

Amparo De Salud Medida Cautelar Internacion Domiciliaria Menor Discapacitado

JURISPRUDENCIA

Amparo de salud. Medida cautelar. Internación domiciliaria. Menor

discapacitado Se hace lugar a la medida cautelar peticionada y se ordena a la demandada arbitrar los medios necesarios para disponer la internación domiciliaria de una beba de seis meses en la vivienda de sus padres, proporcionando los recursos necesarios para cubrir sus necesidades básicas de asistencia de acuerdo a su discapacidad, pues el Estado tiene una responsabilidad subsidiaria como garante último del sistema de salud, responsabilidad que nace del compromiso internacional que asumió de asegurar a todos los habitantes el derecho a la salud dentro del nivel que permitan los recursos públicos. Ciudad Autónoma

de Buenos Aires, 6 de octubre de 2017. Vistos y considerando: I. A fs. 1/20 se presentan los Sres. Sergio Javier Orlando y Mariel Alejandra Navarro, en representación de su hija, D. L. O., con el patrocinio del sr. Defensor a cargo de la Defensoría N° 5 del fuero e interponen acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en resguardo de sus derechos constitucionales en particular, a la vida, a la salud, a un nivel de vida adecuado y a la dignidad inherente a todo ser humano, a efectos que la demandada cese en la omisión -a la que califican de ilegal y manifiestamente arbitraria- de asistir a la menor y negarle el acceso a su internación domiciliaria pese a contar con alta médica (fs. 1). Requieren que se garantice a su hija el recurso médico definitivo y permanente que sea acorde con el bloque de constitucionalidad federal y local que reconoce y tutela los derechos de las personas con discapacidad, el que consistirá en brindar todos los servicios para cumplimentar su tratamiento en un régimen de internación domiciliaria proporcionando los elementos médicos necesarios, incluyendo personal médico que brinde acompañamiento 24 horas y profesionales especialistas que realicen un seguimiento periódico de su evolución, así como todos los demás recursos que fueran indicados para salvaguardar su salud (fs. 1 vta.). Relatan que el día 2 de abril de 2017 nació D. en el Hospital de Agudos ?T. Alvarez? presentando, por complicaciones en el parto, un grave cuadro de encefalopatía hipóxica izquierda severa (con convulsiones y anemia) siendo derivada para su tratamiento al Hospital General de Agudos ?C. Durand? (3 de junio de 2017) donde debieron practicarle transfusiones de sangre y asistencia respiratoria mecánica realizándole una traqueostomía (fs. 2 vta.). Explican que en la actualidad, la niña se encuentra internada con diagnóstico: secuela neurológica de depresión grave al nacer, en asistencia respiratoria mecánica, traqueostomizada, alimentada por sonda nasogástrica presentando status convulsivo, en seguimiento por kinesiología, neurología neonatología, etc, conforme informe del médico tratante, dr. Oscar Enrique D´Onofrio, y como surge de la pericia médica realizada por médico de la Dirección de Asistencia Técnica de la Defensoría General de la CABA.

Aclaran que, dado el grave cuadro que presenta, a D. se le extendió el debido certificado de discapacidad el 07/07/2017 (fs. 2 vta.).

Alegan que el médico tratante del Hospital Durand ha prescripto, en el mes de julio de 2017, su alta médica debido a que su condición es crónica y se halla estabilizada destacando que debe ser externada de modo urgente por las altas posibilidades de contraer una infección intrahospitalaria que podría tener consecuencias fatales en su frágil estado de salud. Hacen referencia a la importancia de la lactancia materna y de la construcción sólida del vínculo materno-filial que en este caso resulta fundamental para la estimulación, progreso y desarrollo de D. (fs. 3). Exponen que el sr. Orlando inició los trámites de inscripción en monotributo social procurando obtener cobertura médica, encontrándose desde el mes de abril de 2017 afiliado a la Obra Social Unión del Personal Civil de la Nación. Argumenta que recién el 30 de agosto del corriente año fue ingresado al sistema de dicha obra social como afiliado en la que le informaron que la internación domiciliaria podría demorarse hasta seis meses. Ponen de resalto la conducta negligente de la obra social y de la Superintendencia de Salud de la Nación hacia su obligación de brindar las prestaciones médicas pertinentes, lo que provoca graves riesgos en la salud de D. (fs. 3). Aclaran que se han remitido oficios desde la Defensoría a la AFIP, a la Superintendencia de Salud y a la referida obra social sin obtener respuesta alguna. Concluyen que se encuentran sin cobertura médica que le impide internar a su hija bajo el régimen domiciliario ya que el Ministerio de Salud de la CABA carece de dicho recurso y la obra social a la que aporta, pese a numerosos reclamos, omite prestar los servicios de salud que D. requiere (fs. 3 vta.). Sostienen que ante la inacción de los organismos privados, corresponde al GCBA como garante principal del derecho a la salud integral de la menor, afrontar el sostenimiento de la internación domiciliaria, dejando a salvo su facultad de repetir, en los términos del art. 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 3 vta.). En cuanto a su situación habitacional, apuntan que la vivienda en la que conviven es apta porque cumple con los requisitos para recibir a la menor y que el lo ha sido constatado por profesionales de la Dirección de Asistencia Técnica de la Defensoría General de la CABA habiéndose solicitado protección eléctrica con la empresa prestadora de electricidad (fs. 4). Reseñan que desde el nosocomio se les ofreció la internación de la menor en el ?Hogar Seres?, propuesta que fue rechazada por los padres dado que por horarios y distancia provocaría una interrupción irreversible en el vínculo de D. con sus padres (fs. 2 vta.). Dentro del marco referido, atento el daño

que se le puede producir a la salud de la menor, solicitan el dictado de una medida cautelar por la que se ordene a la demandada ?a disponer la internación domiciliaria de D. en la vivienda de sus padres, proporcionando los medios y recursos necesarios para cubrir sus necesidades básicas de asistencia de acuerdo a su discapacidad, esto es, respirador, grupo electrógeno, tubos de oxígeno, aspirador nebulizador de secreciones, cánulas, profesionales pediatras que la asistan tres veces por semana, y personal de enfermería 24 hs todos los días, así como todo otro requerimiento especificado por los médicos intervinientes?. Aclaran que para el caso de que el GCBA careza de recursos, se lo intime a que cubra todas las prestaciones necesarias recurriendo a la contratación de una empresa privada que disponga de los medios para lograr la internación domiciliaria (fs. 2). Piden que se dé intervención a la Asesoría Tutelar N° 4 del fuero por haber prevenido, de modo extrajudicial, en la problemática de la menor (fs. 2, punto I.4) y que se convoque a una audiencia preliminar a fin de arribar a una pronta solución (fs. 15). Se expiden respecto a los requisitos de la admisibilidad de la acción de amparo y ofrecen prueba (apartado IX). Citan antecedentes jurisprudenciales (fs. 13 vta.) y fundan en derecho (fs. 3 y siguientes). A fs. 197 la actora acompaña la prueba documental y a fs. 198 se corre vista de las presentes actuaciones a la Asesoría Tutelar peticionada (fs. 198 vta.). II.A fs. 202/211 la sra. Asesora Tutelar a cargo de la Asesoría N°4 del fuero toma intervención en representación de los derechos de D. L. O., en los términos del art. 103 del CCyCN y art. 53 de la ley 1903, sin perjuicio de la representación de los progenitores (punto 2 fs. 202). Se expide respecto a la concesión favorable y urgente de la medida cautelar requerida (fs. 203 vta.) y describe la configuración de sus requisitos (fs. 204 y siguientes). A fs. 213 el sr. Defensor agrega copia certificada de la partida de nacimiento de la menor, en cumplimiento de lo requerido en el punto VII de fs. 198. A fs. 216, en uso de las facultades previstas en el art. 29 del CCAyT se convoca a una audiencia, la que es celebrada conforme acta obrante a fs. 228 y en la que se resuelve que las partes, en el término de tres días, presenten propuestas encaminadas a lograr una solución viable a la externación de la menor, tema en el que hubo consenso unánime en la audiencia de marras. A fs. 234 los amparistas reiteran el pedido de medida cautelar y adjuntan informe confeccionado por médico legista de la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa en el que resalta la necesidad de mantener el vínculo familiar (fs. 236). A fs. 239 la demandada acompaña un informe con las propuestas del Ministerio de Salud y pide se cite a la obra social a comparecer en autos (fs. 239). Corrido el pertinente traslado y vista (fs. 240), la sra. Asesora Tutelar considera que la propuesta no es la solución viable consintiendo el traslado de D. a la terapia pediátrica del mismo nosocomio (fs. 241 vta.). Destaca la obligación del GCBA de efectuar las prestaciones necesarias para el efectivo goce del derecho a la salud y respecto de la internación en el IREP la descarta ya que no cumple con los criterios de admisión y no hay vacantes disponibles (fs. 242 in fine). A fs. 247 contesta la parte actora e informa que la menor, con el consentimiento de los padres, ha sido trasladada a la Unidad de Terapia Pediátrica del Hospital Durand, reitera la fundamentación de la obligación estatal y se opone a que la obra social sea citada en el expediente (fs. 247 vta.). A fs. 250 el suscripto ordena el libramiento, por secretaría, de un oficio a la obra social a fin que informe la situación de la afiliación y la respuesta dada al pedido de internación domiciliaria. También convoca a las partes y a representante de la obra social a una nueva audiencia. A fs. 261 la Obra Social Unión Personal Civil de la Nación informa que: a) la menor se encuentra afiliada desde el 01/08/2017 en el plan PMO, b) los tratamientos con cobertura con los que cuenta, y c) que no surge del sistema que el titular haya solicitado prestación de internación domiciliaria. En este estado, a fs. 271 se celebra la segunda audiencia, sin presencia de representante de la obra social (pese a estar debidamente notificada), se agregan oficio remitido a la obra social e intercambio de mail aportados por los accionantes (fs. 267/270) y pasan los autos a resolver la medida cautelar. III. En primer lugar, corresponde verificar si se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar peticionada. Al respecto, cabe señalar que - a los efectos de analizar la procedencia de la tutela solicitada- corresponde el estudio de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 2145 y por el Código ritual local, de aplicación supletoria en virtud de lo normado en el artículo 28 de dicha ley. El artículo 15 establece: ?... son necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho. b) Peligro en la demora. c) No frustración del interés público. d) Contracautela.? A su vez, el tipo de medidas como la solicitada en el escrito de inicio, son de contenido positivo y se encuentran comprendidas en el artículo 177 del código de rito local en cuanto establece que: ?Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (2do. párr.)...aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (1er. Párr.)? En relación con las exigencias para la procedencia de esta clase de medidas, cabe efectuar las siguientes precisiones. Respecto del presupuesto de verosimilitud del derecho, cabe afirmar que este recaudo es materia susceptible de grados y está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que "(.) como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo 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" (Fallos: 323:349, 306:2060, 326:4572, 330:1915, entre otros). Es decir, que solo es necesaria la ?apariciencia de buen derecho?. Este requisito expresamente mencionado en la ley de amparo (art. 15), como necesario para el otorgamiento de toda medida cautelar, supone la manifestación de conductas tendientes a crear convicción en el juzgador sobre la plausibilidad jurídica del planteo (arts. 178, 2do. párr. y 180 del CCAyT). En este orden de ideas, corresponde tener presente que, tal como lo ha sostenido la Corte, el derecho a la salud constituye un valor primordial de nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose reconocido en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también art 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (CSJN, Fallos: 330:4647). A lo que debe agregarse las especiales particularidades del presente caso ya que la cuestión involucra a una menor de seis meses de edad, discapacitada, con graves padecimientos de salud, respecto a quien resultan operativas las previsiones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (también con jerarquía constitucional), que establece la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias con el fin de contribuir a garantizar el derecho de todo niño. Con respecto a esto último, vale aclarar que el control de convencionalidad que deben realizar los jueces locales no se limita exclusivamente a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, muy por el contrario, es necesario hacer extensivo ese tipo de control a todos los Instrumentos Internacionales que tienen jerarquía constitucional (Conf. Gil Domínguez, Andrés, "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio", LL2013-A, p.31). Son estos, justamente, los principios que deben tenerse presente al momento de resolver la medida cautelar peticionada, sobre todo teniendo especialmente en cuenta la operatividad de los derechos fundamentales como la salud y la vida y la situación en la que se encuentra el grupo familiar de D. Corresponde realizar, en suma, un test de convencionalidad a la luz de la normativa referida. Así tiene dicho la Corte IDH que: ?el Estado asume obligaciones particulares, características -que se identifican con garantías sectoriales, específicas o individuales, allado de las universales o genéricas antes mencionadas- en relación con determinados grupos de personas -o mejor dicho, con personas integrantes de ciertos grupos identificados conforme a hipótesis de vida, necesidad o expectativa que les son propias. En tales supuestos, la condición de garante que tiene el Estado frente a las personas bajo su jurisdicción adopta rasgos peculiares, insoslayables para el poder público y generadores de derechos para el individuo.? A su vez expresó: ?Con la finalidad de determinar las obligaciones del Estado en relación con las personas que padecen de una discapacidad mental, la Corte estima necesario tomar en cuenta, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna? y que: ? el Tribunal considera que lo anterior se aplica de forma especial a las personas que se encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud? (caso Ximenez Lopez v. Brasil, sentencia del 4/07/2006, párrafos 138 y 139) Asimismo, no deben olvidarse las siguientes prescripciones contenidas en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: art. 10º, en cuanto establece que ?Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede limitarlos.?.; art. 17º, al disponer que la Ciudad ?Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas...?; art. 39º, ?La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, les garantiza su protección integral .. y se otorga prioridad dentro de las políticas públicas...?. A su vez, ha sido especialmente previsto en el art. 20 de la Constitución local, el que debe interpretarse junto a la operatividad que surge del Art. 10. Así dispone: ?Se garantiza el derecho a la salud integral ... El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se asegura a través del área estatal de salud ... protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas con criterio de celeridad, 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...? (art. 20). Por otro lado, el art. 21, inciso 7, reza: ?... Garantiza la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales?.. Por último, el artículo 10 dispone: ?... Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.? En el mismo sentido la Corte ha advertido que el derecho a la salud se vincula con el derecho a la vida (Fallos 329:4918) y con la integridad física (Fallos 324:677). Sentado lo expuesto cabe, entonces, hacer referencia a la organización del sistema de salud. Para cumplir con el mandato constitucional, se dictó la Ley Básica de Salud N° 153, la cual garantiza el derecho a la salud integral (art. 1º) y, asimismo, organiza el sistema de salud de la de la Ciudad de Buenos Aires integrado por el conjunto de recursos de salud de dependencia: estatal, de la seguridad social y privada que se desempeñan en el territorio de la Ciudad (artículo 10). Al respecto,

debe señalarse que el sistema de salud en Argentina se caracteriza por ser un sistema complejo, donde la conformación política institucional del país, por su carácter federal, implica que el sistema sanitario se encuentra fragmentado en dos dimensiones. Por un lado, la dimensión geográfica está determinada por la descentralización del derecho a la salud en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por otro, es posible distinguir, tres subsectores que coexisten en lo que refiere al tipo de cobertura: el subsector público, el subsector de la seguridad social y el subsector privado, cada uno con sus normas de aplicación específicas (Aizemberg, Marisa, ¿Estudios sobre el Derecho a la Salud?, 1ra Edición, La Ley, Buenos Aires, 2014). Así las cosas, el denominado ¿Sistema Nacional de Seguro de Salud? fue creado por la Ley 23.661 con el objeto procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1). Uno de sus objetivos fundamentales fue proveer prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones, eliminando toda forma de discriminación, en base a un criterio de justicia distributiva (art. 2). En este sistema, las obras sociales reguladas por la Ley N° 23.660 han sido definidas por la ley 23.661 como ¿agentes naturales? del Sistema Nacional del Seguro de Salud y por lo tanto, integradas a éste (artículo 15). Posteriormente, se sancionó la Ley 24.754 que estableció la obligación de que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga que cubran, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes N° 23.660 y 23.661 y sus respectivas reglamentaciones. En este marco general, debe señalarse que las prestaciones médicas obligatorias están regidas por el Programa Médico Obligatorio (PMO), en el cual se establece el conjunto de prestaciones médicas que tanto las obras sociales del sistema de las Leyes N° 23.660 y 23.661 como las empresas de medicina prepaga están obligadas brindar. Las normas que establecieron el marco legal del PMO fueron la resolución N° 247/1996 que lo creó y fue reemplazada por la resolución N° 939/2000. Luego, la resolución N° 201/2002 que creó el PMOE (Programa Médico Obligatorio de Emergencia), modificado por la resolución N° 1991/2005, que es la que rige en la actualidad. Por su parte, por Ley 24.901 ha creado un sistema de prestaciones básicas como parte del ¿Sistema de atención integral a favor de las personas con discapacidad? y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 y las empresas de medicina prepaga la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1° y 2°). A partir de lo expuesto, es posible advertir que la compleja organización del sistema sanitario argentino implica distintos niveles de responsabilidades, que han determinado que el Estado tiene una responsabilidad subsidiaria como garante último del sistema de salud, responsabilidad que nace del compromiso internacional que asumió de asegurar a todos los habitantes el derecho a la salud dentro del nivel que permitan los recursos públicos. En este sentido, el Alto Tribunal federal ha reafirmado en varios precedentes que el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destacado el deber 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 (CSJN, Fallos: 321:1684; 323:1339 y 324:3569). De este modo, el carácter subsidiario de la responsabilidad estatal implica que está subordinada al incumplimiento o a la prestación irregular por parte de las obras sociales, siendo que el marco normativo ha determinado que estas entidades tienen la obligación primaria de cumplir con las prestaciones de salud de sus afiliados (Zilli de Miranda, Martha, "La responsabilidad de las personas públicas no estatales. El caso de las obras sociales" en Responsabilidad del Estado y del Funcionario público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, BA, 2001) Por su parte, la jurisprudencia del fuero CAyT ha dicho que el sistema de salud ¿se trata de un sistema dinámico, donde las instituciones, tanto públicas como privadas, deben garantizar, en todo momento, las mismas prestaciones mínimas obligatorias por imperativo legal y sin ninguna clase de distinción (...) el objeto del sistema que conforman las leyes 23.660, 23.661, sus modificatorias y reglamentaciones consiste en especificar el ¿contenido esencial? del derecho a la salud, que es aquel correlativo a las obligaciones mínimas que todo derecho implica? (Cámara CAyT, Sala I; Centro de Educ. Médica e Invest. Clínicas Norberto Quirno C/ GCBA?, sentencia del 22-06-2004). En esta misma línea, se ha sostenido que: ¿Los Estados tienen diferentes formas de lograr la plena materialización de los mencionados derechos, así en el caso de la salud, en nuestro país, existe un sistema complejo, conformado por agentes de diferente naturaleza jurídica, que son los responsables primarios, más allá de la responsabilidad última del Estado, en cuanto a la organización de dicho sistema, y respecto de aquellas personas que, por diversas razones (desempleo, falta de recursos), no tienen una cobertura (Cámara CAyT, Sala I ¿Urtasun, Teodoro Alberto c/ Instituto Municipal de Obra Social s/cobro de pesos? Expte. 2247, sentencia del 22/04/04). Por ello, teniendo especialmente en cuenta esta plataforma normativa como encuadre de la cuestión planteada en autos, y en atención a la inasistencia de la obra social a la comparecencia ante este Tribunal y la falta de respuesta al oficio obrante a fs. 269/270, corresponde adoptar la presente de tutela cautelar sin perjuicio de las acciones a las que pudieren entablar tanto la parte actora como el propio GCBA en atención al interés superior de la niña D. IV. El segundo

presupuesto contemplado en la Ley N° 2145 es el peligro en la demora, que consiste en la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del paso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. Palacio Lino ?Derecho Procesal Civil?, Tª IV-B, pág. 34 y ss.; CN Cont. Adm. Fed., Sala IV in re ?Azucarera Argentina - Ingenio Corona c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Economía?, del 1/11/84; CN Civil, Sala E, in re ?Tervasi Carlos A. y otros c/ Municipalidad de la Capital?, del 5/12/84). Es decir, que requieren que se acredite el peligro de un perjuicio irreparable (CN Cont. Adm. Fed. Sala III, in re ?Decege SA c/ Estado Nacional s/ ordinario?, del 16/8/90). Al respecto, la Corte Suprema ha expresado que es necesario ?una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (11/7/96 ?in re? Milano, Daniel c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social? y en igual sentido Sala V CNFed.Cont.Adm. 3/3/97 y, concordantemente en CNFED Sala II, 19-08-99, LL 1999-E, 624 DJ, 1999-3-903). V. Con tales criterios de ponderación, los argumentos expuestos y la documental acompañada, crea la suficiente convicción al suscripto respecto de tener por acreditado prima facie y en este estado larval del proceso el cuadro clínico de gravedad que presenta la menor D. L. O., su diagnóstico y discapacidad, que la menor se encuentra en condiciones de egresar de la unidad de terapia intensiva y los requerimientos de internación domiciliaria de su médico tratante (fs. 26, 27/42, 43/44, 47/184, 186/188), y la falta de respuesta de la obra social ante los requerimientos de fs.194, 199, 269/270, pese a encontrarse afiliada (fs. 189, incluso con la contestación del oficio que obra a fs. 261 se reconoce su afiliación desde el 01/08/2017 sin aclarar que se le esté brindado prestación alguna). En función de todo ello, considero que se encuentra acreditado la verosimilitud del derecho invocado en la demanda y el peligro en la demora en la medida exigida por el instituto en análisis. Nótese que de continuar en la unidad de terapia intensiva se expone potencialmente a la menor al contagio de alguna infección intrahospitalaria que agravaría su delicado estado de salud y arriesgaría su vida. He tenido especialmente en consideración lo expresado en la segunda audiencia de marras por el pediatra tratante, dr. Oscar D´Onofrio (MN 56935 - médico pediatra/médico neonatólogo Certificado en Paediatrics and Perinatology Royal Postgraduate Medical School London University England - Especialista en planeamiento del recurso físico en salud - Facultad de Arquitectura -UBA-), cuya opinión resulta especialmente relevante en esta etapa cautelar. Cabe recordar, finalmente, que el Alto Tribunal ha sostenido que ?...la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica. En caso contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir, de no emitir opinión o decisión anticipada - a favor de cualquiera de las partes- sobre la cuestión sometida a su jurisdicción? (Fallos: 314:711, consid. 2do.; en igual sentido, Fallos: 306.2060, consids. 6to. y 7mo.). En consecuencia, cabe concluir que los argumentos de la actora son, prima facie, suficientes para generar una clara convicción tanto de la verosimilitud del derecho, como del peligro en la demora invocada, encontrándose, por tanto, cumplidos los recaudos para la tutela provisional solicitada. VI. En cuanto a la prestación de contracautela, cabe destacar que su razón de ser encuentra fundamento en el principio de igualdad, ya que tiene por finalidad asegurarle al demandado, frente al accionante, el resarcimiento por los eventuales daños y perjuicios que se pudieran ocasionar como consecuencia de haberse solicitado la traba de la medida sin derecho. Ahora bien, en el caso debe también tenerse en cuenta que se encuentra en juego el derecho a la salud y a la vida de una menor discapacitada y que la Constitución de la Ciudad garantiza la gratuidad de la acción de amparo (art.14), así como que el acceso a la justicia no puede ser limitado por razones económicas (art.12, inc.6). Por ello, considero que la caución juratoria prestada por ambos padres a fs. 272 resulta una contracautela adecuada. VII. Finalmente, caber destacar que no advierto que la decisión que tomo pueda afectar de modo alguno el interés público. Por todo ello y dado que se encuentran reunidos los requisitos previstos por la ley, corresponde hacer lugar a la cautela pedida. Por todo lo expuesto, RESUELVO: 1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Ministerio de Salud- que proceda, en el plazo de cinco días, a la externación de la menor D. L. O. (DNI ...) de la Unidad de Terapia Intensiva Pediátrica del ?Hospital Durand? y se asegure en idéntico plazo su internación domiciliaria en la vivienda de sus padres, lugar que deberá contener equipamiento y recursos humanos necesarios según las condiciones fijadas por el médico tratante, incluso en caso de ser necesario apelando para ello a los recursos del sector privado a costa del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y hasta tanto se dicte sentencia definitiva. Cumplido ello o vencido el plazo para hacerlo, deberá el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires informar y acreditar en plazo de 2 días el efectivo cumplimiento de esta manda. 2. En uso de las facultades previstas en el art. 29 CCayT, intimar a la obra social Unión Personal Civil de la Nación a fin que en el perentorio plazo de cinco días informe por escrito el temperamento a adoptar respecto de la problemática de salud de la menor, D. L. O. (DNI ..., afiliada N°...) en cuanto a su internación

domiciliaria requerida conforme oficio obrante a fs. 269/270. A tal fin líbrese oficio, por secretaría, al que deberá agregarse copia de fs. 25/26, fs. 43/44, 269/270 y 261. Regístrese y notifíquese a las partes mediante cédula a librarse por secretaría con carácter urgente con habilitación de días y horas inhábiles y con copia íntegra de la presente y a la sra. Asesora Tutelar en su público despacho. A tal fin, remítanse las presentes actuaciones a la Asesoría N° 4 del fuero sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Correlaciones: E. M. C. y B. M. T. c/Gobierno de la Ciudad -Ministerio de Salud- s/acción de amparo - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 10 - 27/04/2015 - Cita digital IUSJU001049E 021887E