Expediente Número: CAF – XX.XXX/2021 **Autos:**
P., V. S. c/ EN - M SALUD Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986 **Tribunal:** JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 11 /

Señor Juez:
Se corre vista a este Ministerio Público a fin de que dictamine en los términos del art. 31 de la ley 27.148.

I.- El actor, en representación de su hijo, promueve acción de amparo en los términos del art. 43 CN contra el Ministerio de Salud de la Nación y la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentación y Tecnología (ANMAT) a fin de que se arbitren los medios necesarios para la importación dentro del régimen de excepción del producto Aceite de Cannabis Real Scientific Hemp Oil MAX 10 de 10.000 mg de CBD en 236 ML EI RSHOMAX 10 en la cantidad requerida por los médicos tratantes de la menor con discapacidad, y conforme a sus necesidades vitales y modalidades del tratamiento indicado con motivo del diagnóstico de Epilepsia refractaria, secundaria a Síndrome de West y Síndrome de Down, debiendo a su vez la accionada tomar todas y cada una de las medidas pertinentes para evitar los perjuicios y garantizar la continuidad de la importación dentro del régimen de excepción del producto objeto de la provisión, a fin de procurarle la cobertura total e integral de las necesidades de salud conforme las leyes. 22.431, 24.901 y 27.350. Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar “innovativa y autosatisfactiva” teniendo en

cuenta el estado de vulnerabilidad de la paciente (cfr. pto. 2 del escrito de inicio).

Relata que la paciente tiene 5 años de edad y fue diagnosticada desde su nacimiento Epilepsia focal refractaria, secundaria a Síndrome de West y Síndrome de Down, con alto grado de dependencia a los tratamientos ordenados por sus médicos tratantes.

Explica que, de acuerdo a sus médicos tratantes, el tratamiento de su enfermedad se realiza a través de un producto de fabricación en los Estados Unidos, probado desde hace años ya en nuestro país, pero que no se encuentra en venta aquí y no tiene sustituto de idénticas propiedades terapéuticas acreditadas.

Manifiesta que el 3/5/21 inició el pedido de importación bajo el régimen de excepción del Aceite HEMP, en forma individual, ante la ANMAT. A tales fines, indica que el médico especialista elevó su opinión mediante un dictamen como especialista donde acreditó la justificación médica de la elección terapéutica, aseverando los beneficios de un producto ya probado en sus pacientes, lo cual es una importante diferencia entre el Aceite HEMP de los Estados Unidos, con un producto de fabricación nacional incipiente.

Indica que el 1/6/21 la ANMAT denegó el permiso de importación individual y el acceso al producto a la beneficiaria con fundamento

en que el paciente es inicial y que en el país ya existe autorizada una alternativa terapéutica, esta es, el CONVUPIDIOL.

Se agravia en punto a que la elección de la autoridad administrativa carece de razonabilidad y de sustento específico, generándose una discriminación sin justificación objetiva que la sustente al vincularlo a un producto de distinta formulación. Agrega que la afectación a la igualdad reside en que el rechazo se debe a su condición de paciente de petición inicial, frente a otros pacientes que son autorizados en forma previa con el producto, generando una diferenciación basada en una cuestión temporal ante una misma situación de hecho.

Destaca que ante la presencia de una persona en evidente estado de vulnerabilidad resultan claros y manifiestos los perjuicios para la salud de la beneficiaria, y de no cumplirse con la provisión del producto cuya importación fue solicitada por los médicos tratantes, se agravaría la ya débil condición de salud del menor con discapacidad.

Funda su derecho en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN.

Solicita el dictado de una medida cautelar que fue concedida por V.S. y confirmada por la Sala I de la Excma. Cámara del Fuero.

II- Del auto de fs. 41 se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio de la acción de amparo.

III- Desde el punto de vista formal, cabe señalar que se han cumplido en autos las etapas procesales que contempla la Ley 16.986.

En efecto, incoada la acción se requirió a las demandadas la presentación del informe del art. 8º dela ley 16.986, que obran a fs. 103/107 y 109/116.

En dicha oportunidad, el Ministerio de Salud de la Nación opone la defensa de falta de legitimación pasiva con fundamento en que la pretensión de autos escapa a sus competencias y funciones de cara al ordenamiento jurídico vigente (cfr. pto. III del informe del art. 8° de la ley 16.986).

Por su parte, la ANMAT se opone al progreso de la acción, ya que, en virtud del art. 3° de la Resolución MS 654/21, no se puede permitir el ingreso de un producto cuando existe un similar en el mercado.

Asimismo, destaca que la actora no presenta evidencia científica que acredite que el aceite de cannabis requerido por la vía de excepción resulta apropiado terapéuticamente, en contradicción con el que se comercializa en Argentina, dado que no se ha efectuado ninguna comparativa científica, ni siquiera ha manifestado haber consumido el producto que se encuentra en nuestro mercado.

En definitiva, argumenta que la patología padecida por la menor cuenta con una especialidad medicinal autorizada y registrada en nuestro país para su tratamiento.

IV.- No resta, por otra parte, la producción de prueba que hubiere sido previamente ordenada por V.S..

V- En cuanto a la viabilidad de la acción, cabe destacar que conforme ha sido reafirmado por el representante de este Ministerio Público Fiscal ante la Corte in re "Gianola, Raúl A. y otros v. Estado Nacional y otros", G. 1400. XL (dictamen compartido por el máximo tribunal en su sentencia del 15.5.07, cfr. Fallos, 330:2255), "...la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros)...Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el

asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422)...En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien ella no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178)....La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que 'toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo', mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la 'arbitrariedad o ilegalidad manifiesta' en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (Fallos: 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros)".

VI- Sentado ello, cabe recordar que la pretensión de autos radica en que se ordene a las demandadas que, de forma inmediata, arbitren los medios necesarios para permitir la importación

individual del Aceite de Cannabis HEMP, en la cantidad requerida según lo prescripto por el médico tratante conforme las necesidades y modalidades del tratamiento indicado al menor con discapacidad.

Así las cosas, nada cabe observar a la admisibilidad formal de la presente acción de amparo.

Ello es así en el entendimiento de que "la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física" (cfr. CSJN, Fallos 330:4647, entre muchos otros).

En este sentido, las argumentaciones vertidas por la representación estatal en punto a que la actora no encauzó su obrar dentro de las exigencias de la ley 16.986, considerando el valor de los bienes jurídicos en juego, deviene en un rigorismo formal injustificado que no se compadece con los fines de la institución del amparo –particularmente, como mencione anteriormente, pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física-.

En este sentido, "Las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual

cabe encauzarlas por vías expeditivas entre las cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional...y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional" (conf. Fallos: 329:2179).

En tal orden de ideas, cabe entender que "…de extremarse el rigor de los razonamientos lógicos o de exigirse disquisiciones de significativa sutilidad, podrían quedar desnaturalizados los fines superiores perseguidos mediante la vía procesal intentada, así como desalentar su planteamiento, frustrando de este modo una instancia cuya raigambre constitucional ha sido reconocida desde el tradicional precedente "Siri" de 1957 (Fallos: 239:459) y ha quedado expresamente reglada en el texto del art. 43 de la Ley Fundamental a partir de la reforma de 1994; máxime, cuando ésta no sólo se presupone breve y simple, sino que además, como ha destacado este Tribunal, resulta un medio imprescindible para la salvaguarda de derechos de la jerarquía de los invocados por los aquí actores" (Fallos: 325:292 y sus citas).

VII.- Dicho lo anterior, corresponde, en primer lugar, tratar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por el Ministerio de Salud de la Nación.

Al respecto, cabe recordar que la legitimación "requiere la existencia de un nexo lógico entre el status afirmado por el

litigante y el reclamo que se procura satisfacer” (conf. CSJN, Fallos: 326:1007, “Mosquera”).

De esta manera, el art. 7 de la ley 27.350 establece que: “La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa”.

En consecuencia, cabe destacar que la ANMAT constituye un "Organismo Descentralizado de la Administración Pública Nacional, dependiendo técnica y científicamente de las normas y directivas que le imparta la SECRETARIA DE SALUD, con un régimen de autarquía económica y financiera, con jurisdicción en todo el territorio de la Nación" (cf. art. 2° del decreto 1490/92).

Ahora bien, una nota típica de la descentralización administrativa es que ésta importa la existencia de un ente con personalidad jurídica propia y distinta del Estado (Administración Central) aunque incardinado en su estructura organizativa, al que se le atribuye el cumplimiento de determinados cometidos estatales.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la pretensión de autos supone el ejercicio de una competencia fijada a favor de la ANMAT y su carácter de entidad descentralizada, opino que asiste razón al Ministerio de Salud y, consecuentemente, debería hacerse lugar al planteo de falta de legitimación pasiva.

VIII.- En cuanto al fondo del asunto, la Corte Federal tiene dicho que "el derecho a la salud especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento, sostuvo también que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre

ellos, el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos" (cfr. CSJN, Fallos: 323:1339; 326:4931, entre otros)

En efecto, de conformidad con el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. [Y] entre las medidas que deberán adoptar los a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:… c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En tales condiciones, a la luz del corpus iuris internacional, y como también lo afirma nuestro Máximo Tribunal, "el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio (Fallos 323:1339).

En esta misma línea de pensamiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- órgano de supervisión del Pacto Internacional antes mencionado consideró que “La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental”. Además, indicó que “La obligación de cumplir (facilitar) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición”. De igual manera, afirma que “Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la salud, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1

del artículo 12, que se refiere al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, en virtud del cual cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra". (cfr. Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 22º período de sesiones (2000), Aprobado el 11/5/00).

En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos que"…además de regular el desarrollo progresivo de los derechos sociales, a la luz del artículo 26…, una interpretación sistemática de la misma incluye aplicar a los derechos económicos, sociales y culturales las obligaciones de respeto y garantía, derivadas de los artículos 1.1. y 2…" (cfr.

Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros

("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 210).

, IX.- Efectuada la reseña anterior, no se encuentra controvertido en autos que el niño padece la enfermedad de epilepsia refractaria con alto grado de dependencia a los tratamientos ordenados por los médicos tratantes.

En este contexto, la accionante inició el pedido de importación bajo el régimen de excepción del Aceite HEMP, en forma individual, ante la ANMAT. A tales fines, el médico especialista realizó un dictamen en donde se encuentra la justificación médica de la elección terapéutica. En el referido dictamen se dice:

“Paciente con diagnóstico de epilepsia focal refractaria, secundaria a Síndrome de West y Síndrome de Down. Presenta crisis focales motoras y focales complejas frecuentes a pesar de tratamiento con Topiramato 300 mg/día y Ac. Valproico a con dosaje rango terapeútico. S indica CBD a dosis de 400 mg/día para tratamiento compasivo; se indica RSHO MAX 10 debido a que no tiene trazas de THC y tiene como vehículo TCM (Triglicéridos de Cadena Media) que tiene acción neuroprotectora y anticonvulsionante por sí mismo”.

No obstante ello, la ANMAT rechazó el pedido de importación sosteniendo: “…en cumplimiento de la normativa vigente, Decreto 150/92 y Resolución 654/21, no corresponde autorizar la Solicitud de Importación dado que existe a la fecha registrado en el país una

alternativa terapéutica al producto quedando abierta la vía judicial para recurrir la presente." (cfr. CE-2021-48999278APNDFYGR#ANMAT, 1/6/2021)

En definitiva, a la luz de lo expuesto, el rechazo de la ANMAT tiene su fundamento normativo en el art. 3° de la Resolución MS 654/21 que dispone: "El Régimen aprobado por la presente resolución [Régimen de Acceso de Excepción a productos que contengan cannabinoides o derivados de la planta de cannabis destinados exclusivamente para uso medicinal ya sea para el tratamiento de un paciente individual o bien dentro del contexto de una investigación científica de acuerdo a lo establecido por la presente norma] se aplicará cuando no existan registros sanitarios en el país de productos que contengan cannabinoides o derivados de la planta de cannabis o cuando dichos productos se encuentren en fase de investigación y en forma exclusiva para las patologías que revistan evidencia de calidad metodológica determinada por este MINISTERIO DE SALUD".

En tales condiciones, estimo que las razones brindadas por la ANMAT para denegar el pedido de importación no pueden prosperar.

Sobre el particular, la Sala II de la Excma. Cámara del Fuero tuvo la oportunidad de tratar el asunto debatido en autos en el marco de una medida cautelar solicitada in re: O., A.C. c/ EN- M° Salud de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986", Expte. N° CAF 9963/2021, del

10 de septiembre de 2021; de sustancia análoga a las presentes actuaciones.

En el marco del análisis de la verosimilitud del derecho, la referida Sala sostuvo que "… el medicamento a que se alude en el acto denegatorio (que como se ha visto, es identificado bajo la marca 'Convupididol') y que constituiría la alternativa terapéutica al específico requerido por la amparista, se encuentra indicado para el tratamiento de un cuadro diverso al padecido por la menor, consistente en convulsiones asociadas al síndrome de LennoxGastaut (SLG) o síndrome de Dravet…"); extremo que resulta coincidente con lo expresado por el profesional tratante en la nota referida en el parágrafo precedente. De donde, una prudente e inicial aproximación permite razonablemente afirmar que, en tanto el producto a que alude la autoridad administrativa como alternativa terapéutica, no constituye el medicamento específico para tratar la patología que porta la menor beneficiaria, la situación así configurada queda al margen de la previsión contenida en el art. 3 de la Resol. MS 645/21 y, por lo mismo, también excluida de las limitaciones a la importación establecida en el art. 12 del citado dispositivo. Desde esta perspectiva, … puede tenerse suficientemente acreditado que los argumentos de orden fáctico y normativo en los que se sustenta la denegatoria a la importación, resultan 'prima facie' incorrectos, en tanto no aparece en principio ajustado a una correcta valoración de los mismos, que se prohíba a la paciente recibir un medicamento que

es específicamente indicado para el tratamiento de su afección, sobre la base de la existencia en el mercado local de otro producto, que según su propio fabricante, es de aplicación a un padecimiento diferente".

Por añadidura, el citado Tribunal explica que "…la prescripción del médico tratante, traduce –en principio, y dicho esto a los efectos del análisis cautelar que se lleva a cabo– un elemento de convicción que no puede ser desconocido sin elementos de peso científico que lo desmerezcan. En función de ello, y aún bajo las limitaciones que impone el reducido ámbito cognoscitivo propio de la medida peticionada, no deja de observarse que la implícita imposición de continuar el abordaje con una droga que, según lo dictaminado, no beneficia ni trae mejoría para el puntual y concreto cuadro de la niña, pierde el grado de legitimidad necesario para mantener – mientras dure la medida, y sujeto ello a ulteriores vicisitudes dadas por el progreso propio del proceso– lo resuelto por la demandada. En este sentido, se ha resuelto que '– precautoriamente– debe estarse a los términos e indicaciones expresas del médico tratante, quien es en definitiva responsable final del tratamiento que requiere el estado de salud de la destinataria de la acción. Ello así, mientras se sustancia completamente la causa y se producen todas las pruebas pertinentes a los fines de dilucidar si la medicación aquí requerida resulta idónea para el tratamiento de su enfermedad', máxime si la contraria no se hace cargo de la recomendación profesional del

médico tratante', cuestión que es considerada como 'primordial' para el tribunal interviniente al momento de resolver (cfr. CNACyCF, Sala I, in rebus "G., J.M. c/ OSDE s/amparo de salud", expte. nº 3003/2019, sent. del 1º/06/2020, y "S.F. c/OSDE s/sumarísimo de salud", expte. nº 11.666/2018, sent. del 07/06/2019)".

A lo expuesto por la Sala II de la Excma. Cámara del Fuero, a cuyos argumentos me remito por razones de brevedad y economía procesal, cabe agregar que la denegatoria de la ANMAT en ningún momento trata la plausibilidad o no de la justificación médica de la elección terapéutica realizada por el médico especialista. Por el contrario, simplemente se limita a desestimar la petición basándose en la existencia de un producto ya aprobado en la República Argentina para el tratamiento de la patología de la niña con discapacidad.

Consecuentemente, el acto denegatorio supuso una manifiesta afectación a la tutela administrativa efectiva de la aquí amparista por falta de motivación suficiente, dado que la accionada omitió considerar principales argumentos tendientes y conducentes para fundar su pretensión (cfr. art. 1 inc. f) ap. 3° y art. 7 inc. e) de la LPA).

Al respecto, la jurisprudencia del Fuero tiene dicho que "Todo acto administrativo debe estar motivado (art. 7, inc. e) de la LNPA) con la finalidad de que la Administración, sometida al derecho de un régimen republicano, dé cuenta de sus decisiones, las que pueden

ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas y para que el particular afectado pueda ejercer su defensa…” (cfr. CNACAF, Sala I, "Fernandez Pedro Antonio (TF 23334-A) c/ D.G.A.", 31/08/10).

Asimismo, se ha sostenido que “El art. 1, inc. f, ap. 3º de la ley 19.549 reconoce y garantiza al administrado el derecho a una decisión fundada, con expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas; mientras que el art. 7, inc. e de la ley 19.549 no abre camino al arbitrio administrativo,

puesto que en un concepto jurídico también indeterminado exige que el acto debe ser motivado…” (cfr. CNACAF, Sala I, “Edelmann Wilfredo c/ Gobierno Nac. (Mº de Defensa -Cdo. en Jefe del Ejército) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg, 11/04/97).

Todo lo expuesto me hace considerar que el acto de desestimación del pedido de importación adolece de una ilegalidad manifiesta que justificaría hacer lugar a la presente acción de amparo (art. 43 CN y art. 1 de la ley 16.986).

X.- Finalmente, no puede perderse de vista que el asunto debatido refiere a una cuestión primordial de salud relativa a una niña que, en virtud del art. 75 inc. 23 CN, merece una preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (cfr. CSJN, Fallos 332:
111, entre muchos otros).

En este sentido, es menester señalar que “El derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el

primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (cfr. CSJN, Fallos 338:1110, entre otros).

Así, resulta útil también hacer mención al corpus iuris nacional y convencional en el que se inserta la pretensión y que resulta aplicable en autos.

Primeramente, la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), establece, en lo pertinente, que: 1) Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2); 2) 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 (art. 3); 3) Los Estados Partes reconocen que el niño mental o

físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad (art. 23); 4) 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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios (art. 24).

Por su parte, el Comité sobre los Derechos del niño organismo de aplicación de la convención homónima-, en su Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (2013) – que constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes argentinos en el ámbito de su competencia (cfr. CSJN, Fallos 326:3268, voto del Dr. Maqueda)manifiesta que: “el derecho del niño a la salud, definido en el artículo 24, como derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud (ap. 2)… A fin de lograr la plena realización del derecho de todos los niños a la salud, los Estados partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que

contribuye a la vulnerabilidad. En el artículo 2 de la Convención figuran diversos motivos con respecto a los cuales está prohibido discriminar, en particular la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (ap. 8)…Los niños tienen derecho a servicios sanitarios de calidad, incluidos servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa". (ap. 25). Asimismo, el citado Comité fijó, como un criterio para determinar resultados y aplicación, el elemento de accesibilidad que incluye, entre otras dimensiones, a la no discriminación en virtud de la cual "los servicios de atención de la salud y servicios conexos, los equipos y los suministros deben estar al alcance de todos los niños, embarazadas y madres, en la ley y en la práctica, sin discriminación de ningún tipo" (ap. 114).

Por su parte, la ley 26.061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece que: 1) "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 2); 2) "Las niñas, niños y adolescentes tienen

derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida" (art. 8); y 3) "Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas…Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud" (art. 14).

En este contexto, es evidente que la respuesta estatal no resulta suficiente o adecuada en el entendimiento de que no atiende a las circunstancias extremas y particularísimas del niño y su grupo familiar, al denegar el pedido de importación sin, por lo menos, evaluar si, en función de la situación arriba expuesta, correspondía o no acceder a la elección terapéutica justificada por el médico especialista tratante en función de su plausibilidad.

La conducta administrativa desplegada no atiende al cumplimiento de las garantías mínimas indispensables del derecho fundamental a la salud del niño, lo cual justifica que V.S. haga lugar a la acción de amparo y, así, ordene que se arbitren los medios necesarios para la importación dentro del régimen de excepción del aceite de cannabis HEMP.

La solución expuesta es la que mejor se compadece con los criterios sentado por la CSJN, quien ha sostenido que "… los menores, máxime en circunstancias en las que se encuentra comprometida

su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda (cfr. CSJN, Fallos 331:2691). Asimismo, el mentado Tribunal ha dicho que "… la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio" (Cfr. CSJN, Fallos 335:2242).

Por todo lo expuesto, las especialísimas circunstancias del caso justifican, a la luz de las normas y principios convencionales antes detallados, y sumado a las razones brindadas por la Sala I de la Excma. Cámara del Fuero al confirmar la resolución cautelar dictada por V.S. – que, a mi modo de ver, conservan lozanía-, que se haga lugar a la presente acción de amparo.

En estos términos dejo contestada la vista conferida a este Ministerio Público.