

Procedencia de la medida cautelar a fin de que la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires provea al hijo de los actores la medicación a fin de encarar la estrategia terapéutica

Sumario:

1.-Corresponde conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que arbitre los medios pertinentes para que, provea la medicación a fin de encarar la estrategia terapéutica vinculada a la patología oncológica del niño, tomando a su cargo el cien por ciento (100%) de su costo, ello, sin perjuicio de las futuras indicaciones que pueda hacer la profesional tratante, las cuales deberán, en su caso, ser puestas en conocimiento del Tribunal por el actor y realizar la petición pertinente.

Fallo:

N.R: Se advierte que este fallo no se encuentra firme.

Ciudad de Buenos Aires, 30 de agosto de 2018.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que F. E. V., en representación de su hijo F. V., inició la presente acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -en adelante, ObSBA- para que se le ordene la cobertura integral del tratamiento médico prescripto por el profesional tratante a fin de encarar la estrategia terapéutica vinculada a la patología oncológica del niño (fs. 1/3).

Señaló que a F. V. se le diagnosticó -como consecuencia de una biopsiaosteosarcoma localizado de alto grado y que a raíz de ello se encuentra en tratamiento (fs. 1).

Relató que en mayo de este año su hijo comenzó con quimioterapia con cisplatino/doxorubicina y altas dosis de metotrexate. Agregó que completó un total de dos ciclos con buena tolerancia y con la toxicidad esperada. También indicó que se le realizó exeresis tumoral completa con muy buena evolución post-operatoria (fs. 1 vta.).

Manifestó que F. V. retomó el tercer ciclo de tratamiento con quimioterapia y que debe recibir a la brevedad la medicación mifamurtide, cuyo esquema consta de veinticuatro (24) dosis de 2 mg/m² (bimestral) y luego veinticuatro (24) dosis semanales de igual dosis (fs. 1 vta.).

Expresó que la obra social demandada se negó a proveer la medicación en cuestión con fundamento en que la evidencia disponible era limitada.

Destacó que el mifamurtide es una medicación indicada en niños, adolescentes y adultos jóvenes para el tratamiento del osteosarcoma de alto grado resecable no metastásico después de una resección quirúrgica macroscópicamente completa. Asimismo, hizo hincapié en que se han establecido la seguridad y la eficacia en estudios realizados en pacientes de dos (2) a treinta (30) años tras la diagnosis inicial (fs. 1 vta.).

Afirmó que debido a los altos costos de la medicación le resulta imposible acceder a ella por sus propios medios (fs.2).

En este contexto, peticionó como medida cautelar la cobertura del cien por ciento (100%) de la medicación que se le ha prescrito a F. V., esto es, mifamurtide en la dosis que indique el médico tratante.

II. Que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. doct. Fallos: 323:337 y 329:5160, entre otros).

La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia (conf. Arg. art. 177, CCAyT) y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, lo cual permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica (conf. Fallos: 330:1261).

La ley 2145 regula los supuestos que hacen a la admisibilidad de las medidas cautelares en los siguientes términos: "[e]n las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud en el derecho, b) Peligro en la demora, c) No frustración del interés público, d) Contra cautela suficiente" (art.15, tercer párrafo, ley 2145).

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 de su verosimilitud (conf. Fallos: 330:5226). Asimismo, la verificación de la concurrencia del peligro en la demora requiere 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 (conf. Fallos: 329:5160).

Mediante su dictado se busca asegurar que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre el inicio del proceso y el dictado de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 4/7).

III. Que a fs. 9 se encuentra agregado un resumen de la historia clínica de F. V. confeccionado por la Dra. María Cores, médica especialista en hematología pediátrica. Allí se consignó, entre otras cosas, que el niño fue diagnosticado y se encuentra en tratamiento por osteosarcoma distal de cúbito; que en mayo de este año se colocó catéter implantable; que comenzó un tratamiento con quimioterapia con cisplatino/ doxorubicina y altas dosis de metotrexate; que completó un total de dos ciclos con buena tolerancia y toxicidad esperada y que requirió internaciones para su manejo clínico. También se desprende del referido documento que se le realizó exeresis tumoral completa con muy buena evolución post operatoria. A su vez, la profesional indicó que F. V. había retomado el tratamiento con quimioterapia y que debía

recibir a la brevedad el medicamento mifamurtide, cuyo esquema consta de veinticuatro (24) dosis de 2 mg m² (bisemanal) y luego veinticuatro (24) dosis semanales a igual dosis.

IV. Que es oportuno recordar que el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en

condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (conf. dictamen de la Procuración General, al que se remitió la C.S.J.N. en "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", 18/12/2003, Fallos: 326:4931).

Ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (conf. autos "Seguir y Dib", 06/11/1980, Fallos: 302:1284). Más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él (conf. Fallos: 331:453, entre muchos otros).

Es que, la vida de las personas constituye un bien fundamental cuya protección resulta imprescindible para el goce de los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en forma expresa.

La íntima relación existente entre el derecho a la vida, a la salud y el principio de la autonomía personal fue puesta de manifiesto por el Máximo Tribunal federal en numerosas ocasiones (vgr. "Asociación Benghalensis", 01/06/2000, Fallos: 323:1339), que, a su vez, ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas (conf. doct. "Campodónico de Beviacqua, Ana Karina c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas", 24/10/2000, Fallos: 323:3229).

El derecho a la salud se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c), la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4 y 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1) la Convención sobre los Derechos del Niño (art.6 y 24).

En el orden local, el derecho a la salud se encuentra ampliamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde expresamente se establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria, y en la ley básica de salud 153, que tiene por objeto garantizar "el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin" (art. 1, ley 153).

V. Que, así las cosas, en el sub examine la verosimilitud en el derecho se encuentra acreditada, en este estado del proceso y con la provisionalidad propia de las medidas cautelares, a tenor de lo informado por la Dra. María Cores, especialista en la materia según sello profesional y quien sería la médica tratante de F. V. En efecto, de la reseña realizada por la galena se desprende que F. V. habría iniciado el tercer ciclo de tratamiento con quimioterapia y que a la brevedad debía recibir mifamurtide, siendo el esquema indicado de dicha medicación veinticuatro (24) dosis de 2 mg/m² (bisemanal) y luego veinticuatro (24) dosis semanales a igual dosis (fs. 9).

Por otro lado, de la copia obrante a fs. 8 se advierte que la provisión de la medicación indicada por la médica tratante habría sido negada "en función de que no hay evidencia a favor de su efectividad adicionado a los regímenes de tratamiento estandarizados y consensuados en grupos colaborativos" (fs.8).

Si bien el limitado marco de conocimiento propio del instituto cautelar no permite abordar la cuestión relativa a la efectividad de la medicación mifamurtide, lo cierto es que no se han brindado fundamentos científicos suficientes para demostrar que su prescripción médica resulte equivocada ni tampoco peligrosa o inconveniente para el niño, por lo que, en este estado del proceso, no se advierten motivos para

apartarse de las indicaciones de la profesional médica tratante y especialista en la materia.

Es que, en principio, debe estarse al criterio del médico tratante para la elección del medicamento para cada caso particular. De ello se sigue que la obra social no puede sustituir eficazmente el criterio del profesional a cargo del paciente dado que el galeno es quien realiza el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de la patología.

VI. Que el peligro en la demora se manifiesta en forma patente en razón del cuadro de salud descrito por la profesional tratante a fs. 9. Esta circunstancia lleva a considerar que, de no accederse a lo solicitado, existe la posibilidad de que se ocasione un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva.

VII. Que, encontrándose en juego el interés superior de F. V., la concesión de la medida precautoria que aquí se ordena es la solución que, en este estado liminar del proceso, mejor se adapta a la naturaleza de los derechos en juego, que no son otros que el derecho a la vida y a la salud, y tiende a evitar el agravamiento de su estado de salud, el cual, a tenor de los elementos obrantes en autos, sería, como se dijo, sumamente delicado.

Al respecto, es sabido que la situación de especial tutela efectiva que demanda el interés superior del niño aun bajo el limitado marco cognitivo cautelarderiva desde el más alto plano del derecho positivo -pues su fuente es convencional y constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN y art.39, CCBA)- y torna necesario que se ordenen las medidas pertinentes a fin de que la tutela cautelar tenga un resultado efectivo.

Cobran relevancia en el sub lite las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional ratificado por el Estado Argentino y que goza de rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN). En especial, merece destacarse el artículo 3, inciso 1, de la mencionada Convención que impone a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, a los tribunales, las autoridades administrativas y a los órganos legislativos la obligación de atender de manera primordial al interés superior del niño en todas las medidas concernientes a los niños (conf. art. 3.1, C.S.D.N.).

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que "los tribunales están obligados a atender primordialmente al citado interés superior, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción" (Fallos: 331:2691; 334:1287).

VIII. Que aun cuando las medidas cautelares innovativas justifican una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. doct.Fallos 316:1833; 319:1069; 331:2889, entre otros), el Máximo Tribunal federal también ha sostenido que no se puede descartar la aplicación de una medida cautelar por temor a incurrir en prejuzgamiento cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada; especialmente cuando lo que se pretende es evitar un agravio a la integridad psicofísica.

Es este orden de ideas, la Corte recordó que "es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" ("Camacho Acosta" , 07/08/1997, Fallos: 320:1633).

Bajo estas premisas, la identidad entre el objeto de la medida cautelar requerida y el de la acción no constituye un obstáculo para su procedencia; máxime cuando el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario -aplicable supletoriamente en virtud del artículo 28 de la ley 2145- expresamente admite esta posibilidad.

IX. Que, en suma, por todo lo expuesto, corresponde conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la ObSBA que arbitre los medios pertinentes para que, en el plazo de dos (2) días de notificada de la presente, provea la medicación indicada, esto es, mifamurtide en la dosis prescrita por la médica tratante según indicación de fs. 9, tomando a su cargo el cien por ciento (100%) de su costo.

Ello, sin perjuicio de las futuras indicaciones que pueda hacer la profesional tratante, las cuales deberán, en su caso, ser puestas en conocimiento del Tribunal por el actor y realizar la petición pertinente.

X. Que todo lo dicho debe entenderse con la provisionalidad que caracteriza el dictado de las medidas cautelares -conf. art.182, CCAyT- y sin perjuicio de lo que pueda corresponder decidir en el transcurso de la causa.

En mérito de lo expuesto, SE RESUELVE:

1. Conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que arbitre los medios pertinentes para que, en el plazo de dos (2) días de notificada de la presente, provea la medicación indicada, esto es, mifamurtide, (veinticuatro (24) dosis de 2 mg/m² (bisemanal) y luego veinticuatro (24) dosis semanales a igual dosis), tomando a su cargo el cien por ciento (100%) de su costo. Ello, sin perjuicio de las futuras indicaciones que pueda hacer la profesional tratante, las cuales deberán, en su caso, ser puestas en conocimiento del Tribunal por el actor y realizar la petición pertinente.
2. Hacer saber a la demandada que, dentro del plazo de tres (3) días de notificada de la presente medida cautelar, deberá acreditar en autos su cumplimiento, bajo apercibimiento de proceder al embargo de las sumas necesarias, las cuales se determinarán en función del presupuesto que, llegado el caso, presente el actor en el expediente.
3. Tener por prestada la caución juratoria con lo manifestado a fs. 2 vta. del escrito de inicio.
4. Designar oficial notificador ad hoc a Samanta Gisela Ferrin (D.N.I. Nro. xx.xxx.xxx) a fin de efectuar la notificación de la presente.

Regístrese, notifíquese por Secretaría a la parte actora y a la demandada -junto con el traslado de la demanda ordenado a fs. 11- en el día y con habilitación de día y hora.

