

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Causa: “A. E. M. CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CABA)” 36969-2018/0

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

LA TUTELA ANTICIPADA: UN PROCESO URGENTE AL SERVICIO DE LOS MÁS VULNERABLES

ANTICIPATED GUARDIANSHIP: AN URGENT PROCESS TO SERVE THE MOST VULNERABLE PEOPLE

ÁNGELES MARÍA BAEZ¹

RESUMEN:

El presente trabajo versará sobre el análisis de un fallo en el que se decide hacer lugar al dictado de una medida cautelar solicitada, en el marco de una acción de amparo, por la madre de una niña de tres años que padecía epilepsia. El tribunal hizo lugar al requerimiento y ordenó a la Obra Social la cobertura total e integral del medicamento anticonvulsionante indicado por el médico tratante. Sin duda alguna, un fallo ejemplar, en el que podremos apreciar la recepción del instituto de la tutela anticipada y del cúmulo de principios y garantías constitucionales que protegen el derecho a la salud y a las personas con discapacidad en el derecho argentino.

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Escribana (Universidad Siglo 21) Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba – Asistente de Magistrado - ; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la cátedra de Teoría General del Proceso (Universidad Nacional de Córdoba). Correo electrónico: angelesmariabaez@gmail.com – ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2661-0029>

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”.

ABSTRACT:

The present work will deal with the analysis of a ruling in which it is decided to make room for the issuance of a precautionary measure requested, within the framework of an action of amparo, by the mother of a three-year-old girl who suffered from epilepsy. The court made the request and ordered the social work full and comprehensive coverage of the anticonvulsant medication indicated by the treating doctor. Undoubtedly, an exemplary ruling, in which we can appreciate the reception of the institute of early guardianship and the accumulation of principles and constitutional guarantees that protect the right to health and people with disabilities in Argentine law.

Palabras Claves: Derecho a la salud; discapacidad; amparo; tutela anticipada; obras sociales.

Key Words: Right to health; disability; protection; anticipated guardianship; social works.

I. Tutela Judicial Efectiva y Derecho a la salud - Marco Normativo

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque, la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, el de obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, y que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.²

2 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo (1999) “La anticipación de la tutela. El otro punto de vista”, Córdoba, Semanario Jurídico, T. 81, Número 1254, Pág. 197.

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.

En nuestro país, en el Preámbulo de la Constitución Nacional se proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia”, y concorde con ello en su artículo 18 la Carta Magna garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos. En la Constitución de la Provincia de Córdoba el artículo 19 inc. 9 hace referencia al derecho de petionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceso a la jurisdicción; y por su parte el artículo 39 lo hace en relación al principio del debido proceso. A su vez, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En lo relativo al acceso a la justicia de personas con discapacidad, cobran especial relieve las Reglas de Brasilia sobre el “Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad” dispuestas en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008. Estas reglas consisten en un conjunto de directrices y recomendaciones a los Poderes Judiciales nacionales, tendientes a modificar sus prácticas, en pos de enervar las causas que impiden a las personas en situación de vulnerabilidad acceder a una tutela judicial efectiva.³

Como podemos observar, en Argentina la protección del derecho a la salud y la asistencia de las personas con discapacidad se encuentran instituidas como una política

3 NOGUEIRA, Juan Marín – SCHAPIRO, Hernán I. (2012) “Acceso a la justicia y grupos vulnerables”, La Plata, Librería Editora Platense, pág. 28.

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 transcritas 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.

.....

pública del Estado. Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se han incorporado numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional mediante los cuales se fomenta su respeto y protección, poniendo un especial énfasis en la defensa de los grupos vulnerables como niños, adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros. Es una realidad incontestable el fuerte impacto que, desde la dimensión normativa, ha generado la reforma de 1994 en el terreno de los derechos humanos. Como claras señales en tal sentido podemos mencionar, la ampliación del plafón de derechos explícitos (art. 37, 41 y 42 de la Constitución Nacional); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, el diseño de un nuevo prototipo de principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal (art. 16 CN) con la igualdad material (art. 37, 75 inc. 2,19 y 23) y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.⁴

Dentro de los distintos tratados internacionales con rango constitucional que contienen disposiciones respecto al derecho a la salud y a la protección de las personas con discapacidad, mencionamos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Podemos destacar también, la Convención sobre la Eliminación

4 BAZÁN, Víctor (2012), "El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia", Cita Online: AP/DOC/126/2012.

En este orden de ideas cabe observar que las medidas precautorias como la aquí pretendida “se encuentran en-derezadas 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 descriptas 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 R E S U E L V O : 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.

.....

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño que reconocen este derecho específicamente para las mujeres y los niños. Es importante resaltar que los instrumentos internacionales referidos prevén expresamente el derecho a la salud. Así, el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 12 de su texto, dispone que “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”. Por otro lado, bajo la denominación derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el artículo 11 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre prescribe que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la comunidad”. Dentro de los tratados internacionales sobre derechos humanos que no ostentan jerarquía constitucional, pero que prevalecen jerárquicamente a la ley, podemos mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la que el derecho a la salud se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 25 el cual prescribe que “los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”.

En lo que respecta a las leyes nacionales, cabe destacar de forma particular la ley 22.431, del año 1981, que establece un sistema de protección integral de las personas con discapacidad. Por otro lado, la ley 24.901, del año 1997, instituye un sistema de prestaciones

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.

.....

básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Conforme lo establece el art. 2º de esta ley, los sujetos obligados al cumplimiento de las prestaciones, son las obras sociales, reguladas en la ley 23.660, las que tienen 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.

Cabe puntualizar, en relación al caso bajo estudio, la ley 25.404 que establece protección para las personas que padecen epilepsia. Tiene como propósito garantizar a toda persona que padece epilepsia el pleno ejercicio de sus derechos, proscribir todo acto que la discrimine y disponer especiales medidas de protección que requiere su condición de tal.⁵ La ley 25.404 en su artículo 4º establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna, quedando incorporadas las prestaciones médico-asistenciales de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio.⁶ A continuación analizaremos una resolución del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el caso “A. E. M. c/ OBSBA s/ amparo (art. 14 CCABA) 36969-2018/0” en la cual podremos observar la aplicación del instituto de la tutela anticipada, con una solución, que a nuestro entender recepta los principios y normativa constitucional, internacional, supralegal y legal que hemos analizado precedentemente.

5 Art. 1 Ley 25404.

6 Art. 6 Ley 25404: Las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes N° 22.431 y N° 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias.

II. El caso “A. E. M. c/ OBSBA s/ amparo (art. 14 CCABA) 36969-2018/O”

En el caso de marras, la parte actora E.M.A en representación de su hija T.A.A. menor de edad, solicita en el marco de una acción de amparo, y hasta que la misma se resuelva, que se dicte una medida cautelar con la finalidad de que se ordene a la Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) a la cual estaba afiliada, la cobertura integral del medicamento “Charlotte’s Everyday Advanced (CBD) (Laboratorio proveedor Stanley Brothers, Aceite 5000mg7100CC)”, como así también el reintegro de los costos que fueron soportados por la accionante para obtener del exterior la medicación mencionada, que alcanzaría una suma de U\$S1.099,98, todo conforme las prescripciones de su médico tratante. Señala la actora que su hija tiene tres años de edad y que a las 12 horas de su nacimiento la niña comenzó a convulsionar y debió quedar internada por 18 días. Que comenzó a consumir medicación anticonvulsivante a los pocos días de vida y fue internada en numerosas ocasiones. Manifiesta que la niña se alimenta a través de una sonda nasogástrica desde que tiene un mes de edad. 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”. Detalla que aún no cuenta con un diagnóstico definitivo dado que se encuentra realizando análisis genéticos, solicitados por el Dr. Carlos Magdalena, 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.” Finalmente explica que el tratamiento farmacológico de la niña consiste en Levetiracetam (anticonvulsivante) y 0,8 ml diarios de aceite de cannabis. Aclara que la atención médica y demás terapias son cubiertas por la OBSBA a excepción del aceite de cannabis.

En primera instancia, el juez acogió favorablemente la vía intentada, hizo lugar a la medida solicitada por la actora y en consecuencia ordenó a OBSBA a que en lo sucesivo y de manera inmediata proceda a abonar de manera integral el valor de la prescripción médica Aceite de Cannabis Charlotte Everyday Advanced de conformidad con la cantidad y frecuencia indicada por el médico tratante. En relación al reclamo de las sumas ya abonadas por la actora para la compra del medicamento, lo difirió para el momento de sentencia definitiva.

III. Procesos Urgentes: Tutela Anticipada

En el fallo analizado veremos la aplicación de un instituto que forma parte de los denominados procesos urgentes: la tutela anticipada. Resulta oportuno señalar que corresponde la concesión de la misma ante situaciones donde aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual, situación acaecida en el caso estudiado, dado que se encontraba en serio riesgo la salud de la niña. Así, debe repararse en que, el tiempo que insume el proceso conspira, muchas veces, contra los derechos de las partes. En efecto, cuando existe el temor fundado de sufrir un daño irreparable el paciente puede requerir la anticipación de la tutela. En los casos de amparo de salud el objeto de la medida cautelar tiende a coincidir con el objeto del proceso, por lo que el acogimiento favorable de aquella indudablemente adelanta, al menos, parte de la sentencia. Por ello, en estos casos, más que “verosimilitud” del derecho, tiende a requerirse un cierto grado de “cer-

teza" sobre el derecho invocado.⁷

De este modo, aparece la tutela anticipada, como una consecuencia de la necesidad de que el transcurso del tiempo no impida la existencia de la justicia del caso. A priori podríamos decir que estamos ante un pronunciamiento jurisdiccional, a través del cual, se adelanta en todo o en parte aquello que es objeto de la decisión de la sentencia de mérito, a fin de evitar la consumación de un daño actual o inminente.

Calamandrei denominaba a este tipo de resoluciones providencias temporales, las cuales consisten en una decisión interina, que constituyen un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse, en todo o en parte con ella, lleva a cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues sus proyecciones implican un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite.⁸

Por tal motivo, y atento la interinidad, podríamos admitir que la tutela anticipada cobra vida dentro una medida cautelar, tal como fue solicitada en el caso que nos convoca.

Un amplio sector de la doctrina entiende que la tutela anticipada viene dada dentro del molde de una medida cautelar, de modo que debe cumplir con los recaudos de ésta. Dentro de esta línea, Rojas define a la tutela anticipada como "un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoria resguarda -manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes."⁹

Nuestra postura se inclina por asignar a la tutela anticipada naturaleza cautelar. Entendemos que se desprende de una de sus especies que es la medida cautelar innovativa, pero se diferencia de ésta en cuanto a su objeto porque en la tutela anticipada no basta con modificar una situación de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, sino que además el objeto propio de la medida debe coincidir en todo o en parte con el pretendido por el actor en la demanda, motivo por el cual, consideramos, merece un tratamiento diferenciado del resto de las cautelares.

Trasladando los conceptos al fallo reseñado, resulta práctico analizar cómo se han cumplimentado los requisitos de admisibilidad para la procedencia de la tutela anticipada en el caso bajo estudio.

Una de las exigencias más importantes para su procedencia es la convicción del derecho invocado o verosimilitud del derecho. Se exige aquí, atento lo excepcional de la tutela que se confiere, una "fuerte" verosimilitud, con lo cual no basta la mera enunciación del derecho por quien lo invoca, sino que debe estar acompañada de elementos de donde surja la fuerte probabilidad de la existencia del derecho.¹⁰ Podemos observar en el caso de marras, que este requisito fue cumplimentado acabadamente por la actora, quien acompañó en autos el certificado de discapacidad de la niña cuyo diagnóstico era "síndromes epilépticos especiales", copia del carnet de afiliado a OBSBA y la prescripción médica del Neurólogo Infantil que indicaba para el tratamiento de la paciente el medicamento cuya cobertura se reclamaba, elementos con gran fuerza convictiva para el juzgador a los fines de evaluar la procedencia del reclamo.

El segundo requisito exigido es el grave peligro en la demora, que también ha quedado

7 TANZI, Silvia Y – PAPILLÚ, Juan M. (2018) "El derecho a la salud y la prevención de los daños. Vías Procesales", Cita Online: AR/DOC/1308/2018.

8 GÓMEZ, María Eugenia (2015) "Reflexiones sobre la regulación de la tutela anticipada y la función jurisdiccional efectiva" Ponencia del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Jujuy.

9 ROJAS, Jorge A. (2009) "Sistemas Cautelares Atípicos", Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Pág.150.

10 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR (1999) Op. Cit. Pág. 200.

acreditado en autos. La medida solicitada aparecía como la única posibilidad para evitar el daño que estaba padeciendo la niña. De las constancias de la causa, podía deducirse con el informe socioambiental, la imposibilidad de adquirir dicho tratamiento médico, por la situación económica que atravesaba la familia de la niña. A más de ello, cabe agregar que el transcurso del tiempo, podía acarrear daños irreparables en su salud, ya que necesitaba el aceite de cannabis como parte de su tratamiento, circunstancia que también se acreditó en la causa. Debe repararse que esta exigencia –del perjuicio irreparable o temor a la demora- se relaciona con el peligro de la infructuosidad y observa una “situación colateral a la relación litigiosa que aqueja al actor al punto tal que se encuentre justificado otorgar algo o parte de la pretensión de mérito porque en caso contrario el proceso respectivo no será efectivo.”¹¹

Finalmente, se requiere la contracautela. Coincidimos con autorizada doctrina que expresa: “Dada la particular excepcionalidad de la medida sub examen, no se puede estandarizar la contracautela que se debe exigir. Sin embargo, ésta debe ser analizada prudencialmente por el juzgador a la hora de examinar los requisitos de procedencia de la medida considerando asimismo el derecho del demandado para que éste no se vea vulnerado. En otras palabras, el juez, en el caso concreto, analizará cuál será la contracautela que exigirá en atención a la tutela que deba anticipar y a la posición del demandado...”¹². En el sublite, el juzgador consideró, caución suficiente la juratoria prestada por la representante legal de la niña por ante la actuario, solución que a nuestro criterio luce ajustada a derecho dada la urgencia de la temática ya expuesta y la fuerte verosimilitud del derecho acreditada.

Por último, dentro de los requisitos para la concesión de este especial tipo de tutela, algunos autores hacen referencia al “efecto reversible” señalando que: “Otorgar la tutela al peticionante no debe significar un daño irreparable para quien deba cumplirla, pues de esta manera se estaría quebrantando la igualdad de las partes en el proceso.”¹³. Esto significa que el juez a la hora de fallar deberá valorar no sólo los derechos de quien peticiona la pronta satisfacción de su interés sino también los de aquél contra quien habrá de ser ejecutada la medida, no pudiendo pasar por alto las garantías constitucionales vinculadas a la eficacia del proceso en que se satisfaga ese requerimiento. Entendemos que estas consideraciones fueron tenidas en cuenta por el magistrado quien advierte y expresa en el resolutorio que la concesión de la cautelar, no afectaba ningún interés público al que debía darse prevalencia.

IV. Consideraciones respecto a la decisión

Como señalamos al comienzo del presente trabajo, nos encontramos frente a una resolución ejemplar. Estimamos que se hizo justicia en el caso concreto, poniendo especial énfasis en el acatamiento de la normativa internacional, legal y supra legal receptada por nuestro país en materia de derecho a la salud, y protección de los grupos vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad, y puntualmente aquí, el de una niña que padecía epilepsia.

En relación a la vía intentada, diremos que el amparo debería ser el camino más idóneo para reclamar el cumplimiento de pretensiones relacionadas con el derecho a la salud atento que es un proceso judicial sumarísimo y su admisibilidad se encierra restringida a que no exista otro medio judicial más idóneo. No obstante ello, debemos aclarar,

11 GARRIDO, Alejandra Fátima (2011) “Medidas cautelares genéricas y no enumeradas – Doctrina y jurisprudencia”, Córdoba, Alveroni Ediciones, Pág 82.

12 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo, (1999) Op. Cit. Pág. 200.

13 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo Op. Cit. Pág. 200.

que el amparo puede no resultar lo suficientemente rápido como las circunstancias lo requieran, ya que, a pesar de lo abreviado, éste no deja de ser un juicio en el cual debe citarse a la parte contra la que se acciona para que presente su descargo, como lo indica la garantía de defensa en juicio.¹⁴ Por esta razón, en la práctica observamos una especie de desnaturalización de esta acción que ha dejado de ser expedita y rápida como se la pensó, de modo que, como en el caso analizado, el peticionante al entablar el amparo, solicita una medida cautelar, para la satisfacción urgente de su derecho.

Con respecto a la parte del resolutorio que difiere para el momento de la sentencia definitiva el tratamiento del reclamo por las sumas abonadas por la actora para obtener el aceite de cannabis en el exterior, estimamos acertada tal solución, pues al tratarse de una cuestión de índole patrimonial no requiere ser resuelta con urgencia y por vía cautelar.

Continuando con el análisis del caso, entendemos que la concesión de la medida era de vital importancia para la salud de la niña y que el tribunal valoró correctamente el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la misma.

En consonancia con lo resuelto, cuadra explicitar la postura sostenida por el más Alto Tribunal de nuestro país en relación al derecho a la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), esta Corte ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud comprendido en el 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)".¹⁵

Bajo esta inteligencia, coincidimos con el concepto dado por Carlos A. Ghersi al señalar que "dada la amplitud del concepto de salud, el contenido del derecho a la salud es muy vasto ya que no sólo implica no daño a la salud sino que también impone obligaciones en cuanto a su atención".¹⁶

El derecho a la salud no es una simple declaración de derechos, sino que las normas que giran en torno a este derecho deben interpretarse como un compromiso del Estado a su tutela mediante el dictado de normas, y también velando por su cumplimiento, con el objetivo de que se asegure la real vigencia de este derecho.¹⁷

V. Reflexión final

A modo de corolario podemos decir que el fallo reseñado nos deja varios aspectos importantes a tener en cuenta. En primer lugar, destacar que un adecuado reconocimiento y resguardo del derecho a la salud requiere la existencia de mecanismos idóneos como puede ser la tutela anticipada, para garantizar al paciente que frente a la necesidad de atención o tratamiento médico, podrá acceder a ellos, puesto que la omisión de tales prestaciones podría ocasionar daños que pudieron ser prevenidos.

14 GHIOLDI, Carolina-MPOLAS ANDREADIS, Alejandra- BONYUAN, Fabián H. (2009) "El amparo y la medida cautelar como instrumento para el acceso a terapias, con miras a la protección del derecho a la salud". Cita Online: 0003/014247.

15 CSJN, 16/10/2001, "Monteserín, Marcelino c. Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social – Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad", Fallos, 324:3569; CSJN, 01/04/2008, "Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", Fallos, 331:453.

16 GHERSI, Carlos A. (2003) "Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Civil-Parte general", Buenos Aires, La Ley, pág. 158.

17 CLÉRICO, Laura (2009) "El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la Salud de las personas con discapacidad" Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. [Http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf).

Por otro lado, tener presente que el amparo constituye una insoslayable vía de acceso a la jurisdicción y la finalidad que persigue consistente en la protección de derechos fundamentales, restableciendo su respectivo goce y ejercicio cuando fueron afectados, o previniendo que sean conculcados, resulta vital para nuestro sistema de derechos. Asimismo, es de suma importancia para el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, puesto que a este modelo de Estado no sólo le resulta suficiente el reconocimiento de derechos fundamentales sino que estos también se tornen operativos, siendo crucial a tales efectos el acceso a la justicia.¹⁸

Consideramos que en el caso analizado, el juzgador ha adoptado los principios y garantías establecidas en materia de salud y en especial de las disposiciones relativas a la protección de las personas con discapacidad que se encuentran receptadas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental. Recalamos la importancia de esta solución en armonía con los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene dicho que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida¹⁹ y, además, que este último es "el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes".²⁰

De todo lo expuesto podemos concluir que "atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional".²¹

18 VIGO, Rodolfo L., (2010) "Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional", LL, Suplemento de derecho constitucional.

19 CSJN, 01/06/2000, "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional", LL, 2001-B, 126.

20 CSJN, 06/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", LL, 1981-A, 401; CSJN, 27/1/1987; CSJN,

27/02/1987, "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", LL, 1987-B, 311; CSJN, 05/03/2003, "Portal de Belen — Asociación Civil Sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", LL, 2002-B, 520.

21 CSJN, 01/04/2008, "Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", Fallos: 331:453.