amparo. Al contrario, como ya se dijo, la autorización de ese organismo para la importación de Qarziba en el caso de E. G. R. es una prueba a favor del reconocimiento del pleno ejercicio del derecho a la salud. ANMAT exigió el cumplimiento de una ley (arts. 5 y siguientes de la ley n.º 26.529 y art. 59 del Código Civil y Comercial), razón por la cual entender que ello constituye un valladar a la procedencia del amparo incoado no constituye un fundamento de peso a favor de su rechazo y en nada resta valor o "relativiza" la autorización administrativa de importación dada para el caso en concreto.

4. Razones éticas. El estudio en seres humanos. Su relación con el actual art. 58 del Código Civil y Comercial

Basándose en un informe del Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética de un hospital de la provincia de Mendoza en un caso similar al aquí analizado, el Dr. Salduna votó por el rechazo del amparo articulado en virtud de "razones éticas". Expresó que: *"A fs. 48, se puntualizó "que no ha sido posible obtener información completa sobre el medicamento por razones éticas (...) Aún no se concluye sobre los efectos adversos a largo plazo de uso de Qarziba". Y, en esa documental, suscripta por los médicos auditores del IOSPER, se mencionó el informe del Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética de una Hospital de Mendoza donde se concluyó que "no hay evidencia científica suficiente para realizar esta indicación".*

En primer término, es cierto que la cuestión objeto de debate trasciende los umbrales netamente jurídico-legales e importa expedirse en términos bioéticos.

En este campo, la actual legislación civil y comercial de la Nación -ya vigente a la fecha

el consentimiento informado de parte del progenitor del paciente, y la constancia de comercialización en el país de origen.-

Ante ese cuadro fáctico antes descrito, y ante la negativa del IOSPER (y del Gobierno) a suministrar la droga indicada, cabe entonces preguntarse si tiene el amparista el derecho a que se le brinde la cobertura pretendida, y en consecuencia, si tienen los demandados el deber/obligación de prestar tal cobertura.- Más aún, el interrogante central es: ¿Está el Estado sujeto a ciertos deberes hacia las personas bajo su jurisdicción respecto al derecho a la salud?

Me apresuro a contestar que sí, para lo cual conviene efectuar un breve recorrido de la normativa vigente y aplicable al caso concreto, comenzando por los Arts. 41, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, sin olvidar -por supuesto- los Arts. 19 y 21 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos.- El Art. 41 C.N. establece el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano.- Y el Art. 42 pone en cabeza de las autoridades la protección de la salud de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.-

A ellos agregó, ahora, el Art. 43 de la Carta Magna que reconoce al amparo como carril procedimental para hacer valer el derecho a la salud ante su vulneración.-

Mientras que la obligada referencia al Art. 75 inc. 22 C.N. la realizo porque no puede desconocerse que el Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1.948) ya incluía el derecho a la preservación de la salud.-

- El Art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos habla del derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial, la asistencia médica.-
- Los Arts. 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos receptan el derecho de toda persona a que se respete su vida, y su integridad física.-
- El Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales habla del reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.-

.....

del dictado de la sentencia comentada- expresamente contempla la investigación científica en seres humanos, estableciendo en su artículo 58 ciertos requisitos y restricciones. El referido artículo reza: *"Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos: a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación; b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas; c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación; d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente; e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga; f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la*

• La Convención de los Derechos del Niño que en su Art. 24 prescribe que los Estados Partes 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, asegurando la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias, recordando inclusive que en su Preámbulo proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales (la negrita me pertenece).-

Es evidente, en conclusión, que del texto de nuestra Carta Magna y Convenciones Internacionales emerge de manera enfática que el Estado debe garantizar el acceso a la asistencia médica, lo cual implica preservar la vida, ya sea prestando un tratamiento médico asistencial o suministrando los medicamentos esenciales.-

Bien es cierto que el Estado puede delegar esta función, que se denota en el carácter tripartito que asume nuestro sistema de salud (la salud pública, la seguridad social y la medicina privada) PERO ESO NO QUIERE DECIR QUE PUEDE RENUNCIAR A SU FUNCIÓN SUPLETORIA, exclusiva o concurrente con otras entidades (públicas o privadas) cuando la asistencia médica no resulta cubierta suficientemente por las mismas. La CORTE SUPREMA de JUSTICIA ha dicho que el principio rector que justifica la intervención del Estado frente a la actuación deficiente de otras entidades, es el de la subsidiaridad, la cual se articula con la regla de la solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (sentencia del 24/10/2000, en causa 823.XXXV).-

De todo lo dicho surge incontrastable que el derecho a la salud no obliga al Estado a curar ni a lograr el completo bienestar, sino a brindar las condiciones, prestaciones y bienes necesarios para lograr el más alto nivel posible de salud. Y tal como lo dijo la C.S.J.N. en diversos Fallos, ello debe ser mediante acciones positivas y progresivas, esto es, a través de un rol activo y no de mero espectador (confr. 321:1684; 323:1339; 323:3229, entre muchos otros).-

En este punto, no puedo dejar de mencionar el Fallo "CAMPODONICO de BEVIAQUA, Ana Carina C/

.....
investigación haya demostrado beneficiosos".

La minoría entiende que en el caso no se verifican todos los requisitos establecidos en la norma transcripta. El Dr. Perotti (mayoría) sostiene que la investigación médica en seres humanos es perfectamente compatible con los tratamientos médicos destinados a mejorar el estado de salud de los enfermos y que, en el caso, las autoridades hospitalarias tomaron todos los recaudos necesarios para atender al niño en razón de sus necesidades extraordinarias. Por su parte, el Dr. Carbó (mayoría) dijo que las normas de importación de medicamentos -que en el caso fueron respetadas- se asimilan a los requisitos del art. 58 del CCCN y que se adoptaron las previsiones para la atención del niño de acuerdo a sus necesidades extraordinarias, sin que ello configure una investigación en seres humanos.

Desde la doctrina, en comentario al dispositivo legal anteriormente transcripto, se postula: "(...) el art. 58 se refiere a las investigaciones médicas y a la aplicación de tratamientos de carácter experimental realizadas sobre personas o prescripción de fármacos no autorizados por la autoridad de aplicación (ANMAT), (...). Desde esta perspectiva, el art. 58 del CCyC establece -en forma acertada a nuestro juicio- una serie de importantes requisitos que deben cumplirse en las experimentaciones realizadas sobre personas, entre los que se destacan, la exigencia de la proporción entre los riesgos y molestias y los beneficios que se esperan obtener.

(...) En aplicación de esta regla, cuando la alternativa de no hacer el ensayo es la muerte próxima del enfermo, porque no se conoce ningún medio terapéutico cierto, el experimento es lícito, aunque sea muy peligroso y aunque se sepa que probablemente le adelante el deceso, si se vislumbra alguna razonable probabilidad de éxito, aunque sea escasa; en cambio, un riesgo semejante no puede justificarse con el fin de comprobar

MINISTERIO DE SALUD" (24/Octubre/2000, Rev. El Derecho del 24/Nov/2000, con nota de Augusto MORELLO) donde se trató la responsabilidad subsidiaria que tiene el Estado en la prestación de los servicios de salud.-

Mencioné anteriormente la normativa local (me refiero a la Constitución de Entre Ríos) y aquí debo rescatar el Fallo de la Sala Penal del S.T.J.E.R. en la causa "AGASSE, Agustín C/ IOSPER" (sentencia del 31/01/2009) que, en lo pertinente, dijo: "..... de conformidad con la expresa normativa consagrada en los Arts. 19 y 21 de la Constitución de Entre Ríos, de las cuales emerge el reconocimiento de la salud como derecho humano fundamental; la asistencia sanitaria gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna..... el Estado debe asegurar a las personas con discapacidad la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación, de modo que -sea a través de la obra social a la que obligatoriamente deben afiliarse a portar los agentes del Estado provincial, sea de ese modo y subsidiando los importes correspondientes a los coseguros determinados por el IOSPER para cada prestación, sea directamente a través de los órganos que intervengan- el Estado provincial debe proveer a la cobertura integral y gratuita de aquéllas..."-.

Cito además, como precedentes de igual tenor, el Fallo de la C.S.J.N. in re: "SUREDA, Lucas M. C/ Obra Social del Poder Judicial s/ Sumarísimo", de fecha 26/Marzo/2009, y el Fallo "CAMPAÑA, Agustín C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO", dictado por la Sala Penal del S.T.J.E.R. en fecha 29/Diciembre/2015.-

De igual manera, no puedo dejar de recordar el voto del Dr. GIORGIO en el amparo de Tiziano CACERES (del 18/Octubre/2017) cuando, al referirse al problema económico que la prestación solicitada le generaría a los demandados (IOSPER y/o Estado Provincial), insinuó que tal dilema -de resolverse en contra del amparista- significaría una claudicación o degradación ética del Estado al dejar de atender uno de los fines primordiales que justifican su existencia. "Aquello -agrega el Vocal GIORGIO- por supuesto que no es así, toda vez que los

.....
sobre una persona que no se encuentra en ese grave estado, un fármaco algo más eficaz que el medicamento adecuado del cual se dispone para la enfermedad de la persona y que no tiene sobre ella efectos nocivos importantes"¹³.

Los autores clasifican las experimentaciones médicas en dos clases bien diferenciadas: a) aquellas que tienen por fin intentar un beneficio para la salud del sujeto sobre el cual se hace el ensayo, y b) aquellas que no tienen dicho fin, sino el objetivo de obtener conocimiento que puede aprovechar solamente a personas distintas de quien está sometido al ensayo.

Claramente, el caso bajo estudio responde a la primera categoría. El amparista peticona la provisión del medicamento en estado de experimentación a fin de paliar la enfermedad terminal de su hijo menor de edad.

Al respecto, soy de la opinión que el supuesto analizado responde a una investigación clínica en seres humanos. La aplicación del fármaco en cuestión no está autorizada por ANMAT en todos los casos en nuestro país, razón por la cual era menester la comprobación de los requisitos dispuestos en el art. 58 del CCCN.

Ahora bien, nótese que la verificación de tales presupuestos debió ser corroborada en el marco de la acción constitucional de amparo, la que -como ya se dijo- responde a postulados de urgencia, limitación de pruebas y etapas procesales y restricción o grave amenaza de derechos constitucionales.

Son reproducibles aquí ciertos argumentos dados en los párrafos precedentes unidos a la urgencia de la medida peticonada. Las demandadas no produjeron prueba que indicara -aun en cierto grado de presunción- si existe un medicamento o procedimiento

13 MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio (2016): Op. cit. P. 6.

derechos son ínsitos a la persona humana y el Estado es el invento, la construcción jurídico-política destinada a garantizar el goce de esos derechos, radicando allí su principal deber. Los deberes estatales son la derivación natural de los derechos humanos e individuales". Afirmando, acto seguido, que "...ni la obra social ni el Estado pueden ampararse en interpretaciones restrictivas de la normativa aplicable a estos casos para retacear la calidad y mejor opción disponible para sus afiliados si los medios existentes, por más que ellos resulten onerosos, son necesarios y conducentes para proporcionar al enfermo -en este caso un niño- una mejor calidad de vida, atenuando sus malestares y paliando su sufrimiento. Una interpretación elemental y básica de la norma constitucional antes citada no puede llevarnos a otra conclusión".-

Hago mías las apreciaciones del Dr. CANEPA en cuanto a la operativa aplicación del Art. 58 del Código Civil, por cuanto considero que el concepto de "investigación médica en seres humanos" es perfectamente compatible con la realización de tratamientos médicos especiales destinados, en definitiva, a mejorar el estado de salud del enfermo. Y en el caso en examen, es evidente que las autoridades médicas del Hospital "Ricardo GUTIERREZ" han tomado los recaudos necesarios para atender al menor R de acuerdo a las necesidades extraordinarias que su caso exigía para acceder al tipo de tratamiento indicado.

Del mismo modo, coincido con la Jurisprudencia citada en su sentencia de grado, por la similitud que tienen con el caso "in exámine".

Finalmente, quiero destacar que de la prueba ordenada por Presidencia como medida de mejor proveer (providencia de fs 301) surge que, además del Hospital GUTIERREZ, existen en el país otros CINCO (5) nosocomios donde se han realizado tratamientos con la droga "Qarziba": en el Sanatorio Anchorena, en Fundación Hospitalaria, en Sanatorio Franchín, Hospital North de San Juan y en el Sanatorio Swies de Neuquén, por lo que mal podemos decir que se está "experimentando" con el cuerpo de Enzo.-

4- Por todas las consideraciones expuestas "supra", propiciaré rechazar los recursos de apelación incoados por

.....
 medico alternativo a la droga solicitada por el amparista.

De las constancias relatadas por los vocales se entiende que los mismos, conjugados desde el principio prohomine, han sido cumplimentados: los galenos a cargo de la salud del menor han prescripto la administración del medicamento, lo que supone que han valorado y comparado riesgos y cargas en función de los beneficios a obtenerse; los propios padres del niño han prestado su consentimiento informado; no se ha arrimado a la causa ninguna prueba que informe respecto de los riesgos y molestias para el niño en relación a los beneficios que se esperan obtener; la atención hospitalaria del paciente se encuentra garantizada; se cuenta con la aprobación del Comité de Ética del nosocomio y con la autorización precisa y detallada para el caso en concreto emanada por ANMAT. En casos de urgencia extrema como el analizado, donde el derecho que se encuentra en juego es precisamente la vida de una persona, el Poder Judicial no puede -exclusivamente- sentar sus resoluciones en valladares formales propios de las normas adjetivas. Ello tornaría en ilusorio el proceso de amparo cuando la demanda ha sido entablada en función de la imperiosa necesidad de continuar la vida de un sujeto.

La CSJN ha resuelto que "(...) cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela jurisdiccional"¹⁴.

14 CSJN, Fallos 327:5210.

las partes accionadas, confirmándose en consecuencia la sentencia de grado. No puedo menos que afirmar, concluyendo este voto, que a mi juicio se encuentran presentes todos los presupuestos que la Ley de Procedimientos Constitucionales estatuye para la viabilidad de la acción de amparo.-

Los tres requisitos sustanciales que exige la normativa local son:

1) Violación o amenaza de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional.- 2) Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo.- 3) Inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes (sean judiciales o administrativos).- 4) La negativa del IOSPER a dar integral cobertura -respecto de la prestación requerida- al afiliado R, teniendo el deber legal de hacerlo, constituye una manifiesta ilegalidad que conculca grave y seriamente un derecho que la Constitución Nacional le reconoce explícitamente, no encontrando el suscripto otro camino o vía idóneo -fuera de la acción de amparo- para reparar la vulneración del derecho afectado, representado entonces la única manera eficaz de garantizar la realización del tratamiento médico al que el menor tiene derecho.- 5- En referencia a la imposición de costas, entiendo que le cabe dar razón al Letrado de la accionante, toda vez que no encuentro motivos serios para apartarnos del principio general establecido en el Art. 20 de la Ley 8369 que impone las costas a la parte vencida, no encontrando convincentes los argumentos explicitados por el Juez de 1ra Instancia en tanto y en cuanto el IOSPER bien pudo (y debió) acceder a la autorización expedida por la ANMAT.-

También debe imponérsele a la parte vencida las costas por el trámite ante esta instancia, ya que evidentemente se mantuvo la controversia aún en cuando la causa se encontraba radicada en esta Sala.-

ASI VOTO.-

A la misma cuestión propuesta y a su turno, el Sr. Vocal Dr. CARBÓ, dijo:

En primer término no se constata la presencia de vicios con entidad y trascendencia suficiente para justificar

IV. Conclusión

Los derechos humanos -entre los que se encuentran los derechos a la vida y a la salud- han sido consagrados para su operativo y efectivo cumplimiento. Ahora sí, no debe olvidarse que, en caso de acudir a los estrados de un tribunal para asegurar o petitionar su ejercicio, corresponde acatar las normas formales propias de toda actuación judicial. La relación entre las enfermedades terminales y los avances de la ciencia ya han llegado al ámbito tribunalicio. El caso analizado es un claro ejemplo de ello, en el cual la magistratura -munida de la prueba producida en la causa- debió responder a una urgente pretensión a fin de que una obra social estatal o -en su caso- el propio estado provincial garantizara la continuidad de la vida de un niño menor de edad enfermo de cáncer.

La mayoría del cuerpo votó -a mi criterio- conforme a derecho. Considero que en el caso se han visto configurados los presupuestos constitucionales habilitantes de la procedencia del amparo (art. 43 de la Constitución Nacional) y en ese marco se logró una respuesta acorde a la dignidad y al interés superior del niño.

Sin embargo, bien podrían haberse dispuesto ciertos lineamientos que conjugasen la procedencia de la acción articulada con los avatares de la ejecución de la sentencia.

Me explico. En función de la trascendencia de los intereses en juego, la onerosidad de la droga petitionada y -principalmente- el estado de experimentación de la misma, considero atinado subordinar la continuación de la causa (referidos a planteamientos en la ejecución o pedidos de mayores dosis del fármaco) a informes y controles periódicos referidos al estado de salud del niño.

ANMAT autorizó, para el caso, la dosis de diez viales por 20 mg. de Qarziba. En el supuesto en que las conclusiones científicas respalden el uso y administración del medica-

una sanción nulificante en este estadio del proceso, por lo que adhiero al vocal preopinante. Se ha diagnosticado al menor, de tres años de edad la droga denominada DINUTUXIMAB BETA QARIBA por padecer de un neuroblastoma estadio IV, NMye amplificado, de alto riesgo.

Se trata de una droga que no es comercializada en la Argentina para lo cual, conforme la documentación agregada en autos de fs. 2/31, se ha cumplimentado con todos los requisitos exigidos para su importación y aplicación en el caso específico del menor atento a lo dispuesto por el Régimen de Importación de Medicamentos de acceso por excepción del que están cumplimentados los arts. 1 a 4 con la documentación ya mencionada al igual que los arts. 13,14 y 15 (fs. 149/152) a la vez , se ha cumplimentado con el Régimen de Excepción a Medicamentos No Registrados disposición 10874- E- 20017 sobre declaración de conflicto de intereses de la profesional que ha determinado su uso y los más que bastos antecedentes de la especialidad de la mismas Dra. Mercedes Garcia Lombardi, especialista en Oncología todo lo cual cumple con la reglamentación nacional aplicable al caso.

Por otra parte se advierte de la documental acompañada, el cumplimiento de lo normado en las actuaciones referidas y que las normas citadas se asimilan con lo establecido por el artículo 58 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto se han adoptado en concordancia con lo supra mencionado las previsiones del caso para la atención del menor de acuerdo a las necesidades extraordinarias del mismo para acceder a este tipo de tratamiento, sin que ello configure una "investigación en seres humanos".

En ese orden de ideas puede observarse que el artículo 58 CCCN, si bien refiere a la investigación en seres humanos, de su texto naturalmente surge que el mismo esta directamente direccionado a la realización de tratamientos médicos especiales destinados en definitiva a mejorar el estado de salud del enfermo y al análisis de sus consecuencias más allá de su aplicación a otros fines científicamente determinados, así el citado artículo

.....
 mento y que el mismo presente efectos positivos en la salud del infante se necesitarán nuevas dosis. Por ello, y a fin de evitar engorrosos tiempos administrativos y jurisdiccionales -no compatibles con cuestiones de extrema premura como lo es la salud de una persona-, hubiese sido positivo que el tribunal sentenciante hubiese delimitado ciertas líneas de acción en lo referido al actuar o rol del juez de la ejecución; la periodicidad, puntos de informe y forma de las actuaciones; mecanismos ágiles de comunicación de las resoluciones urgentes a dictarse (por ejemplo, casillas de correo electrónicos de los interesados) y toda otra cuestión relevante que implicase acotar tiempos y esfuerzos en pos de lograr el efectivo y pronto goce de los derechos.

Los tratamientos experimentales suelen presentarse al paciente como una última opción frente a la falta o deficitaria respuesta actual de la ciencia médica tradicional. Entonces, el actuar del Poder Judicial, como poder del estado garante de los derechos de las personas, debe acomodarse a estos nuevos parámetros y -por consiguiente- también adoptar novedosos, ágiles y eficaces modos de obrar para cumplir sus objetivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional", LL 1995-E, 1112.

prevé entre otras cosas, bajo que condiciones puede accederse al mismo y los requisitos que debe reunir tanto el proyecto médico en sí mismo, como la capacidad y formación profesional indiscutible de quienes lo llevarán a cabo, contar con la aprobación de un comité de evaluación, contar con la autorización del organismo público correspondiente, estar debidamente fundamentado en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación a los beneficios previsible que representa para las personas que participan de la investigación, contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación la que debe conocer todos sus aspectos y puede en cualquier momento revocar la autorización.

En el caso de autos si bien se trata de un procedimiento médico que en principio no es lo mismo que la realización de una "investigación en seres humanos" si tiene en común y por ello su procedencia, el hecho de que la droga a aplicar al menor esta aun en proceso de experimentación con resultados alentadores en el mundo conforme surge de los estudios presentados, por lo cual su aplicación no debe ser descartada, habiéndose cubierto al extremo los requerimientos pertinentes para asegurar al menor la mejor atención posible para atacar su enfermedad, el respeto de su dignidad humana, la idoneidad y especialidad de la profesional que lo atiende en este tema específico, la aprobación por parte del Comité de Ética, el consentimiento informado de su representante legal, por lo que entiendo no existen impedimentos legales ni éticos que impidan proveer al niño de la medicación que urgentemente requiere, siendo su costo una cuestión absolutamente ajena no solo al menor y a su familia sino también a los postulados ciertos establecidos en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos art. 19. debiendo los accionados adoptar toda conducta que sea necesaria para cumplir con su obligación de cubrir el tratamiento ordenado con la adquisición de la droga reclamada y tal como lo condena la sentencia que viene apelada.

En este sentido se ha señalado que: " El derecho a la salud constituye hoy en día un "derecho personalísimo" indiscutible, ostentando además raigambre constitucional, dado que su reconocimiento y protección se des-

-
- LLOVERAS, Nora (2009): "El interés superior del niño" en "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios", Graciela Tagle de Ferreyra (Dir.), Nuevo Enfoque jurídico, Córdoba, pp. 213/225.
 - MARTÍNEZ RUIZ, Analía (2002), "Convención sobre los Derechos Niño" Inés María Weinberg (Dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104.
 - MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados expresamente por ley", Cita Online: AR/DOC/2606/2016.
 - PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. y JUNYENT DE DUTARI, Patricia M. (2015): "Acción de Amparo en Córdoba", Córdoba, Advocatus, P. 560.
 - PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El rechazo in limine de la acción de amparo ¿una figura destinada a subsistir en la nueva ley reglamentaria?", LL1997-B, 419.
 - SAGÜES, Néstor P., "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)", LL 1995-D, 1517

prenden de varias disposiciones de la Carta Magna (arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23 ,etc) en Peyrano Guillermo F. "La inmediata tutela del derecho a la salud. Acción de amparo y protección cautelar para obtenerla" JA 2003-II-406 citado por Faillace pág. 389., todo ello además de los derechos singulares y específicos que establece la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, (aprobada por Ley 23849) así la Corte ha resuelto que: "Tiene dicho la Corte que el principio rector del interés superior del niño debe constituir una insoslayable pauta axiológica prescripta por la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc.22, de la Carta Magna y, por ende, de inexcusable acatamiento y aplicación (CS 26/03/2.008 "A.,M.S." DJ, 2008-2-772. (pág. 24). El interés superior del niño consagrado en el art. 3º inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) configura una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, en tanto proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos, (Del voto de los doctores Petracchi, Belluscio y Maqueda -Corte Suprema de la Nación-, "S.,C." 02/08/2005, LA LEY 22/03/2006, 6 con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto; LA LEY 2006-B 348 con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto;

LA LEY 17/08/2005, 17/08/2005- 10 la ley 2005-D-873- DJ 2005-3, 328, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h), AR/JUR/1551/2001 (pág. 139) citados en REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS - LA LEY- septiembre 2.010).

También merece ser citado y considerado por su enorme carga de realidad lo siguiente: " La salud, o, mejor dicho, la atención de la salud de las personas cuando la enfermedad sobreviene, no permite que la prestación requerida dependa de los oscuros meandros de la burocracia o de la mezquina voluntad de quien, privilegiando el equilibrio de la ecuación financiera, o, en el más frecuente de los casos, el lucro esperado, lo demore o directamente, la rehúse. Frente a esta situación, generada por igual por obras sociales y entidades de medicina prepaga, el paciente o sus familiares son ganados por una comprensible desesperación, en una suerte de siniestra antesala de la desesperanza, La urgencia desplaza a la importancia, y la atención del reclamo no admite plazos ni postergaciones. Nunca como en estos casos el "aquí y ahora" requiere de los tribunales de justicia una respuesta pronta, eficaz y concreta. (Horacio A. Faillace - El sistema de Salud- . Obras sociales y empresas de medicina prepaga" Cathedra Jurídica - 2da. edición año 2011 pág. 392).

Por otra parte respecto a la utilización de una droga no aprobada en forma general en el país, se ha resuelto que: "Estas constancias, correspondientes al Instituto Médico Especializado Alexander Fleming y al Servicio de Oncología del Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas, se indica que la actora tiene cáncer de mama con compromiso ganglionar axilar, que realizó cirugía conservadora y quimioterapia, y que además inició tratamiento adyuvante con "Trastuzumab", recibiendo la última aplicación en noviembre de 2005 en el hospital en que se desempeña como médica. Además de ello, se aclara que si bien la ANMAT aún no autorizó el tratamiento con "Trastuzumab" con criterio adyuvante, existen reconocidos trabajos publicados en los que se reconoce sus resultados y que justifican su indicación para una paciente colocada en la categoría de alto riesgo. Asimismo, se precisa que la droga, aprobada en Argentina y EE.UU para su uso en período metastático, ya fue autorizada en Canadá y en algunos países Europeos, para su uso en adyuvancia, y que la paciente no puede aguardar los tiempos burocrático administrativos para su aprobación en el país ya que debe continuar por un año con el tratamiento que inició con "Trastuzumab" por sus indudables beneficios. Ante la contundencia de las conclusiones médicas emitidas por los especialistas en oncología que atienden a la actora, que el juez tuvo en cuenta para admitir la medida cautelar solicitada, la demandada se limita a sostener un argumento ya conocido por el a quo, y lo que es más relevante, por los profesionales que prescribieron el tratamiento con la droga cuya cobertura se solicita: que todavía el medicamento no está autorizado por la autoridad sanitaria de nuestro país para su uso adyuvante. Aun en esas condiciones, los médicos indicaron ese tratamiento y lo justificaron por tratarse de una paciente con alto riesgo de recaída y por los resultados demostrados en diversas investigaciones científicas publicadas. Ello así, la mera invocación de esa circunstancia por parte de

los letrados, ya valorada por los médicos especialistas con posterioridad a la negativa de la obra social para proveer el medicamento solicitado con sustento en que su uso en adyuvancia en cáncer de mama todavía no fue aprobado por la ANMAT, por lo que no se encuentra en sus protocolos para esa indicación, no alcanza para revocar la medida cautelar, desde que la demandada no ha brindado fundamentos científicos suficientes para demostrar que resulta equivocada la prescripción médica efectuada en las referidas circunstancias. (0.00166667 || Orlando, Susana Beatriz vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Amparo /// CSJN; 24/05/2005; Rubinzal Online; O.59.XXXVIII; RC J 3351/07).

En consecuencia con lo señalado precedentemente y coincidiendo con lo expresado por el Sr. Vocal titular de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del STJ Dr. Miguel Angel Giorgio en autos "CACERES JOSE MARTIN EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR TOSCANO AGUSTIN CACERES C/ INSTITUTO DE LA OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO".- (18/10/2017) ... que hago mios digo: "En definitiva, a mi juicio, ni la obra social ni el Estado pueden ampararse en interpretaciones restrictivas de la normativa aplicable a estos casos para retacear la calidad y mejor opcion disponible para sus afiliados si los medios existentes, por más que ellos resulten onerosos, son necesarios y conducentes para proporcionar al enfermo -en este caso un niño- una mejor calidad de vida, atenuando sus malestares y paliando su sufrimiento. Una interpretación elemental y básica de la norma constitucional antes citada no puede llevarnos a otra conclusión. Solo cabe agregar, a mayor abundamiento, la opinión de Carlos A. Ghersi quien proclama que "... el derecho a la vida no es un derecho a secas, por sí y en sí (aún cuando sí lo sea en otro aspecto, entiéndaseme bien) si no lo es indisolublemente unido, a la dignidad, a la calidad de vida, al goce del ser humano. Las patologías son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y que en la medida que pueden ser aliviadas o sanadas deben serlo pues si no incorporan un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana. En este sentido, la sociedad como núcleo organizado, al cual cada uno de nosotros le entrega parte de esa libertad, debe colocarse al lado del sufriente pues esa es la función social del Estado o la sociedad organizada, de lo contrario esta última no tiene finalidad teleológica y pierde razones de sus esencias y existencia... Las necesidades humanas son temporales y espaciales, de allí que fuera de un tiempo y lugar propios dejen de ser prioridades para convertirse en 'el sitio' de la historia, por ello cuando se necesita inmediatez, es necesario que el magistrado entienda que la prioridad es lo material y no lo formal... porque está en juego la vida, la salud, la calidad de vida, valores ultraconstitucionales patrimonio de la humanidad toda, por sobre los Estados nacionales; deberían ser el primer derecho globalizado y sin embargo pareciera no hablarse de esto. Por eso es necesario insistir en que las herramientas derecho de fondo y derecho procesal deben aunarse en tiempo y lugar justos; de lo contrario el derecho sólo servirá para el disciplinamiento social injusto y perderemos así la significación moral del derecho..." (Gheresi, Carlos, "Medidas autosatisfactivas: El Poder Judicial y los derechos humanos", en bol. de JA del 29/8/01, p. 78 y sigtes.).

En conclusión, por todo lo expuesto adhiero al voto del Dr. Perotti en el rechazo de los Recursos de Apelación interpuesto por las demandadas y el acogimiento del recurso interpuesto por la parte actora contra la imposición de costas efectuada, las que se impondrán a las demandadas.

Así voto.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada y, por mayoría, la siguiente sentencia: Bernardo I. R. Salduna (En disidencia) - Eduardo R. Carbó - Hugo D. Perotti

SENTENCIA: Paraná, 31 de enero de 2019.-

Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2º) RECHAZAR los recursos de apelación interpuestos por las demandadas a fs. 242 -S.G.P.E.R.- y a fs. 243vta. -I.O.S.P.E.R.- contra la sentencia de fs. 205/225vta., la que, por los fundamentos de la presente, se confirma.-

3º) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 245, contra la imposición de costas efectuadas en primera instancia las que, en consecuencia, se revocan.-

4º) IMPONER las costas del proceso a la parte demandada vencida.-

5º) DEJAR sin efecto la regulación practicada por el aquo y establecer los honorarios profesionales del Dr. Ramiro J. H. Pereira, por la intervención en primera instancia, en la suma de pesos dieciocho mil quinientos cincuenta (\$18.550) y por su intervención en esta Alzada, en la suma de pesos siete mil cuatrocientos veinte (\$7.420) -cfme.: art. 1255 del Cód. Civ. y Com. en consonancia con los arts. 2, 3, 5, 6, 12, 15, 59, 64, 91 y ccddes. Decreto Ley N° 7046/82, ratif. por Ley N° 7503.-

Protocolícese, notifíquese y, en estado bajen.- Fdo. Bernardo I.

R. Salduna (En disidencia) - Eduardo R. Carbó - Hugo D. Perotti - Ante mí: Nancy G. Bizai - Secretaria de feria- que en el año 2015, se procedió a realizar el cambio de identidad de género identificando a Lara María Berto
