



La Plata, 25 de octubre de 2022.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 10019/2022/CA1, caratulado: "I.P.S. c/ MINISTERIO DE SALUD DE LA NACION s/AMPARO LEY 16.986".Y

CONSIDERANDO QUE:

I- Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora en representación de su hija menor con discapacidad, la niña X.S.C.I. y, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud de la Nación a que en forma inmediata y con cobertura integral del 100% le haga entrega de un Equipamiento y Calibración BAHA 5 con vincha soft band, así como todos los gastos que signifique su colocación y que le fuera prescripto por su médica tratante, que requiere la niña, en base a su discapacidad y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

Todo ello fue impuesto bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar las sanciones previstas por el artículo 239 del Código Penal.

A su vez, estableció como contracautela caución juratoria, la que se considera prestada por la parte actora a través de la suscripción del escrito de demanda.

II- El apelante se agravia sustancialmente de la medida cautelar decretada.

En primer lugar, sostiene que causa perjuicio a su mandante el hecho que haya sido obligado a cumplir con deberes que se encuentran por fuera de la órbita de su competencia.

A tal efecto, manifiesta que la resolución recurrida no cumple con ninguno de los extremos requeridos para el dictado de una medida cautelar, por

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





tratarse de una medida que debe cumplimentar la Provincia de Buenos Aires. Fundamenta lo dicho, en tanto la amparista y su hija tienen domicilio en el partido de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires y entendió que las acciones vinculadas al derecho a la salud son materia no delegada por las jurisdicciones locales al gobierno federal y, por lo tanto, no corresponde al Ministerio que representa prestar dicho servicio.

Luego, afirma que no existiría verosimilitud en el derecho, porque no existe obligación a proveer tratamientos médicos particulares y son medidas que resultan ajenas a su ámbito de competencia y no le corresponden, conforme a las disposiciones legales vigentes, circunstancia que tornaría arbitraria la resolución apelada.

Reitera que la responsabilidad recaería sobre la Provincia de Buenos Aires, ya que las obligaciones recaen sobre el Estado argentino y no necesariamente sobre el gobierno federal. Considera que una interpretación contraria a su postura causaría un perjuicio para el Estado Nacional, no pueda utilizar hasta el máximo de los recursos que dispone para cumplimentar su funciones, las que están delimitadas en la función de fiscalización y ejercicio del poder de policía en distintos aspectos vinculados al derecho a la salud, en el diseño de políticas públicas referidas a la promoción y protección del derecho a la salud.

Continúa diciendo que los instrumentos internacionales obligan al Estado argentino a garantizar derechos humanos y a adoptar medidas en pos de propender a su pleno goce y ejercicio, respecto de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, pero considera que no implican que el organismo encargado de su





contralor desconozca la distribución de competencias internas del estado parte.

Concluye expresando que tanto la Constitución Nacional como la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, se colige que el gobierno provincial es responsable del acceso a los servicios de salud y cobertura de toda la población que se encuentra bajo su jurisdicción.

Cita jurisprudencia y bibliografía que fundamentaría su postura.

Por otro lado, advierte que el juzgado no ha considerado la configuración de los requisitos que exige el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que debe ser excepcional porque tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existente ante la petición de su dictado.

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).

Como resulta de la naturaleza de las

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





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").

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.

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





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 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 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.

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





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 que la niña X.S.C.I., de 7 años de edad cuenta con certificado de discapacidad otorgado por el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, bajo el , con diagnóstico de hipoacusia neurosensorial bilateral.

De la receta suscripta por la Lic. S. G., Jefa de la sección de Audiología del Hospital de Rehabilitación Manuel Rocca, surge que indica Vincha con procesador BAHA 5 Power para ósea derecha.

Del mismo modo, en la historia clínica





suscripta por la licenciada G., manifiesta que la niña padece pérdida auditiva de oído derecho y que los resultados que arrojaron los estudios auditivos confirman una hipoacusia unilateral de grado severa a profunda, por lo que, decidió realizar pruebas con audífonos los que no aportaron ningún tipo de facilitación de la escucha. Por consiguiente, se realizaron pruebas de vincha con procesador de sonidos por conducción ósea.

Explica que la decisión de la indicación de la vincha con procesador BAHA 5 la tomó dado que este dispositivo lleva en forma directa el sonido a la cóclea izquierda sorteando el componente neurosensorial y así estimula de manera sostenida facilitando el acceso a la adquisición del habla y del lenguaje.

Respecto al resultado de las pruebas realizadas, manifiesta que se observa un positivo cambio de conducta auditiva y acceso a la información recibida desde el oído derecho, sorteando la dificultad de la cabeza y torso, ayudando en la localización del sonido, lo que demostraría de manera objetiva la necesidad del uso del dispositivo solicitado.

Relata la madre de X., que la Lic. G. le ha ordenado varios estudios audiológicos a fin de establecer el tratamiento adecuado y luego prescribió la utilización del dispositivo que aquí se solicita.

Afirma que a partir de la orden médica y después de ser derivada por distintas oficinas públicas, el 8 de febrero de 2021 efectuó el pedido de los implantes cocleares a través de la casilla de correo electrónico del Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia perteneciente a la Dirección Nacional de Maternidad, Infancia y Adolescencia del Ministerio de Salud de la Nación, acompañado de la documentación

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





necesaria para su autorización. Dicha solicitud, manifiesta que se registró bajo el número de expediente

Continúa relatando que pese a sus constantes reclamos vía mail, no obtenía respuesta y en virtud del carácter urgente de la situación de su hija y su condición de vulnerabilidad, intimó al Ministerio de Salud de la Nación por carta documento N°CD..... notificada el 06/03/2021. Dicha intimación fue contestada, informándole que *"la solicitud debía realizarse a través del reintegro de datos del Programa Nacional de Hipoacusia"*, solicitud que fue realizada por la Jefa de Audiología de Rehabilitación Manuel Rocca.

Expresa que el Ministerio continuaba con su actitud reticente respecto de la respuesta a la solicitud, por lo que, en fecha 30/12/2021, volvió a intimar a la demandada por carta documento bajo el N°CD..... AR, pero el Ministerio de Salud guardó silencio. Esta actitud sostiene que implica la negativa a la prestación por parte del Estado Nacional y una violación a lo normado en las leyes N° 24.901, 25.415 y 26.378, así como también al derecho a la salud reconocido en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Manifiesta que el dispositivo resulta indispensable para una niña que sufre pérdida auditiva tan severa como es el caso de su hija, así como la detección, el correcto diagnóstico y el tratamiento apropiado para el tipo de hipoacusia que la aqueja.

VIII- Previo al tratamiento de los agravios de la parte demandada, cabe señalar que se le dio intervención a la Defensora Pública Oficial ante esta Alzada, Dra. Ivana Verónica Mezzelani, quien asumió la





representación complementaria de la niña X., de conformidad con lo dispuesto por los artículos 103 inc. A del Código Civil y Comercial de la Nación y artículo 43 inc. B de la ley N°27.149.

Asimismo, solicita que se rechace el recurso de apelación y, en consecuencia, se confirme la medida cautelar ya que considera que se encuentran configurados los requisitos de verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, por encontrarse en juego los derechos fundamentales de una niña que padece de un delicado cuadro de salud que no admite demoras.

Además, destaca que se encuentra en juego el derecho a la salud y a la vida, ambos reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país, por lo que, el Estado Nacional tiene el deber de velar por el cumplimiento de estos derechos constitucionales, para evitar incurrir en responsabilidades tanto a nivel nacional como internacional.

IX- Sentado lo expuesto, corresponde proceder al tratamiento de los agravios expresados por la parte demandada. En primer lugar, con respecto al planteo efectuado por el Ministerio de Salud de la Nación sobre su falta de responsabilidad por corresponderle ésta a la Provincia de Buenos Aires a través de su Ministerio de Salud provincial, resulta necesario tener presente que lo fundamental es que conforme al régimen legal debe garantizar su asistencia, sin perjuicio que, en el caso que deba hacerlo efectivamente, recupere los costos por las vías pertinentes de quien, en definitiva, resulte también obligado a afrontarlas o que ejerza la actividad que crea necesaria para lograr la adecuada participación de la autoridad local (Fallos: 329:2552).

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





Asimismo, el Máximo Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben 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 proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Bellucio y Fayt; y 3569; 328:1708; 329:2552).

En conclusión, el Estado tiene una responsabilidad en la cuestión como garante del sistema de salud, que nace del compromiso internacional que asumió de asegurar a todos los habitantes el derecho a la salud dentro del nivel que permitan los recursos públicos, y de crear las condiciones necesarias para que puedan acceder en caso de enfermedad a un efectivo servicio médico, social y/o asistencial (C.N., art. 75 inc. 22; D.A.D.D.H., art. XI; D.U.D.H., art. 25.1; C.A.D.H., art. 29.c.; P.I.D.E.S.C, art. 12.1 y 12.2.d.; doctr. CSJN, Fallos 323:3229, consid. 16° y sus citas; 324:3569, consid. 11° y sus citas).

La salud es un asunto público, relacionado incluso con el derecho a la vida, y es precisamente por ello que el Estado debe mantener el equilibrio en sus acciones a fin de que la mayor cantidad de población posible, -sobre todo las personas discapacitadas, carentes de recursos y sin cobertura, que se encuentran en situación más vulnerable frente a la enfermedad-, cuenten con un servicio de salud adecuado (Conf. esta Sala, expediente N° FLP 58340/2016, caratulado: "T. L. O. c/ PRIMEDIC Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986", fallo del 5/12/2017).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar





que en la instancia de origen mediante el proveído de fecha 2 de junio del año 2022, el juez admitió la intervención del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires en calidad de tercero de conformidad con el artículo 94 del CPCCN.

Por ello, de conformidad con la responsabilidad subsidiaria señalada en los párrafos precedentes que le cabría al Estado nacional, y teniendo en cuenta la intervención que tomó el estado provincial en las actuaciones, resulta razonable y prudente extender el cumplimiento de la medida cautelar dispuesta al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires en su calidad de obligado principal y directo.

X- Todo ello permite concluir que, teniendo en cuenta el 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 amparista 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 arrojados 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.

Sentado lo expuesto, encontrándose

Fecha de firma: 25/10/2022

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA





acreditado *prima facie* la necesidad de la hija de la amparista de contar con el dispositivo prescripto por la Lic. S. G. a fin de tratar la patología que la aqueja, y frente a la etapa cautelar en que se encuentran las presentes actuaciones, considero que corresponde confirmar la resolución apelada con el alcance que antecede respecto de la Provincia de Buenos Aires.

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

CONFIRMAR la resolución apelada en lo que decide y extender el cumplimiento de la medida cautelar dispuesta al Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires, conforme lo señalado en los considerandos que anteceden.

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

ROBERTO AGUSTÍN LEMOS ARIAS
JUEZ DE CÁMARA

CESAR ÁLVAREZ
JUEZ DE CÁMARA

EMILIO SANTIAGO FAGGI SECRETARIO DE
CÁMARA

