

S., A. L. CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO - SALUDMEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 281/2019-0 CUIJ: EXP J-01-00003688-5/2019-0 Actuación Nro: 12660209/2019

Ciudad de Buenos Aires, de febrero de 2019. VISTOS: estos autos en estado de resolver; Y CONSIDERANDO: I.- A fs. 1/11 se presenta A. L. S. y promueve la presente acción de amparo contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (en adelante, "GCBA") y Facturación y Cobranza de los Efectores Públicos S.E. (en adelante, FACOEP S.E.) con el objeto de "salvaguardar los derechos fundamentales a la salud, a un nivel de vida adecuado y en definitiva a la dignidad inherente de todo ser humano, frente a la ilegal y manifiestamente arbitraria conducta del GCBA que a través del Ministerio de Salud y de la empresa estatal FACOEP S.E. desde el mes de diciembre de 2018 se me ha negado la entrega de medicamentos para tratamiento prolongado que necesito en forma urgente habida cuenta que se está afectando mi salud física y psíquica". Explica que dicho requerimiento incluye atención médica integral, tratamientos que resulten necesarios y medicación completa en forma periódica e ininterrumpida, mientras se mantengan las circun en esa institución pero "me quieren hacer entrega de otra medicación no prescrita por el médico tratante, les pregunto por las que están en el listado y me manifiestan en forma verbal y de mal modo... que no tienen stock..." (v. fs. 2 cuarto párrafo). Agrega que también solicitó la medicación en el CESAC N° 10, dentro del Hospital Rawson, donde le informaron que "...dicha medicación se encuentra sin existencia" (v. fs. 2vta. primer párrafo). En relación a sus ingresos, únicamente están compuestos por la suma de pesos seis mil quinientos dieciséis (\$6.516) en concepto de pensión no contributiva por discapacidad (v. fs. 2 último párrafo). Asimismo, puso de manifiesto que está afiliado al Programa Federal Incluir Salud creado por el Ministerio de Salud de la Nación que brinda cobertura médico asistencial a los titulares de pensiones no contributivas bajo un régimen de descentralización a través de la transferencia de recursos a las provincias y al GCBA (v. fs. 2vta. cuarto párrafo). Destaca que se dirigió en varias oportunidades a Incluir Salud y allí le informaron que el reclamo debía realizarlo a FACOEP S.E. que es quien administra el programa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, FACOEP S.E. le informaron que el reclamo debe presentarlo ante el CESAC N° 10. (v. fs. 3 segundo párrafo). Afirma que la Defensoría que lo representa libró oficios con carácter de urgente ante el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires y a FACOEP S.E. sin obtener resultados positivos (v. fs. 3 quinto párrafo). Señala que con fecha 23 de enero del corriente año se presentó en el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat de la Ciudad de Buenos Aires donde le informaron que "al ser afiliado a Incluir Salud FACOEP S.E. como obra social no me podían hacer entrega de la medicación" (v. fs. 3 último párrafo). Cita normativa que conforma el bloque de constitucionalidad y argumenta en favor de la vía elegida. Refiere que se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia de la medida cautelar peticionada y presta caución juratoria -v. fs. 8 primer párrafo-. Funda en derecho, ofrece prueba documental y efectúa reserva del caso federal. II.- Agregada la documental (fs. 13/32), se llaman los autos a resolver. III.- En este estado, corresponde expedirse acerca de la procedencia del remedio cautelar pretendido por el actor. En este orden de ideas, cabe destacar que el artículo 14

de la ley 2145 (conf. leyes 5454 y 5666), norma que regula la acción de amparo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, considera admisibles, en este tipo de acciones, las medidas cautelares. Debe tenerse presente que, en atención a lo dispuesto en el artículo 26 de la ley citada, resultan aplicables supletoriamente los artículos 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CCAyT). Dicho texto legal dispone que “Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo ... aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”. Para su procedencia, se requiere la acreditación simultánea de los presupuestos allí enumerados. A saber: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y no frustración del interés público. Respecto a la contracautela, la doctrina es conteste en señalar que su exigencia es facultativa del magistrado al momento de resolver y teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada caso (Gallegos Fedriani, Pablo O., op. cit., pág. 151). Los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares se encuentran íntimamente relacionados entre sí, de modo que cuando es mayor la verosimilitud en el derecho, es menor la exigencia en la apreciación del peligro en la demora; e, inversamente, cuando se verifica con claridad la existencia del riesgo de un daño extremo o irreparable, debe atemperarse el criterio para apreciar la verosimilitud del derecho invocado. En tal sentido se ha expedido la Excma. Cámara del Fuero en diversos precedentes. Así lo hizo la Sala I, con fecha 15 de mayo de 2003, en los autos “Molentino, Claudia M. c/ GCBA” y la Sala II, con fecha 11 de septiembre de 2001, en los autos “D.,E.E. c/ Ob.S.B.A.”. IV.- Sentado lo anterior, y a fin de analizar la verosimilitud del derecho que se invoca, corresponde examinar la documentación aportada y las normas aplicables. IV.1.- Con la documentación obrante a fs. 14, que en copia certificada se acompaña, se acredita que el señor A. L. S. es afiliado de FACOEP S.E., a través del Programa INCLUIR SALUD, con el número . A fs. 15 obra copia certificada del Certificado de Discapacidad, Ley 24.901, del Sr. S., con un diagnóstico de “Anormalidades de la marcha y de la movilidad Otros trastornos de los discos intervertebrales Gonartrosis (artrosis de la rodilla)”, emitido en esta Ciudad Autónoma el 7 de febrero de 2018 y con vencimiento el día 7 de febrero de 2028. Con la copia certificada obrante a fs. 17 acredita ser beneficiario de la pensión graciable N° 40-5- 9135323-0-4 otorgada por la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, Secretaría de Desarrollo Social. Las prescripciones médicas acompañadas en copias certificadas, expedidas por el Hospital Bernardino Rivadavia, se encuentran agregadas a fs. 18vta., 19, 20 y 21 y contienen los fármacos aludidos en el escrito de inicio, así como las cantidades necesarias para el tratamiento del amparista. Las recetas, que en copia certificada se acompañan, glosadas a fs. 18, 19vta. y 20 vta., expedidas por el CESAC N° 26 - Área Programática del Hospital Juana A. Fernández- indican “sin existencia” al día 16/01/19. A fs. 25/25vta. y 26/26vta. obran copias simples de resúmenes de la historia clínica del actor expedidos por el Hospital B. Rivadavia –servicio clínica médica- y –sección reumatología- de fecha 27 de diciembre de 2018 y 6 de febrero de 2019 -respectivamente-. A fs. 27 se acompaña copia de la Nota dirigida a FACOEP S.E. de fecha 23 de enero de 2019, suscripta por el Sr. S., solicitando la entrega de la medicación. A fs. 28/29 lucen agregados los oficios urgentes librados por la Defensoría actuante, mediante los cuales se requirió a la Ministra de Salud local y a FACOEP S.E., la provisión inmediata de la medicación prescripta. A fs. 30 obra la respuesta otorgada por el Servicio de Farmacia y Esterilización del Hospital B. Rivadavia mediante N°: EE-2019-4574555-

MGEYAMGEYA-S informando que la medicación requerida no se encuentra disponible en el Hospital B. Rivadavia. Del relato efectuado surge claro que no existe controversia alguna respecto al estado actual de salud del actor y su necesidad de contar con la medicación prescripta. En este sentido, cabe destacar que, en el acotado marco de conocimiento que el dictado de la presente medida exige, se advierte que con los elementos de juicio reunidos hasta el momento en autos se encuentra configurado este primer requisito de procedencia del remedio procesal intentado en torno a la entrega de la medicación requerida. Ello, en tanto el eventual riesgo a la salud que podría ocasionarse de suspenderse el tratamiento del Sr. S. causaría un perjuicio de imposible reparación ulterior, que conlleva a que con los elementos acercados, el tribunal considere ab initio procedente la pretensión cautelar solicitada a fin de resguardar la eventual afectación de los derechos en juego. IV.2.- En primer término cabe señalar que el derecho a la salud se encuentra protegido por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que cuenta con políticas especiales en esta materia (confr. arts. 20 a 22). Es menester señalar que el derecho invocado constituye un bien fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (confr. art. 19, CN). Por su parte, varios instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (confr. art. 75, inc. 22 CN) contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de las personas, según surge de los arts. 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A su vez, el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de la autonomía personal (confr. Cámara del fuero, Sala I, "Lazzari, Sandra I. c/ OSBA s/ otros procesos incidentales", EXP 4452/1; CSJN, "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional", 06/01/00, Fallos: 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, compartido por el Tribunal). Más que un derecho no enumerado -en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional- el derecho a la vida es un valor implícito, toda vez que el ejercicio de los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en forma expresa requiere necesariamente de él y, por tanto, lo supone. Respecto al contenido que cabe asignarle a tal derecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que se encuentra "comprendido dentro del derecho a la vida -garantizado por la CN-, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Fallos: 323:1339). Asimismo, en cuanto al derecho a la vida ha indicado que "es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, es de la mayor importancia advertir la especial perspectiva de ese derecho" (Fallos: 310:112). Por su parte, la índole de los derechos en juego reviste tal importancia para su efectivo goce que se ha impuesto en cabeza de los respectivos Estados "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 y las obras sociales" (Fallos: 321:1684) dada "su condición de garante primario del sistema de salud -inclusive en el orden internacional-" (Fallos: 327:2127). En tal sentido, la "cláusula federal" prevista en la

Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar “de inmediato” las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (artículo 28, incisos 1 y 2). Al respecto, el artículo 10 de la Constitución local consagra la denominada “Cláusula de operatividad”. Dicha previsión constitucional establece que “rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”. El artículo 20 establece “Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, cultura, vestido y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo...”. Por su parte, el artículo 3 de la Ley Básica de Salud 153 dispone “La garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a) La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente... d) La solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud; e) La cobertura universal de la población; f) El gasto público en salud como una inversión social prioritaria”. Acerca de los derechos de las personas con capacidades diferentes, en el plano internacional la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -aprobada en nuestro país mediante la Ley N° 26.378- tiene por objeto promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos, y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1º). Allí se encuentran comprendidas aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. El artículo 25º de la Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación por motivos de su discapacidad. En el orden nacional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -aprobada en nuestro país por la Ley N° 25.280- tiene por objetivo la eliminación progresiva de la discriminación de las personas con discapacidad y la promoción de su plena integración en la sociedad. Por su parte, el ámbito local cuenta con diversas leyes que protegen los derechos de las personas con capacidades diferentes; así, la Ley N° 22.431 instituye un sistema de protección integral, y tiene por objetivo tanto asegurarles atención médica, educación y seguridad social. Por su parte, la Ley N° 24.901 (y su modificatoria N° 26.480) establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1º). En su artículo 2º dispone que las obras sociales

tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten las personas con discapacidad, afiliadas a las mismas. Sentado ello, y en referencia al marco normativo involucrado en autos, debo destacar que mediante la Resolución N° 1862/11 del Ministerio de Salud de la Nación se aprobaron los lineamientos y la normativa que regula el funcionamiento del Programa Federal de Salud "Incluir Salud" (conforme artículo 1°), el que tiene por objetivo asegurar "en un marco de equidad y basado en el esquema de descentralización de gestión, la asistencia médica a los beneficiarios de pensiones no contributivas, a través de los gobiernos de las jurisdicciones donde éstos residen. A tal efecto, el MINISTERIO DE SALUD transferirá a las jurisdicciones provinciales y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, recursos financieros para la atención médica de los afiliados al citado Programa" (artículo 2), siendo sus beneficiarios los titulares de pensiones no contributivas. El referido Anexo también contempla la celebración de convenios entre el Ministerio de Salud de la Nación y las distintas provincias o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conforme artículo 4) y, a su vez, se dispone en el Capítulo IV del Anexo III de la referida Resolución que la "PROVINCIA desarrollará las obligaciones comprometidas originadas en el presente convenio a través de la Unidad de Gestión Provincial (UGP). La UGP es responsable de la gestión y el control de la atención médico-integral prestada a los beneficiarios inscriptos". En el ámbito de la CABA el carácter de Unidad de Gestión lo reviste FACOEP S.E. (Facturación y cobranza entidades públicas CABA). Así el artículo 1° de la Ley local N° 5622, creó la Sociedad del Estado FACTURACIÓN Y COBRANZA DE LOS EFECTORES PUBLICOS S.E. (FACOEP SE), en el ámbito del Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que de acuerdo al artículo 2° tiene por objeto colaborar en el fortalecimiento y mejora del Sistema Público de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata, en definitiva, de un sistema de aseguramiento público de acceso a los servicios de salud, de los beneficiarios de pensiones no contributivas, a través de los gobiernos de las respectivas jurisdicciones donde éstos residen, quienes actúan mediante sus unidades de gestión y son los responsables de ejecutar el programa con los recursos que le son transferidos desde el ámbito de la Nación. No puede dudarse, entonces, que FACOEP SE se encuentra obligada, en su carácter de UGP -en el ámbito local- del Programa Federal Incluir Salud, a suministrar la medicación requerida por el demandante. Ello, a partir de la relación existente entre las normas aludidas anteriormente, el carácter de afiliado del actor a FACOEP - Programa Incluir Salud -ver fs. 14-, y las constancias de autos en lo que al estado de salud del amparista se refiere -ver fs. 25/25vta. y 26/26vta.-. En nada obsta lo antedicho que la demandada informara que la medicación no está disponible - ver fs. 18, 19vta., 20vta. y 30- . En efecto, la obligación que sobre ella recae se encuadra dentro de aquéllas de raigambre convencional, de consuno con la normativa reseñada en el presente acápite. V.- En cuanto al peligro en la demora, éste surge palmario del relato efectuado con relación a la verosimilitud del derecho, y la necesidad de contar con la medicación que le permita al Sr. S. cumplir con las prescripciones médicas. Atento lo expuesto y la jerarquía de los valores que se hallan en juego, se impone como solución cautelar que el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – responsable último del cumplimiento del convenio mencionado- a través de FACOEP SE, o el área que estime pertinente, suministre la medicación indicada por el accionante en su escrito inicial; esto es Pantoprazol (comp.30), Dompirona (comp.60), PH lágrimas en gel (2 por día), Dapaglifozina (comp.30),

Carvedilol AP 80 (comp.30), Diclofenac gel artrosis, Fluticsona (Spray Nazal), en las dosis indicadas en las prescripciones médicas acompañadas. Ello en el plazo de dos (2) días de notificada de la presente. VI.- Con respecto al requisito previsto en el inciso c) del artículo 14 de la ley 2145, referido a la no frustración del interés público, no advierto que éste se encuentre en juego. Ello, en la medida de que lo que se intenta resguardar es un derecho esencial de la parte actora. Más aún si se tiene en cuenta que el rechazo de la medida solicitada es susceptible de acarrear consecuencias más dañosas que los eventuales perjuicios que su admisión podrían producirle a las demandadas (arg. artículo 189 inc. 1 in fine del CCAyT). VII.- Encontrándose reunidas, entonces, las condiciones necesarias para acceder a la pretensión requerida, cabe referirse al requisito de la contracautela previsto en el inciso d) del artículo 14. Al respecto vale remarcar que, si bien es cierto que la contracautela debe ser en principio de carácter real o personal, no lo es menos que la aplicación de una contracautela juratoria resulta adecuada dadas las circunstancias del caso. En consecuencia, considero procedente la que se encuentra prestada a fs. 8. Por ello, RESUELVO: 1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que, a través de FACOEP SE, o el área que estime pertinente, suministre al Sr. A. L.S. D.N.I. N° la medicación prescrita por los profesionales intervinientes; esto es Pantoprazol (comp.30), Dompirona (comp.60), PH Lágrimas en gel (2 por día), Dapaglifozina (comp.30), Carvedilol AP 80 (comp.30), Diclofenac gel artrosis, Fluticsona (Spray Nazal), en las dosis indicadas en las prescripciones de fs. 18, 19 vta. y 20 vta. Ello en el plazo de dos (2) días de notificadas de la presente, debiendo acreditarlo en autos en idéntico plazo. 2. Todo ello previa caución juratoria de la actora que se encuentra prestada a fs. 8. 3. Regístrese, notifíquese a la parte actora por Secretaría y a las demandadas por cédula con carácter urgente, junto con el traslado de la demanda ordenado en el punto iv. de fs. 34, cuya confección queda a cargo de la parte actora. Andrea Danas Jueza Subrogante