

Expediente Número: CAF - 5001/2024 **Autos:**
O.C. E. c/ BANCO NACIONALDE DROGAS
ONCOLOGICAS s/AMPARO LEY
16.986 **Tribunal:** JUZGADO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL 9 /

Señor Juez:

Se corre vista a este
Ministerio Público a fin de que dictamine en los
términos del art. 39 de la ley 24.946.

1. La actora promueve acción de
amparo en los términos del art. 43 de la Constitución
Nacional contra el Estado Nacional- Banco Nacional
de Drogas Oncológicas a fin de obtener la medicación
NIVOLUMAB 100 MG, IPILIMUMAB 50MG para el
tratamiento de la enfermedad oncológica que padece
(cfr. pto. II del escrito de inicio).

Relata que se le indicó tratamiento de
quimioterapia con la medicación antes referida ante
el cuadro clínico de extrema urgencia y que, al
iniciar los trámites para su obtención, le indicaron
que era el Banco de Drogas de la provincia de Buenos
Aires quien debía suministraselo, pero que, ante el
faltante, dirija su reclamo ante el Banco de Drogas
de la Nación



Argentina. Agrega que, ante reiteradas insistencias, no obtuvo respuesta favorable.

Expone que el trámite no puede seguir dilatándose ante la gravedad de su enfermedad, que carece de la próxima dosis y del dinero para solventar los gastos.

Solicita el dictado de una medida cautelar con los alcances fijados en el pto. VII de la demanda.

2. Del auto de fs. 18 se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio de la acción de amparo.

3. 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 la demandada la presentación del informe del art. 8º de la ley 16.986, que obra a fs. 22/32.

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



4. 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)".

5. Sentado ello, cabe precisar que la pretensión de la actora radica en el suministro de la medicación NIVOLUMAB 100 MG, IPILIMUMAB 50MG para el tratamiento de la enfermedad oncológica que padece, no habiendo recibido respuesta alguna en sede de la accionada.

En oportunidad de producir el informe del art. 8 de la ley de amparo, el Ministerio de Salud se opone al progreso de la acción planteando la improcedencia de la vía y la falta de legitimación pasiva. Con relación a la primera, indica que la amparista no demuestra la afectación de derechos ni acredita que el daño grave que dice padecer solo pueda ser reparada acudiendo a la vía del amparo. Respecto del planteo de falta de legitimación pasiva, aduce que la obligada principal es la provincia de Buenos Aires en atención al reparto de competencia entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales.

6. Dicho lo anterior, corresponde, en primer lugar, expedirse respecto de las defensas



opuestas por el Ministerio de Salud en el informe del art. 8º de la ley de amparo.

En lo concerniente a la procedencia de la vía, 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).

En lo relativo a la **falta de legitimación pasiva**, es preciso indicar que la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal, y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias, y que por lo tanto, son susceptibles de convenios o a acuerdos de concertación (arts. 121 y 125 de la Constitución Nacional, y causa CSJ 566/2004 (40- O)/CS1 "Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 1º de agosto de 2013).

Es por ello que el art. 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las



enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 330: 3098).

De esta manera, la CSJN ha puesto de resalto las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo quelas autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891).

Las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 no han hecho variar este criterio, antes bien, lo han acentuado. En efecto, la realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 19 Y 30, 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que



importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, **como es el caso de la salud pública**, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabezade las provincias.

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicasy privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 331:2135).

Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la dinámica de la distribución de competencias en un tema de salud pública que admite una potestad legislativa nacional y una provincial, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros -sus competencias exclusivas- para



afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes (Fallos: 338:1110).

En consecuencia, no es dable acoger llanamente un planteo de falta de legitimación pasiva de la autoridad nacional en una controversia que versa sobre el derecho a la salud y el acceso a prestaciones médicas, bajo los argumentos esgrimidos por la representación estatal en autos.

7. Superado lo anterior, en cuanto al fondo del asunto, no se encuentra controvertida la enfermedad que padece la aquí amparista y la necesidad de contar con la medicación antes mencionada para llevar adelante su tratamiento.

Así las cosas, 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” (la cursiva me pertenece). 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 ajena s 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)

Consecuentemente, no se adviertende las constancias administrativas ni de la presentación del informe del art. 8º de la ley 16.986 razones que permitan válidamente justificar que el Estado Nacional realizó todo lo posible por



utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer las obligaciones internacionales arriba explicitadas. Por el contrario, la demandada se limitó a señalar su falta de legitimación pasiva y los eventuales riesgos de una intervención judicial respecto de la prestación de la salud pública, lo cual, además de dogmático y genérico, resulta repugnante a la luz de la obligación estatal de adopción de medidas positivas que ayuden a los particulares a disfrutar de su derecho a la salud.

8. Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de que no se ha resuelto la medida cautelar oportunamente solicitada por la aquí amparista, en atención a las aludidas pautas jurisprudenciales, las obligaciones nacionales e internacionales tendientes a efectivizar el derecho a salud, la situación de vulnerabilidad de los aquí interesados, el principio *pro homine* y no regresividad, y considerando también que “la protección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria” (CSJN, Fallos: 323:1339, 1362), estimo que debería hacerse lugar a la presente acción de amparo y ordenar a la accionada a proveer el medicamento oportunamente solicitado a fin de



tratar la enfermedad, con los alcances manifestados por la actora en el escrito de inicio.

Dejo en estos términos contestada la vista conferida.

