



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**CAUSA Nº 30802-E CCALP “BARRIENTOS NICOLAS JOSE Y OTRO/A C/
IOMA S/ AMPARO”**

En la ciudad de La Plata, a los veinticuatro días del mes de Febrero del 2022, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, con la presencia de los Señores Jueces Dres. Claudia Angélica Matilde Milanta y Gustavo Juan De Santis e integrada con la Dra. Irene Maria Cecilia Hooft, para entender en la causa "BARRIENTOS NICOLAS JOSE Y OTRO/A C/ IOMA S/ AMPARO", en trámite ante el Juzgado Tribunal de Trabajo nº 2 del Departamento Judicial La Plata (Expte. Nº -50607-22), previo sorteo y deliberación, se aprueba la siguiente resolución.

La Plata, 24 de Febrero de 2022

VISTO Y CONSIDERANDO:

El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado (v. presentación del 11-II-22) contra la resolución de grado que hizo lugar a la medida cautelar solicitada (v. despacho del 7-II-22), y que corresponde plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundada la impugnación? En su caso, ¿Qué decisión procede adoptar?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada la Dra. Milanta dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

I. El recurso articulado es admisible por hallarse cumplidos los extremos de tiempo y forma, por lo que corresponde analizar y resolver lo atinente a su procedencia sustancial, resultando este Tribunal competente para su consideración (v. cédula de notificación del 08-02-22 y fecha de interposición del recurso de apelación; art. 20 inc. 2°, Const. Prov.; arts. 3, 9, 16, 17 y 17 bis, ley 13.928, texto según ley 14.192).

1. Nicolás José Barrientos y Yanet Marisol Giordano, en representación de su hija menor de edad, Madeleine Barrientos, iniciaron la presente acción de amparo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (en adelante IOMA) en cuyo marco solicitan el dictado de una medida cautelar que ordene a dicha obra social a otorgarle la cobertura de la medicación ZOLGENSMA, prescrita a la menor Madeleine por el Dr. Claudio Wanisburg (M.P. 332.925), para el tratamiento de la enfermedad que padece diagnosticada como “*ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO 1*”.

2. El Tribunal *a quo* resolvió hacer lugar a la tutela precautoria solicitada por la amparista, ordenando al IOMA que en forma inmediata suministre a la niña Madeleine Barrientos la droga denominada ONASEMNOGENE ABEPARVOVEC, cuyo nombre comercial es ZOLGENSMA (arts. 232 CPCC y 9, ley 13.928).

Para así decidir, comienza detallando los antecedentes de la causa, esto es, lo manifestado por los padres tanto en el escrito de inicio como en la ampliación de demanda realizada en fecha 02-II-22, y lo puntualizado por la Asesora de Incapaces mediante presentación de fecha 04-II-22.

Luego, entiende que en base a la documental adunada en autos, se encuentran reunidos en la especie los elementos de juicio suficientes para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

En orden a la verosimilitud del derecho, expresa el *a quo* que queda demostrado que Madeleine Barrientos es afiliada al I.O.M.A. (N° de afiliada



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

8558066623/00, credencial adjunta en formato digital en fecha 1-II-22), circunstancia que, además, no resultó motivo de controversia.

A ello agrega, que las patologías denunciadas por los amparistas surgen acreditadas con el informe médico suscripto con fecha 16-I-22 por el Dr. Claudio Gabriel Waisgurg (cita resumen historia clínica acompañada en formato digital en fecha 2-II-22).

Asimismo, señala el Tribunal de grado que se halla demostrada en la causa la solicitud dirigida al IOMA para que se otorgue la cobertura que por medio de la presente acción los accionantes procuran obtener, con sello de la obra social de fecha 30-XI-21 (conf. doc. adunada a la demanda en formato PDF)

Por otro lado, en cuanto al peligro en la demora en el caso, interpreta el *iudex* que surge sobradamente demostrado en la especie, toda vez que, encontrándose la niña Madeleine Barrientos en la necesidad de recibir un tratamiento acorde a sus necesidades actuales para afrontar el delicado estado de salud por el que atraviesa, advierte que el caso planteado requiere una decisión urgente que en modo alguno puede aplazarse hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Ello, en tanto señala el *a quo* que el límite etario para recibir el tratamiento con la droga denominada ZOLGENSMA se reduce hasta los dos años y medio de edad, venciendo dicho plazo el día 16-X-22, de modo que, considerando la demora que naturalmente puede acarrear la implementación de la logística tendiente a obtener una droga que no se produce en territorio nacional, va de suyo que las circunstancias que informan el presente caso no permiten especulación ni dilación temporal alguna.

Cita normativa y jurisprudencia en apoyo a su decisorio.

3. La Fiscalía de Estado interpone recurso de apelación en fecha 11-II-22 contra la resolución de grado que hizo lugar a la tutela cautelar requerida.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En primer término, aduce que no se reúnen en autos los requisitos imprescindibles para que prospere una medida cautelar como la decretada, en el ámbito de este excepcional proceso.

En tal sentido refiere que la medida cautelar tal como fuera ordenada en autos resuelve el fondo de la cuestión, en tanto se trata de una droga que es de aplicación única, constituyendo de este modo la tutela decretada en una verdadera resolución del fondo de la cuestión. Cita jurisprudencia en apoyo a su tesis.

Agrega a ello que, cuando las medidas cautelares trascienden su ámbito natural -el asegurativo- para significar un adelantamiento total o parcial de la pretensión principal, deben ser ponderadas, a fin de no mancillar el principio de defensa en juicio, como una excepción, y que, para su procedencia, deberán acreditarse los dos requisitos comunes imprescindibles: la verosimilitud del derecho invocado -"fumus bonis iuris"- y el peligro en la demora.

En orden al recaudo de verosimilitud del derecho, sostiene el apoderado del fisco que el tratamiento farmacológico objeto del presente amparo no sólo fue contraindicado por la médica tratante de la menor, Dra. Lucero -Jefa de Servicio de Neurología Infantil del Hospital Sor María Ludovica La Plata-, sino que consiste en la aplicación de una medicación sobre la cual no existe evidencia científica suficiente que garantice la efectividad aducida, o en su defecto, que hubiera sido probado que la misma resulta más beneficiosa que la que actualmente le brinda el IOMA con cobertura en un 100%, Nusinersen (Spinraza) a la menor Madeleine.

Refiere, al respecto, que la mentada profesional manifestó que *"Los padres han solicitado consultas para valorar la administración de terapia génica, a lo que mi respuesta ha sido que no la sugiero debido al estado funcional actual de la niña, a pesar del tratamiento con Nusinersen. La última consulta en este sentido fue el 26/11/2021"*.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por otro lado, esgrime que de la bibliografía disponible acerca de la patología AME tipo 1 (en particular, el informe realizado por la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud CONETEC- actualizado en agosto 2021) surge que no existe evidencia de la eficacia en el tratamiento en pacientes tratados por encima de los dos años de edad y se dispone de datos limitados en aquéllos por encima de los 6 meses de edad y/o en situación avanzada de la enfermedad, ya que no han sido incluidos en los ensayos clínicos, junto con la incertidumbre de la administración de una mayor dosis total.

Añade a lo expuesto, que la droga Onasemnogene Abeparvovec (Zolgensma) ha recibido la autorización de comercialización condicional, dado que se requieren los datos finales de los distintos estudios, principalmente el “*pivotal*”, para confirmar que se mantienen los beneficios iniciales observados, así como su seguridad y tolerabilidad, y para proporcionar información adicional sobre el tratamiento a largo plazo y en otras situaciones clínicas.

Menciona asimismo, que del proyecto de prospecto del laboratorio Novartis del fármaco Zolgensma se lee: “*limitaciones de uso: -La seguridad y eficacia de la administración repetida de Zolgensma no ha sido evaluada, y que el uso de Zolgensma en pacientes con AME avanzada (por ejemplo, con parálisis completa de extremidades, dependencia de ventilación permanente) no ha sido evaluado*”.

Por otro lado, expresa que en el informe presentado por el Doctor Waisgurg sólo se efectúa una denuncia de patologías, no así una descripción de los motivos que justifican el cambio de tratamiento de la menor, de los efectos adversos que se pudieran causar con la medicación que se pretende aplicar a Madeleine y de los resultados esperables en relación a la costosa inversión.

A ello agrega, que la escasa evidencia sobre la efectividad del fármaco Zolgensma fue también puesta de relieve por dicho galeno en su informe médico, en tanto especificó que “*Existe actualmente el desarrollo de una terapia génica para AME tipo I aprobada por agencias regulatorias de otros países*”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(Onasemnogene abeparvovec/Zolgensma) que podrían tener mejores resultados en sobrevida y calidad de vida, aunque implicando un importante incremento adicional de costos y con evidencia clínica proveniente de escasos trabajos y número reducido de pacientes. Onasemnogene abeparvovec (Zolgensma) es una terapia génica recombinante que utiliza un virus adenoasociado (VAA9) no replicativo para entregar una copia del gen SMN1 que codifica la proteína SMN humana. La administración intravenosa única de Zolgensma da como resultado la transducción celular y la expresión de la proteína SMN en humanos. Sin embargo, hasta el momento se desconoce la duración máxima del efecto”.

Menciona que en base a lo expuesto, quien ha prescripto la utilización de Zolgensma en Madeleine no tiene la correspondiente certeza de que la droga que indica será efectiva para el tratamiento de su paciente.

En función de la incertidumbre acerca de la eficacia del aludido fármaco mencionada, entiende que se requiere en el caso la realización de una pericia médica que otorgue respuesta a los interrogantes planteados antes de expedirse sobre la procedencia de la medida cautelar.

Cita jurisprudencia en apoyo a su postura.

Desde otra arista, destaca que tampoco resulta un dato menor el hecho del costo económico de la medicación, que asciende a U\$S 2.100.000 (dólares estadounidenses dos millones cien mil) por dosis.

En tal sentido expresa que dicha suma cobra mayor relevancia, en tanto, como ya expresó, no existen datos confirmatorios en cuanto a la real utilidad y eficacia de la droga, como tampoco sobre eventuales efectos adversos, en función de que se trata de una menor ventilada, indicación contraria para el suministro de la droga señalada.

Refuerza su postura, alegando que actualmente la obra social demandada se encuentra otorgando a la menor la cobertura del 100% de la medicación Nusinersen (Spinraza), única terapia farmacológica probada y que no reconoce



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

efectos adversos, extendida a nivel mundial a la fecha para el tratamiento de AME Tipo I, que disminuye la mortalidad, el requerimiento de asistencia ventilatoria mecánica y mejora la función motora a los 15 meses de tratamiento.

Agrega, que tampoco se ha logrado acreditar en esta etapa preliminar que la droga requerida revista de mayor eficacia respecto de la que actualmente recibe la menor por parte de la obra social.

Reitera que la medida cautelar otorgada en la instancia de origen ordena realizar una suerte de experimentación -causada en la orden de un médico particular- a una Obra Social que, como tal, está comprometida con la salud pública y no se trata de un financiador de proyectos experimentales de alto costo económico y sin probada eficacia.

Menciona, asimismo, que no se explica cuál es el acto arbitrario y antijurídico en que ha incurrido el instituto demandado, quién no ha hecho más que ceñir su accionar a las normas que regulan la materia (Ley orgánica de I.O.M.A., número 6982/57 y su decreto reglamentario 7881/84, artículo 41 - disposiciones generales).

En orden al peligro en la demora del caso, expresa que la fecha temporal denunciada por el a quo en cuanto al vencimiento del plazo "*ideal*" para aplicar esta medicación, esto es antes de los dos años y medio de vida, se cumpliría el 16-10-22.

En tal sentido, aduce que, en virtud de los plazos procesales imperantes en la especie, se podría llegar a la sentencia durante el curso del mes de marzo del corriente, lo que según su entendimiento deja sin sustento el peligro en la demora en la causa.

A ello añade que tampoco se advierte configurado el mentado recaudo, en tanto la menor Madeleine no se encuentra desprovista de cobertura médica, sino recibiendo por parte del IOMA el tratamiento adecuado para su patología



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(Spinraza), con un 100% de cobertura, tratamiento que es el indicado precisamente por su médica en el Hospital de Niños de La Plata.

Por último, entiende que con el dictado de la medida cautelar se halla comprometido el interés público.

Señala al respecto, que el financiamiento del tratamiento requerido, sumado a la interposición de acciones similares que podría generar un precedente jurisprudencial de este tenor- pondría en jaque al sistema sanitario de la Provincia de Buenos Aires.

Destaca, que el decisorio de grado es la puerta de acceso para la introducción de demandas similares que significarían grandes ganancias para el laboratorio productor del fármaco, pero la propia quiebra del IOMA, pilar del sistema de salud bonaerense de los más de dos millones de afiliados al mismo.

Con tales fundamentos, solicita se revoque la medida cautelar apelada en cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la parte actora.

II. El recurso no prospera.

En efecto, lejos de abordar el eje central de la cuestión referido al delicado estado de salud y patología de la niña como las consecuencias que le generaría no brindar le tratamiento con la medicación indicada, se dirige en lo sustancial a cuestiones colaterales, referidas a dificultades patrimoniales y presupuestarias, que a todo evento podrán ser materia de abordaje en oportunidad de ejecutar la medida cautelar, máxime en esta ocasión donde se analizan únicamente los presupuestos de la medida precautoria.

Entonces, en este sentido la impugnación basada en el importe – costo que debe sufragar la Provincia y el impacto respecto del presupuesto, sin pruebas, soporte ni argumentos consistentes, demuestra la insuficiencia e inconsistencia del remedio recursivo en este segmento. En especial, frente a una situación donde debe primar el deber de cubrir una prestación de salud urgente y necesaria



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conforme al aval profesional invocado en el contexto tutelar de los derechos del niño y de la persona con discapacidad.

Los agravios se ofrecen inconsistentes.

En función de ello, considero que corresponde confirmar la medida cautelar otorgada en beneficio de la hija de los amparistas.

1. En efecto, cabe puntualizar que la admisión de medidas cautelares, en el marco del proceso de amparo, se encuentra supeditada a la demostración del *fumus boni iuris* invocado y del peligro en la demora (arts. 20, 22 y concs., ley 7.166; 9, ley 13.928; 22 inc. 1º aps. a y b, CCA; 230 y concs., CPCC).

Asimismo, es dable destacar que toda medida cautelar denota una labor judicial de perfil preventivo, máxime, ponderando que la misma se formula en el seno de un proceso rápido y expedito como la acción de amparo.

2. A su vez, cuadra tener en consideración que la materia ventilada requiere una especial prudencia debido a los bienes comprometidos, pues cabe recordar como principio rector que, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22º, Const. Nac.) se reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- con rango constitucional y de allí deriva la obligación impostergable de realizar prestaciones positivas del Estado de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio (CSJN, causas “Campodónico de Beviacqua”, de fecha 24-X-02; “Monteserin”, del 16-VI-01; “Asociación Benghalensis y otros”, del 1-VI-00; c.c. SCBA causa B-65.238, “Toledo” sent. 5-XI-03, entre muchas; en materia cautelar: CSJN: “D., B.”, del 25-III-03; “B., V. L.”, del 24-IV-03; “S., E. G.”, del 18-XII-03; entre otras y doctrina de la mayoría en causas CCALP similares a la presente N°25.790, “Pisano”, res. del 28-07-20 y N°27.369, “Di Candia”, res. del 23-02-21).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cabe destacar que en autos se encuentran comprometidos los derechos de una niña menor de edad con una discapacidad que la aqueja encontrándose protegida por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional. Art 39 inc 2, 5 y 8 CP), como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16), la Declaración Universal los Derechos Humanos (art. 25), Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arts. 4.1 y 5.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Convención de los Derechos del Niño (arts. 2, 3, 4, 6 23/27), por lo que la condición de niñez con discapacidad, requiere una tutela y respuesta especial por parte del Estado.

En este contexto, se visualiza la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, según un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invocan los peticionantes, pues no obstante que las medidas cautelares de contenido positivo pueden proyectar cierto anticipo de jurisdicción, la ponderación de la urgencia comprometida en el caso y el grave perjuicio que la no adopción de la medida impugnada pudiera originar a la hija de los amparistas, aumentan la necesidad de su mantenimiento.

3. Sentado ello, cabe señalar que, conforme surge de las constancias de la presente causa, Madeleine Barrientos tiene un año y diez meses de vida, es afiliada al IOMA y se encuentra diagnosticada con Atrofia Muscular Espinal Infantil tipo I (Werdnig-Hoffman) – Hipotonía Congénita (conf. surge de la copia del DNI, certificación afiliatoria al IOMA de la menor y certificado de discapacidad vigente emitido por el Ministerio de salud de la Provincia de Buenos Aires adunados como documental al escrito de inicio).

En virtud de la afección que padece Madeleine, su médico tratante, el Dr. Claudio Gabriel Waisburg, M.N. 98.128, especialista en Neurología Infantil y Electroencefalografía Clínica, indicó en fecha 03-XII-21 el tratamiento médico a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

seguir por la menor, prescribiéndole el fármaco Zolgensma, en dosis única (7 viales de 8,3 mLb) -ver documental adunada al escrito de inicio-.

Asimismo, cuadra puntualizar que en la historia clínica acompañada junto a la ampliación de demanda de fecha 02-II-22, suscripta en fecha 16-I-22 por el mentado profesional, se detallan los antecedentes médicos de Madeleine, y de la misma, surge que el día 22-XI-21 es evaluada, indicándose en fecha 03-XII-21 el fármaco Zolgensma para el tratamiento de la enfermedad que aqueja a Madeleine.

De igual modo, se desprende que con fecha 04-I-22 se realiza Laboratorio Requisito de Zolgensma: - Dosaje de anticuerpos anti AAV9 Negativo - Función hepática (Transaminasas, bili total, tiempo de protrombina) - hemograma completo con recuento de plaquetas, ERS, CPK, LDH, Aldolasa, Troponina I, Creatinina Dentro de límites normales.

A su vez, en dicho informe médico, el galeno sostiene que Onasemnogene abeparvovec (Zolgensma) es una nueva terapia génica recombinante recientemente aprobada en Estados Unidos y Europa. En infantes AME tipo I sintomáticos, con deleciones homocigotas de SMN1, dos copias de SMN2 y ninguna mutación modificadora c.859G>C de SMN2, el tratamiento con el aludido fármaco podría mejorar la supervivencia sin necesidad de asistencia ventilatoria permanente y las habilidades motoras a cinco años de seguimiento.

Por otro lado, menciona el Dr. Waisburg que *“la comparación Zolgensma frente a Spinraza se basa en evaluaciones indirectas entre series de pacientes tratados con Zolgensma frente a pacientes de otros estudios que recibieron Spinraza, por lo que no hay estudios comparativos lo cual no permite concluir sobre la eficacia y seguridad de dicha comparación...Existen actualmente el desarrollo de una terapia génica para AME tipo I aprobada por agencias regulatorias de otros países (Onasemnogene abeparvovec/Zolgensma) que podrían tener mejores resultados en sobrevida y calidad de vida, aunque*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

implicando un importante incremento adicional de costos y con evidencia clínica proveniente de escasos trabajos y número reducido de pacientes. Onasemnogene abeparvovec (Zolgensma) es una terapia génica recombinante que utiliza un virus adenoasociado (VAA9) no replicativo para entregar una copia del gen SMN1 que codifica la proteína SMN humana.¹⁷ La administración intravenosa única de Zolgensma da como resultado la transducción celular y la expresión de la proteína SMN en humanos. Sin embargo hasta el momento se desconoce la duración máxima del efecto...En Argentina, la Administración Nacional de Medicamentos y Tecnología Médica (ANMAT) ha autorizado en 2021 su comercialización para el tratamiento de pacientes pediátricos menores de 2 años con AME, con mutaciones bialélicas en el gen de la supervivencia de motoneurona 1 (SMN1).”

4. En base a lo expuesto, los argumentos vertidos por la demandada en el escrito recursivo, en orden a que se trata de un medicamento que se encuentra en una etapa experimental y cuya eficacia resulta incierta a raíz de los estudios de casos existentes hasta el momento, no pueden frustrar la suerte de un tratamiento indicado bajo la responsabilidad del médico tratante, en base a los antecedentes que refiere en la historia clínica de la paciente referidos *ut supra*.

En ese sentido, tampoco son de recibo las alegaciones vinculadas con los beneficios del tratamiento que propone la demandada.

En efecto, y tal como lo puntualiza la decisión que se propone confirmar, en función de lo prescripto por su médico tratante, con el otro tratamiento el riesgo de muerte de la niña es permanente.

Similar suerte corre lo esbozado en relación al eventual riesgo que una decisión como la de autos, se configure como un precedente y con ello se prescriba el mentado tratamiento con habitualidad.

No sólo lo expuesto constituye una mera disconformidad que carece de andamio sino que el caso reporta una situación única vinculada con el estado de salud de la amparista y sus particularidades que conllevaron a la promoción del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

presente proceso, sin que por ello pueda afirmarse que se está propiciando una cobertura sistemática y generalizada de ese medicamento y prestación.

Por último, y si bien una prueba pericial podría ser útil para definir diferentes aspectos de la cuestión, la medida se encuentra avalada por los antecedentes de la causa -ver historia clínica y prescripción médica – aspecto este último al que el a quo condicionó su tratamiento y se encuentran cumplidos.

De este modo, se encuentra acreditado el recaudo de verosimilitud del derecho en el caso bajo examen.

5. En orden a los agravios brindados por el apoderado del fisco, vinculados al valor del mentado medicamento y al impacto económico de dicha cobertura en las finanzas de la obra social demandada y de la Provincia de Buenos Aires, y a la afectación del interés público alegado, cabe puntualizar que los mismos no rebaten la procedencia de la tutela ordenada en la instancia de origen, ello toda vez que no se ha aportado documento ni prueba alguna que respalde lo argumentado en tal sentido.

En efecto, cabe destacar al respecto que dichos agravios resultan colaterales, en tanto se dirigen a eventuales cuestiones patrimoniales y presupuestarias, que a todo evento podrán ser materia de un abordaje en oportunidad de ejecutar la medida cautelar que aquí se propicia confirmar.

6. En cuanto a la falta de acreditación del recaudo del peligro en la demora en la causa alegado por el apoderado del fisco, con fundamento en que ya de por sí la acción de amparo incoada conforma un proceso expedito, se ofrece sin recepción, en tanto tal como se desprende de la historia clínica agregada a la causa, y no se encuentra controvertido en autos, existe una premura en proporcionar cuanto antes la medicación requerida para la niña, ello en función de las características del tratamiento médico prescripto, esto es, cuanto antes se le aplique dicho fármaco a la niña tendrá mayor eficacia y reducirá los padecimientos que la aqueja (ver documental adunada al escrito de inicio).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

De esa forma, lejos de advertirse afectación del interés público, con el mantenimiento de la cautelar, se procura proteger el derecho a la salud pues, sin abrir juicio sobre la cuestión material, la protección actual de los bienes afectados no admite demora y está garantizada por normas constitucionales y legales aplicables al caso.

6. Desde esta perspectiva, analizadas las constancias agregadas a la causa, en el delimitado marco cognoscitivo propio de las diligencias cautelares, procede concluir que se acreditan suficientemente los requisitos del despacho de grado, ponderados de conformidad a la índole de los bienes que se procuran tutelar y al compromiso que, sobre aquéllos, la no provisión de la medicación requerida es susceptible de ocasionar (arts. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 41 incs. 11 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, 24 inc. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 12 inc. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar; art. 36 inc. 8º, Const. Prov.; art. 9, ley 13.928; arts. 230, 232 y concs., CPCC; arts. 22 y concs., CCA).

7. Todo ello, sin que lo expuesto signifique juicio definitivo sobre el mérito del asunto ni dispense al Tribunal de la causa del dictado posterior de la sentencia conclusiva o bien del pronunciamiento necesario en el marco de celeridad en que se inscribe la contienda.

8. Consecuentemente, y en el marco del reexamen que de la cuestión cautelar corresponde efectuar, estimo que los argumentos expuestos en el recurso de apelación no logran conmover la motivación del pronunciamiento impugnado, el que cabe confirmar (arts. 9 y ccs, ley 13.928 -texto según ley 14.192-; 22, incs. 1º, 3º y ccs., C.P.C.A.; 230 y ccs., C.P.C.C.).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

III. Por lo tanto, propicio rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la resolución de grado impugnada, en cuanto ha sido materia de agravios (arts. 9 y ccs, ley 13.928 -texto según ley 14.192-; 22, incs. 1º, 3º y ccs., C.P.C.A.; 230 y ccs., C.P.C.C.). Costas de la instancia a la demandada en calidad de vencida (art. 19, ley 13.928 texto según ley 14.192).

Así lo voto.

A la cuestión planteada el Dr. De Santis dijo:

Me inicio en el tratamiento de la cuestión planteada dando por reproducido el relato de los antecedentes del caso que ofrece el primer voto y acreditada la grave situación de salud que ventila (AME tipo 1).

Bajo esa plataforma, anticipo mi disidencia con el criterio decisorio que expone esa intervención, con reenvío al reiterado entendimiento con el que he podido expedirme en numerosos casos análogos (véanse causas CCALP n°29.868, CCALP n°29.845 y CCALP n°27.364, entre otras).

Advierto en la medida cautelar decidida un adelanto de jurisdicción que es incompatible con la naturaleza del ciclo cautelar, en cuanto éste rinde tributo al resultado del proceso, en términos de garantía de cumplimiento, pero no reemplaza a la decisión de clausura ni la sustituye por anticipado (arts. 195, 230 y ccs. CPCC, 22, 23 y ccs. ley 12.008, t. seg. ley 13.101, conf. arts. 9, 25 y ccs. ley 13.928, t. seg. ley 14.192).

Tal mi objeción de procedencia en un caso que reclama superar las condiciones de una especialidad medicinal que contaría con autorización de comercialización limitada, según lo reporta la demandada y brindaría una discusión médica relativa a la conveniencia de su administración, apoyada, aunque con reservas de eficacia, en el informe de un profesional, pero en contraste con la indicación de quien se hallaría a cargo del tratamiento actual con otra droga específica prevista en el programa médico obligatorio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Esas circunstancias, reclaman del progreso del caso hacia la instancia de clausura (arts. 10 y ccs. ley 13.928 cit.), pues se muestran comprendidas en la cuestión de fondo a resolver en ese mismo ciclo.

La inclusión de la especialidad medicinal requerida (“Zolgesma”) en el Programa Médico Obligatorio (conf. res. MSN n°201/02 y sus complementarias y modificatorias) también constituye un aspecto que exige de ese tránsito, como lo requiere, igualmente, la elucidación de exigibilidad del derecho que informa el caso, indubitado por cierto, frente al IOMA, en el marco de la relación jurídica que configura la afiliación y el sistema reglamentario que constituye su marco de referencia.

Asimismo, debo decir que, más allá de cuanto implica esa cuestión en el análisis de buena apariencia, lo cierto es que el desarrollo de ese aspecto del litigio se anticipa al resultado del proceso, como lo supone igualmente el desenlace de la etapa cautelar.

En ese escenario, la cuestión urgente de salud, puesta en su superficie, reclama de una respuesta definitiva del mismo contorno, pero que la vía adoptada (art. 20 inc. 2 CPBA) sólo brinda desde la sentencia definitiva.

El suceso, como llega a esta alzada, muestra un anticipo que la reemplaza pues, ciertamente, la medida cautelar resuelve el litigio, siendo que ni aun el perfil expedito de la acción de amparo, bajo las especiales aristas de gravedad que le dan contorno, autoriza esa variable procesal (art. 20 inc. 2 CPBA, 1,2, 9 y ccs. ley 13.928, t. seg. ley 14.192, 22, 23 y ccs. ley 12.008, t. seg. ley 13.101 y 195, 230 y ccs. del CPCC).

Y, ello así, aun valorando las circunstancias de un caso que las ofrece con una intensidad al límite de comprometer la capacidad de entendimiento y que por eso mismo requiere de una prontitud decisoria a resguardo con la vía urgente elegida, sólo condicionada a la diligencia de la función judicial y a la buena fe de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

las partes en su trámite, consecuentes y permeables a la urgencia decisoria que la dolorosa situación planteada deja ver.

Así, considerando que la contingencia decidida desnaturaliza el perfil precautorio, siempre confinado a asegurar el resultado del proceso, pero nunca a adelantarlos y que los contornos de la acción de amparo se muestran idóneos para dar respuesta definitiva a una situación que la requiere, pues a ese efecto se encuentra prevista como garantía adjetiva constitucional (art. 20 inc. 2 CPBA), soy de opinión que la providencia apelada debe revocarse.

Así expreso mi disidencia con el voto antecedente.

De ese modo me expido.

Propongo:

Admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revocar la resolución impugnada, en cuanto ha sido materia de agravios y dejar sin efecto la medida cautelar (arts. 9 y ccs, ley 13.928 -texto según ley 14.192-; 22, incs. 1º, 3º y ccs., C.P.C.A.; 230 y ccs., C.P.C.C.), con costas en ambas instancias del proceso en el orden causado en atención a las particulares circunstancias del conflicto (arts. 19,25 y ccs. ley 13.928 texto según ley 14.192 y 274 del CPCC).

Así lo voto.

A la cuestión planteada la doctora Hooft dijo:

I. Doy por reproducida la relación de antecedentes expuestas en el considerando I del voto que abre este Acuerdo. Por otra parte, a los argumentos desarrollados por la Doctora Milanta a partir del considerando II apartado 1, con exclusión del segundo párrafo del apartado 5, estimo necesario agregar los fundamentos complementarios que serán dados a continuación. Con ese alcance presto mi adhesión al referido voto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

II.1. La suerte del anticipo de cautela requerido en autos debe definirse sopesando los derechos en juego, en procura de alcanzar el mayor amparo de los derechos fundamentales de Madelaine. En tal quehacer resulta necesario priorizar el resguardo y eficaz tutela de su salud.

Bajo este entendimiento, no empece al otorgamiento de la medida censurada la alegación con base en las aparentes indicaciones médicas contrapuestas, a saber: entre la prescripción emanada del doctor Waisburg y lo expresado en el informe de la doctora Lucero.

De un lado, esta última profesional no afirmó que la medicación prescripta por el doctor Waisburg estuviera contraindicada o fuera perjudicial para la salud de la pequeña. Antes bien se limitó a referir que no sugería la terapia génica. Cabe advertir, además, que el informe del galeno nombrado da cuenta que la medicación Zolgensma ha sido aprobada por las agencias regulatorias de otros países -a saber, FDA- y en la Argentina, la ANMAT ha autorizado su uso en 2021 para el tratamiento de pacientes pediátricos menores de 2 años con AME, con mutaciones bialélicas en el gen de la supervivencia de motoneurona 1 (SMN 1), extremo no desvirtuado por la apelante.

Esta droga aparece como la única alternativa que, al día de hoy, tendría Madelaine a la terapia que viene siéndole suministrada (Spinraza). Frente a ello, la demandada no aporta una refutación convincente que excluya su aplicación con ese carácter. Debe tenerse especialmente en cuenta que sobre este aspecto el médico responsable -Dr. Waisburg- dio cuenta de que en el caso podría brindar a la paciente mejores resultados en sobrevida y calidad de vida.

Del otro, conforme ha sostenido la Corte Provincial, los presupuestos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor *fumus* no cabe ser tan exigente con la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando se configura con mayor visibilidad el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

riesgo de un daño grave de imposible o difícil reparación ulterior, el rigor acerca de la apariencia del buen derecho se puede atenuar (conf. SCBA doct. causa B. 65.269, resol. de 19-III-2003; Q. 70.810, sent. de 17-XII-2014; A. 74122, sent. de 08-II-2017).

Así las cosas, los elementos incorporados a la causa muestran que el eventual procedimiento de corroboración por vía del trámite probatorio podría generar una demora o conjunto de incidencias que repercutan negativamente sobre las chances de la efectividad del tratamiento.

II.2. Vale aquí recordar que la Corte Nacional ha señalado que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos de acceso a la justicia y de tutela efectiva resguardados en los arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional conforme con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental y la jurisprudencia de la Corte; postulados que -remarcó- no se satisfacen con la sola previsión legal de la posibilidad de acceder a la instancia judicial, sino que requieren que la tutela jurisdiccional de los derechos en cuestión posea la virtualidad de resolver la cuestión sometida a su conocimiento -en el caso, y en esta instancia, a título cautelar- mediante una respuesta judicial idónea, oportuna y eficaz en la tutela de los derechos que se aleguen comprometidos (CSJN Fallos 343:1096)

Sobre esa base -insisto- cobra especial relevancia la urgencia del caso. Basta reparar en que el suministro de la droga Zolgensma requiere su administración con la mayor premura posible pues encuentra un límite temporal máximo. Y en tal consideración debe atenderse al tiempo que habrá de demandar la implementación de la logística tendiente a obtener la droga que no se produce en el país, circunstancia ponderada en el fallo apelado y que el IOMA no se ocupa de rebatir.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Tal como ha sostenido la Corte Federal, una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor 'eficacia' de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere. De ahí que, en asuntos como el aquí debatido, no pueda soslayarse la relevancia que adquiere la gravedad del cuadro de salud que presenta la niña Madelaine, ni los daños irreparables que, dada la urgencia comprometida, se podrían desencadenar de mantenerse la situación de hecho existente mientras se continúa el debate y hasta el dictado de la sentencia final. Ello así, con especial consideración de que la cautela requerida tiende a remediar un agravio a la salud e integridad de la pequeña tutelada por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente) (CJSN, Fallos 334:1691; 326:2906, 328:4493).

En consecuencia, ante la encrucijada y necesidad de máxima celeridad que ofrece el caso, encontrándose en juego el interés superior de la niña en aspectos tan esenciales como la salud y su vida, los agravios ensayados por la recurrente no logran conmover la disposición precautoria adoptada en su resguardo.

Con el alcance expuesto, reitero mi adhesión al voto de la ponente.

Por tales consideraciones, este Tribunal

RESUELVE:

Por mayoría, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la resolución de grado impugnada, en cuanto ha sido materia de agravios (arts. 9 y ccs, ley 13.928 -texto según ley 14.192-; 22, incs. 1º, 3º y ccs., C.P.C.A.; 230 y ccs., C.P.C.C.). Costas de la instancia a la demandada en calidad de vencida (art. 19, ley 13.928 texto según ley 14.192).

Regístrese, notifíquese, dése vista a la Asesoría de incapaces y devuélvase



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría.

REFERENCIAS:



248901660003578926

**CAMARA DE APELACION EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - LA
PLATA**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 24/02/2022 13:08:46 - DE SANTIS Gustavo Juan - JUEZ

Funcionario Firmante: 24/02/2022 13:11:03 - HOOFT Irene Maria Cecilia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Funcionario Firmante: 24/02/2022 13:23:25 - MILANTA Claudia Angelica Matilde - JUEZ

Funcionario Firmante: 24/02/2022 13:34:01 - DRAGONETTI Monica Marta - SECRETARIO DE CÁMARA

Domicilio Electrónico:



248901660003578926

CAMARA DE APELACION EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE RESOLUCIONES el 24/02/2022 13:41:07 hs. bajo el número RR-147-2022 por DRAGONETTI MONICA.