

Acción De Amparo Derecho A Salud Asistencia Al Menor Por Parte De Su Obra Social Provision De Audífonos

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Derecho a salud. Asistencia al menor por parte de

su obra social. Provisión de audífonos

Se hace lugar a la medida cautelar, ordenando a la obra social que provea al menor los audífonos prescriptos por su médico tratante y el reintegro de las sumas correspondientes por gastos, con fundamento en la protección al derecho a su salud conforme a lo previsto por el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual resulta de aplicación obligatoria en los términos del art. 2 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de mayo de 2016. VISTOS: Los autos citados en el epí-grafe que se encuentran en estado de resolver la medida cautelar peticionada por la parte actora en su escrito de inicio, de los cuales;

RESULTA: I. Que a fs. 1/8, se presentaron los señores Z.C.D. y G.E.R, en representación de su hijo T.A.Z., con el patrocinio letrado de la Dra. ELIZABETH AIMAR y el Dr. JORGE MANUEL PRADO, e interpusieron acción de amparo contra la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (en adelante, Ob.SBA) a fin de obtener una orden judicial que obligue en forma inmediata a "proveer al niño T.A.Z. a la cobertura integral de a) reintegro de las sumas adeudadas en concepto de transporte especial desde el mes de mayo a la fecha y b) cobertura integral de un par de audífonos SKY Q 90-M13 con moldes de silicona hipoalergénicos, encendido, calibración, pilas y accesorios, conforme fuera indicado por el profesional tratante, especialista en otorrinolaringología Dr. Luciano Mendoza, prestador de derivación de la demandada» (cfme. fs. 1). Asimismo, denunciaron la conexidad de las presentes actuaciones con la causa que tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 9 Secretarí-a N° 17 "Z.C.D. y otros c/ObSBA s/amparo,» Expte N° 35819/0. Relataron que el 29 de octubre de 2003 nació el niño T.A.Z. por parto pretermo y que padece de una discapacidad auditiva, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda, de origen congénito. En este sentido, señalaron que los audífonos que actualmente utiliza T.A.Z. han sido provistos por la demandada en el año 2012, como consecuencia del amparo que tramitó ante el Juzgado N° 9 del Fuero. Sostuvieron que, gracias a dicha decisión, le fueron provistos audífonos en cumplimiento de la medida cautelar allí dictada (cfme. fs. 1 vta.). Por lo tanto, señalaron que los audífonos que actualmente utiliza ya han cumplido el ciclo de vida útil y no brindan beneficios auditivos, por lo que debe procederse a su renovación. Por otro lado, manifestaron que su hijo realiza un tratamiento de estimulación auditiva y debe concurrir a sus terapias en transporte especial y que ésta prestación tenía cobertura de la obra social. Señalaron que "hace algunos meses se vienen presentando demoras injustificadas en los pagos, lo que hace imposible sostener su continuidad» (cfme. fs. 1 vta.). Así las cosas, sostuvieron que han realizado reiterados reclamos a fin de obtener la regularización de los pagos y renovación del equipo que utiliza T.A.Z., sin respuesta alguna. Al respecto, agregaron que se iniciaron los trámites administrativos bajo carpeta N° 122003/122633/120933 y 121554. Asimismo, alegaron que las cartas documento cursadas no fueron contestadas, demostrando con su silencio la falta de interés en los reclamos efectuados por sus afiliados, entendiéndose ello, según refirieron, como negativa de cobertura. Recordaron que T.A.Z. tiene 12 años, que concurre a una escuela común y que al no contar con el audífono adecuado su rendimiento escolar e integración se encuentran comprometidos. En esta línea manifestaron que el médico tratante señaló que, "la falta de audífono repercute emocional y cognitivamente» (cfme. fs. 1 vta.). A su vez, adujeron que debe tenerse en cuenta que se trata de prestaciones para que un niño de 12 años logre una adecuada integración social, familiar y escolar que permita una mejor calidad de vida. Continuando, argumentaron en derecho y citaron las normas que sustentarán la pretensión aducida. Finalmente, requirieron una medida cautelar con idéntico alcance que el amparo, prestaron caución juratoria (cfme. fs. 6), hicieron reserva del caso federal y ofrecieron prueba. II. A fs. 9, la Secretarí-a General del Fuero dejó constancia que, "en la demanda de inicio del presente, manifiesta conexidad con el expediente n° A35819/0, caratulado "Z.C.D. y otros contra ObSBA sobre amparo», en trámite por ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n° 9, Secretarí-a n° 17.» A fs. 11/26, acompañaron la prueba documental ofrecida, y en consecuencia, a fs. 28, se los tuvo por presentados y se ordenó un oficio dirigido al Juzgado CAyT n° 9, Secretarí-a n° 17, a fin de solicitarle las actuaciones "Z.C.D. y Otros c/OSCBA S/Amparo», expediente 35819/0. A fs. 33, con fecha 30 de diciembre del corriente año, fueron recibidas las actuaciones requeridas y pasaron los autos a resolver la conexidad solicitada. A fs. 34/37 vta., se rechazó el planteo de conexidad y se ordenó intimar a la demandada mediante oficio a fin de que en el plazo de cinco (5) días remitiera las actuaciones administrativas labradas en relación al reclamo efectuado por la actora, las cuales se encontraban detalladas en la carta documento de fecha 5 de octubre del 2015, obrante a fs. 26. En particular, los expedientes administrativos o copia certificada de ellos, identificados bajo los números 122003, 122633, 120933 y 121554. A fs. 47, ObSBA acompañó las actuaciones administrativas y a fs. 48, se ordenó su reserva y se confirió traslado a la parte actora para que

se expida respecto de la documental acompañada. A fs. 51, la actora contestó el traslado en cuestión. En dicha oportunidad destacó que la demandada informó que había archivado el trámite administrativo por cuanto no se habían acompañado presupuestos alternativos para cotejar los precios. Al respecto, consideró que la actitud asumida por OBSBA dilata las obligaciones que se encuentran a su cargo en virtud de la ley 24.901, lo cual devendría en un perjuicio para la salud del niño. Arguyó que, el médico tratante había prescripto " (...) equiparar ambos oídos con audífonos digitales retroauriculares con modelos de silicona Sky 990-M13», por entender que estos aportan mayores beneficios. Agregó que, el audífono indicado es individualizado en forma precisa, y por lo tanto es comercializado por una única empresa. En consecuencia solicitó se haga lugar a la medida cautelar peticionada. A fs. 52, pasaron los autos a resolver. Y CONSIDERANDO: I. Cabe señalar que la petición cautelar deducida en estos autos se enmarca en lo previsto por el artículo 15 de la ley local 2145. Son también aplicables en forma supletoria, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la acción de amparo, los artículos 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires - conf. artículo 28 de la ley 2145-. La primera norma citada admite el dictado de las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva. Con idéntica lógica, el art. 177 del CCAyT dispone ellas deben procurar garantizar los efectos del proceso. En este sentido, resulta claro que el fin primordial del remedio precautorio es evitar que la sentencia definitiva pueda resultar de cumplimiento ilusorio, frustrándose la pretensión amparista, ante un objeto imposible de alcanzar de aguardarse al dictado de la sentencia. Respecto de los presupuestos exigibles para el dictado de una medida precautoria, el artículo 15 de la ley de amparo establece 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: Verosimilitud del derecho, Peligro en la demora, No frustración del interés público, Contracautela.» Cabe tener presente que es un principio sentado por la jurisprudencia del fuero que para hacer lugar a una medida cautelar, a mayor "verosimilitud», menor necesidad de "peligro en la demora»; y a mayor "peligro en la demora», menor necesidad de "verosimilitud» (vgr., CCAyT, Sala II, 21/XI/2000, "Banque Nationale de Paris c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCBA)». Es de destacar que el mentado principio resulta aplicable, necesariamente, cuando ambos extremos -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- se hallan presentes -aún en grado mínimo- en el caso (CCAyT, Sala II, 17/VI/2008, "Medina, Raúl Dionisio c. GCBA s/ otros procesos incidentales»). II. Siguiendo la línea de razonamiento esbozada, es menester analizar, si se encuentran cumplidos los requisitos necesarios para el dictado de la medida cautelar peticionada. III. Respecto a la verosimilitud en el derecho, corresponde recordar que la medida cautelar, cuya concesión pretende la parte actora, persigue que se ordene a la demandada proveer al niño T.A.Z., el reintegro de sumas adeudadas en concepto de transporte especial desde el mes de mayo a la fecha y la cobertura integral de un par de audífonos, conforme le fuera indicado por el profesional tratante (cfme. fs. 1). Resulta, entonces, ineludible determinar los alcances de los derechos involucrados, en nuestro ordenamiento jurídico. III.1. En primer lugar, toda vez que la acción persigue la protección del derecho a la salud, debe tenerse presente que éste ha sido reconocido y protegido en numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que cuentan con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Así-, conforme la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a -entre otros aspectos- asistencia médica (art. XI). Con similar orientación, la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure -entre otros beneficios- la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1). En este sentido el COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES interpretó este artículo mediante la Observación General 14/2000 y refirió que debe asegurarse el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, poniendo la obligación de su garantía en cabeza de los Estados Parte, como asimismo, en la de los demás actores que prestan servicios de salud. A su turno, la CCABA establece en su artículo 10 que rigen en el ámbito local "todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos». En particular, el derecho a la salud integral ha sido reconocido en su artículo 20. Allí- se determina 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». En lo que aquí- interesa, el artículo 42 establece que "la 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...». La legislatura local ha reglamentado el derecho con la sanción de la ley

153, denominada Ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires. En ella garantiza el derecho a la salud integral (art. 1°) y establece que esta garantía se sustenta -entre otros principios- en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud, y en la cobertura universal de la población (art. 3°, inc. "d» y "e»). Por su parte, la ley 472 creó la ObsBA, estableciendo que es continuadora del INSTITUTO MUNICIPAL DE OBRA SOCIAL (IMO) y tiene el carácter de ente público no estatal, organizado como instituto de administración mixta con capacidad de derecho público y privado, contando con individualidad jurídica y autarquía administrativa y económico financiera (art. 1°). Su objeto consiste en "...la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación» (art. 3°). Por último, la ley 24.901 creó el "Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad». Ella prevé la obligatoriedad para las obras sociales de dar cobertura total a las prestaciones básicas que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a ellas.

III.2 Establecido el corpus juris que gira alrededor del derecho a la salud, corresponde remitirnos al régimen tuitivo que se erige en torno a T.A.Z., en su condición de niño y quien, conforme surge del certificado acompañado a fs. 11 padece una discapacidad.

III.2.1. Desde este vértice, la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, integrante del bloque de constitucionalidad federal conforme lo preceptuado en el artículo 75, inc. 22 CN, establece como eje ordenador el respeto y preservación del interés superior del niño. En este sentido es posible remitirse al inciso 1° del artículo 3°: "[e]n 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.» Asimismo, el artículo 6° en sus incisos 1° y 2°, reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo. Por su parte, el artículo 23 dispone en relación a los derechos de los niños que padezcan impedimentos físicos o mentales el reconocimiento al disfrute "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» (inc. 1°). En el artículo 24, se encuentra reconocido "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.» Asimismo, los Estados Partes deben "asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios». Para ello, establece los objetivos que deberán tener en mira las medidas adoptadas, entre los que cabe apuntar: "[a]segurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud». A la vez, el artículo 26 reconoce el derecho a la seguridad social. En lo que respecta a las prestaciones que le corresponden, el artículo 27 de la Convención en examen estipula que, "deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.» En esta línea expositiva del análisis normativo es menester remitirnos a la ley 26.061 de PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (B.O. 30767). Norma que posee como objeto "la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.» (artículo 1°, Ley 26.061). A su vez, establece la obligatoriedad de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 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 (art. 2°, Ley 26.061). En cuanto al interés superior del niño, la ley estipula que se erige como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 3°, Ley 26.061). Por su parte, los Organismos del Estado se encuentran compelidos, entre otras cuestiones a garantizar, "el acceso a servicios de salud (...)». Teniendo prioridad en la atención de toda institución de salud las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas (art. 14, Ley 26.061). Asimismo, estipula "el derecho a la atención integral de [la] salud [de los niños], 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, Ley 26.061). En función de lo establecido en la ley en examen, el artículo 29 recepta el principio de efectividad, el que implica que, "[l]os Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías [por ella] reconocidos.» Por su parte, en el ámbito de la Ciudad, rige la Ley 114 (BOCBA N° 624) que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, en su artículo 1° establece que, todos los derechos y garantías por ella enumerados deben entenderse "complementarios de otros reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.» En la misma línea que la ley nacional analizada ut supra, define el interés superior del niño y su consideración primordial por las instituciones públicas o privadas en las medidas e intervenciones a tomar (arts. 2° y 3°,

Ley 114). El artículo 5°, establece la obligación en la remoción de obstáculos de cualquier orden que, "limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes y su efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad.» Desde este atalaya, la norma establece que la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, "tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos a la vida, (...) a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, (...) a la formación integral, al respeto, a la convivencia familiar y comunitaria, y en general, a procurar su desarrollo integral» (art. 6°, Ley 114). En lo que refiere a las medidas de efectivización de derechos, éstas comprenden las acciones positivas que garanticen "la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales vigentes, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la legislación nacional.» (art. 7°, Ley 114). En el Título II, nominado Principios, Derechos y Garantías, se encuentra contenido el artículo 10 en el que se reconoce el derecho de los niños a la vida, a su disfrute y protección; a la dignidad, y al respeto, entre otros, como personas sujetos titulares de todos los derechos, reconocidos en la CONSTITUCIÓN NACIONAL, la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, los TRATADOS INTERNACIONALES, otras normas nacionales y la CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. En forma idéntica, el artículo 21 reconoce el derecho a disfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren la dignidad e integración igualitaria de los niños con necesidades especiales. A su vez, establece el derecho a la atención integral de la salud del niño y su acceso gratuito, universal e igualitario, sobre la base de la solidaridad (art. 22, Ley 114). El artículo 23 del mismo cuerpo legal, prevé la obligación del Gobierno de la Ciudad de adoptar diferentes medidas a fin de garantizar el disfrute del nivel más alto de salud.

III.2.2. Como fue enunciado T.A.Z. presenta una discapacidad. Dicha circunstancia lo coloca en el seno de un sistema de protección integral, a cargo de los órganos estatales, que apunta a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y su accesibilidad. En efecto, conforme sostuvo la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, rige "...un sistema de protección integral de personas discapacitadas tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a la situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con sus derechos, así- como respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado». Ese régimen "...se dirige fundamentalmente a tratar de neutralizar la desventaja que la discapacidad le provoca» (CSJN, "Franchi", 1990, Fallos: 313:579). Desde este vértice, en primer lugar es preciso hacer mención a la norma fundamental que se encuentra en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la CONSTITUCIÓN NACIONAL dispone en el artículo 75, inc. 23 que, el legislador, debe "[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen 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.» Conforme ha señalado la doctrina, las medidas de acción positiva "en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos» (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, La Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, T. II, 4ta. edic. 3a. reimp., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 235). Por su parte, la DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ratificado por nuestro país el día 2 de septiembre de 2008, dispone que la accesibilidad es un principio general que debe guiar el actuar de los Estados, quienes se comprometen a adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás (arts. 3° y 9°). La CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ratificada por la Argentina el 10/I/2001, mediante la ley 25.280, establece el compromiso de los estados partes de "adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad» (art. 3°). Otro instrumento de derechos humanos ratificado por la Argentina es la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD -ley 26.378-, el cual parte del reconocimiento de la igualdad y de la dignidad de todas las personas con discapacidad, así- como del deber que le cabe al Estado como garante y prestador. Asimismo, nuestro país también avaló con su voto el PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982, que enfatiza el derecho de toda persona discapacitada al acceso a oportunidades iguales a las de toda la población y una participación equitativa en las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico. En nuestra región, la DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE INDIAS SOBRE POLÍTICAS INTEGRALES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁREA IBEROAMERICANA a la cual suscribió la República Argentina, establece como objetivos, entre otros, "contribuir a que las personas con discapacidades alcancen las mayores cotas posibles de autonomía personal y lleven una vida independiente (...) garantizando, cuando sea necesario, la efectiva tutela de su persona y bienes.» Así- también establece que las personas con discapacidad deben de poder vivir de forma autónoma en sus hogares, integradas en la sociedad.» En línea con lo expuesto, el

legislador ha sancionado la ley 24.314, modificatoria de la ley 22.431 que instituye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas tendiente a asegurar a éstas su atención médica, educación y seguridad social (art. 1º, Ley 22.431). Dicha calificación "integral" que la ley hace de la protección que instituye para los discapacitados se encuentra en sintonía con el término utilizado por la Ley Básica de Salud de la Ciudad 153, al calificar el derecho a la salud que garantiza (art. 1º, Ley 153), aplicable a ObSBA, en virtud del artículo 2º, inc. c), de la Ley 472. De esta forma ha sido interpretado por la jurisprudencia del fuero (conf., Juzg. CCAyT 8, "Urtasun Teodoro Alberto c/ Instituto Municipal de Obra Social s/ Cobro de pesos", Expte. 2247/0, 19/VIII/2003, consid. IV. Publicado en "La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales. Diez años de jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura de la Ciudad, 2010). En lo que respecta a las normas locales, el constituyente local dirigió a la Legislatura de la Ciudad (art. 80, inc. 7º) mandato idéntico al establecido en el artículo 75, inc. 23 CN, anteriormente citado. Asimismo, la Constitución de la Ciudad, en su artículo 42, establece 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. (...)». En consonancia con ello, la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley 447, denominada LEY MARCO DE LAS POLÍTICAS PARA LA PLENA PARTICIPACIÓN E INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES, que reproduce los términos de la norma existente a nivel nacional ya mencionada. III.3. Definido el bloque de juridicidad del derecho a la salud, los derechos del niño y las personas discapacitadas, corresponde examinar, en este estadio larval del proceso y con las constancias arrimadas, la conducta desplegada por la aquí- demandada. En consecuencia, es menester remitirse a las actuaciones administrativas que se encuentran diseminadas en varias carpetas. III.3.1. La primera presenta como fecha de inicio el 20/II/2015 y se identifica bajo el número 120933. Allí- obra el certificado de discapacidad del niño T.A.Z. y en la foja 6 la indicación de tratamiento y resumen de Historia Clínica, de fecha 9 de febrero del año 2015, suscripta por el Dr. Otorrinolaringólogo LUCIANO MENDOÍ?A. A fs. 7, obra el presupuesto de calibraciones de audí-fonos digitales y control audiológico, suscripto por la Fonoaudióloga SANDRA SERRA. A fs. 11, el presupuesto por los traslados desde el hogar a la escuela y viceversa. A fs. 21, del mismo expediente administrativo, es posible encontrar un presupuesto realizado por la Profesora en Discapacidad Auditiva y Trastornos del Lenguaje, ALEJANDRA ERRANDONEA. Por su parte, a fs. 28/28 vta., con fecha 24 de febrero de 2015, ObSBA expide una autorización presupuestaria de las sesiones de Rehabilitación Auditiva, el Transporte Especial y las Calibraciones de Audí-fonos. Para ello, se invoca la medida cautelar dictada en el marco del expediente iniciado ante el Juzgado CAYT N° 9, Secretarí-a 17, en el que se ordena que, "se proceda a la cobertura del tratamiento intensivo de estimulación auditiva, transporte especial, audí-fonos.» Finalmente, consta la orden de archivo de dichas actuaciones. III.3.2. Continuando el examen de acuerdo al orden cronológico de las actuaciones, es menester remitirse a la Carpeta Nro. 121554/15. Allí-, obra a fs. 5 y 6 dos certificados médicos suscriptos por el Dr. Otorrinolaringólogo LUCIANO MENDOÍ?A, en los que recomienda la utilización de los audí-fonos SKY Q 90 M 13, "por sus características técnicas y audiológicas brindan mayores resultados auditivos» (conf. fs. 5, del exp. adm. 121554/15). A fs. 7, obra la evaluación realizada en la que consta que de la prueba con tres audí-fonos de diferentes modelos, el mejor resultado obtenido fue con Phonak, modelo Sky Q 90 M 13. A fs. 8, obra la solicitud de trámite suscripta por la madre del niño, señora E. G., presentado con fecha 8 de mayo del año 2015. Con fecha 18 de mayo del mismo año, el área de Auditorí-a Médica (conf. remisión realizada por el área de Legales a fs. 9), manifiesta su acuerdo al pedido de audí-fonos (conf. fs. 11 y 12, del exp. adm. 121554/15). Establecido lo anterior, pasan las actuaciones al área Administrativo Prestacional, a cargo del señor ANTONIO FUSCA y se estipula que, el presupuesto presentado de la firma AMPLIATONE "supera el monto estipulado en el Vademecum de ortesis y elementos de la Obra Social». En consecuencia, ordena la remisión al Área Legal y Técnica. Por su parte, el responsable del área Legal y Técnica, el abogado TOMÁS DOMÍNGUEZ, dictamina que, "corresponderá a hacer lugar a la provisión de audí-fono solicitado» (conf. fs. 15, del exp. adm. 121554/15) A fs. 19, con fecha 29 de mayo de 2015, vuelven las actuaciones al Área Legal y Técnica y esta vez, el abogado HORACIO PULETTI dictamina que frente a la superación del monto estipulado para la provisión de audí-fonos "se acompaña nómina de proveedores vigentes, a efectos de o bien promover por parte del afiliado, la provisión de un equipo de menor costo o autorizarse por el Área que corresponda el presupuesto por el valor que la empresa Ampliatone presentó. (...)» A fs. 20, el Director General Adjunto de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, con fecha 4 de junio de 2015, se pronuncia al respecto afirmando que, "en este estadio, cabe el previo cotejo de su precio con dos presupuestos del listado de proveedores (...)» Posteriormente, con fecha 25 de octubre obra un informe en el cual se da cuenta de la imposibilidad de notificar a la señora G. de lo decidido y se ordena atar por cuerda las actuaciones en análisis con la carpeta iniciada en función de la Carta Documento presentada por la actora, con fecha 8 de octubre de 2015. III.3.3. La carpeta anexada a la anterior se identifica bajo el N° 494450. En la foja 23 consta la carta documento mencionada ut supra. Luego del pase por distintas oficinas, a fs. 37, dictamina con fecha 2 de noviembre del año 2015, el DIRECTOR GENERAL ADJUNTO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS,

DR. RICARDO GABRIEL RECIO, quien señala "arbitrar los medios para obtener otros dos presupuestos por proveedores de la Obra Social (...)» Asimismo, puntualiza la necesidad de darle trámite urgente a la cuestión. En función del análisis hasta aquí-realizado es preciso señalar que de esta última presentación no surge en forma clara que la carga se encuentra a cargo de la madre. No obstante ello, en la siguiente foja consta que se efectuó una comunicación con la madre del niño a fin de que acompañe los dos presupuestos solicitados (fs. 38). Finalmente, luego de las notificaciones realizadas se procede al archivo de las actuaciones "hasta tanto el afiliado reactive el trámite» (conf. última foja).

III.3.4. Continuando el estudio de las actuaciones administrativas, vemos que por carpeta N° 122003, de fecha 17/VI/2015, tramitó la autorización presupuestaria de las prestaciones relacionadas con las sesiones de rehabilitación auditiva a cargo de la Prof. Alejandra Errandonea, las cuales fueron aprobadas bajo el fundamento de encontrarse alcanzadas por la manda judicial dictada en el marco del expediente "Z.C.D. y Otros c/ObSBA s/Amparo», exp. 35819/0.

III.3.5. Finalmente, es menester remitirse a la carpeta N° 122633, mediante la cual tramitó y fueron aprobadas las facturas de transporte, rehabilitación auditiva y calibraciones.

III.4. En función de todo lo expuesto hasta el momento y conforme fuera señalado en este estadio liminar del proceso, es posible observar que las prestaciones requeridas por los padres del niño T.A.Z. se encuentran bajo el abrigo del bloque normativo anteriormente descripto. Sin embargo, la conducta desplegada por la demandada, en función de la prueba documental hasta el momento analizada, no parece prima facie haberse desarrollado teniendo en miras los derechos fundamentales en juego. Pues, el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a la dignidad. Máxime en el caso de un niño discapacitado en edad escolar en el que subyace su desarrollo, sus posibilidades y capacidad de integración en la sociedad, como así- también, la realización de su autonomía personal. En consonancia con lo señalado, es menester considerar como norte en todas las acciones a desarrollar por parte de las instituciones y organismos públicos y privados la preservación del interés superior del niño, el cual, conforme tiene dicho la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades» (CIDH, 8/VII/2004, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú). Corresponde destacar que, con anterioridad, ya fue necesaria una orden judicial -dictada por el JCAyT n° 9- como consecuencia de la reticencia de la obra social aquí- demandada a brindar cobertura al tratamiento del niño. Sin embargo, la demandada, ahora aduciendo cuestiones presupuestarias, obstaculiza otra vez el acceso a la integración social de T.A.Z., desoyendo dictámenes médicos y de su propia área de legales, de acuerdo a las carpetas administrativas acompañadas en autos. Es necesario señalar que las afirmaciones que preceden son efectuadas con el grado de provisoriedad propio de esta etapa del proceso. En vista de los valores implicados en el derecho a la salud de un niño discapacitado resulta improcedente la aplicación de criterios o posiciones formalistas, que en definitiva conspiran contra la concretización y efectividad de aquellos (conf. PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 221). Es que, si para proveer la autorización reclamada resultaba necesario contar con dos presupuestos más de proveedores de la propia ObSBA, no resulta explicable cual fue el óbice para que la propia obra social los solicitase y sorteara así- el escoyo formal que se pudiera haber generado. En esta línea la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha establecido que, la urgencia en los reclamos tendientes a obtener la atención y asistencia integral de la discapacidad debe ser posicionada por encima del rigor de las formas que pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 327:2413). En virtud de lo expuesto, es posible tener por configurado el requisito de verosimilitud en el derecho.

IV. En lo que respecta al peligro en la demora, resulta palmario que no contar con las prestaciones acordes a su patologí-a afecta a la salud del niño, su calidad de vida y dignidad, como así- también el progreso en su tratamiento, en su desarrollo personal, en su integración social y, teniendo en cuenta su edad, la realización de los cimientos que permiten la concreción de su autonomía personal. Pues, el principio de autonomía personal se presenta como aquél que permite la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida. En efecto, "el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme artículo 19 de la Constitución Nacional). Esta autonomía consiste básicamente en la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida. (...)» (conf. CCAyT, Sala I, "Pérez Victor Gustavo y Otros c/GCBA s/Amparo», Expte. 605, del 26/I/2001). Cabe, en consecuencia, tener por acreditado el extremo en análisis.

V. En cuanto a la no frustración del interés público, no es posible advertir cuál serí-a su contradicción con una orden que tenga en miras la concreción y efectivización de los derechos a la salud y a una vida digna de un niño discapacitado. Pues, justamente, una orden de este talante coadyuva a la realización del bien común.

VI. Por su parte, en función de los derechos en juego corresponde que la contracautela sea juratoria y se la tiene por cumplida en función de lo manifestado en el escrito de inicio obrante a fs. 6 vta.

VII. Finalmente, resta delimitar el cumplimiento de la orden cautelar. En este sentido, el deber que pesa sobre la demandada se encamina a la cobertura total del tratamiento del niño T.A.Z. Sin embargo, ello no determina que la parte actora posea un derecho

a audí-fonos determinados de una marca específica que puedan ser exigidos a la obra social. En todo caso, la ObSBA debe proveer al niño audí-fonos, en tanto se cumplan dos condiciones: En primer lugar, que su necesidad se acredite con la pertinente evaluación médica; y, en segundo lugar, que se trate de un equipo que provean sus prestadores. Ahora bien, dichas condiciones se encuentran prima facie cumplidas, de conformidad con los antecedentes administrativos acompañados, en particular carpeta N° 121554/15. En tal estado de cosas, sólo resta ordenar a la ObSBA que de cumplimiento a dicha prestación y provea los audí-fonos requeridos por el médico interviniente. Finalmente, se ordenará el reintegro de las sumas que los progenitores del niño hubieran desembolsado en concepto de transporte desde el mes de mayo de 2015 y hasta la fecha. En este caso, se ordenará a la ObSBA que a partir del dictado de la presente deberá hacerse cargo del pago de dichas prestaciones, directamente o por reembolso.

Las medidas dispuestas se mantendrán vigentes hasta el dictado de la sentencia que concluya los presentes actuados. En mérito de las razones expuestas, RESUELVO: I. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES que provea al niño T.A.Z. los audí-fonos que le han sido prescritos por su médico tratante. II. Ordenar a la ObSBA el reintegro de las sumas que los progenitores del niño hubieran desembolsado en concepto de transporte, desde el mes de mayo de 2015 y hasta la fecha. Asimismo, a partir del dictado de la presente, deberá hacerse cargo del pago de dichas prestaciones, directamente o por reembolso. III. Las órdenes estipuladas en los puntos I y II deberán ser cumplidas en el plazo de cinco (5) días y en idéntico plazo deberá ser acreditado su cumplimiento en las presentes actuaciones. Regí-strese y notifi-que-se por Secretarí-a a las partes y al Ministerio Público Tutelar mediante la remisión de las actuaciones. Francisco

J. Ferrer Juez Correlaciones: Ley 24901 - BO: 05/12/1997 B. C., G. E. - F. B., L. F.
c/Galeno Consulting Group SA s/amparo - recurso de apelación - Corte Sup. Just. Salta - 23/02/2016 Nota:

(*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podrá no encontrarse firme al momento de su publicación. 007906E