

Ciudad de Buenos Aires, 11 de octubre de 2018.

Y VISTOS:

Para resolver los autos señalados en el epígrafe venidos a despacho para resolver,
CONSIDERANDO:

I.- A fs. 1/32 se presentó E. M. A. en representación de su hija menor de edad, T.A.A., solicitando que se dicte una medida cautelar mediante la cual se ordene a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) la cobertura total e integral del medicamento “Charlotte’s Everyday Advanced (CBD) (Laboratorio proveedor Stanley Brothers, Aceite 5000mg7100CC)” como el reintegro de los costos que fueron soportados por la accionante para obtener del exterior la medicación mencionada, que alcanzarían la suma de U\$S 1.099,98, ello conforme las prescripciones del médico tratante, hasta tanto se resuelva la acción de amparo impetrada.

Señaló que su hija tiene 3 años de edad y que a las 12 horas de su nacimiento la niña comenzó a convulsionar y debió quedar internada por 18 días. Continúa relatando que comenzó a consumir medicación anticonvulsivante a los pocos días de vida y fue internada en numerosas ocasiones.

Explica que la niña se alimenta a través de una sonda nasogástrica desde que tiene un mes de edad y que tuvo inconvenientes para la provisión por parte de la OSBA de la leche de “continuidad” pero actualmente se encontraría regularizado. En relación a ello, indica que los profesionales sugirieron que la niña cuente con un botón gástrico para reemplazar la sonda, por lo cual se fijó una fecha para realizar la intervención requerida para tal tratamiento, que tuvo que postergarse dado que la OSBA no entregó los insumos correspondientes a tiempo.

Aclara que la niña se atendía en el Sanatorio Güemes, pero dado que no contaban con médicos neurólogos, debió ser trasladada al Hospital de pediatría SAMIC “Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan”; y que desde el año 2016 cuenta con internación domiciliaria.

Agrega que en la actualidad cuenta con certificado de discapacidad del cual surge el diagnóstico de “Síndromes Epilépticos Especiales” con validez hasta el año 2019.

Detalla que aún no cuenta con un diagnóstico definitivo dado que el Dr. Carlos Magdalena, neurólogo infantil, solicitó los análisis genéticos que aún se están realizando a través del Instituto Médico de Alta Tecnología, cuyos resultados se esperan para el mes en curso. No obstante, dicho profesional expidió un certificado médico que indica que la niña es portadora de “Epilepsia Refractaria con Encefalopatía muy grave con deterioro severo neuropsíquico. La causa es con presunción genética.” (ver fs. 3 vta.) Finalmente explica que el tratamiento farmacológico de la niña consiste en Levetiracetam (anticonvulsivante) y 0,8 ml diarios de aceite de cannabis; y aclara que la atención médica y demás terapias son cubiertas por la OSBA a excepción del aceite de cannabis.

II.- En cuanto a la normativa aplicable al caso, es válido recordar que la niña T.A.A. se encuentra comprendida en dos colectivos especialmente protegidos por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, es decir, el de las niñas niños y adolescentes (art.39) y el de las personas con necesidades especiales (art. 42).

Además, se encuentra protegida por la ley 24.901 que estableció un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (ver especialmente los arts. 2 y 38) y la ley 25.404 que establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4).

Existe a nivel local la Ley 114 sobre "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (especialmente ver art.2° "Interés Superior", 6° "Efectivización de derechos", 22° "Derecho a la Salud" y 23° "Protección de la Salud".

III.- En cuanto a la documentación acompañada, a fs. 38 luce una copia certificada de la partida de nacimiento de la niña T.A.A., a fs. 39 el certificado de discapacidad, cuyo diagnóstico es "Síndromes epilépticos especiales", a fs. 42 copia del carnet de afiliado a la OBSBA. Además a fs. 68 y fs. 69 se encuentra agregada la prescripción médica del Médico Neurólogo Infantil, del Servicio de Neurología del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez con la prescripción del medicamento cuya cobertura aquí se reclama (Aceite de Charlotte Everyday Advanced).

IV.- Que, sentado lo anterior, corresponde precisar que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (conf. art. 177, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario).

Con respecto a las decisiones de la Administración Pública, la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional debido a la presunción de legitimidad de aquéllas. Ello exige que su dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo de los recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, perjuicio inminente o irreparable y contracautela), atendiendo especialmente a la mayor o menor verosimilitud del derecho.

Los referidos supuestos de admisibilidad deben hallarse siempre reunidos, sin perjuicio de que en su ponderación -por el órgano jurisdiccional- jueguen cierta relación entre sí y, por lo tanto, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menos rigor debe observarse en la valoración del perjuicio inminente o irreparable; la verosimilitud del derecho puede valorarse con menor estrictez cuando es palmario y evidente el peligro en la demora.

Además resulta necesario que, cuando la medida cautelar se intente frente a la Administración Pública, se acredite "prima facie", la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así, porque sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

Asimismo, cabe precisar que la precautoria requerida por la parte actora se encuentra entre las denominadas innovativas la cual reviste un carácter excepcional, toda vez que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Ello es así, en tanto configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una

mayor prudencia en los recaudos que hacen a su adopción (confr. C.S.J.N., in re: “Bulacio Malmierca, Juan C y otros c/ Banco de la Nación Argentina”, del 24-8- 93, entre otros).

En tales términos, si la medida cautelar tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, su apreciación debe ser estricta ya que su otorgamiento va más allá de que se mantenga la situación existente al momento de la traba de la litis. Ordena sin que medie sentencia definitiva, que se haga o que se deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente (Conf.Cám. Nac. en lo Cont. Adm. Fed., Sala IV, in re: “Adidas Arg. S.A. -incidente- y otros c/Estado Nacional, Dto. n° 1059 s/Proceso de conocimiento”, del 24-11-98).

V.- Ahora bien, en el presente caso la verosimilitud del derecho surge, con la intensidad suficiente de las normas transcriptas en el considerando II y la documental acompañada a fs. 38/39 que demuestra prima facie, que la niña T.A.A. se encuentra alcanzada por el marco legal detallado.

Asimismo, cabe señalar, dentro del limitado marco de conocimiento de este tipo de medidas que, en principio, la medida aquí solicitada aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual debido a su situación económica y familiar que le impediría acceder de otro modo al tratamiento prescripto (ver informe socioambiental de fs. 58/63); máxime cuando, tampoco se advierte, que la concesión de la cautelar implique la afectación de un interés público al que deba darse prevalencia.

A su vez, resulta oportuno poner de relieve que corresponde la concesión de la tutela anticipada ante situaciones donde se encuentra en serio riesgo la salud de las personas, habida cuenta que la salud es un valor imprescindible para el desarrollo humano. Esta circunstancia, permite verificar el peligro en la demora existente, dado que si la presente medida no es concedida de manera oportuna, las consecuencias para la salud de la niña podrían ser irreparables.

En este orden de ideas cabe observar que las medidas precautorias como la aquí pretendida “se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (Fallos:320:1633).

Esta pauta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar se entronca con el principio -recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- conforme al cual “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón” (ver García de Enterría, Eduardo, La Batalla por las Medidas Cautelares, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121).

Además, cabe señalar, que las medidas precautorias no exigen de los magistrados 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 del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad (conf. C.S.J.N, Fallos: 306:2060, entre otros).

VI.- Dada la urgencia de la temática planteada y las particulares circunstancias describas en la presente, considero caución suficiente la juratoria, que deberá ser prestada por la representate legal de la niña por ante la Actuaría.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta las complejas cuestiones técnicas involucradas y el delicado estado de salud de la niña T.A.A. corresponde RESUELVO: HACER LUGAR A LA MEDIDA SOLICITADA y en consecuencia ordenar a la OBSBA que en lo sucesivo y de manera inmediata proceda a abonar de manera integral el valor de la prescripción médica ya detallada Aceite de Charlotte Everyday Advanced, de conformidad con la cantidad y frecuencia indicadas por el médico tratante, lo que deberá ser informado al Tribunal en el término de 2 (dos) días. En cuanto al reclamo de las sumas ya abonadas, será diferido para el momento de la sentencia definitiva.

Regístrese y notifíquese a la parte actora personalmente o por cédula y -previa caución juratoria- al demandado, mediante cédula, en los términos del art. 11 de la ley 2145. Una vez librada dicha notificación, remítase al Ministerio Público Tutelar a fin de que tome la intervención que estime corresponder.