

## ACCIÓN DE AMPARO. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR. PLANTEA CASO FEDERAL

**Sr/a Juez/a Federal:**

X, DNI X, con domicilio real en X, en representación de mi hijo/a menor de edad X, DNI X, con el patrocinio letrado de X, abogado/a, Tº X Fº X C.F.A.L.P, CUIT: X, monotributista, inscripta en Ingresos Brutos, Leg. Prev. Nº X constituyendo domicilio procesal en calle X y electrónico X, Celular X, correo electrónico X, a VS me presento y respetuosamente digo:

### **I. OBJETO**

Que vengo por la presente a interponer acción de amparo frente a X (Obra Social X), CUIT X, y asimismo solicitar medida cautelar, por los hechos y el derecho que a continuación describo, a los fines de que se entreguen de forma inmediata y bajo sanción de astreintes los medicamentos solicitados y necesarios para la continuación del tratamiento indicado y del cual depende la vida de mi hija, como asimismo se abstenga de seguir efectuando dilaciones innecesarias frente a la compleja situación que la misma se encuentra atravesando. Asimismo, solicito que tanto el retiro de la documentación necesaria para presentar en la Farmacia, como la entrega de medicamentos en caso de que sea entregada directamente por X, se haga en la sede más cercana a mi domicilio, considerando a tales fines la central de X en la ciudad de X; pudiendo así mismo en lo que resta del tratamiento poder realizar todas mis diligencias en dicha Sede de X.

### **II. HECHOS**

X

### **III. COMPETENCIA**

Al tratarse de una controversia en que una de las partes es una obra social de las que se encuentran comprendidas en la descripción de la Ley 23.660, considero que VS, resulta competente para entender en estos autos.



### IV. ADMISIBILIDAD DE LA VIA

Que, pese a que la descripción de los hechos demuestra por sí sola la arbitrariedad y sobre todo el inminente peligro en la salud de mi hija que puede ocasionar el accionar injustificado y dilatorio de la demandada, creo pertinente fundamentar la idoneidad de la presente a los fines de poner fin a tal situación que vulnera derechos amparados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales, como también en leyes nacionales, tales como el derecho a la salud, la integridad física, y el interés superior del niño. Así lo ha expresado la CSJN en autos *“Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”* al remarcar que *“el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema)”*.

En primer lugar, no puede pasarse por alto la mención al artículo 43 de la Constitución Nacional, recepción del carácter más alto en el ordenamiento jurídico nacional a la acción presente. En este, se establece: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”*.

Es así, que corresponde destacar que ya la misma legislación que regula la presente acción (Ley 16.986) establece que la acción de amparo *“será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional”*. Por lo que, frente a este primer punto, es menester hacer mención a que en la situación que traigo a VS se encuentra gravemente comprometido el estado de salud de mi hija, donde, de no encontrar favorable solución, se corre el riesgo no solo de un estancamiento, sino incluso de un empeoramiento amenazante del mismo.



Es decir, puesto que las circunstancias no admiten demora alguna, entendiendo que la medicación oncológica implica una necesidad urgente, la acción de amparo es la vía idónea y adecuada a los fines de efectivizar el derecho reclamado.

Es que a todas luces surge la tutela preferencial que debe gozar el derecho de la salud, y aquellos que se relacionan intrínsecamente con él. Así expone Roberto Berizonce: *“La igualdad en el diseño constitucional supone conjugar el tradicional alcance del artículo 16 con la imposición de las acciones positivas del artículo 75, inc. 23 (García Lema, 2014, pp. 915 y ss.). Semejante concepción impone consagrar tutelas diferenciadas y preferentes que favorecen, como ya hemos destacado, ciertos derechos y situaciones a los que se considera, en el mandato constitucional, menesterosas de protección. Los derechos “sensibles” refieren sea a los clásicos derechos personales individuales —derecho a la vida, a la integridad física y la salud” (Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución, Derecho Procesal). Pero el gran jurista ha dicho más al respecto, así: “Existen, a su vez, situaciones de atención preferente, igualmente “sensibles”, que están referidas y engloban a los denominados genéricamente “grupos vulnerables”: a ellos refiere concretamente el artículo 75, inc. 23, primer párrafo in fine y segundo párrafo. Unos y otras están igualmente tutelados por diversos instrumentos internacionales, en particular, los que protegen los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22), y así lo ha declarado la C.I.D.H. (6), aludiendo a la protección especial debida a los sujetos de derecho, ya sea “por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Roberto O. Berizonce, op. cit.).*

Por otro lado, cabe fundamentar porqué el accionar (u omisión, según cómo se vea) de la accionada es arbitrario, y actualmente restrictivo de derechos fundamentales con amplísimo recogimiento constitucional y convencional. Esto, teniendo en cuenta que bajo lo normado por la ley 23.660, a la cual la demandada se encuentra atada por su condición de obra social sindical, en su artículo 7, *“las resoluciones que adopten la Secretaría de Salud de la Nación y la ANSSAL, en ejercicio de las funciones, atribuciones y facultades otorgadas por la legislación, serán de cumplimiento obligatorio para las obras sociales, exclusivamente en lo que atañe a su condición de agentes del Seguro de Salud.”*



Bajo la misma norma, como puede leerse del artículo anteriormente citado, es que se las integra en el Sistema Nacional del Seguro de salud, por lo que también le es aplicable el régimen que establece la Ley 23.661, teniendo que cumplir con el Plan Médico Obligatorio (PMO), y por lo tanto, brindando la medicación oncológica. Es de vital importancia destacar que lo relatado en los hechos, respecto a los constantes pedidos de la obra social para que me traslade de una sede a otra, incluso en distintas y lejanas ciudades, en circunstancias pandémicas que impiden aún en mayor medida este movimiento, sumado al absurdo e injustificado obstáculo de pedirme que la quinta orden sea firmada por la misma médica, constituye un clarísimo y arbitrario incumplimiento de la mencionada ley 23.661, puesto que en su artículo 25 claramente obliga de la siguiente forma: *“Las prestaciones del seguro serán otorgadas de acuerdo con las políticas nacionales de salud, las que asegurarán la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente y estarán basadas en la estrategia de la atención primaria de la salud y descentralización operativa, promoviendo la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios, donde ello fuere posible”*. Como corolario, la misma normativa prescribe que las prestaciones de salud que presten, *“deberán asegurar a sus beneficiarios servicios accesibles, suficientes y oportunos”*. Difícilmente una medicación oncológica llegada a destiempo sea la definición de “oportuno”.

Con todo esto, mayor rigor exige aún dar cumplimiento a sus obligaciones, en cuanto a la presente relación es sin dudas una relación de consumo, reglada y protegida por la ley de defensa del consumidor (ley 24.240).

Es así que, observando la naturaleza de los bienes jurídicos en peligro, que requieren de tutela urgente y justifican el acceso a la jurisdicción a través de la vía del amparo, es que corresponde la vía del Amparo, conforme precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“Campodónico de Beviacqua”*, sent. de fecha 24-X-02; *“Monteserin”*, sent. del 16-VI-01; *“Asociación Benghalensis”*, sent. del 1-VI-00; *“Mestres”*, sent. 14-IX-04. En igual sentido, se pronunció el Máximo Tribunal en la causa *“Gerard, María Raquel y otro c/ IOSPER s/ acción de amparo”*: *“Asimismo, a su respecto, se ha dicho 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 “(Fallos 327:2127; 331:563)”*.



Del mismo modo, hubo acogida favorable a pretensiones de índole de salud que no resistan demora por parte de la CSJN al dictar *“Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”*.

Por último, entrando en el régimen de inadmisibilidades que plantea la ley 16.986, en donde en su artículo 2° enuncia los casos en que no será aceptable establecer la presente vía, cabe destacar que esta causa queda fuera de sus circunstancias, puesto que mal podría negarse que una entrega de medicamentos oncológicos a una menor de edad, sumado a la permanente y constante dilación injustificada por parte de la accionada, genera un menoscabo actual, como así también una amenaza inminente, por lo que sería inviable sostener que *“existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”*, o que se requiera mayor amplitud de debate o prueba.

### **V. NORMATIVA APLICABLE**

#### **a. Orden Internacional - Constitucional y supra legal**

En el orden internacional, el Art. 25 de la Declaración Universal de los DD.HH. establece que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)”*.

La Constitución de la OMS de 1946 establece en su introducción que *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción”*.

El PIDESC, de 1966, establece en su articulado:

*Art. 5 Inc. 2: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”*



*Art 12: "1. 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.*

*2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*

*c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*

*d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".*

La Constitución Nacional por el art. 75, Inc. 22 incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional la Declaración Universal de los DDHH y el PIDESC y con jerarquía suprallegal a demás pactos y tratados internacionales.

En este sentido, tal como se menciona anteriormente, ha existido arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en el actuar de la demandada al no darse un obrar racional sino actos basados en conceptos que no son definidos en su alcance ni probados. La limitación por medio de un protocolo interno de un derecho reconocido constitucionalmente sin que exista un criterio (en este caso médico) que lo justifique, resulta abiertamente violatoria del principio de razonabilidad en la reglamentación de principios y garantías constitucionales establecido en el Art. 28 de la CN.

### **b. Legislación Nacional**

A nivel de la legislación interna nacional, la medida adoptada por la demandada resulta violatoria de las leyes 23.660, y la Resolución 247/96 MS y AS del Ministerio de Salud de la Nación. Todas ellas de cumplimiento obligatorio para la demandada.

La ley 23.660 establece que las resoluciones emanadas del Ministerio de Salud de la Nación son de cumplimiento obligatorio, por lo que las resoluciones dictadas deben ser contestes con lo establecido por la autoridad de aplicación de la norma.

### **c. Normativa Local**

En relación a la normativa local, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece en su Art. 36, Inc. 8 que: “La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos”.

A tales efectos, se entiende que la medicación solicitada es parte de los aspectos terapéuticos para un correcto tratamiento de la patología que se presenta como principal y sus derivaciones.

### **VI. MEDIDA CAUTELAR. SOLICITA**

Bajo lo normado por el Título IV, Capítulo III del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vengo a solicitar como medida cautelar que se haga inmediata entrega de la medicación oncológica (enumeración de la medicación) a mi hija, X, en efectivo cumplimiento de la normativa interna, e internacional, y de mandatos constitucionales que respaldan el derecho a la vida, la salud, y la integridad física. Solicito que tanto el retiro de la documentación necesaria para presentar en la farmacia, como la entrega de medicamentos en caso de que sea entregada directamente por X, se haga en la sede más cercana a mi domicilio, considerando a tales fines la sede de X en la Ciudad de X.

Ante tal requerimiento, considero se encuentran cumplidos los requisitos necesarios para el otorgamiento de la misma. Así, tal es solicitada en tiempo oportuno por ser requerida junto al inicio de la acción.

En cuanto al requisito de verosimilitud en el derecho, considero se demuestra claramente acreditado en el acápite probatorio que se detalla y acompaña en esta acción, como asimismo el relato de los hechos y su cotejo con la normativa nacional e internacional mencionada en los párrafos pertinentes de este escrito (específicamente en el punto “Admisibilidad de la vía”), a los que remito por haber sido mencionada en párrafos anteriores de este texto, por razones de brevedad, y para ahorrar tiempo tanto a VS como a mi hija, ante una situación que no permite demoras.



Es entonces que ahora cabe aclarar que el peligro en la demora no implica un obstáculo en estas circunstancias, puesto que surge indubitablemente de la situación fáctica presente. Bien es sabido que la medicación oncológica es un suministro constante, urgente, y de necesidad inmediata, bajo riesgos gravemente amenazantes a la integridad física, la salud, e incluso la vida de quien debe someterse a tales tratamientos.

Del mismo modo, presto contracautela juratoria, a los fines de dicho requisito solicitado.

Es que considero adecuada la medida cautelar a los fines de resguardar los derechos en riesgo, en tanto no admiten mayor demora para su cumplimiento, por el excesivo riesgo que implica continuar con la presente dilación, se pudiera acotar, en un rigorismo formal inadecuado, que la solicitud de la cautelar coincidiera con el fondo de esta pretensión. Reafirmo la admisibilidad en cuanto:

i) No hay una identidad de pretensiones, puesto que mientras la cautelar persigue el objetivo de una entrega inmediata de suministros necesarios, el fondo de la presente acción implica, además de la continuación de su tratamiento a manos de la obra social demandada, el cese de toda dilación, inmediata y futura, que pudiera seguir entorpeciendo el camino hacia la recuperación de mi hija, para un efectivo cumplimiento de las obligaciones de la obra social demandada.

ii) Si pese a lo dicho, se considerara que existe una superposición entre ambas pretensiones que imposibilita la admisión de la cautelar solicitada, es necesario recordar el decir del maestro Augusto Morello, quien sostuvo que *“Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en estos supuestos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después...si el demandado viene “chicaneando” y levanta – sin razón un arsenal de escollos y barreras para impedir la protección a lo que el actor tiene derecho, según lo que ya está demostrado en los autos ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? ninguna.”* (Morello, Augusto Mario.



“Anticipación de la Tutela” Ed. Platense, La Plata, 1996, pág. 9). Pero esto no fue lo único que escribió el jurista al respecto. También sostuvo que el principio de congruencia no constituye un esquema rígido con límites infranqueables y que debe ser compatibilizado, en una armonización funcional frente a valores superiores (MORELLO, Augusto M., “El Recurso Extraordinario”, La Plata, Platense - Abeledo Perrot, 1987, p. 15). Aunque la postura de Morello no está sola en este sentido. Es así que otro de los más destacados procesalistas que tiene el país, Roberto Berizonce, explica con deslumbrante claridad y contundencia: *“El amparo, a su vez, aún admitiendo que constituye un remedio urgente, principal y no subsidiario, está articulado como un proceso de cognición abreviado, de modo que los tiempos que normalmente consume terminan por desvirtuarlo, alejándolo de las soluciones que se requieren en situaciones de extrema urgencia. Precisamente por ello, las cautelares anticipatorias han absorbido, en cierto modo, al amparo, en el sentido que en aquellas situaciones, la suerte de la pretensión cuya tutela se persigue se juega en esa instancia inmediata de la cautelar anticipatoria, que se abastece de una cognición más o menos superficial, epidérmica, de hecho subsumida en la urgencia. El pronunciamiento, aunque provisorio, es directamente operativo y ejecutable. (Roberto O. Berizonce, Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo, Derecho Procesal, [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20961/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20961/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)).*

Pero lo dicho no ha tenido recepción favorable sólo en el plano doctrinario, puesto que el reconocido fallo “Camacho Acosta” del Máximo Tribunal, ha sostenido *“pues 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”*. Del mismo modo, igual de importante es lo dicho a continuación por la CSJN en el mismo caso, puesto que ante un planteo previo en donde se sostuvo lo que anteriormente considere como inadmisibile (que el objeto de la pretensión cautelar no podía coincidir con el fondo), ha dicho que de considerarse acogible este argumento

*“la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario”.*

Por otro lado, es dable a destacar que lo solicitado ha tenido favorable acogimiento en multiplicidad de sentencias, a las que haré mención sucintamente solo a los fines de ejemplificar mi fundamento. Así, en primer lugar, corresponde nombrar al emblemático caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo.” (Fallos 330:1915). En dicha decisión, el Máximo Tribunal estableció la procedencia de la vía de amparo, e incluso, yendo más allá, la admisibilidad de la pretensión cautelar solicitada, equiparable a la planteada en este caso, puesto que ambas requieren la entrega inmediata de la medicación oncológica requerida. Aunque esta mención es, como se ha dicho, emblemática, no es la única. Igual decisión se ha arribado en “Benitez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo” (B. 4. XXXIX.), y en una multiplicidad de casos de los más importantes y destacados órganos jurisdiccionales del país.

Aun en circunstancias dispares, pero con pretensiones enfocadas clara e indubitadamente respecto a la salud, y pedidos de medidas cautelares para hacer efectivos los derechos que circundan a esta, también es destacable lo dicho por la CSJN al momento de decidir *“Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P. C. P y la actora en la causa Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”*. Allí expresa claramente la acogida favorable a las medidas que, como la aquí solicitada, intentan asegurar estos derechos: *“una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”.*



## **VII. PRUEBA**

Ofrezco como medios probatorios los siguientes:

Documental: Acompaño a efectos probatorios la siguiente documentación:

- DNI de la actora X; DNI del titular de la obra social X; DNI de la menor X;
- Certificado de Nacimiento de X;
- Carnet de X del titular X y de su hija, X;
- Se acompaña Historia Clínica de la menor X.

## **VIII. FORMULA EXPRESO PLANTEO DE CASO FEDERAL**

Atento la indudable naturaleza federal de las cuestiones planteadas, se hace expreso planteo de caso federal para el supuesto de que se dicte en autos una decisión contraria a las pretensiones deducidas, para recurrir ante la Corte Suprema Nacional a través de Recurso Extraordinario Federal conforme establece el art. 14 de la Ley 48, al estar en juego la interpretación de normas constitucionales y convencionales, tales como Derecho a la tutela judicial efectiva (conf. art. 18 Constitución Nacional y arts. 8 y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos), entre otras.

## **IX. PETITORIO**

Por todo lo expuesto, a VS solicito:

1. Tenga por presentado parte y constituido el domicilio indicado;
2. Admita la medida cautelar requerida, dictando la inmediata entrega de la medicación X, X, X y X, con retiro de la documentación necesaria para presentar en la Farmacia, como la entrega de medicamentos en caso de que sea entregada directamente por X, en la sede central de X en la Ciudad de X;

3. Oportunamente, haga lugar a la demanda, ordenando a X la cobertura del 100% en la prestación solicitada, absteniéndose de continuar con las dilaciones efectuadas hasta el momento, y permitiéndome realizar todas las diligencias respecto del tratamiento de mi hija X en sede central X, con costas;

4. Tenga por formulado el planteo de caso federal.

Proveer de Conformidad,

Será Justicia.

Escrito elaborado por **Emiliano Manuel Rodriguez Amat, Abogado UNLP**