

Accion De Amparo Derecho A La Salud Menor Discapacitado Internacion Domicilio

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Derecho a la salud. Menor discapacitado.

Internación. Domicilio Se hace lugar a la medida cautelar solicitada en el marco de una acción de amparo, y se ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que entregue la totalidad de los insumos necesarios y provea el servicio de enfermería especializada, todo ello en forma domiciliaria, para que el hijo de los amparistas -quien posee una discapacidad- pueda ser externado del hospital donde se encuentra internado. Buenos Aires, 27 de abril de 2015. Y VISTOS; CONSIDERANDO: I. A fs. 1/12 se presentaron E. M. C. y B. M. T., ambos por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad N. S. M. C., con el patrocinio letrado del Ministerio Público de la Defensa (Defensoría n° 1), quienes promovieron esta acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad --Ministerio de Salud-- a efectos de que se ordene a la parte demandada que les entregue la totalidad de los insumos necesarios y a su vez provea el servicio de enfermería especializada, todo ello en forma domiciliaria, para que su hijo pueda ser externado de la unidad n° 4 del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez donde actualmente se encuentra internado (fs. 1). Relataron que N. S. M. C. nació el día 27 de diciembre de 2013 en esta ciudad y, desde su nacimiento, tuvo que ser internado por el lapso de un mes en el Hospital Santojanni para luego ser trasladado al Hospital Gutiérrez por presentar Síndrome de Down, desnutrición, cardiopatía congénita y displasia broncopulmonar, por lo cual fue traqueostomizado y gastromotizado. Señalaron que atento al riesgo inminente de padecer infecciones intrahospitalarias, que agravarían considerablemente su estado de salud, los médicos les informaron que lo más aconsejable para su correcta evolución es proceder a la internación domiciliaria de N., para lo cual requiere indefectiblemente todos los insumos necesarios. Describieron que el grupo familiar actualmente reside en una vivienda ubicada en la villa 1-11-14 (manzana ..., casa ...), y manifestaron que tanto la División del Servicio Social del Hospital Gutiérrez como la Subsecretaría de Promoción Social del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad han verificado que disponen de las condiciones habitacionales y demás recaudos para organizar adecuadamente el cuidado de N. en su domicilio. En lo referente a su situación socioeconómica los actores sostuvieron que ambos se encuentran excluidos del mercado laboral formal y que, sólo ocasionalmente, E. M. se desempeña como empleada doméstica en casas de familia, en tanto que B. realiza distinta changas dentro de la villa en la medida que el cuidado de su hijo se lo permite. Consecuentemente, no cuentan con obra social ni cobertura de medicina prepaga. Expusieron que el único ingreso estable está integrado por la suma de ... que perciben por medio del programa Ciudadanía Porteña, pero señalaron que ello les resulta insuficiente para satisfacer sus necesidades familiares. Finalmente, solicitaron el dictado de una medida cautelar consistente en que se ordene al gobierno que --hasta tanto se dicte sentencia definitiva- les provea el equipamiento de oxigenoterapia domiciliaria (tubo de oxígeno, mochila de transporte, oxímetro de pulso y concentrador de oxígeno), elementos para traqueostomía (cánula de Shilley 4.5 mm pediátrica), gastrostomía con sondas de aspiración y botón gástrico de repuesto, una bomba de infusión, un BIPAP tipo Stella 150 para ventilación por TQT con tubuladora y conexión para oxígeno, un generador eléctrico continuo y asistencia de enfermería especializada (fs. 9 vta., pto. VI). A fs. 53/65 dictaminó el Ministerio Público Tutelar (Asesoría Tutelar n° 2), solicitando que se haga lugar de manera urgente a la medida cautelar peticionada. II. La procedencia de las medidas cautelares ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, señalándose que ella tiene por objeto "...dar respuesta a las situaciones que plantea la urgencia? durante el tiempo que insume la tramitación del pleito y hasta que sea posible dictar un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión y la defensa (conf. Muñoz, Guillermo ?Nuevas tendencias en medidas cautelares? Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal; Rubinzal - Culzoni, p. 217 y ss). Por su parte, la ley 2145 -que regula los aspectos procesales de la acción de amparo- considera admisibles en este tipo de acciones aquellas medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva. Para su procedencia se requiere la verificación de los siguientes extremos, a saber: verosimilitud del derecho invocado, peligro de sufrir un daño por la demora y no afectación del interés público, además de la complementaria fijación de una contracautela adecuada (art. 15). Su dictado no requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el proceso principal, propia de la sentencia definitiva, ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones jurídicas que vinculan a las partes, bastando que a través de un análisis prudente -apropiado al estado del trámite y basado en un estudio preliminar del objeto litigioso- pueda percibirse la probable existencia del derecho pretendido. Los requisitos de admisibilidad antes esbozados deben ser evaluados rigurosamente, ponderando con prudencia las circunstancias del caso y los derechos objeto de protección, toda vez que la celeridad del trámite de la acción de amparo permite presumir una pronta decisión sobre la cuestión de fondo. Ello puede eventualmente hacer desaconsejable en principio tomar decisiones, con anterioridad a dicha oportunidad, que importen adelantar su resultado, a menos que se hallen

reunidos los recaudos que la legislación establece y además su dictado resulte necesario para proteger los derechos afectados. Cabe resaltar que el art. 177, CCAyT -precepto aplicable al amparo en función de la supletoriedad establecida en el art. 28, ley 2145- prevé expresamente el dictado de medidas positivas, inclusive aquellas cuyo objeto coincide con el de la pretensión sustancial de la acción promovida. La doctrina, por su parte, ha señalado que "la medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado (...), ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente" (Peyrano, Jorge W., Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial, 3ª. ed. Actualizada, Zeus, 1997, pág. 97). Con tal criterio de ponderación corresponde analizar entonces la procedencia de la medida solicitada. III.1. El derecho a la salud se halla reconocido en los tratados internacionales sobre derechos humanos, con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), entre ellos el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c); la Convención sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (arts. 4, inc. 1, y 5, inc. 1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1); reconocimiento que comprende tanto la salud individual cuanto el derecho colectivo a la salud (Fallos: 323:1339). La Constitución de la Ciudad de Aires, por un lado, garantiza el derecho a la salud integral (art. 20) y, por el otro, dispone determinados lineamientos para la legislación, tales como desarrollar "una política de medicamentos que garantiza eficacia, seguridad y acceso a toda la población" y promover "el suministro gratuito de medicamentos básicos" (art. 21, inc. 10). En este sentido, la ley 153 (ley Básica de Salud) establece que "La garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a) La concepción integral de la salud (...) 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" (art. 3). Además, dispone que los objetivos del subsector estatal de salud deben contribuir "a la disminución de los desequilibrios sociales, mediante el acceso universal y la equidad en la atención de la salud, dando prioridad a las acciones dirigidas a la población mas vulnerable y a las causas de morbimortalidad prevenibles y reductibles" (art. 14, ap. "a?"). La Cámara de Apelaciones del fuero ha resuelto que el derecho a la salud "se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de la autonomía personal (Sala I, in re "Lázzari, Sandra I. c/ OS.B.A. s/ otros procesos incidentales" EXP n° 4452/1; CSJN, in re "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional", 6/1/00, Fallos, 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, que fue compartido por el Tribunal)...?" (Sala I, autos: "Vega Vázquez, Porfiria c/ GCBA s/ Otros procesos incidentales", expte. N° 37091/1, de mayo de 2010). III.2. De las constancias incorporadas a la causa hasta el momento se desprendería que los amparistas son los padres de N. S. M. C., nacido el día 27 de diciembre de 2013 en esta ciudad (cfr. fs. 17 y 18). Resulta incuestionablemente aplicable al caso la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, como así también la prioridad dentro de las políticas públicas destinadas a ellos, conforme las previsiones de la carta magna local (art. 39), las previsiones protectorias contenidas en los tratados internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849), como también la normativa infraconstitucional (ley nacional 26.061 y ley local 114). A su vez, la documentación acompañada demostraría prima facie que el menor padecería una discapacidad (cfr. certificado obrante en copia a fs. 19), de manera tal que regiría en el caso la protección y promoción integral prevista en el bloque normativo aplicable en beneficio de las personas con necesidades especiales (arts. 20 y 42, CCBA; leyes 22.431 y 447), cuyas disposiciones refuerzan el resguardo jurídico de los derechos objeto de tutela. El resumen de historia clínica, que correspondería a la atención proporcionada al menor en el Hospital Guitiérrez, respaldaría los dichos vertidos en la demanda en sustento de la pretensión cautelar (fs. 25/7). Del acta agregada a fs. 49/50, que documenta la entrevista mantenida por los accionantes con el señor Asesor Tutelar actuante, surge que el médico pediatra del Hospital Gutiérrez, Dr. ..., habría recomendado que el menor ingrese a la Comunidad Terapéutica Seres, o bien que lleve internación domiciliaria, "...en atención a que se aproximan los tiempos de frío, lo que aumentaría el riesgo de contraer enfermedades intrahospitalarias" (fs. 49). Del informe del Equipo Común de Intervención Extrajurisdiccional del Ministerio Público Tutelar se desprende que se ha orientado a los progenitores a conocer el hogar Seres, sitio al que concurrieron, pero ellos manifestaron que se encuentran en desacuerdo con la posibilidad de una vacante para su hijo en ese lugar (fs. 46 vta.). Obra agregado a la causa un informe social que da cuenta de que los únicos ingresos familiares serían los provenientes del trabajo del padre del menor como albañil y del cobro de un subsidio otorgado a través del programa Ciudadanía Porteña (fs. 21 y vta.). Paralelamente, del informe social elaborado por una trabajadora social de la División Servicio Social del Hospital Gutiérrez se desprende que la vivienda donde habitan los padres y los tres hermanos de N. resultaría apta para recibir al menor y la aparatología que precisa para su internación domiciliaria (fs. 24). En función de lo expuesto hasta aquí, y ponderando que -según surgiría en principio de las constancias incorporadas a la causa en esta etapa preliminar del proceso- los actores no contarían con recursos económicos para obtener los insumos que requiere la adecuada atención y cuidado de la salud de su hijo, y teniendo en cuenta a su vez el bloque normativo citado anteriormente, que respalda de manera enfática los derechos del menor, cabe concluir que se encuentra prima facie acreditado el requisito de la verosimilitud del derecho. El peligro en la demora también se halla configurado en medida suficiente, en función del riesgo concreto de que durante la

tramitación de este proceso el derecho a la salud del menor resulte afectado, dado el peligro de contraer alguna enfermedad intrahospitalaria en el caso de continuar internado. Es claro, a su vez, que el progreso de la medida cautelar -encaminada a resguardar el derecho a la salud de una persona menor de edad- no afecta el interés público sino que, antes bien, lo promueve. Finalmente, la caución juratoria ya prestada en el escrito inicial (fs. 12, pto. XIII.5) resulta la contracautela más acorde a las particularidades del caso y los derechos objeto de tutela. En mérito a las consideraciones vertidas, textos legales y jurisprudencia citados, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Tutelar; RESUELVO: 1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada. En consecuencia, el Gobierno de la Ciudad de Bs. As., dentro del tercer día de notificado, deberá implementar los medios adecuados para que proveer al menor N. S. M. C. oxigenoterapia domiciliaria (tubo de oxígeno, mochila de transporte, oxímetro de pulso y concentrador de oxígeno), elementos para traqueostomía (cánula de Shilley 4.5 mm pediátrica), gastrostomía con sondas de aspiración y botón gástrico de repuesto, una bomba de infusión, un BIPAP tipo Stella 150 para ventilación por TQT con tubuladora y conexión para oxígeno, un generador eléctrico continuo y asistencia de enfermería especializada. 2. Ello, bajo la caución juratoria que se tiene por efectivamente prestada con la manifestación efectuada en la demanda. 3. El cumplimiento de lo ordenado deberá ser acreditado dentro de los cinco (5) días subsiguientes a la notificación. Regístrese. Notifíquese por secretaría a la parte actora, al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y al señor Asesor Tutelar en su despacho. FDO. AURELIO L. AMMIRATO (JUEZ)

Notas: (*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 001049E