

-///gamino, 13 de octubre de 2016.

Autos y Vistos:

Los del presente expediente N° 4/2016 caratulado "De Losanto, Karina s/ Amparo c/OSPRERA" y a los fines de resolver la medida cautelar incoada:

Considerando:

Que, en el escrito inicial se presenta la Dra. Florencia María Montanari, Titular de la Defensoría de Pobres y Ausentes N° 1 Departamental, en su carácter de apoderada de la Señora Karina De Losanto quien actúa en representación de su hijo menor de edad Santino Maximiliano Alfaro, afiliado a OSPRERA, constituyendo domicilio legal en su público despacho sito en calle Dorrego N° 546 de Pergamino, y promueve acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, del art. 20 ap. 2 de la Constitución Provincial y de la ley 13.928, contra la Obra Social OSPRERA con domicilio en calle 58 n° 11 de la ciudad de La Plata.

Que, en representación de la actora la Dra. Florencia Montanari, solicita como medida cautelar urgente se ordene a la demandada le provea el tratamiento con extracto de canabinoides (solución oral) indicado al paciente por su medico especialista, Dr. Pablo Vercell, conforme acredita con la documentación que acompaña.

Que, a los fines de fundar la urgencia de la petición, la representante de la actora relata los hechos y señala que, en cuanto a la verosimilitud del derecho, el padecimiento de la enfermedad y la ausencia de otra alternativa terapéutica, se encuentra acreditado con la historia clínica, estudios y certificados médicos que acompaña como prueba documental, y que a su vez, el carnet de afiliado a OSPRERA acredita la obligación de la entidad para con la actora. Expresa que es claro y diáfano el peligro en la demora ya que cada día que pasa sin recibir el tratamiento peticionado la salud, la calidad de vida y la integridad psicofísica del paciente se ve amenazada y lesionada.

Bajo esas premisas, la amparista requiere que se ordene a la obra social demandada le provea efectivamente el tratamiento indicado al paciente dentro de las 48 horas de notificada.

Que, radicada la causa por ante éste Juzgado, en virtud de las facultades conferidas en el art. 12 de la Ley 13.928 y asimismo haciendo lugar a lo peticionado por la parte actora en el punto V último párrafo del escrito inicial que luce a fs. 4/9 vta., el suscripto a fs. 13 dispuso el pase de las presentes actuaciones a la Oficina Pericial Departamental, a los efectos de que el o los peritos que correspondan, mediante un análisis de la documental acompañada y previo examen médico del presunto beneficiario, realicen la pericia médica en los términos solicitados por la actora en el punto VII) B) de su libelo.

Que, a fs. 16 obra dictamen del Dr. Daniel Adolfo Vallejos, Perito Médico Forense Dptal., quien determina que: "Dada la existencia de enfermedades graves que incapacitan al niño, le es posible a este perito informar que existe la necesidad y urgencia de realizar el tratamiento indicado a la mayor brevedad. El factor tiempo sí puede provocar agravamiento de las mismas."

Sabido es que las medidas cautelares proceden siempre que se halle justificado la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

Que, en cuanto al primero de los requisitos ut supra enunciados, considero que se encuentra prima facie acreditado con la documental acompañada, en especial con la copia del certificado de discapacidad, con los certificados médicos expedidos por su médico tratante, y con lo dictaminado a fs. 16 por el perito médico oficial, Dr. Daniel Adolfo Vallejos.

En lo que respecta al segundo extremo, también lo considero debidamente acreditado con los elementos ut supra mencionados y tengo la certeza de que la falta de provisión en forma urgente del medicamento indicado, pone en riesgo la calidad de vida del paciente y conlleva un peligro latente de agravamiento de la discapacidad, máxime que la resolución de la acción de amparo ha de elongarse con el tránsito del proceso.

Además, el peligro en la demora subyace en el propio derecho a la salud -de raigambre constitucional- que se pretende tutelar y sin que ello importe un verdadero adelanto respecto de lo que será la materia de decisión en el pronunciamiento que pondrá fin al pleito, que puede llegar a sufrir un perjuicio inminente e irreparable que merece la protección cautelar en los términos que se expondrán a continuación.

A mayor abundamiento, cabe señalar, que las circunstancias de hecho y de derecho planteadas en el caso de autos, trátanse en definitiva de una cuestión ligada al derecho a la vida y a la salud, por lo que el carácter médico asistencial de la prestación reclamada en autos imponen a los Tribunales el deber de ajustarse a una hermenéutica "pro homine", que constituye un paradigma que irradia en toda su extensión al campo de los derechos humanos.

En ese sentido, ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953 y 320:1294) y que, en tanto eje y centro de todo sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental (Fallos: 316:479 y 324:3569)", siendo que asimismo "...la preservación de la salud integra el derecho a la vida... (y) existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla con acciones positivas" (conf. Fallos: 326:4931 y sus citas, entre muchos otros).

Cabe reiterar la amplia cobertura legal que recibe el aseguramiento de la vida y las condiciones de salud de las personas que son protegidas desde los más altos plexos jurídicos aplicables (v. gr.: art 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 3° y 21.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1° y 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 36.8 de la Constitución Provincial), lo que impone a los magistrados el deber de otorgar la máxima protección a los mismos.

Por otro lado, sin perjuicio de lo expuesto ut supra, en atención al objeto de la acción incoada, considero que corresponde analizar la competencia de la justicia provincial para entender en la materia, en virtud de ser la demandada (OSPRERA) una obra social nacional comprendida en la Ley 23.660 de Obras Sociales que, -en virtud de lo dispuesto por el art. 15 de la Ley 23.661- es agente natural del seguro. Y, al respecto, el art 38 de la Ley 23.661 expresa textualmente que "La ANSSAL y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actoras. El sometimiento de los agentes del seguro a la

justicia ordinaria estará limitado a su actuación como sujeto de derecho en los términos dispuestos por la ley de obras sociales".

En atención a este tema, tiene manifestado nuestra Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías Departamental en autos P-7562/08 caratulados "Arango, Angela María s/Interpone Acción de Amparo contra obra social del seguro (OSSEG)" que tramitara por ante este mismo Juzgado, que "el adverbio "exclusivamente" no permite albergar dudas acerca de que tanto la ANSSAL cuanto sus agentes (art. 6 y 14 de la ley 23.660) están sometidos legalmente por regla general a la Justicia Federal, admitiéndose como única excepción en la misma norma la de optar por la justicia ordinaria cuando son actoras. Y la entidad demandada reviste el carácter de agente natural del Seguro de Salud conforme surge de los arts. 1 inc. a) y 6 de la Ley 23.660 y art. 1º de la ley 23.661".

En virtud de lo antes manifestado, corresponde declarar la incompetencia de la justicia local para entender en la materia, por resultar de competencia de la Justicia Federal (arts. 1 inc. "c", ley 23.660 y 38, ley 23.661).

Y, atento a lo oportunamente resuelto por nuestra Alzada, en virtud del trámite sumarísimo de la acción incoada, y con el objeto de asegurar la tutela judicial, corresponde ordenar que una vez firme el presente, se remitan los autos al Juzgado Federal de San Nicolás, competente para entender en ellos (cfr. doct. Ac. 94.405 SCBA).

Por todo ello, conforme a lo expuesto y de conformidad a lo establecido en los artículos 14 y 43 de la Constitución Nacional, 20 Constitución de la Pcia. de Bs. As., 195 y ccts. del C.P.C., 10 inc. b) ley 13.928, ley 22.431, y arts. 6, 16 y ccts. de la ley 24.901:

Resuelvo:

1º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y ordenar a la demandada Obra Social OSPRERA, con domicilio en calle 58 n° 11 de la ciudad de La Plata que, previa caución juratoria que prestará la amparista, en un plazo no mayor de 48 horas y bajo apercibimiento de sanciones pecuniarias, proceda a brindar la cobertura total a favor de la amparista del tratamiento con extracto canabinoides (con nombre comercial: "Everday, Advance") en la dosis indicada por su médico tratante, el Dr. Pablo Vercelli, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo; ello condicionado a que previamente la actora

gestione y obtenga por ante la ANMAT la autorización del ingreso al país del producto médico requerido, de acuerdo al trámite normado por la disposición ANMAT n° 840/95.

2°) Declarar de oficio la incompetencia de la justicia provincial para entender en la materia sobre la que versa el sub lite; y una vez firme, remitir las presentes actuaciones al Juzgado Federal de San Nicolás que corresponda.

Regístrese. Notifíquese a la parte actora con carácter de urgente y una vez cumplida la caución dispuesta, líbrese oficio a la entidad demandada con copia íntegra y certificada de la presente, quedando a cargo de la peticionante la confección y diligenciamiento del oficio ordenado.

Ante mi.