



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, 26 de marzo de 2018.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: **“P., M. M. c/ OSALARA s/ Ley de Discapacidad s/ Incidente de Apelación”**, Expediente FMP 7130/2017/1, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad;

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Ferro dijo:

Que llega el expediente a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 19/26 por OSALARA, contra la resolución dictada por el Juez de primera instancia el día 28 de abril de 2017, obrante a fs. 10/11vta.

En aquel pronunciamiento el Magistrado hizo lugar al pedido del actor (en representación de su hijo menor de edad con discapacidad) de decretar medida cautelar ordenando a la accionada a proveer la cobertura integral, en un 100% a su cargo, correspondiente a una silla de ruedas adaptada para actividad deportiva.

En su presentación recursiva la apelante se agravia de la vía procesal elegida por el actor. Sostiene que no se ha acreditado en autos el agotamiento previo de los remedios administrativos, y en consecuencia, es inadmisibile una acción de amparo que se intenta eludiendo la vía recursiva ante la Administración Pública.

En otro orden, expone que la prestación solicitada debe ser rechazada por cuanto no está contemplada en la normativa vigente de carácter obligatorio para los agentes de salud ni se encuentra justificada médicamente su necesidad.

Considera, además, que el decisorio puesto en crisis afecta patrimonialmente a su representada y a los restantes afiliados de OSALARA. Ello, por cuanto estima que la silla de ruedas solicitada no tiene como finalidad cubrir una necesidad cotidiana, sino, la realización de un deporte, y para su



cobertura deben emplearse los recursos provenientes del fondo solidario de redistribución.

Finalmente, manifiesta que no se han cumplimentado los requisitos que nuestro Código Procesal de rito exige para el dictado de este tipo de medidas.

Concedido el recurso de apelación y conferido su traslado a la contraria, ella no contestó -fs. 42 y 43 respectivamente-. Elevadas las actuaciones a este Tribunal, quedaron en condiciones de ser resueltos, conforme surge del decreto de fs. 53.

La Corte Suprema ha señalado en numerosas oportunidades que, de acuerdo a su propia naturaleza, ellas no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860, entre otros).

En efecto, habiendo examinado las constancias de la causa considero demostrado por el accionante, en el ámbito de probabilidad de la cognición cautelar, la verosimilitud del derecho invocada a través de la documentación agregada a fs. 1, 3 y 4 de este incidente, pues pone en evidencia que se encuentra en juego el Interés Superior del Niño en aspectos tan esenciales como su derecho a la **vida** y, en consecuencia, el derecho a la **salud** (art. 33 de la Constitución Nacional) y a la **educación** reconocidos en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I, XI y XII; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3, 25.1 y 26; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5, 19, 26, 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10.3, 12.1, 12.2 d, 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6 y 24; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 6.1 y 6.2, 23, 24 y 28).

El niño de autos, también se encuentra amparado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

(Ley 26.378) que dio lugar al modelo social de la discapacidad que reconoce a éstas como sujetos de derechos y al contexto social como un factor clave para determinar el grado de participación del colectivo en la sociedad. A ello se suman el Protocolo de San Salvador (Ley 24.658, arts. 10, 15 y 18) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25.280), esta última Convención constituye el primer marco normativo regional que refiere específicamente a la prevención y eliminación de todas las formas y situaciones de discriminación contra las personas con discapacidad.

Asimismo, nuestro país cuenta con numerosas leyes y decretos que regulan la temática, entre los que es oportuno destacar la Ley 22.431 “Sistema de Protección Integral de Discapacitados”, su decreto reglamentario 312/2010; la Ley 24.901 “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad”.

Por otra parte, el peligro en la demora surge de la naturaleza propia del derecho que se procura proteger, pues está comprometida la salud e integridad física de un niño con discapacidad (ver en sentido similar CSJN, Fallos: 302:1264).

Todo ello, en mi opinión, habilita a confirmar la medida en consonancia con el modelo social sobre la discapacidad que viene construyendo el Estado Argentino a partir del reconocimiento, promoción y protección de los derechos humanos como pilar fundamental en la concepción y diagramación de las políticas públicas en pos de los derechos de este colectivo humano¹.

Compartiendo lo sostenido por el Alto Tribunal, en similar precedente, corresponde aseverar que *“no puede escapar a este examen, que lo decidido (...) compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de*

¹ Documento Temático INADI: Discapacidad y no discriminación/ Pedro Mouratian; dirigido por Julia Contreras. 1 edición, Buenos Aires, 2012, v. Prólogo, página 9.



jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (...) los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que a consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos –según parecer de Fallos: 322:2701 y 324:122 y voto de los Sres. Ministros Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo A. F. López en Fallos: 324:975– viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.”²

En suma, por lo expuesto precedentemente, deben tenerse por acreditados la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Por último, conviene recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importa prejuzgamiento³.

En efecto, el decreto cautelar decidido por el Sr. Juez de grado “(...) *no importa una decisión definitiva sobre la procedencia íntegra del reclamo sino que lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia y se presenta como un modo apropiado e inmediato de asegurar al amparista el acceso a lo que su estado de salud reclama, sin perjuicio de que una resolución posterior pueda conciliar los intereses en juego y el derecho constitucional de defensa de la demandada*”⁴.

Por ello, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y confirmar la medida cautelar innovativa decretada en autos, lo que contribuye provisoriamente a mejorar la calidad de vida del menor amparista y a preservar su salud. Con costas (art. 14, Ley 16.986).

² CSJN, in re: “N., L.M.y otra c/Swiss Medical Group S.A.”, del 21/08/2003 – Fallos: 326:2906

³ CSJN, en autos: “Camacho Acosta, M. c/Graffi Graf SRL”, del 7/8/1997.

⁴ Del voto del Sr. Ministro, Dr. Juan Carlos Maqueda, in re: “N., L.M.y otra c/Swiss Medical Group S.A.”, del 21/08/2003 – Fallos: 326:2906.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

El Dr. Tazza dijo:

Que he de compartir la solución propiciada por mi colega preopinante, añadiendo algunas breves consideraciones.

Que al entrar a analizar la cuestión traída a estudio, a fin de arribar a una solución ajustada a derecho y a las circunstancias de la causa, debo valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgiendo así el derecho a una buena calidad de vida, a la salud, a una asistencia médica adecuada, y el Interés Superior del Niño, consagrados en la Ley Suprema y en Declaraciones y Tratados Internacionales, que gozan de jerarquía constitucional.

Que, por otra parte, debo considerar el carácter de la medida cautelar aquí debatida. Recordemos que la finalidad de toda medida cautelar consiste en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, que se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inútiles los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. CFAMdP en autos “Antonio Barillari S.A. s/ Medida Cautelar Autónoma”, sentencia registrada al T° CX F° 15.689; entre otros).

Este tipo de remedio –en este caso innovativo- implica una decisión excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de



su dictado. Como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa -que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión- resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. CFAMdP *in re* “Incidente de apelación de medida cautelar incoado por la Dirección de Salud y Acción Social de la Armada en autos: “R., N. A. c/ Dirección de Salud y Acción Social de la Armada s/ Amparo”, sentencia registrada al Tº LXXVII Fº 12.356).

El primero de los recaudos que debe concurrir es el “*fumus bonis iuris*”, que entiendo en principio se encuentra acreditado con la documentación oportunamente acompañada, de lo cual se desprende que el menor amparista es afiliado al OSALARA, su certificado de discapacidad y la prescripción médica que indica la prestación requerida (fs. 1, 3 y 4).

En el presente caso, resulta imprescindible -a los fines de garantizar los derechos aquí comprometidos, anteriormente detallados, de manera efectiva- tener en miras el Interés Superior del Niño, debiendo en consecuencia adoptarse medidas que aseguren su pleno ejercicio.

En ese orden de ideas, y encontrándonos ante un proceso constitucional, ha sido ordenada la cobertura de la prestación requerida por el amparista mediante la medida cautelar decretada en autos por el *a quo*, atento el diagnóstico del niño y habiéndose recomendado –por el médico tratante- la necesidad de una silla de ruedas adaptada para práctica deportiva, cuya utilización tiene por finalidad la rehabilitación física del menor con actividad social.

En relación al peligro en la demora considero que, sin incurrir en prejuzgamiento, el perjuicio es inminente, responde a una necesidad efectiva y actual y ante la posibilidad que el accionante triunfe en su reclamo, entiendo que revocar la medida cautelar otorgada le ocasionaría a la menor un perjuicio que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

imposible subsanar una circunstancia que deviene agotada por el transcurso del tiempo.

Por todo lo expuesto, y habida cuenta de encontrarse comprometidos derechos amparados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, que poseen jerarquía internacional (Derecho a la salud, a una adecuada prestación médica) dirigidos a ponderar el Interés Superior del niño, propongo al Acuerdo rechazar la apelación interpuesta y confirmar la resolución atacada, con costas a la recurrente vencida (art. 14 Ley 16.986).

Tal es mi voto.-

El Dr. Jiménez dijo:

Que he de adherir a la solución propiciada por mis colegas, aunque aportando ciertas consideraciones adicionales que hacen al fundamento de mi voto.

No puedo olvidar aquí que de las constancias obrantes en el expediente se sigue que en virtud de lo solicitado por el amparista -en representación de su hijo menor de edad con discapacidad-, el Magistrado actuante en primera instancia decretó medida cautelar ordenando a la accionada a proveer la cobertura integral, en un 100% a su cargo, correspondiente a una silla de ruedas adaptada para actividad deportiva, lo que en suma, ha sido cuestionado por la obra social demandada y por ello, sometido a la consideración de esta Alzada.



Es claro que si – como acaece en autos - hay riesgo y el peligro de daño – en este caso a la salud – es inminente, la seguridad previsible obliga antes y no después a impedir su generación y, en todo caso, a contar a cargo de quien lo provoca, con las fuentes de financiamiento al padecimiento, que sean oportunas y funcionales.

Bien se ha sostenido en este punto que *“(...) resulta fundamental, a fin de propender a la consecución de una tutela que resulte efectiva e inmediata, reposar nuestra mirada en la importancia que tiene el “poder cautelar” para contrarrestar la urgencia que evidencian algunas situaciones excepcionales, a la luz del llamado por Calamandrei: “ordinario iter procesal”, esto es, el tiempo que consume naturalmente el proceso judicial” (Cfr. Rojas, Jorge “Sistemas cautelares”, en AAVV Augusto Morello “Director” “Medidas cautelares” Edit. La Ley, pág. 15).*

Estimo que este denominado “poder cautelar” debe ser caracterizado como la reacción inmediata, efectiva y prudente de la jurisdicción, que permita encauzar una situación afligente, como sucede en el caso que nos ocupa, teniendo en consideración el diagnóstico y discapacidad del menor.

No olvido que en estos casos, más que en otros, el tiempo en el proceso está íntimamente vinculado al resguardo del derecho a la protección integral de la salud y a una adecuada calidad de vida, lo que involucra particularmente la necesidad de resguardo de la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso.

El propio sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales, hoy con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN), refiere la clara directriz de que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (Art. 2, 25 y CC. CADH).

Y entiendo además, que no se trata de considerar que el derecho a la salud de la afiliada aquí involucrado pudiese ser categorizado como un “derecho





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

natural de la persona, preexistente a toda legislación positiva”, ya que este tipo de derechos se encuentra expresa o implícitamente regulado por el texto fundamental, en particular con lo dispuesto por el Art. 33 C.N. Así, expresaba Sarmiento, al fundar esa norma en 1860, que *“no pudiendo enumerarse en las declaraciones previas de una Constitución todos los derechos adquiridos por el hombre, se establecen los principales, consignando el hecho de que aquellos no enumerados quedan siempre vigentes y se reserva al pueblo”* (Cfr. De mi autoría *“Los Derechos Implícitos de la tercera generación: una nueva categoría expansiva en materia de Derechos Humanos”* en *“ED”* del 6/5/1996, pág. 2 y ss.), pero también por lo dispuesto en el Art. 75 inciso 22 CN.

En tal contexto, y ya aclarado lo que antecede, bueno es resaltar una vez más que el *“derecho a la preservación de la salud”*, que da fundamento a la orden de cautela aquí puesta en crisis, si bien no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional – con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios –, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados *“derechos implícitos”* de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 33 de la Constitución Nacional).

Así lo ha reconocido históricamente la doctrina más destacada (vgr. Humberto Quiroga Lavié), para quien este derecho se encuentra implícito en la soberanía de un pueblo que necesita fortalecerse en el crecimiento físico y espiritual de sus integrantes (*“Derecho Constitucional”*, Ed. Depalma, pág. 159).

A mayor abundamiento, cabe destacar que goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: *“1. Los Estados Partes en el presente*



Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Resalto además aquí, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido – en subsidio – asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes, y en este contexto no puede dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación – *“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 (...)”.*

Es decir que del plexo normativo descrito surge con claridad la efectiva protección que debe tener este derecho fundamental de la persona, que implica no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello – y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud – de tomar acciones positivas en su resguardo.

Cabe aquí agregar además de lo antes narrado, que los agravios vertidos por el recurrente no logran conmovir la solidez de la providencia atacada, al no adentrarse en el ataque de aquellos argumentos del decisorio en cuestión, que tienen por bien fundada la procedencia de los recaudos de la cautelar dictada. Recuerdo que en sus votos, los Dres. Ferro y Tazza, han detallado la nítida procedencia de los requisitos que hacen a la viabilidad de la medida cautelar





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

adoptada por el magistrado de Grado (“peligro en la demora” y “verosimilitud en el derecho”).

Dicho lo que antecede, resalto además en este punto, lo indicado por nuestro más Alto Tribunal de Justicia en forma conteste, en el sentido de que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importa prejuzgamiento (Cfr. CSJN en Autos “Camacho Acosta, M c/ Graffi Graf SRL” del 7/8/1997).

Finalmente, y respecto del tema de las costas, diré que no encuentro aquí razones que inviten a apartarme de la regla general de imposición al vencido, atento la derivación expresamente efectuada por el Art. 17 de la ley 16.986, con cuya remisión consagra también el principio objetivo de la derrota, como regla básica de actuación en el punto, que es la que considero aquí aplicable.

Por lo antes vertido, propongo también al Acuerdo que se confirme la resolución atacada, en todo cuanto fue objeto de recurso, con imposición de costas de Alzada al perdedoso (Art. 14 de la Ley 16.986).

Tal, el sentido de mi voto.-

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

Rechazar la apelación interpuesta y confirmar la resolución atacada, con costas a la recurrente vencida (art. 14 Ley 16.986).-

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.



Fecha de firma: 26/03/2018
Alta en sistema: 27/03/2018
Firmado por: JORGE FERRO ,
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA ,
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#30193620#199733322#20180327093817881