

**JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Y TRIBUTARIO N° 7 SECRETARÍA N°13
O., O. D. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS
AIRES (OBSBA)
SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS**

Número: EXP 88/2019-0

CUIJ: EXP J-01-00002212-4/2019-0

Actuación Nro: 12625366/2019

Ciudad de Buenos Aires, de febrero de 2019

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que los señores O. D. O. y M. B. L., en representación de su hijo O. O., con el patrocinio letrado del Dr. Ariel Genazzini, iniciaron la presente acción de amparo contra la *Obra Social de la Ciudad de la Ciudad de Buenos Aires* (en adelante, ObSBA), a fin de que se le ordenara “*la cobertura de: (i) acompañante terapéutico especializado en [Prader Wili] (Fundación Spine); (ii) abordaje interdisciplinario en Centro especializado en síndrome de PRADER WILI (Fundación Spine); (iii) asistencia escuela común complejo educativo Nuevo Sol; (iv) terapia con equinos; v) módulo de integración escolar; y (vi) transporte*” (v. fs. 1).

Afirmaron que su hijo de 10 años padecía: “*síndrome de Prader Willi, trastorno genético poco frecuente que provocaba varios problemas físicos, mentales, conductuales*” y que, del diagnóstico efectuado por su médica pediatra Fernanda de Castro Pérez del hospital Garrahan, que fuera confirmado mediante biología molecular, surgía que “*sufría hipotonía generalizada, retroceso madurativo e hipertiroidismo suplementado, trastornos de conducta [y] compulsividad hacia la comida*” (v. fs. 1 vta. y 3).

Agregaron que, “*se encontraba en plan de rehabilitación integral, encuadre común con plan de integración*” y que debía “*estar supervisado permanentemente por un adulto para control de sus impulsos, control de alimentación y evitar lesiones*” (v. fs. 3).

Refirieron que, a raíz de ello, la pediatra solicitó un abordaje interdisciplinario en centro especializado para el síndrome Prader Wili.

Destacaron que, ante la falta de prestadores con tales condiciones por parte de la ObSBA, recurrieron a la *Fundación Spine*, inscripta en el registro nacional de prestadores como centro de rehabilitación (v. fs. 3).

Alegaron que, el 15 de noviembre de 2018, presentaron a la ObSBA la documentación necesaria para lograr la autorización para el tratamiento por discapacidad (cfr. trámite R-8453/2018) y que, pese a ello, telefónicamente les informaron que solo cubrirían el módulo de integración escolar (v. fs. 4).

Agregaron que dichos reclamos fueron seguidamente planteados a la demandada mediante carta documento, la que fue contestada en forma negativa el 15 de enero del 2019, a excepción del módulo integración.

Pusieron de resalto que, la demandada rechazó la cobertura de equino terapia y la asistencia a escuela común complejo Educativo Nuevo Sol -jornada simple para el ciclo lectivo 2019, prestaciones que años anteriores habría cubierto, sin ofrecer ninguna alternativa al respecto (v. fs. 4 vta./5).

Solicitaron como medida cautelar que se ordenara a la demandada la cobertura de todas las prestaciones que su hijo necesitaba, esto es: *(i) acompañante terapéutico especializado en [Prader Wili] (Fundación Spine); (ii) abordaje interdisciplinario en*

Centro especializado en síndrome de PRADER WILI (Fundación Spine); iii) asistencia escuela común complejo educativo Nuevo Sol; (iv) terapia con equinos; v) módulo de integración escolar; y (vi) transporte” (v. fs. 18 vta.).

Por último, prestaron caución juratoria para el dictado de la medida cautelar peticionada, fundaron su pretensión en derecho, citaron jurisprudencia y ofrecieron prueba. En ese contexto, se pasaron los autos a resolver (v. fs. 91).

II. Que, primeramente, cabe señalar que, si bien es cierto que la diversidad de situaciones que hacen necesaria y procedente una medida cautelar dificulta la doctrina de sus presupuestos, en términos generales pueden señalarse por lo menos dos de ellos cuya reunión resulta indispensable para su admisión: la existencia de un derecho verosímil garantizado por el ordenamiento (puesto que constituyen un adelanto de la garantía jurisdiccional) y un interés jurídico que justifique el adelanto del resultado del proceso. Ese interés de obrar es el “*peligro en la demora*” que da características propias a las medidas cautelares (CCAyT, sala II, “*Cresto Juan José y otros c/ GCBA s/amparo*”, del 16/09/05).

En ese sentido, en el artículo 15 de la ley 2145 se dispone, en lo que aquí interesa, que “[e]n la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva”, y que “[e]n las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho; b) Peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela...”.

A su vez, se ha entendido que pesa sobre quien solicita la medida la carga de acreditar *prima facie*, entre otros recaudos, la existencia de la mencionada verosimilitud del derecho invocado, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (confr. CSJN, doctrina de Fallos: 306:2060; 307:2267 y 322:1135).

En ese orden de ideas, del mismo modo en que no es posible exigir certeza, tampoco es apropiado declarar la procedencia de la medida cautelar sin una demostración convincente respecto de su admisibilidad (cfr. args. Cámara del fuero, sala II, *in re “Bagnardi, Horacio c/ Consejo de la Magistratura s/ amparo”*, el 04/09/03).

Finalmente, no es posible soslayar que la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ha sostenido que “*cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional*” (Fallos: 327:5210, entre otros).

III. Que, para resolver la cuestión es menester señalar que la vida de las personas y su protección —en particular, el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, CN). Más que un derecho no enumerado —en los términos del artículo 33 de la Constitución nacional— el derecho a la vida es un valor implícito, toda vez que el ejercicio de los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en forma expresa requiere necesariamente de él y, por tanto, lo supone. A su vez, el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de la autonomía personal (confr. Cámara del fuero, sala I, “*Lazzari, Sandra I. c/ OSBA s/ otros procesos incidentales*”, EXP 4452/1; CSJN, “*Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional*”, 06/01/00,

Fallos: 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, compartido por el Tribunal).

También se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), entre ellos, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 12, inc. c), la *Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-* (arts. 4º y 5º) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 6º, inc. 1º).

Por su parte, en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, se dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud...” y que “... adoptarán las medidas apropiadas para: ... combatir las enfermedades...” (art. 24).

Del plexo normativo mencionado se desprende que la protección de la salud es uno de los principios fundamentales en cualquier Estado moderno, principio que se plasma en la actualidad como un derecho de toda persona a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias conforme a la dignidad humana y al nivel de desarrollo social y económico de cada Estado.

La Constitución de la Ciudad se hizo eco de las declaraciones internacionales anteriormente citadas al proclamar en su artículo 20 que se garantiza el derecho a la salud integral. La norma constitucional prevé que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Y enfáticamente señala que “[s]e aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad...”.

A su vez, conforme lo dispuesto en el artículo 2º, incisos c) y d), de la ley 472, la demandada, ente público no estatal, se rige, entre otras normas, por la ley Básica de Salud y por las leyes 23.660 y 23.661. Además, la obra social —conforme el artículo 3º— tiene por objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación.

Por último, en el artículo 2º de la ley 24.901 se prescribió que “las obras sociales (...) tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas” y en el artículo 4º se indicó que “las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado”.

IV. Que, por lo demás, cabe recordar, aun en este estado cognoscitivo del proceso, que la protección a las personas con discapacidad constituye un explícito mandato constitucional en orden a establecer medidas de acción positivas tendientes “... a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional). En tales términos, el constituyente local, en el artículo 42 de la CCABA, dispuso que “[l]a Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral. Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales,^b culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes”.

En este orden, la Ciudad de Buenos Aires asumió la obligación de garantizar “...mediante sus acciones el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional N° 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447” (cfr. art. 22, ley 4036).

A su vez, en la ley 22.431 se prevé un sistema de protección integral de las personas con discapacidad, tendiente a preservar, entre otros bienes, su atención médica, con la finalidad de neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca (art. 1°).

V. Que, en este sentido, la prueba aportada a la causa sustenta —en este estado preliminar del proceso— la condición de afiliado de O.O. a la obra social demandada (v. fs. 62), que padecería la enfermedad de Prader Willi y los tratamientos y prestaciones que habrían sido indicados por los médicos tratantes (v. fs. 20, 24/34, 36, 37/40, 46/48, 55/59 60/61, 67, 69, 70/74 y 80/81).

En efecto, se acompañó copia simple del certificado de discapacidad que el *Ministerio de Salud del GCBA* le habría extendido el 06 de septiembre de 2013 con validez hasta el 06 de septiembre de 2019, con diagnóstico “*Síndrome de Prader Willi DSM IV*” (v. fs.67).

Por su parte, la médica tratante del niño, Dra. Fernanda de Castro Pérez, detalló la patología que padece y las dificultades y/o limitaciones propias de dicha enfermedad (v. fs. 60/61).

Asimismo, surge que los actores solicitaron a la ObsBA la total e integral cobertura a su hijo referida por los médicos mediante carta documento (v. fs. 88), la que fue denegada por el ObsBA (v. fs. 87).

En este sentido, cabe señalar que lo requerido por la parte actora resulta conteste con las copias simples anejadas de las prescripciones médicas, que habrían sido suscriptas por la médica tratante del niño y por la Dra. Anabela Galiana (v. fs. 20, 36, 37, 46, 47, 48, 55, 56/57, 60/61, 69 y 80).

De acuerdo a lo expuesto, y teniendo en consideración los bienes jurídicos dignos de protección, resulta necesario disponer cautelarmente que la obra social demandada ponga a disposición los recursos necesarios para asegurar una asistencia integral y provisoria a fin de garantizar las prestaciones médicas y asistenciales según el tratamiento médico recomendado, hasta tanto recaiga resolución definitiva en la presente causa.

Ello por cuanto la labor de las obras sociales, en tanto tienden a preservar bienes jurídicos como la vida, la salud, la seguridad y la integridad de las personas, adquirirían, *prima facie*, un compromiso social con sus afiliados (cfr. Cámara del fuero, Sala II, “*Salguero Claudia Noemí c/ obra social de la ciudad de buenos aires s/ incidente de apelacion*”, del 12/06/14; *mutatis mutandi*, Fallos: 324:677, 330:3725).

A su vez, se ha entendido que la proyección social de la actividad de las obras sociales, en tanto al vincularse con derechos personalísimos de la persona humana, como son la salud y la vida, impondría apreciar sus deberes bajo el prisma de esta función social que titularizarían (misma Cámara y sala en “*Freire María Elena c/ ObsBA s/ amparo*”, expediente 42685/0, del 6/3/2012).

En tales condiciones, teniendo en cuenta lo previsto en el plexo normativo reseñado, el dictado de la cautelar solicitada no ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero sí se podría evitar, en cambio, un posible agravamiento en el estado de salud de la parte actora al garantizarle las prestaciones médicas y asistenciales necesarias.

Por las razones expuestas, **SE RESUELVE:**

1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la *Obra Social de Buenos Aires* que, en el plazo de dos (2) días, disponga la cobertura integral del tratamiento médico prescripto por los médicos tratantes para O.O. (DNI [REDACTED]; cfr. fs. 63), con el objeto de garantizarle y asegurarle de manera efectiva y cierta las prestaciones médicas y asistenciales necesarias, en los términos expresados en el considerando V y hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, haciéndole saber que deberá informar a este juzgado el cumplimiento de la manda ordenada, dentro de los cinco (5) días

2. Tener prestada la caución juratoria, la que se estima suficiente y ajustada a derecho.

Regístrese, notifíquese por a la actora **por Secretaría**, al *Ministerio Público Fiscal y Tutelar*, en sus públicos despachos y, a la ObsBA mediante cédula cuya confección se encuentra a cargo de la interesada.

judicial