



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

La Plata, 16 de diciembre de 2021.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 10520/2021/1/CA1, caratulado: “Incidente N° 1 - ACTOR: A., A. J. DEMANDADO: OSDE s/INC APELACION”, procedente del Juzgado Federal de Quilmes.-

Y CONSIDERANDO QUE:

EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la resolución de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a OSDE que, hasta que se resuelva la presente acción, provea a la menor T. A. (D.N.I. N° 49.317.149) la cobertura total al 100% de un Dispositivo de voz con Programa Snap Core First (dispositivo de comunicación, con pantalla táctil y portabilidad), en atención a la patología que padece y de conformidad con lo indicado por el profesional tratante.

II. Se agravia la parte recurrente por considerar que la medida cautelar dictada excede lo meramente cautelar, ya que se adelanta la satisfacción de la pretensión de la parte actora sin haberse dictado sentencia definitiva.

Por otro lado, expresa que para su dictado no se aplicó la normativa vigente sancionada para determinar las prestaciones que los agentes del seguro de salud deben brindar a sus beneficiarios que posean certificado de discapacidad, sino que el a quo se ha basado en la indicación médica presentada por la parte actora.

Al respecto, señala que la menor es acreedora de las prestaciones que le garantiza la Ley N° 24.901, reglamentada por la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación que establece el Nomenclador de Prestaciones Básicas a Favor de las Personas con Discapacidad, la cual no prevé la cobertura del dispositivo solicitado. Asimismo, manifiesta que tampoco se encuentra comprendido dentro de las prestaciones contempladas en el Programa Médico Obligatorio (PMO).

Sobre el Dispositivo Tobii Dynavox I 110 Featuring Snap + Core First expone que es un elemento para la comunicación y no hace a la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

rehabilitación de la menor conforme lo requiere la Ley 24.901, por lo tanto excede las obligaciones prestacionales a las que se encuentran obligados los agentes del seguro de la salud.

Por otro lado, hace referencia al expediente CUDAP N° 26401/2016-SSS, el cual informa que fue iniciado a requerimiento de la Fundación para la Gestión del Conocimiento de Enfermedades Neurológicas y Motrices, con la finalidad de que se incorpore al Programa Médico Obligatorio un dispositivo de seguimiento ocular (Tobii) para pacientes con patologías que afectan las habilidades motrices del lenguaje y del habla, concluyendo el organismo dependiente de la autoridad de aplicación que no corresponde la cobertura e inclusión del mismo por ser de muy baja calidad metodológica; no mostró que esta tecnología fuese efectiva ni superior a otros métodos para mejorar la comunicación; el dispositivo Tobii no se encuentra autorizado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología ni por la Food and Drug Administration; entre otros fundamentos.

En último lugar, expresa que no se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora necesarios para el dictado de la medida cautelar, y agrega que no surge de las constancias de autos que la parte actora no pueda afrontar el costo del dispositivo o no pueda esperar hasta la sentencia definitiva.

III. El *sub examine* exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud de la hija del accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. “Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 30/09/03).

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

IV. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos.

El derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - “R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo”). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

De igual manera, ha merecido particular atención por parte del constituyente de 1994 ya que el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna estableció el deber de legislarse 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 la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Al respecto, en el caso de autos debemos atender a los derechos de una niña menor de edad y con discapacidad. Por tal razón, devienen aplicables convenciones de máxima jerarquía constitucional: la Convención sobre Derechos del Niño, convertida en ley 23.849; y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280.

En la primera, se reconoce a todos los niños el derecho intrínseco a la vida y, en la máxima medida posible, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6), al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación (art. 24); a los niños impedidos mental o físicamente, a disfrutar de una vida plena y decente, y a recibir cuidados especiales (art. 23). A su turno, establece el compromiso de los Estados Partes de asegurarles la protección y el cuidado que sean





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

necesarios para su bienestar (art. 3), resaltando que para dar efectividad a los derechos reconocidos, se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan (art. 4).

En la segunda, se define en el artículo primero a la discapacidad como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social”; a la “Discriminación contra las personas con discapacidad” como toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente o consecuencia de ella, sea presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Por el contrario, se aclara que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo segundo que declara que los objetivos de la Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Para lo cual, los estados parte se comprometen a propiciar su plena integración en la sociedad y trabajar prioritariamente, entre otras áreas, en el tratamiento, la rehabilitación, la educación, la formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad.

V. Por su parte, la ley 22.431 instituyó el “Sistema de protección integral de las personas discapacitadas” que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social; y la ley 24.901 que estableció un “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”, contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art.2, que la obligación de la cobertura total de las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art.1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad.

VI. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

VII. En el caso, resulta acreditado por la documentación acompañada que la menor T. A., de 12 años de edad, está afiliada a OSDE, bajo el N° 62531717204.

Conforme surge del certificado de discapacidad adjunto, la menor tiene diagnóstico de: Encefalopatía no especificada. Retraso mental moderado. Otras anomalías de los cromosomas, especificadas. Malformaciones congénitas del cuerpo calloso.

En el informe fonoaudiológico emitido por el Centro de Desarrollo Infantil, la fonoaudióloga de la menor relata que desde el comienzo mostró intención comunicativa, pero tiene importantes limitaciones funcionales para expresarse libremente y alcanzar una comunicación efectiva.

Explica que el aspecto expresivo es su mayor limitación, ya que posee dificultades práxicas que interfieren en la articulación de las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

palabras, motivo por el cual actualmente se expresa por medio de gestos, sonidos ininteligibles fuera de su entorno, llanto o enojo hacia su familia, aparente resultado de la impotencia al no ser comprendida.

Concluye que, como consecuencia de su patología de base, la niña no ha logrado desempeñar sus habilidades comunicacionales en el plano expresivo, lo que afecta su desarrollo global al impedir su correcta integración al ámbito social. En virtud de ello, habiendo agotado otras herramientas de Comunicación Aumentativa Alternativa (CAA), sugiere la utilización de un dispositivo de comunicación, con pantalla táctil y portabilidad, que le acerque un amplio espectro de opciones para comunicar sus necesidades, mejorando así su calidad de vida.

Relatan los padres de la menor que la única manera de que pueda aumentar sus posibilidades de comunicación es a través del uso de dispositivos de salida de voz. Señalan que el sistema le permite estar escolarizada y hacer la tarea, como así también interactuar con sus pares y maestros, y remarcan la necesidad de contar con el dispositivo en época de pandemia, ya que lo utiliza para la escolarización y terapias.

Frente a ello, solicitaron la cobertura de la prestación ante la demandada, quien manifestó su negativa por medio de una nota enviada el 8 de febrero de 2021.

VIII. Previo al tratamiento de la medida cautelar se dio intervención a la Defensora Pública Oficial ante esta Alzada, quien solicitó que se confirme la medida cautelar dictada, toda vez que considera que con las constancias profesionales adjuntas se desprende que la niña no puede evolucionar en los distintos planos de su vida sin el dispositivo, sumado a que se afecta su desarrollo y las posibilidades de rehabilitación son nulas.

En este sentido, señala que ello configura el peligro en la demora y la verosimilitud en el derecho, atento a las delicadas patologías y discapacidad que sufre la menor.

IX. Sentado lo expuesto, corresponde proceder al tratamiento de los agravios expresados por la parte demandada. En primer lugar, sobre lo manifestado con respecto al Dispositivo solicitado por los amparistas y los beneficios que ofrecería a la menor, cabe destacar que, por su experticia, son





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

los médicos que tratan la dolencia de la niña los más aptos, en principio, para escoger el método, técnica o tratamiento que habrá de utilizarse para afrontar la enfermedad; y tal prerrogativa quedaría limitada a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado a su familia, por lo que el control administrativo que realiza la obra social demandada no podría conducir a imponerle una prescripción en contraposición a la elegida por los profesionales responsables de ella.

A mayor abundamiento, de la documentación adjunta a las actuaciones se desprenden los pedidos realizados por las profesionales que la asisten. Por su parte, la Dra. Eliana Julián, Neuróloga Infantil, solicitó el Dispositivo de salida de voz con programa Snap Core First, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo y expansión de las funciones comunicativas de la menor a través de éste, siendo esa aplicación la más adecuada para ella.

Asimismo, de lo relatado por la fonoaudióloga resulta necesario destacar que Trinidad también tiene afectada su motricidad fina y gruesa, motivo por el cual se ve imposibilitada de incorporar el lenguaje de señas como lengua principal o como complemento del habla.

En virtud de ello, teniendo presente que el dispositivo solicitado favorecería a su inclusión en el ámbito social y educativo, y habiendo la amparista agotado otras herramientas de Comunicación Aumentativa Alternativa, considero que los agravios expresados por la parte demandada no pueden prosperar, por lo que corresponde confirmar lo decidido por el juez *a quo*.

X. Por otro lado, cabe señalar respecto a la determinación de la responsabilidad por el Plan Médico Obligatorio, que una interpretación global de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos, permite razonablemente concluir que dicho plan fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga. No puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales, el descubrimiento de nuevas patologías, y los concretos padecimientos que puedan indicar una u otra prácticas según el cuadro de cada paciente.

Fecha de firma: 16/12/2021

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA



#35946130#312649116#20211216094537164



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

En el caso, el apego estricto al mentado programa colisionaría con el derecho a la salud y a gozar de una real y concreta asistencia médica y terapéutica. Esta opinión halla su sustento en la pluralidad de normas de carácter constitucional que resultan prevalentes frente a la resolución ministerial que establece el piso mínimo de prestaciones obligatorias para los agentes de salud, que de ninguna forma puede considerarse taxativo.

Resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a los límites establecidos por sus normativas específicas.

En efecto, el Alto Tribunal en el caso: “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo” (R.638.XL, fallo del 16/05/06 - Fallos 329:1638) dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

De esta forma cabe interpretar la protección del derecho a la salud, por cuanto su rango constitucional resulta superior a toda normativa legal que se le oponga.

XI. Todo ello permite concluir que a la luz del marco legislativo antes desarrollado y con un análisis preliminar que demanda el anticipo cautelar, la verosimilitud del derecho se encuentra suficientemente acreditada.

En otro orden de cosas, el peligro en la demora puede apreciarse en el perjuicio que podría causarle a la menor la imposibilidad de llevar adelante su tratamiento, circunstancia que exige una respuesta rápida y oportuna, que evite consentir alegaciones dilatorias que pueden conducir al riesgo de la producción de un daño irreparable en su salud.

En virtud de ello, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de esta instancia, los elementos arrimados al promover la acción -analizados al solo efecto cautelar y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto- satisfacen los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar peticionada, no siendo un obstáculo para ello su identificación con el fondo de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

la cuestión debatida, frente a la naturaleza de los derechos involucrados y la urgencia de su protección.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez *a quo*.

Así lo voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Adhiero a la solución propuesta por el juez Lemos Arias.

Por ello, en orden al Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese, devuélvase las actuaciones de manera electrónica y comuníquese por DEO al juzgado interviniente.

Roberto Agustín Lemos Arias
Juez de Cámara

César Álvarez
Juez de Cámara

Emilio Santiago Faggi
Secretario de Cámara

NOTA: Se deja constancia que el juez Julio Víctor Reboredo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Emilio Santiago Faggi
Secretario de Cámara

