



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Azul, 07 de agosto de 2018.-

AUTOS Y VISTOS: Los de la presente acción de amparo interpuesta por Verónica Analía Mongay, con el patrocinio letrado del Dr. Fernando Santomauro, en representación de su hija xxxxx xxxxx xxxxx en el Expte. AM-01-00-000004/18, caratulado “*Mongay, Verónica Analía c/ IOMA s/ Amparo*”, del registro de éste Juzgado Garantías N° 2 Dptal.-

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la actora se ampara solicitando se ordene al Instituto de Obras Médico Asistencial -IOMA- la cobertura y provisión en carácter permanente, al padecer una enfermedad de carácter crónico -Diabetes Mellitus tipo 1-, del Kit de Sensor de Glucemia y medidor de glucemia, de nombre comercial FREE STYLE LIBRE de Laboratorios Abbott para su hija menor de edad, de nombre xxxxx xxxxx xxxxx. Explicita la amparista en la pretensión las razones por las cuales resulta para la niña imprescindible contar con dicho mecanismo de medición de glucosa para el desarrollo del tratamiento de su enfermedad, sin el cuadro de estrés que le provoca el empleo del sistema de digitopunción.

En tal sentido señaló en dicha oportunidad aspectos relativos a la legitimación activa, y a la procedencia de la vía procesal de excepción -así como también lo concerniente al resguardo cautelar del derecho amparado-, todos los cuales fueran objeto de consideración por el suscripto en el resolutorio de fs. 41/43vta-; restando al

respecto adentrarse en el tratamiento de la cuestión de fondo; oportunidad en la que habré de explayarme sobre diversos extremos contenidos en la presentación.

Segundo: Que, por su parte, en la contestación efectuada por el Sr. representante de la Fiscalía de Estado, Dr. Alejandro Yurno (fs.49/51vta) inicialmente se negaron genéricamente extremos que no están sujetos a controversia alguna -padecimiento de la enfermedad, carácter de afiliada a la obra social médico asistencial, entre otras a las que me remito en honor a la brevedad-, para luego señalar que la vía intentada no resultaba procedente; alegando al respecto ausencia de arbitrariedad en la conducta de la administración pública.

Respecto de dicho extremo, en forma pormenorizada destacó que el IOMA obró con apego a la normativa aplicable al negar la provisión e incorporación de un dispositivo nuevo, que posee un sustituto altamente probado, y utilizado durante años para la medición de glucosa en pacientes que padecen la misma enfermedad que la actora. Señala que dicha conducta de la administración en modo alguno constituye una arbitrariedad manifiesta, remitiéndome en honor a la brevedad a las restantes consideraciones que expone en sustento de su postura.

Por último, y para el caso que se haga lugar a la acción de amparo, solicita que se impongan las costas por su orden.

Tercero: Que, con carácter de medida para mejor decidir, se han ordenado y producido una serie de pruebas que se adunan al presente expediente, y conforman el contexto recolectado; aunadas a las aportadas por la amparista y la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Fiscalía de Estado respectivamente, generando un plexo que abastece la adopción de una decisión definitiva en la materia que pretende tutelarse.

Entre las medidas reunidas, se acompaña la constancia que acredita el carácter de afiliada de la niña xxxxx xxxxx xxxxx, al igual que de su progenitora (fs.16/17); la prescripción médica del Kit de medición de glucosa reclamado, que la Médica Especialista en Pediatría, Dra. Florencia Trofino confecciona (fs.18); aunado a la petición de su provisión (fs.19) y consiguiente rechazo del IOMA al encontrarse fuera del listado de cobertura de la Obra Social (fs.20). Asimismo a fs.21 se acompaña el original de diagnóstico médico suscripto por la Lic. en Psicología Florencia Oxoby, quien se detiene en destacar la relevancia de que se emplee el tipo de medición reclamado, habida cuenta que el mismo resultaría beneficioso para su salud psicológica, evitando el estrés que supone en ella el empleo del sistema de medición tradicional.

A fs. 22 se acompaña constancia suscripta por la Dra. Olga Ramos, Especialista en Endocrinología, Nutrición y Diabetes, en que se expone que dado el tipo de diabetes y grado que padece la niña xxxxx xxxxx, las mediciones que debe realizarse oscilan entre seis y ocho veces diarias; las que mediante el sistema tradicional deben llevarse a cabo por digitopunción. La profesional en cuestión, corroborando lo expuesto por la Licenciada en Psicología a fs.21, reitera el cuadro de estrés que ello conlleva; dado que a esos controles se le suman seis aplicaciones de insulina diarias (dos con NPH y cuatro con Novorapid). Ilustra la profesional

respecto de la existencia del sistema de nombre comercial Free Style Libre, describiendo que consta de un parche con una pequeña aguja que se inserta en la piel con una duración de 14 días que reemplazan un total de entre 84 y 112 digitopunciones -calculado para 14 días-, por una sólo en un brazo. Aduna la profesional que ello implicaría una mejora en su calidad de vida, al descartar lo que a la fecha se muestra en ella como una fuente de estrés relevante.

A fs.23 se acompaña constancia expedida por el Dr. Oscar Arnaldo Sala, Bioquímico, quien dá cuenta de que en fecha 23/04/18, la niña sufrió un cuadro de lipotimia con desvanecimiento ante la extracción de sangre por venopunción, lo que si bien dista claramente del proceso de medición de glucemia, denota el especial grado de afección que la niña padece ante éste tipo de procedimientos, los que sabido resulta, no son tolerados del mismo modo por todos los pacientes.

Se adunan asimismo constancias en que se ilustra el sistema de medición reclamado por vía de la presente acción de amparo (fs.39/40).

Asimismo se acompaña a fs.62/111, el expediente administrativo solicitado y aportado por la Fiscalía de Estado, cuyas piezas en gran medida reiteran aquellas acompañadas previamente en copia por la amparista, cabiendo mencionar los informes de fs.109, 110, y 111, en que se destaca el motivo por el que no se ha provisto el mecanismo de medición solicitado, y se aduna la mención de aquellos que se contemplan a dicho fin como sustitutos de eficacia comprobada.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Finalmente, como medidas para mejor decidir, se resolvió a fs.56/56vta, requerir la intervención informativa de la Academia Nacional de Medicina, cuyo dictamen se acompaña a fs.114/118vta.

A fs.119, se ordenó la obtención, al sólo efecto de poseerlo como referencia, del valor en mercado a través de dos farmacias de trayectoria reconocida, del Kit Fresstyle Libre solicitado y del sustituto ofrecido por IOMA; lo que se aduna vía informe actuarial a fs.120 y documentos web de fs. 120 bis y 120 ter.

Por último se glosa a fs.122/148 la resolución integral mediante la cual el ANMAT autoriza la inscripción del producto requerido por la amparista.

Cuarto: Que, así las cosas, habiéndose efectuado un breve racconto de las posturas asumidas por las partes, así como también de las probanzas producidas en autos, habré de ingresar en primer lugar, en el análisis de la controversia suscitada al respecto con relación a la procedencia de la vía procesal de excepción materia del presente litem, para luego continuar con el estudio sobre la pretensión de fondo.

Debo destacar como punto de partida que la parte actora llevó a cabo el proceso de petición pertinente, por ante la obra social IOMA, lo que tal como se protocoliza *in extenso* en el expediente glosado a fs.62/110, le fue rechazado por no encontrarse dentro del listado previsto, y poseer sustitutos de eficacia comprobada para la medición de glucosa.

En el caso, la arbitrariedad de la administración, que adelanto se ha visto configurada, se sustenta en una serie de aspectos coadyuvantes que resulta necesario explicitar y delimitar en forma pormenorizada.

En primer lugar, la denegatoria signada por un excesivo rigorismo formal, por el sólo hecho de no estar incorporado en el listado de productos de cobertura, privando de proveer a la niña de un mecanismo moderno y de comprobada eficacia como el que ha solicitado, habiendo justificado debidamente las razones por las cuales el sustituto del IOMA le acarreaba serias afecciones en su vida cotidiana supone sin más un acto manifiestamente arbitrario. Cabe precisar nuevamente que la afección expuesta por la amparista se circunscribe especialmente al estrés que la digitopunción entre seis y ocho veces diarias por el resto de su vida suponen en la niña; reiterándole el IOMA la concesión del sustituto sin atender a las especiales necesidades del paciente y a la existencia de mecanismos superadores de empleo mundial en la medicina occidental, lo que denota una respuesta de carácter automatizado que no pondera la especial situación que fue puesta en su consideración por la afiliada.

En segundo lugar, luce un aspecto relevante que culmina por delimitar la arbitrariedad de la denegatoria, el que se sustenta en el mandato actualmente incumplido de la ley Ley Nacional N° 23.573 (modif. por Ley N° 26.914, art. 2), que establece en su art. 5 que el Ministerio de Salud dispondrá las normas de provisión de medicamentos e insumos, las que deberán ser revisadas y actualizadas como mínimo cada 2 (dos) años, a fin de poder incluir en la cobertura los avances farmacológicos y tecnológicos, a fin de promover una mejora en la calidad de vida de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

los pacientes diabéticos. Se advierte que, no obstante el lapso mencionado, la última revisión se produjo por Resolución N° 1156/14 de fecha 23/7/2014 (modificada por Res. N°1711/14); cuyas resoluciones posteriores 965/15 y 547/16, nada adunan a la incorporación de nuevas prestaciones médicas.

En éste sentido he de destacar que la propia Ley posee un apartado específico destinado al avance de los medios y prestaciones médicas paliativas de la Diabetes; circunstancia que regula de manera general para todos los casos -en la frecuencia indicada-, constituyendo así el piso mínimo relativo al alcance de dicho derecho. Esto dicho, en tanto parámetro universal, se condice con la “*ratio legis*” de la aludida norma respecto de aquellas situaciones particulares que requieran una adecuación de las prestaciones médicas habituales, aprobadas reglamentariamente, como acontece en el caso de marras; sobre el cual, además, se ha demostrado la no generación de mayores erogaciones en la provisión del dispositivo requerido por la actora; sin perjuicio de que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece en su art. 36 promueve la eliminación de los obstáculos económicos que afecten el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, entre los que se encuentra la salud (inc. 8).

Delimitados que fueren los motivos fundados por los cuales corresponde rechazar la pretensión de la Fiscalía de Estado respecto de la improcedencia de la vía de amparo; he de centrarme en el estudio de la pretensión de fondo a la luz de la prueba rendida en autos, -especialmente los informes de fs.21, 22, y 23- de los que

se desprende la necesidad de contar con los implementos requeridos -parches de medición de glucosa-, como única alternativa eficaz para el tratamiento de la niña, sin tener que tolerar la afección psicológica que le acarrea el sistema que el Instituto de Obras Médico Asistencial le propone como sustituto.

Así las cosas, corresponde señalar que allanada la cuestión de la pertinencia médica de lo peticionado, a partir del informe acompañado a fs.22, aunado a la prescripción de fs.18, resta efectuar la apreciación jurídica acerca de su procedencia como derivación del derecho a la salud alegado por la amparista.

Que respecto a la normativa aplicable al caso de marras he de destacar, en primer lugar, que la salud es uno de los derechos fundamentales tácitamente contemplados en el art. 33 de la Constitución Nacional y, también, con idéntica jerarquía, a través de su art. 75, inc. 22, en las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención sobre los Derechos del Niño lo consagran de manera expresa-.

Asimismo, la Constitución Nacional, en el inc. 23 del mencionado art. 75 establece como un mandato hacia el legislador el de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de ciertos colectivos de personas entre los que menciona a los niños.

Destaco, en tal sentido, que dicho mandato Constitucional -el cual tal como se verá, ha sido recogido por el legislador tanto nacional como provincial- debe ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

interpretado en su alcance, para aquellos casos que de manera comprobada así lo requieran, de acuerdo a su excepcionalidad; de forma tal que su efectiva garantía no pueda verse frustrada a través de prestaciones médicas estandarizadas, las cuales, en definitiva, conlleven un grado de menoscabo “estado de completo de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad” -definición del concepto de salud de acuerdo con la OMS-.

Pasando a la consideración de la normativa sentada por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional he de comenzar señalando que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Protocolo Adicional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece en su art. 10 que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; y, a través del inc. 2 lit f de dicho artículo, f. se compromete especialmente la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo entre los cuales no cabe ninguna duda se encuentra el colectivo “niños, niñas y adolescentes”; circunstancia ésta que ha de valorarse en sostenimiento de la cobertura médica pretendida por la actora.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su art. 12 inc. 1 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física, así como el deber de adoptar medidas necesarias para asegurar el sano desarrollo de los niños (inc. 2 de dicho artículo).

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 24 reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

De esta manera, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, establece en su art. 14, inc. b) el derecho de éstos a programas de asistencia integral, rehabilitación e integración, siendo el objeto de la pretensión del presente, justamente, la de propender a la inserción del aquí amparado a la sociedad, posibilitando el desarrollo del mismo en condiciones de igualdad real, al paliar la situación de salud acreditada en autos.

Establecido el marco normativo que concurre en respaldo del derecho cuya protección se reclama; destaco que no albergo dudas respecto de que la petición debe ser favorablemente acogida, habida cuenta que ha quedado debidamente demostrado que el sustituto concedido por el IOMA, en modo alguno resulta una alternativa válida para la niña cuyos derechos deben tutelarse; no siendo a mi criterio, un marco de argumentación válido lo sostenido respecto de los años y cantidad de personas que han utilizado el sistema de medición de glucosa por digitopunción, toda vez que ello se sucedió en ausencia de una alternativa médica con eficacia comprobada y con un menor grado de invasión corporal. Que el empleo a nivel mundial del sistema de medición que se peticiona ha sido delimitado a través del dictamen nada menos que de la Academia Nacional de Medicina, que describe su utilización en numerosos países de occidente con reconocida calidad médica general, y en lo que aquí interesa por la Argentina a partir del día 22 del mes de agosto del año 2017 -fecha de lanzamiento al mercado del producto-.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Es relevante señalar, que tal como se destaca a fs.122/148, con fecha 6 del mes de junio del año 2016, el ANMAT ha autorizado el producto petitionado por la amparista, destacando que *"...consta la evaluación técnica producida por la Dirección Nacional de Productos Médicos, en la que informa que el producto estudiado reúne los requisitos técnicos que contempla la norma legal vigente, y que los establecimientos declarados demuestran aptitud para la elaboración y el control de calidad del producto cuya inscripción en el Registro se solicita. Que corresponde autorizar la inscripción en el RPPTM del producto médico objeto de solicitud."* (fs.122). Ello denota que la propia autoridad de contralor y aplicación del Estado Argentino ha ponderado como eficaz y seguro el mecanismo reclamado; lo que a la luz del artículo 5 de la ley 23.573 y sus modificatorias, supone la obligación de evaluar y disponer su inclusión en el listado de provisión de insumos y productos médicos en fiel cumplimiento de la manda normativa que ordena una revisión periódica *"...a fin de poder incluir en la cobertura los avances farmacológicos y tecnológicos, que resulten de aplicación en la terapia de la diabetes y promuevan una mejora en la calidad de vida de los pacientes diabéticos."* Cabe señalar aquí, que una dilación de la administración en el cumplimiento de lo ordenado por la ley, y la consiguiente negativa arbitraria del IOMA, conlleva la postergación en el acceso a gozar de una mejor calidad de vida de un número importante de personas que padecen la enfermedad, y puntualmente en lo aquí nos ocupa, de una niña de tan sólo 11 años de edad.

Finalmente, y si bien en modo alguno han de anteponerse cuestiones de raigambre económica por ante las que hacen a la tutela y resguardo de la salud; lo cierto resulta que, como previamente indicare, a la luz de la estimación de referencia del informe actuarial de fs.120/120ter; la implementación dentro del listado de cobertura del IOMA del sistema reclamado, no sólo satisfaría los derechos de la paciente; sino que incluso supondría una merma en los gastos que actualmente insumen la provisión del mecanismo de medición por digitopunción, en pacientes que tengan la necesidad de un intenso contralor de sus niveles de glucosa.

Por todo lo precedentemente expuesto y de conformidad con lo normado en los arts. 43 de la Constitución Nacional; art. 20, inc. 2, de la Constitución Provincial; arts. 1, 4, 5, 6, 10, 14 ss y cc de la Ley N° 13928 y 68 del C.P.C.C; es que,

RESUELVO: HACER LUGAR a la presente acción de amparo interpuesta por Verónica Analía Mongay con el patrocinio letrado del Dr. Fernando Santomauro, en beneficio de la niña xxxxx xxxxx xxxxx, ordenando al Instituto Obra Medico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires -IOMA- arbitre los medios necesarios para la provisión permanente del Kit de Sensor de Glucemia Free Style Libre de Laboratorios Abbott (autorizado por ANMAT PM-39-592); para lo cual dispondrá de un plazo inicial de treinta (30) días a partir de la notificación de la sentencia; luego de lo cual no podrá discontinuar ni suspender la provisión y/o cobertura integral en carácter definitivo; ello bajo apercibimiento de ley.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

II.- Notifíquese y cúmplase con el diligenciamiento de lo ordenado.-
Regístrese.-