

REGISTRADO AL FOLIO.....DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL JUZGADO. AÑO.....CONSTE. “DEFENSORIA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES CONTRA GCBA SOBRE ACCION MERAMENTE DECLARATIVA (ART 277 CCAYT)” , EXPTE: EXP 5348 / 0 Ciudad de Buenos Aires, de marzo de 2009. VISTOS los autos de referencia de cuyas actuaciones

RESULTA:

I.- Que, a fs. 1/24, la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires promovió esta acción declarativa de certeza contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 277 del CCAYT, respecto de los alcances y modalidades de las prestaciones que la referida obra social debe brindar a sus afiliados con necesidades especiales, teniendo en cuenta los términos que dimanar de la ley nacional 24.901. En este marco, solicitó la declaración judicial de certeza en la cual se establezca si le corresponde a la Ob.S.B.A. proceder al cumplimiento de la ley 24.901, que instituye un Sistema Único de Prestaciones Básicas para la Habilitación y Rehabilitación de las personas con discapacidad; en suma, si es ilegítima e inconstitucional la no aplicación de la ley 24.901 por parte de la Ob.S.B.A. Formuló que los requisitos de procedencia de la acción se encuentran reunidos, por cuanto: a) es necesario superar el estado de incertidumbre constitucional sobre la existencia, alcance o modalidad de la relación jurídica existente entre la Ob.S.B.A. y sus afiliados con necesidades especiales; b) la declaración de certeza debe expresarse sobre si las limitaciones impuestas por la Ob.S.B.A vulneran o no derechos de los representados de raíz y jerarquía constitucional; c) no se dispone de otro medio legal para darle fin inmediatamente al estado de incertidumbre que motiva la demanda. Refirió que actúa en defensa de las personas con necesidades especiales que se encuentran afiliadas a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y fundó su legitimación procesal en los arts. 13 inc. h) y 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en razón de ser una de las misiones primordiales de la Defensoría del Pueblo la protección de los derechos con jerarquía constitucional. Manifestó que el accionar de la Ob.S.B.A. es contrario a principios constitucionales ampliamente reconocidos, toda vez que provee una cobertura parcial de las prestaciones a las personas con discapacidad, basada en las disposiciones emanadas de sus órganos de conducción, en lugar de aplicar lo determinado por la Ley Nacional Nº 24.901. Reseñó que la Ob.S.B.A. fue creada por la Ley Nº627, que modifica la ley Nº472, y citó el artículo segundo de ésta, que establece las normas por las cuales se regirá la obra social. Señaló, al respecto, que el contenido de esta norma no puede interpretarse en el sentido que implique un orden de prevalencia de cada una de esas disposiciones, desde que una afirmación de esa naturaleza indicaría la violación del art. 31 de la Constitución Nacional y, por ello, no puede admitirse que en primer lugar se tengan por válidas las disposiciones de los órganos de conducción de la Obra Social y luego las de las leyes nacionales, máxime cuando aquéllas desconocen derechos de raigambre constitucional. Afirmó que, así, la cobertura parcial del costo de las prestaciones prescriptas a las personas con necesidades especiales, según las disposiciones internas de las autoridades a cargo de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, resulta violatoria de los derechos que las normas constitucionales y las internacionales acuerdan a las personas con discapacidad y que han sido receptados en el Sistema Único de Prestaciones Básicas de la Ley Nº 24.901. Señaló que en cumplimiento del precepto emanado del art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, se inspiró la creación del Sistema Único referido con el objeto de equiparar las oportunidades de las personas con discapacidad, a fin de neutralizar las

desventajas producidas por esa situación, para poder así ejercer dentro de la sociedad el mismo rol que ejercen quienes no padecen discapacidad. Destacó que la ley nacional mencionada prevé una serie de servicios y ayudas complementarias y/o alternativas que posibilitan salvar esos desniveles producidos por la discapacidad, con el objeto de asegurar la inserción social de las personas con necesidades especiales. Refirió que la atención de la salud incluye las fases señaladas en el art. 3° de la Ley 472 y expuso la definición de la salud de la Organización Mundial de la Salud. Señaló que en el mismo sentido lo ha receptado el art. 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y el art. 42 de la Constitución Nacional. Adujo que supeditar el derecho a la salud a limitaciones de orden económico en lugar de tener en cuenta las necesidades concretas de cada afiliado es desvirtuar el fin para el cual las Obras Sociales fueron creadas, como es brindar seguridad social a sus beneficiarios. Puntualizó sobre la escasa inserción laboral de las personas con discapacidad e infirió que la mayor parte del conjunto de afiliados a la Ob.S.B.A. afectados por discapacidad son sujetos dependientes de la afiliación de algún miembro del grupo familiar; por ello, señaló que se establece una dependencia que lejos está de preservar la autonomía de la persona con discapacidad y afecta la economía del grupo familiar, en tanto éste está obligado a afrontar el pago de co-seguros que establece la Obra Social sobre prestaciones que, normalmente, son hartamente onerosas desde que son sólo brindadas por instituciones privadas de características empresariales. Destacó que la grave crisis económica por la que atraviesa el país, entre otros factores, hace que los familiares a cargo de personas con discapacidad no puedan afrontar el pago de los co-seguros impuestos y la conclusión a la que conlleva esta situación, es la interrupción de los tratamientos o la disminución en la calidad de los servicios. Expuso que la Ob.S.B.A. cuenta con una populosa población cautiva obligada a hacer aportes iguales a los que realizan los afiliados a otras Obras Sociales, que sí están indiscutiblemente obligadas a aplicar la Ley 24.901. Afirmó que ello promueve una desigualdad que afecta los derechos de los afiliados con discapacidad y que, entonces, resulta violatorio del derecho a la igualdad expresamente reconocido por el art. 16 de la Constitución Nacional, el art. 11 de la Constitución de la Ciudad y lo establecido por las normas internacionales suscriptas por nuestro país. Admitió que la Ciudad de Buenos Aires no ha adherido al Régimen que instituye la Ley nacional 24.901, pero que no puede dejar de considerarse que ello responde a la inacción de quienes deben promover el tratamiento legislativo del Proyecto de Ley, sin tener en cuenta que la falta de adhesión viola los derechos y garantías que la Constitución de la Ciudad garantiza a las personas con discapacidad, desde que no existen en el ámbito local medidas que tiendan a la equiparación de oportunidades en materia de salud y rehabilitación social de este grupo de personas. Citó el art. 42 de la Constitución de la Ciudad y señaló que el Sistema Único creado por Ley 24.901 ordena la cobertura integral de las prestaciones que los Agentes de Seguro de Salud contemplados por las Leyes 23.660 y 23.661 deben prestar a las personas con discapacidad, en materia de habilitación y rehabilitación social, determinando una serie de servicios por medio de los cuales se equiparan sus oportunidades a efectos de promover su integración en la sociedad. Expuso que sin equiparar sus oportunidades, primero en materia de rehabilitación y luego en materia de accesibilidad, para seguir con la inserción educativa y laboral, las personas con discapacidad jamás podrán igualarse con el resto de su entorno social, y de allí la importancia que tienen los servicios y prestaciones indicadas en la Ley nacional N° 24.901 a los fines de su verdadera integración. Adujo que las disposiciones de las Leyes nacionales N° 23.660 y 23.661 se aplican a la Ob.S.B.A. en forma supletoria, lo que implica un reconocimiento de los deberes que ellas imponen a

todas las Obras Sociales y que, en tanto la Ley N°672 no se refiere específicamente al rol que la Ob.S.B.A. debe cumplir respecto de sus afiliados con discapacidad, cabe admitir que el presente es un caso de aplicación supletoria de las disposiciones emanadas de las leyes nacionales referidas anteriormente. Reseñó el papel del Poder Judicial de velar por la garantía de los derechos fundamentales que asisten a los seres humanos y, luego, refirió que la no aplicación de la Ley 24.901 por parte de la Ob.S.B.A. en favor de sus afiliados con discapacidad es una limitación de derechos que no reúne las condiciones de conveniencia ni de razonabilidad, y que la Obra Social incumple con la obligación de proteger los grupos desaventajados, con el agravante de que quienes resultan perjudicados quedan en una situación de indefensión tal que los margina y excluye de la sociedad y terminan constituyéndose también en una carga más para el Estado o para su núcleo familiar. Mencionó los grupos vulnerables señalados por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional que resultan especialmente afectados por el criterio restrictivo con que la Ob.S.B.A. cubre las prestaciones de las personas con discapacidad y, luego de definir el derecho a la salud como derecho exigible y la necesidad de priorizar el efectivo goce de este derecho a los grupos desventajados, se refirió a la aplicación del Principio de “no regresividad” del derecho a la salud y a las obligaciones del Estado. En este marco, citó el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y destacó que la obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, entendida como la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Afirmó que la sanción de medidas normativas que empeoren la situación de goce de los derechos del Pacto hasta el punto de excluir personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación de aquél, y que en el caso de la prohibición de regresividad, debe someterse a la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho a un escrutinio estricto. Señaló que, en el orden local, la legislación vigente en relación con el derecho a la salud reconocido por el art. 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, se encuentra regulado por la Ley Básica de Salud N°153, y se cuestionó cómo la Ciudad de Buenos Aires garantizará los derechos reconocidos específicamente a las personas con discapacidad, si la Obra Social que de su gobierno depende se rehúsa a aplicar la legislación de cumplimiento obligatorio para el resto de las Obras Sociales reconocidas por las Leyes N° 23.660 y 23.661 en detrimento del derecho a la salud, la rehabilitación funcional y la integración social de las personas con necesidades especiales, en franca violación de su derecho a la igualdad. Por ello, adujo que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe, a través de la Obra Social que de él depende, brindar cobertura integral de los servicios de salud, rehabilitación y asistencia que equiparen las oportunidades de las personas con discapacidad, en mérito a las disposiciones de la Ley nacional N°24.901, por aplicación supletoria de lo estipulado por las leyes nacionales N° 23.660 y 23.661, según lo dispuesto por el art. 2° de la ley 627 de esta Ciudad. Ofreció prueba y solicitó se dicte sentencia, con costas. II.- Que, a fs. 37/40, se hizo lugar a la medida cautelar peticionada por la actora en su escrito de inicio. III.- Que, a fs. 203, se rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la codemandada Ob.S.B.A. a fs. 53/55. IV.- Que, a fs. 540/548, contestó demanda el apoderado de la codemandada Ob.S.B.A. Luego de negar todos y cada uno de los hechos invocados por la actora que no fueran objeto de expreso reconocimiento, señaló que su poderdante es una entidad creada y regulada por la ley 472 -continuadora del ex Instituto Municipal de Obra Social (IMOS)

creado por la ley 20382 como una Obra Social dentro del Régimen de la ley 18610 (hoy 23660)- destinada a prestar servicios asistenciales al personal activo y pasivo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Expuso que el legislador, al organizar el Sistema de Salud a través del Seguro Nacional de Salud mediante el dictado de la ley 23661, lo hizo sobre la base de las Obras Sociales Nacionales -que quedan incluidas obligatoriamente como Agentes de Seguro- diferenciándolas de aquellas otras jurisdicciones cuya incorporación al mencionado sistema es potestativa. Destacó que, a la fecha, ni la Ob.S.B.A. ni su antecesor IMOS se encuentran registrados como Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud y, en consecuencia, no resulta ser beneficiario del fondo solidario de distribución. Refirió que no se desprende de los supuestos contemplados en el art. 7º de la Ley 24.901 aquel que comprenda a los afiliados a una Obra Social local, en el marco de la ley 23.660 pero fuera del Sistema Nacional de Seguro de Salud creado por la ley 23.661, como es el caso de la Ob.S.B.A. En este marco, destacó que interpretar sin más que aquélla se encuentra alcanzada, de pleno, por lo normado en la ley 24.901, dejaría a la Obra Social que representa con el peso de las erogaciones correspondientes a las prestaciones que describe dicha norma pero sin el suministro de los fondos para hacerle frente, perjudicando, de este modo, a sus afiliados. Sostuvo que lo que le es aplicable a la Ob.S.B.A. es el sistema previsto en el art. 3 de la ley 24.901, es decir, que aquellos afiliados a obras sociales locales que no forman parte del Sistema Nacional de Salud y por lo cual no reciben recursos del Fondo Solidario de Redistribución, se ven alcanzados por la prestación propia del estado, en su calidad de garante del sistema, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la norma citada ut supra. En consecuencia, formuló que los gastos que demanda el tratamiento para personas con discapacidad, deben ser soportados por el Estado Nacional. Asimismo, manifestó que el GCABA, con el dictado de la ley 447 y el decreto 1393, asumió la obligación de cubrir las prestaciones que demanden las personas con necesidades especiales -dentro del marco de la ley 24901 y 22431- por lo cual es deber del GCBA asumir las obligaciones emergentes respecto de todos los habitantes que acrediten problemas de discapacidad, incluyendo los beneficiarios de su mandante, atento la inexistencia de subsidio alguno para solventar los gastos de dichas prestaciones. Por último, citó jurisprudencia en apoyo de sus dichos, ofreció prueba, solicitó se citen como terceros a los representantes legales del Gobierno Nacional y Local y pidió se rechace la acción, con costas. V.- Que, a fs. 556/557, el GCBA opuso excepción de falta de legitimación pasiva. Señaló que en virtud de lo dispuesto por la ley N°472, la Obra Social de Buenos Aires es una persona jurídica en los términos del art. 33 del Código Civil y, por ello, la presente acción por la cual se demanda también al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por presuntos incumplimientos a una ley nacional y motivados por decisiones o disposiciones internas de un ente que tiene capacidad y personería propia como sujeto de derecho, no resulta viable contra su representado. VI.- Que, a fs. 796/799, la actora contestó el traslado conferido de la excepción opuesta por la codemandada GCBA. Al respecto, señaló que no desconoce que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es una persona jurídica distinta de la Ob.S.B.A., pero que ello no lo exime de la obligación constitucional y legal de garantizar la plena vigencia del derecho a la salud integral y, en este caso particular, la atención integral de las personas con necesidades especiales. Adujo que la propia Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes específicas le asignan al GCBA un rol de garante del sistema de salud en general y de activa promoción respecto a la atención que, en particular, corresponde brindarle a las personas con necesidades especiales para su rehabilitación y adecuada integración social. Por lo expuesto, concluyó que no caben dudas de que el

GCBA se encuentra legitimado para ser codemandado en la presente litis, pues atento los preceptos constitucionales reseñados y las obligaciones que surgen tanto de la ley 442 como de la ley 472, existe sustento normativo suficiente para entender que el GCBA es sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial en la que se funda la pretensión del presente proceso. VII.- Que, a fs. 803, se difirió el tratamiento de la defensa opuesta por el codemandado GCBA para el momento de dictar sentencia. VIII.- Que, a fs. 839/844, la apoderada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó demanda. En primer término, destacó que sin perjuicio de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta oportunamente por su parte, queda claro que la acción resulta inoponible al GCBA, que fue injustificadamente demandado, tal y como surge de las propias pretensiones expuestas por la Defensoría del Pueblo en su escrito de inicio. Asimismo, manifestó que la cuestión resulta abstracta, en tanto el Directorio de la ObSBA en su sesión N°48 de fecha 8 de marzo de 2006 y en uso de las atribuciones conferidas por la ley 472, ha aprobado el Régimen de Cobertura para personas que presentan capacidades especiales. Destacó que conforme surge de los considerandos de la Disposición N°4/06, el eje normativo del Régimen de cobertura aprobado son las leyes 23341 y 24901. Por otra parte, destacó que el artículo 25 de la ley 472 sólo confiere a su representada facultades de fiscalización y, reiteró, que en tanto la Ob.S.B.A. es un ente público no estatal no forma parte de la organización jurídica ni de los cuadros de la administración de la Ciudad y, por ello, la Ciudad de Buenos Aires se encuentra imposibilitada jurídicamente para obligarla. Luego de negar los hechos invocados como fundamento de la acción que no sean objeto de expreso reconocimiento, reiteró la falta de legitimación pasiva de su representada. Asimismo, respecto de la contestación de demanda de la codemandada Ob.S.B.A., formuló que, en caso de aplicarse la ley 24901, es la obra social la que debe afrontar las obligaciones que surgen de la citada normativa y no el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Por último, agregó prueba documental y solicitó se rechace la demanda, con costas. IX.- Que, a fs. 913, se rechazó el pedido de citación de terceros efectuado por la Ob.S.B.A. a fs. 540/548. X.- Que, a fs. 965, se celebró la audiencia prevista en el art. 288 del CCyT. A fs. 974/984 obra agregada la prueba producida. A fs. 997 se celebró la audiencia de conciliación convocada a fs. 986. A fs. 1001 se pusieron los autos para alegar, ejerciendo este derecho la actora y las codemandadas Ob.S.B.A. y GCBA. A fs. 1034/1042 el Asesor Tutelar contestó la vista conferida a fs. 1032, solicitando se haga lugar a la acción declarativa impetrada y a fs. 1045/1048, dictaminó el Sr. Fiscal sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado en el escrito de inicio, y CONSIDERANDO: I.- Que en primer término, resulta necesario tratar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por el GCBA. Tal como lo he señalado en otras causas en las que se demandaba conjuntamente a la Ob.S.B.A. y al GCBA, y en las cuales se encontraban en juego, como en la presente, derechos de sólida raigambre constitucional -como el derecho a la integridad física, a la salud y, en definitiva, a la vida- el Estado, como garante del cumplimiento del sistema de salud en general, no puede eludir ni evadir responsabilidades que le corresponden por imperio constitucional y legal. En este punto es dable recordar que la Constitución local, en forma expresa, tiene dicho que se garantiza el derecho a la salud integral y que el gasto público en salud es considerado una inversión social prioritaria. El Estado local está obligado a garantizar la cobertura asistencial de todos los ciudadanos, imponiéndose su intervención cuando la capacidad de previsión de la Ob.S.B.A. se encuentre superada o insuficiente. Es el Estado el responsable de actuar para asegurar una adecuada prestación de salud a un discapacitado, sin perjuicio de que se realicen todos los trámites que la Ob.S.B.A. requiera para que esa asistencia se

realice en forma permanente y efectiva por parte de la mentada obra social. Cabe recordar, asimismo, las manifestaciones vertidas por el Procurador General en su dictamen en la causa "Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional", de fecha 01/06/2000, en cuanto a que "...la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía- [...] El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio". Por ende, he de rechazar la excepción de falta de legitimación interpuesta por el Gobierno con fundamento constitucional -la garantía que implica la operatividad de los derechos de las personas con capacidades diferentes- y también legal, en punto a que si bien estamos frente a un organismo autárquico demandado, si éste no cumpliera, será el estado local quien deba impulsarlo a que así lo haga, y sino, suplir tal omisión ilegítima. II.- Que, en segundo lugar, corresponde adentrarnos en el concepto de discapacidad. Tal como lo define en su artículo 1º la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, "el término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social". La ley marco de las políticas para la plena participación e integración de las personas con necesidades especiales (Nº447) establece que las personas con necesidades especiales son aquéllas que padezcan alteración total o parcial, y/o limitación funcional, permanente, transitoria, física mental o sensorial, que en relación a su edad y medio social impliquen desventajas considerables en su desarrollo (conf. art. 3º). La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. Según los criterios de definición elaborados por la Organización Mundial de la Salud en 1980, se entiende: 1) por deficiencia a una pérdida o anormalidad permanente o transitoria -psicológica, fisiológica o anatómica- de estructura o función; 2) por "incapacidad" a cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; y 3) por "minusvalidez" a una incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función normal para esa persona por su edad, sexo y factores sociales o culturales. Las cuestiones vinculadas a la salud y a la discapacidad pueden ser abordadas desde distintas ópticas, ya que no abarcan solamente la atención médica, sino que incluyen factores económicos, culturales y políticos. Implican una toma de posición para el estado con relación a la adopción de una determinada normativa que institucionalice principios bioéticos, recursos presupuestarios y programas que satisfagan las expectativas de la población y que prevean las necesidades sanitarias y educacionales con un sentido de inclusión social. III.- Que, a fin de resolver la cuestión planteada, es necesario -en primer

término- determinar el marco normativo que rige lo atinente al derecho a la salud y los derechos que les asisten a las personas con necesidades especiales. La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (art. 75, inc. 22), garantizan la vida y la salud: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, 1 y 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4, inc. 1º), la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Adla, XLVII-B, 1107; XLIV-B, 1250). Asimismo, la Constitución Nacional otorga potestades al Congreso para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales respecto de grupos tradicionalmente postergados (art. 75 inc. 23). Asimismo, la ley 25.280 (sancionada el 6/7/00, promulgada el 31/7/00 y publicada el 4/8/00) aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la ley 26378, ratifica la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En el año 1989 se sancionaron las leyes 23.660 y 23.661. La primera establece un régimen general de Obras Sociales y, la segunda, crea el Sistema Nacional de Seguro de Salud. A su vez, la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Por otro lado, en el ámbito local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, garantiza el derecho a la salud integral (artículo 20) y trata puntualmente el tema relativo a las personas con necesidades especiales (artículo 42). También en el orden local se dictaron las leyes Nº153 (Ley Básica de Salud), Nº 447 (Ley Marco de las políticas para la participación e integración de las personas con necesidades especiales) y Nº 472 y su modificatoria, ley 627 (ley de creación de la Ob.S.B.A.). IV.- Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 302:1284; 310:112; 323:1339) y que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros). El derecho a la vida y a la salud, en tanto derechos fundamentales de las personas, gozan de protección constitucional. Esta protección emerge de los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional mediante el art. 75, inc. 22 y que fueron enunciados en el punto precedente. Es necesario hacer notar que, en relación con los derechos que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reconoce a los habitantes de la Ciudad, su artículo 10 sienta un principio general al expresar que “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen [...] Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”. Esto último significa, concretamente, que la falta de reglamentación de un derecho no puede ser invocada para restarle operatividad. En el orden local, la Constitución de la Ciudad es categórica al establecer que se garantiza el derecho a la salud integral y que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (conf. art. 20 CCBA). Cuando el art. 20 de la CCBA garantiza el derecho a una salud integral, está cubriendo cualquier aspecto vinculado con la noción que sobre la salud humana nos provea la medicina integral, tanto desde el punto de vista fisiológico como desde el psicológico (confr. Quiroga Lavie, Humberto, "Constitución de la Ciudad de Buenos Aires", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., 1996, p. 73/4). En este sentido, es dable esperar que los mecanismos que establecen las

reglamentaciones recientes de las leyes marco dictadas en punto al derecho a la salud se pongan en marcha en forma inmediata ya que las necesidades del sector no pueden esperar. Resta también su difusión a todos los actores del sistema a fin de la aplicación práctica de la normativa en vigor a la problemática existente. A su vez, el artículo 42 del mismo ordenamiento, establece que la Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración y ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención y rehabilitación. En definitiva, tanto a nivel federal como local, el derecho a la salud integral y, en particular, el de las personas con necesidades especiales, goza de jerarquía constitucional y, como tal, no puede ser obviado ni vulnerado. V.- Que en cumplimiento del mandato constitucional emanado del artículo 21, inciso 7 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Legislatura local sancionó la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires (Ley N°153), cuyo objeto se encuentra enunciado en su artículo primero: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin”. A su vez, su artículo 10° establece que el Sistema de Salud está 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. Mediante la ley N°472 (modificada por la ley 627) se creó la Obra Social de la Ciudad de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.S.B.A.), que es continuadora al Instituto Municipal de Obra Social (I.M.O.S.) creado por la Ley 20.382 (art. 1°). El artículo 2° dispone que “La Ob.S.B.A. se regirá por a) las previsiones de la presente Ley, b) las disposiciones que adopten sus órganos de conducción, c) la Ley N°153 de la Ciudad de Buenos Aires, c) en forma supletoria y en lo que resultare pertinente, por las estipulaciones de orden nacional contenidas en las Leyes N°23.660 y 23.661, normas reglamentarias, complementarias y concordantes”. Asimismo, la ley 447 -Ley Marco de las Políticas para la plena participación e integración de las personas con necesidades especiales- establece un régimen básico e integral para la prevención, rehabilitación, equiparación de posibilidades y oportunidades y para la participación e integración plena en la sociedad de las personas con necesidades especiales. También impone a todos los poderes del Estado de la Ciudad la realización de medidas positivas destinadas a la equiparación de oportunidades y posibilidades para la plena participación socioeconómica de las personas con necesidades especiales, y hace responsables a los funcionarios públicos y a los de los entes privados de servicios públicos de la implementación y control del cumplimiento de tales medidas. VI.- Que un capítulo aparte merecen la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobadas mediante las leyes 25280 y 26378, respectivamente. La primera de ellas, de jerarquía constitucional, reafirma que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundada en la discapacidad, dimana de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Puntualmente en lo que se refiere al derecho a la salud, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone, en su artículo 25, que “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”. En particular, establece que los Estados Partes proporcionarán los servicios de salud



que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad (conf. mismo artículo, inciso b). Cabe hacer algunas menciones acerca de la aplicación directa de los Tratados de Derechos Humanos en el orden nacional. Tal como sostiene un afamado sector doctrinario la aplicación de los tratados de derechos humanos en el orden nacional se ha tornado operativa en orden al principio de la “irrevisibilidad de los compromisos comunitarios”. En este sentido, es dable advertir- tal como sostiene el Dr. Gordillo- que los jueces deben llevar a cabo dicha aplicación directa en tanto ella deviene una norma posterior de mayor jerarquía, supuesto que se da en el caso de marras. En este punto, la aplicación de las convenciones antes citadas, como así también toda otra vinculada y con fundamento en ésta a la cual nuestro país hubiere adherido, encuentra fundamento de validez en: a) la obligación que tienen los órganos del estado de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes, b) que los estados signatarios se han obligado “ipso iure” a respetar los derechos reconocidos en ésta y garantizar su pleno goce y ejercicio, y que c) esa garantía requiere la tutela judicial efectiva por aplicación de los arts. 8 y inc. 1 y 25 inc. 1 de la Convención (confr. Gordillo, Agustín “Derechos Humanos”, 4ª Ed., Fundación Derecho Administrativo, Año 1999, p.III-5). A ello se le suma la operatividad que emana del artículo 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. “De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad” (cfr. CSJN, causas S.730.XL. “Sanchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, sentencia del 20 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L.E. c/ Estado Nacional s/ amparo”, sentencia del 11 de julio de 2006). VII.- Que teniendo en cuenta que el derecho a la salud integral y los derechos de las personas con discapacidad son derechos fundamentales de las personas que, como tales, gozan de jerarquía y protección constitucional, no caben dudas de que la Ob.S.B.A. debe brindar una cobertura plena a sus afiliados con discapacidad, de acuerdo a sus necesidades. Según lo establecido en el artículo 3º de la ley 472, la Ob.S.B.A. tiene como objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación. En este marco, la Ob.S.B.A. -en cumplimiento de los objetivos antes señalados- debe brindar a sus afiliados con necesidades especiales, la cobertura integral de aquellas prestaciones y tratamientos que, de acuerdo a las prescripciones médicas, sean acordes para satisfacer las necesidades que en cada caso la patología requiera, procurando, a su vez, la integración en todos los ámbitos de la vida en sociedad. El contenido de las convenciones enunciadas en el punto precedente deviene incontrastable a la hora de definir la cuestión suscitada en autos: que la Ob.S.B.A. brinde cobertura integral a sus afiliados discapacitados, ya que toda la normativa aplicable así lo garantiza, cobertura de todas las necesidades para poder sobrellevar su discapacidad y de este modo, cumplir el compromiso internacional al que nuestro país decidió sujetarse. Desde este aspecto, otra solución implicaría una discriminación, entendiéndose por tal concepto -a la luz de lo establecido por la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad- toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad que tenga como efecto impedir o anular el goce, ejercicio o reconocimiento por parte de las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades fundamentales (confr. art. 1, pto.2). A igual conclusión se arriba si se tiene en cuenta que la Obra Social demandada debe regirse -de conformidad con

el art. 2º de la ley 472- por las previsiones de la ley 153, la que, como ya se dijera, tiene por objeto garantizar el derecho a la salud integral. Del mismo modo, se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “I., C.F. c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo I. 248. XLI”, en donde se debatían cuestiones análogas a las de la presente: “... es menester tener presente que no sólo la ley orgánica del instituto demandado previó, como obligación expresa a su cargo, la de realizar en la provincia de Buenos Aires “todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes”, contemplando -entre otras medidas- “internaciones en establecimientos asistenciales”... y la ley 10.592 estatuyó un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, mediante el que se aseguró los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social para quienes estuvieran en imposibilidad de obtenerlos..., sino que la propia constitución provincial consagró el derecho a una protección integral de la discapacidad, garantizando de manera expresa la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales”, así como la promoción de la “inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad” para con quienes la padecieran... Ello, en consonancia con lo establecido al respecto por la Constitución Nacional (arts. 5º, 14, 33, 42 y 75, incs. 22 y 23).” VIII.- Que el meollo de la cuestión radica en determinar si esta protección integral debe brindarse a través de las previsiones de la ley 24.901. Cabe recordar en este punto que la Ob.S.B.A. sostuvo -como fundamento para su negativa a aplicar esta ley- que no se encuentra registrado como Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud. Tiene dicho la Corte de Suprema de Justicia de la Nación que “... la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660 y 23.661 y 24.901, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos del discapacitado a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (v. doctrina de fallos 327:2127)” (Dictamen de la Procuradora Fiscal, en los autos “Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo”, al cual la CSJN remite en razón de brevedad). Asimismo, ha señalado que: “El Tribunal ha dejado bien en claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estado de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito” (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y FayT y 3569; 328:1708). Por otro lado, cabe destacar que la Sala I de la Cámara del fuero, en una acción de amparo en la que se debatían cuestiones análogas a las de autos, ha señalado que “...la “cobertura plena” que la OSBA deberá proveer [...] en virtud de la discapacidad que padece, se refiere a todas aquellas prestaciones comprendidas en el sistema creado por la Ley Nº 24.901.” (conf. Sala I, CAyT, in re “Hofmann, Martín Nestor Guillermo y otros c/ O.S.B.A. s/ amparo”, Expte. Nº5948/0, del 29/12/2005). Debo resaltar que esta sentencia se encuentra firme y consentida. La misma Sala ha sostenido, en varias oportunidades que “no es una interpretación razonable sostener que, a la luz del nuevo sistema establecido por las leyes Nº 23660 y Nº 23661, lo dispuesto por la Ley Nº 24901 haya eliminado la obligación impuesta a la O.S.B.A. de brindar protección integral de los discapacitados de conformidad con la versión original del citado artículo 4 de la Ley Nº 22431.... IV.- Entonces, del análisis del marco jurídico reseñado en los considerandos anteriores surge que: a) las personas con necesidades especiales que se encuentran afiliadas a las obras sociales del sistema nacional tienen derecho a una “cobertura integral a sus

necesidades y requerimientos” (cf. art. 1, Ley N° 24901); b) las personas con necesidades especiales que carecen de cobertura de obra social también tienen derecho a las mismas prestaciones, a cargo del Estado (cfr. artículo 4° Ley 24901). De esta manera, sería irrazonable interpretar que, en virtud del reordenamiento del sistema en 1989, la Ley 24901, creadora de un “Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad”, hubiese generado, en la práctica, efectos disvaliosos para aquellos individuos que justamente se propone proteger... ” (cfr. Sala I del fuero, in re “Barbosa, Roque c/ OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ amparo (art. 14 ccaba)”, EXP 16046/0, 27/06/08). Teniendo en cuenta los precedentes transcriptos, considero que el argumento esgrimido por la demandada no resulta óbice para la aplicación de la ley 24.901. En efecto, no obstante las cuestiones presupuestarias alegadas por la demandada para negarse a aplicar la ley 24.901 -tema que será tratado luego- entiendo que el contenido de la ley 24.901 cumple acabadamente con las normas y principios constitucionales antes enunciados y resulta fundamental a la hora de brindarle a las personas con discapacidad aquellas prestaciones y tratamientos que resulten adecuados para la patología que presenten. En este sentido, estimo que la ley en cuestión les brinda a las personas con necesidades especiales la protección integral a la salud, de la que son merecedoras a la luz de los compromisos asumidos. En principio, la ley nacional 24.901 es sumamente completa. Cumple con la manda constitucional, en tanto es integral ya que tiene una visión abarcadora de la población beneficiaria, a la que en su art. 9 describe como toda aquella que padezca una deficiencia que implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. En cambio, la ley marco, en su art. 3, si bien empieza describiendo las limitaciones finaliza diciendo solamente "que impliquen desventajas en su desarrollo". La ley nacional prevé prestaciones complementarias tales como sistemas alternativos al grupo familiar, define centros educativos, prestaciones básicas, servicios específicos (por ejemplo la estimulación temprana o la educación básica), prestaciones complementarias (tales como la rehabilitación), incluso prevé una cobertura por iniciación laboral que se otorga por única vez a fin de la integración social del discapacitado en el marco de su autonomía. Todas estas previsiones resultan de suma importancia, especialmente considerando que en el terreno de las prestaciones por discapacidad no existe competencia de precios. Ello así, porque el mercado de este tipo de prestadores compite únicamente por servicios y por ello se establecen topes de financiación (los que deberán ser analizados en cada caso en función de la discapacidad que se padezca y en un marco de razonabilidad). Por lo expuesto, concluyo en que la Ob.S.B.A. no puede negarse a brindarle a sus afiliados las prestaciones emanadas de la ley 24.901 y su reglamentación respectiva.

IX.- Que lo expuesto no implica per se que la Ob.S.B.A. deba, en todos los casos, aplicar la ley de referencia. Es decir, que sobre la base del principio de igualdad receptado en los Tratados Internacionales, la Obra Social podrá aplicar su normativa interna, siempre y cuando, otorgue prestaciones que puedan satisfacer acabadamente con los preceptos constitucionales antes enunciados que igualen o superen aquéllas otorgadas por la ley 24.901. Caso contrario, si las prestaciones que puede brindar resultan más gravosas o inferiores, no podrá negarse a aplicar las prestaciones que prevé la citada norma. O sea, se trata de establecer un mínimo que en aras del principio de progresividad está dado por las prestaciones que establece la ley nacional por cuanto la Constitución local habla de cobertura integral. Debe establecerse un piso, y no un techo. La operatividad de la manda

constitucional impone la imposibilidad de acotar las prestaciones al conjunto de personas discapacitadas afiliadas. Entiendo que una solución distinta importaría desconocer el principio pro homine, que, en armonía con el principio de progresividad y no regresividad, resultan los ejes rectores y principales puntos de partida de toda interpretación que debe efectuarse en materia de derechos humanos. Ahora bien, la solución adoptada trae a colación el planteo efectuado por el GCBA en punto a que la acción se habría tornado abstracta en virtud del dictado de la Disposición 4/06. Luego de haber efectuado un análisis pormenorizado y comparativo de los nomencladores de prestaciones brindadas tanto en el ámbito nacional como local, he arribado a la conclusión de que si bien ambas son similares en cuanto a las prestaciones, aranceles y modalidades de cobertura previstas, en algunos casos particulares éstas resultan ser más beneficiosas en la Disposición 4/06 que en el nomenclador nacional previsto en la Res. 428/99 del MSyAS, y viceversa. Al respecto, considero pertinente transcribir lo dictaminado el Sr. Asesor Tutelar en su dictamen de fs. 1034/1042: “De la compulsión de la disposición N° 4/06 se advierte que en términos generales la Ob.S.B.A., si bien brinda en general prestaciones equivalentes a la normativa nacional (ley 24901), lo hace en algunos casos por una cantidad inferior de sesiones de las prestaciones dispuestas en la normativa nacional, o a través del pago de montos inferiores (ej. transporte especial), lo que conlleva y genera una clara situación de perjuicio y discriminación respecto de las personas discapacitadas en cuanto a su derecho a la salud integral en el ámbito local. A ello se suma, como ha quedado acreditado en diversos incidentes, que la prestación de “acompañante terapéutico” no se presta, como otras prestaciones específicas (ej: equinoterapia), en tanto no se encuentran previstas en la Disposición N° 4/06, mientras que en el ámbito nacional son contempladas a través del art. 33 de la Ley 24901 a manera de subsidio, supuesto que no prevé la normativa local.” En conclusión, estimo que la cuestión no ha devenido abstracta y, por ello, he de rechazar el planteo incoado. X.- Que, más allá de lo expuesto, otras cuestiones me llevan a la convicción de que la Ob.S.B.A. no puede negarse a brindar la cobertura integral prevista en la ley 24.901. En primer lugar, no puedo pasar por alto el principio de igualdad contemplado en las normas fundamentales ya reseñadas. La Convención Constituyente, al tratar la temática referida a las personas con necesidades especiales, señaló que: “... En este sentido, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deberá asumir como deber la protección integral de las personas con discapacidad. En nuestra opinión, para que esto se haga efectivo deberá incluir tanto la rehabilitación y educación de las personas con discapacidades, como así también su integración social y laboral. Evidentemente se deberán llevar a cabo acciones concretas que efectivicen la eliminación de barreras arquitectónicas, naturales, culturales y sociales que perturben o dificulten su integración y normal desenvolvimiento...El principio de igualdad de derechos significa que las necesidades de todo individuo son de la misma importancia, que estas necesidades deben construir la base de la planificación social y que todos los recursos deben emplearse de tal manera que garanticen una oportunidad igual de participación de cada individuo. Todas las políticas relativas a la discapacidad deben asegurar el acceso de las personas con discapacidad a todos los servicios de la sociedad. Entre las medidas que pueden adoptarse para revertir la situación actual, vale citar las referentes a la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral abierto. Merece igualmente especial atención la educación de las personas con discapacidad. Debe asegurárseles la igualdad de oportunidades respecto de los demás y efectuarse, en la medida de lo posible, dentro del sistema escolar general. La responsabilidad de su educación debe incumbir a las autoridades del área, y las leyes

relativas a educación obligatoria deben incluir a los niños de todos los tipos de diferencia, incluidos los más gravemente discapacitados...” (Sr. Santa María). “...Los conceptos de integración, promoción, protección y equiparación de oportunidades respecto de las personas con necesidades especiales tienden a reparar una situación de desigualdad existente y a equiparar una balanza que en la actualidad carece de equilibrio. La inclusión de este artículo, junto con el ya sancionado, proveniente de la comisión de Políticas Especiales, tiende en definitiva, a que la sociedad viva la no discriminación en todos y cada uno de sus aspectos, de manera de ir creciendo en el ejercicio de estos valores que, naturalmente, son esenciales para generar una verdadera cultura democrática”. (Sra. López). Así deviene aplicable la doctrina de la CSJN respecto a la obligación del Estado de garantizar el derecho y acceso efectivo a la salud y en particular a las personas discapacitadas. Ello, no hace más que plasmar la manda constitucional nacional y local. Lo anteriormente reseñado, me lleva a concluir que la falta de aplicación por parte de la Ob.S.B.A. de la ley 24.901 -la cual prevé un régimen amplio de prestaciones para personas con discapacidad- importa vulnerar el derecho de las personas con necesidades especiales afiliadas a dicho ente a recibir las mismas prestaciones que otros individuos con discapacidad afiliados a otras obras sociales. Asimismo, las personas con discapacidad importan grupos vulnerables, por lo cual el Estado, y la sociedad toda, deben velar por su integración y satisfacción de las necesidades que requieran en cada caso particular que impida que sean excluidos de distintos ámbitos, ya sea educativos, trabajo, etc. En otras palabras, el principio de equidad, supone el compromiso de la sociedad -y más aún del Estado- de trabajar en la reducción de las desigualdades detectadas en su protección. Máxime, teniendo en cuenta los principios enunciados en el artículo 3° de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre los cuales se encuentran la no discriminación y la equiparación de las oportunidades. Esto se aplica, no sólo en relación con las personas con necesidades especiales respecto del resto de la sociedad, sino también respecto de las personas discapacitadas entre sí. Por otro lado, no puedo dejar de señalar la situación particular en la que se encuentran los afiliados a la Ob.S.B.A., que no pueden elegir libremente su obra social. Cabe recordar que el artículo 37 de la ley 472 establece como plazo máximo la fecha del 1° de enero de 2003 para que la Ob.S.B.A. disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido por las leyes 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias, y que a partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales citadas. Sobre este tema ya me he expedido en numerosas causas (“Riquelme”, “Di Cuffa”, “Opineau”, entre muchas otras) en las cuales se condenó a la Ob.S.B.A. y al GCBA a que cumplan con lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 472 -esto es, el dictado de las normas pertinentes para hacer viable la adhesión al Sistema Integrado Nacional- y, por otra parte y hasta tanto se materialice la aludida adhesión, que la demandada brinde prestaciones que no sean inferiores a los que los Agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarles a sus afiliados. La razón de ser de esta resolución no es otra que hacer cesar los efectos lesivos de la omisión ilegítima en la que incurría la demandada. Puntualmente en lo que se refiere a esta causa, los afiliados a la Ob.S.B.A. con necesidades especiales, no tienen la posibilidad de elegir otra obra social que esté comprendida dentro de aquéllas en las que la aplicación de ley 24.901 tenga carácter obligatorio. Asimismo, hay una cuestión puntual que no puedo dejar pasar por alto: la voluntad de la Ciudad de Buenos Aires de adherirse al régimen Sistema Nacional. En el marco de la autonomía institucional reconocida por los artículos 125 y 129 de la Constitución Nacional y 1°, 21 inc. 1° y cctes.,

de la Constitución local, la Legislatura sancionó la ley 472 y expresamente dispuso la adhesión al Sistema Integrado Nacional y, en consecuencia, a las leyes nacionales 23.660 y 23.661. Incluso, en el Decreto de Necesidad y Urgencia N°1/2008, se dispuso en su artículo 6°: “Instrúyese al Interventor para que a la brevedad posible concrete la adhesión de la obra social al régimen del Sistema Integrado Nacional, regido por las Leyes N°23.660 y 23.661, de acuerdo con lo prescripto en los artículos 37 y 38 de la Ley N°472...”. A su vez, el artículo 4° de la ley 2637 (Ley de libre elección y reorganización de la Ob.S.B.A.) establece: “El proyecto a elaborar por esta Comisión deberá tener en cuenta la aplicación del artículo 37 de la Ley N°472 y garantizar las prestaciones de calidad a todos los afiliados y jubilados beneficiarios de la obra social...”. Es decir que, aún a la fecha, la voluntad de adherirse al régimen establecido en las leyes nacionales enunciadas sigue intacta. Lo expuesto basta para concluir que el argumento esgrimido por la demandada Ob.S.B.A, en punto a las dificultades de afrontar los gastos que irrogaría brindar las prestaciones contenidas en la ley 24.901 por no encontrarse dentro del Sistema Nacional de Seguro de Salud, cae a poco que se repare que es su propia omisión la que conlleva a estas dificultades. XI.- Que no pueden válidamente alegarse cuestiones presupuestarias como fundamento de la omisión en la que incurren las demandadas. En primer lugar, huelga recordar que según la Constitución local el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (cfr. art. 20 CCABA). Asimismo, el artículo 11° de la misma, dispone que “...La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esbozó una serie de reglas en la aplicación del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que asegura el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, declarando algunas obligaciones básicas, siendo estos deberes un piso mínimo de protección frente al cual el Estado no puede oponer cuestiones presupuestarias, para desligarse del aseguramiento real y concreto de las prestaciones. Para su plena efectividad, los derechos sociales –máxime en cuestiones vinculadas a la salud pública- requieren la asignación de partidas que le permitan al estado cumplir en tiempo y forma con la prestación comprometida. La salud debe verse como una inversión y no como un gasto. Las políticas de estado en materia de salud imponen la existencia de la respectiva previsión presupuestaria. Ello importa una actividad económica por parte del estado sobre la cual no cabe expedirse, salvo, ante la controversia entre el reconocimiento y la operatividad de los derechos. Ello, en tanto el conflicto surge no por la escasez de recursos, sino por la forma cómo éstos se distribuyen y en las medidas que adoptan los estados al respecto. Por caso, el Dr. Corti sostiene que la omisión presupuestaria en materia de derechos sociales constituye una violación al principio financiero sustantivo de razonabilidad (Conf.. Corti Horacio, Derecho Constitucional Presupuestario, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007). El principio de reserva de ley en materia presupuestaria puede obstaculizar el ejercicio del derecho a la salud. La situación es compleja: en tanto por un lado hay un derecho fundamental -incluso reglamentado a través de leyes específicas que impone deberes públicos- pero por otro, una decisión legal presupuestaria que no contempla aquél deber lesionando así el derecho fundamental. Ello deja abierta la vía judicial ya que al haber un derecho lesionado hay una acción. Tal como sostiene el citado Profesor, tanto la subordinación de los derechos a la decisión presupuestaria cuanto la omisión presupuestaria devienen dos formas típicas de violación del principio financiero sustantivo de razonabilidad. El gasto público –al poseer

carácter económico y jurídico- debe ajustarse en cuanto a su determinación, no sólo a las normas presupuestarias sino también a las constitucionales. El problema no radica así exclusivamente en el monto involucrado, sino en las prioridades que se hubieran fijado en la preparación del presupuesto. Debe existir un razonable equilibrio entre el deber de garantizar los derechos constitucionalmente consagrados y la posibilidad de que sean satisfechos con los recursos públicos; ello implica una elección, una opción entre restricciones presupuestarias y necesidades a cubrir. El estado de derecho presupuestario, la falta de previsión o la insuficiencia de recursos no pueden constituir un obstáculo para efectivizar el derecho a la salud. La Corte Suprema ya lo estableció en distintos fallos (Rodríguez Karina, 7/03/06, Olmedo Dominga, 30/05/06, Quiñone Alberto, 11/07/06; entre otros). En cuanto a las denegatorias por razones presupuestarias- que en definitiva constituyen un problema ético más que jurídico- implican que el estado debe demostrar acabadamente la insuficiencia de recursos para el caso concreto y la irrazonabilidad del reclamo. “El gasto público, al poseer carácter económico y carácter jurídico debe ajustarse - en cuanto a su determinación- no sólo a las normas de procedimiento presupuestarias sino también a las disposiciones constitucionales” (Ivanega, Miriam Mabel, Derechos fundamentales: contenido y límites de los denominados derechos sociales, publicado en Estudios Jurídicos en homenaje al prof. Mariano R. Brito, FCU, Montevideo, R.O. Uruguay, 2008, págs. 113/138). Por ende, ante la manda constitucional concreta que establece la cobertura integral en materia de discapacidad, mal podrían invocarse razones presupuestarias para otorgar las prestaciones pertinentes. XII- Que en autos se da la particularidad de que la demanda fue interpuesta por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en cumplimiento de las misiones establecidas a través del artículo 137 de la Constitución local. Ello me lleva a formular algunas consideraciones en torno a las acciones colectivas. Es dable advertir que, toda vez que no existe un procedimiento específico para la tramitación de las acciones como la que aquí se dirimen, los Magistrados nos vemos obligados a refuncionalizar los procesos ya existentes. Para ello, y sin detallar en demasía sus características, conviene realizar ciertas precisiones. Ante todo, cabe señalar que la recepción constitucional de los derechos de incidencia colectiva es asociada –en términos prácticos- con la incorporación de las acciones colectivas a nuestro sistema procesal. Dentro de las categorías concretas del bloque que comprende los derechos de incidencia colectiva en general, ubicamos, según la posición explícita de algunos Ministros de nuestra Corte Suprema en General a los que se relacionan con la salud pública (cfr. Maurino Gustavo, Nino Ezequiel y Sigal Martín, Las acciones colectivas, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005) En este punto adquiere relevancia la nueva realidad jurídica que impone el art. 43 de la CN y que, según el Prof. Balbín, importa que “el modelo tradicional tripartito, que distinguía entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples ha entrado claramente en crisis. La introducción de un nuevo concepto – los derechos de incidencia colectiva- que comparte caracteres de las categorías clásicas enumeradas precedentemente, ha dado origen a la necesidad de reformular estos criterios a efectos de adaptarlos a esta nueva realidad jurídica” (conf. Balbín Carlos, “Sobre la legitimación en el proceso de amparo”, LL 2001-B-1172). La Corte ha admitido expresamente la tutela efectiva en múltiples acciones en las que –como en el caso de marras- se ventilaban derechos de incidencia colectiva caracterizados como homogéneos (en tanto existe una causa generadora básica que se proyecta hacia un conjunto de personas de manera tal que éstas se colocan en situaciones uniformes respecto de un derecho determinado), y en los que existía una clara manifestación relativa a las posibilidades de

efectivo ejercicio ( como la posibilidad de acceso a la justicia por parte de los sujetos). Dentro de este grupo se encontrarían las causas vinculadas a la protección de la salud tales como Asociación Benghalensis, Portal de Belén, Asociación de Esclerosis Múltiple, entre otras. Por otro lado, en el marco de los procesos colectivos, la Corte en su reciente pronunciamiento “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. s/ amparo” (de fecha 24 de febrero de 2009), ha establecido que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado y, asimismo, cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. Es importante resaltar dos cuestiones a las que alude el fallo enunciado, que devienen aplicables al caso de marras: en primer lugar, que no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda para hacer efectivos sus derechos, ello, a fin de no afectar la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, el alcance de la acción impetrada, en cuanto importa una extensión a todas las personas discapacitadas de la Ob.S.B.A., lo que se ha dado en llamar “el efecto expansivo de la sentencia”. En tanto que lo que aquí se resuelve de manera definitiva alcanza al universo de las personas con discapacidad que se encuentran afiliadas a la Ob.S.B.A., es dable pronunciarse respecto al modo concreto en que deberá satisfacerse la pretensión de la actora. En este marco, se fijarán los criterios generales para que se viabilice la protección integral de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta para ello las distintas problemáticas que se fueron suscitando en el marco de las denuncias por incumplimiento de la medida cautelar dictada en estos autos, que dieron origen a la formación de incidentes y resoluciones puntuales. Entiendo que esto es necesario, puesto que el carácter final de este pronunciamiento y la población que resulta beneficiada en virtud de lo que aquí se resuelve, exige una prudente ponderación anticipatoria de diversas circunstancias que se presentarán a raíz de la ejecución de esta sentencia. En primer lugar, es dable destacar que no es la misma responsabilidad la que le cabe a la Ob.S.B.A. que al GCBA; la primera es quien debe cumplir con las obligaciones vinculadas a las prestaciones a su cargo, el segundo, es quien debe erigirse -como ya lo ha sostenido la CSJN en numerosos fallos- en el garante de dicho cumplimiento. Basta citar lo expuesto por la CSJN en la causa Campodónico de Beviacqua en cuanto a que constituye “una obligación de la autoridad pública garantizar el derecho a la preservación de la salud 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...” .

Reiterando lo expuesto en los considerandos que preceden, se dispone que la Ob.S.B.A. brinde al universo de sus afiliados con discapacidad -considerando tales quienes acrediten tal situación mediante el certificado expedido por el Ministerio de Salud de la Nación de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 3° de la Ley N° 22.431 (conf. art. 1°, Decreto 1393/03, reglamentario de la ley 472)- la atención y asistencia integral y, para ello, deberá poner a su disposición prestaciones que satisfagan las necesidades que su patología requiera, de acuerdo con la prescripción médica pertinente; estas prestaciones pueden ser las que se encuentren incluidas tanto en la normativa interna de la Ob.S.B.A., cuanto en la ley 24.901 y sus reglamentaciones y normas complementarias, utilizando como criterio rector que



siempre deberá aplicarse la normativa que disponga la prestación que resulte más beneficiosa y menos gravosa para el afiliado.

Por lo tanto, la Ob.S.B.A. y el GCBA, complementariamente, y a la luz de las normas constitucionales antes citadas deberán destinar los recursos económicos que sean necesarios para atender a todos los afiliados que demanden una prestación sanitaria adecuada aún cuando dicha prestación básica en materia de discapacidad deba realizarla un prestador privado. En este marco, deberá brindarle la cobertura integral de las prestaciones, incluso en instituciones que no sean prestadoras de la Ob.S.B.A., siempre que no exista dentro de sus prestadores un tratamiento integral análogo. Máxime, hasta tanto no se haga efectivo el derecho a elegir libremente la obra social. Inclusive, no es óbice la situación patrimonial de la persona con necesidades especiales y de su grupo familiar, que impida cubrir las prestaciones pertinentes. En este sentido, podrá recurrirse al reintegro de gastos -en caso de que las prestaciones hayan sido abonadas por los afiliados- o cubrirla directamente y luego recuperar los costos que ella devengue, ya sea del Estado local o, eventualmente, del afiliado o su familia, en caso de que demuestre su aptitud económica y repita, así, contra ellos. Esto, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo", de fecha 30 de septiembre de 2008, XIII.- Que, finalmente, no puedo dejar de mencionar que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir, con daño para la Justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios (CSJN in re "Colalillo", del 18/9/57). Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 236:27 [1] y otros). La índole de los derechos en juego obliga a efectuar aquellas acciones tendientes a hacerlos efectivos. Los jueces, como guardianes de la vigencia de la Constitución, nos encontramos en la obligación de proteger y tutelar estos derechos de tan alta valía, efectuando lo que esté a nuestro alcance para evitar que se frustren, dentro, claro está, de la esfera de las atribuciones que nos son propias. Si bien el rol de la judicatura en este sentido es relevante, no lo es menos el de los otros poderes estatales, los que tienen obligaciones específicas en este sentido que emanan de los instrumentos internacionales. En este mismo orden de ideas, se ha pronunciado la CSJN en numerosos fallos: "...los menores y los discapacitados a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos" (v. doctrina de fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413).

Por todo ello, FALLO: 1º) Rechazando los planteos efectuados por el GCBA a fs. 556/557 y 839/844. Con costas (art. 62 CCAT). 2º) Haciendo lugar a la acción declarativa impetrada. En consecuencia, se declara el derecho de todos los afiliados a la Ob.S.B.A. que presentaran discapacidad acreditada mediante el respectivo certificado a la cobertura integral de sus necesidades conforme surge de los considerandos que anteceden. En tal sentido, se ordena a la Obra Social demandada - y en forma subsidiaria al GCBA- a que proceda a cubrir todo tipo de prestaciones a sus afiliados discapacitados en términos equivalentes a los previstos por la Ley 24.901; o sea en cuanto a las prestaciones básicas, a

los servicios específicos, a los sistemas alternativos al grupo familiar y a las prestaciones complementarias, siendo la población beneficiada por los alcances de la presente resolución aquellos afiliados a la Ob.S.B.A. que padezcan una discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en el considerando XII. Con costas (art. 62 CCAyT). 3°) Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría –y en los procesos incidentales, con copia de la presente- y al Sr. Asesor Tutelar y al Sr. Fiscal en sus públicos despachos, encomendándose a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires a adoptar los recaudos para poner en conocimiento de los afiliados a la Ob.S.B.A. cuya representación ejerce, la sentencia que se dicta, en forma extrajudicial y por los medios que ella estime pertinentes y, oportunamente, archívese.