

Juzgado N°06 Secretaría N°12

Nombre del Expediente: “OLAVE MIRANDA JOSE VLADIMIR; BANEGAS CAROLINA ALICIA
CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES POR AMPARO - SALUD-OTROS”

Número: A767598-2016/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de julio de 2017.-

“Las constelaciones familiares se amplían...”

Vistos: los autos indicados en el epígrafe, los cuales se encuentran en condiciones de dictar sentencia y de los que resulta:

1. A fojas 1/18 se presentan **José Vladimir Olave** y **Carolina Alicia Banegas**, por su propio derecho y en representación de su hija menor de edad **Y.C.G.**, con el patrocinio letrado del Defensor Interino CAyT n° 2, Pablo De Giovanni, e interponen acción de **amparo** contra la **Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA)** a fin de que ordenarle **afiliar a la niña Y.C.G.** Solicitan se declare la **inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 del Reglamento de Afiliaciones de la ObSBA** y de la **Disposición n° 459/UNAA/15**. José historia que es docente de música jubilado y que está afiliado a la ObSBA por haberse desempeñado en distintos establecimientos del GCBA por más de treinta años. Relata que su núcleo familiar se compone por Carolina, madre de Y.C.G. de nueve años y con quien se encuentra casado desde mayo de 2011 y V.O.B., el hijo de cinco años que tienen en común. Narra que la niña Y.C.G. manifestó desde muy temprana edad la enfermedad de asma que exige que sea sometida a controles médicos periódicos. Agrega que hasta el momento ha sido atendida en los hospitales públicos “Gutiérrez” y “Ramos Mejía” y otras veces por una médica particular. Sostiene que por razones económicas no pueden seguir atendiendo a la hija en forma privada y señala que no reciben ayuda de ningún tipo del padre biológico de la niña y que desconocen su paradero desde hace más de siete años. Puntualiza que ha realizado numerosas gestiones ante la ObSBA a fin de obtener la afiliación de Y.C.G. sin obtener resultado favorable. Aduce que el **23/09/2015** mediante la **Disposición n° 459/UNAA/15, la obra social le denegó la solicitud de afiliación requerida** por no ajustarse a las exigencias del inciso e) del artículo 6 del Reglamento de Afiliaciones de dicha entidad. Alega que tal decisión vulnera el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad y que representa una reglamentación excesiva al artículo 19 de la ley n° 472 dado que el

beneficio de la obra social que el grupo familiar goza no alcanza a la niña Y.C.G., pese a que todos son parte integrante de la misma familia. Califica, por tanto, la decisión de la ObSBA como discriminatoria y violatoria del derecho de igualdad. Resalta -al momento de interponer la presente acción- que Y.C.G. **se encontraba sin obra social** lo que vulneraba sus derechos constitucionales y que atentaba directamente contra su salud. Solicita como **medida cautelar** que se ordene a la ObSBA inscribir a la niña Y.C.G. en sus registros y se le conceda inmediatamente los derechos a las prestaciones y beneficios de la misma. Funda en derecho, cita jurisprudencia que considera aplicable al *sub lite*, ofrece prueba, efectúa reserva de caso federal y finalmente a fojas 21/44 acompaña documental.

2. A fojas 47/51 **se concede la medida cautelar requerida** y se ordena a la ObSBA que proceda a afiliar a la niña hasta el dictado de sentencia definitiva. Dicha decisión se encuentra **firme**. A fojas 53/69 la demandada se presenta y da cumplimiento con la medida cautelar ordenada.

3. A foja 71 la Asesora Tutelar asume la representación subsidiaria y complementaria de la niña Y.C.G.

4. A fojas 74/81 la **Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires** contesta demanda y peticiona el rechazo de la acción intentada.

4.1. Cuestiona la vía procesal elegida por considerar que no se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo. Afirma que la vía adecuada para cuestionar la constitucionalidad y la legalidad del reglamento de afiliaciones resulta ser la vía ordinaria dada su amplitud de debate y prueba y que como ello no acontece en el proceso de amparo vulnera su derecho de defensa en juicio.

4.2. Efectúa una **negativa** de los hechos esgrimidos por los amparistas. Especialmente, **niega** que exista actos u omisiones que hayan lesionado y/o restringido sus derechos; que su conducta sea manifiestamente arbitraria e ilegal, que la petición efectuada por los actores se encuadre en el Reglamento de Afiliaciones y que hayan cumplido debidamente con todos los requisitos que la ObSBA establece a los fines de afiliación.

4.3. En torno al **fondo del asunto** explica que es una entidad creada y regulada por la ley n° 472 destinada a prestar servicios asistenciales al personal activo y pasivo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Relata que cuenta con los recursos enunciados en los artículos 15 y 17 de la citada ley destinados a cubrir las prestaciones de sus afiliados. Destaca que no cuenta con otros recursos que no sean los indicados precedentemente. Agrega que dichos recursos se centran principalmente en los aportes de los agentes -activos y pasivos- dependientes del GCBA y que son aquéllos los que obligan a la obra social a otorgar cobertura de salud. Arguye que tener que prestar servicios a personas que no cumplan con las exigencias requeridas por la normativa que regula su actividad pondría en riesgo no sólo la seguridad jurídica sino también el sostenimiento de la entidad. Sostiene, en tal inteligencia, que la petición de afiliación fue correctamente denegada pues no se ajusta a las exigencias del artículo 6, inc. e) del Reglamento de Afiliaciones vigente.

Por otro lado, solicita citar al GCBA como tercero obligado y efectúa reserva del caso

federal.

5. A fojas 84/89 y 91/94, los actores y la Asesora Tutelar interviniente se oponen, respectivamente, a la citación de terceros requerida por la ObSBA. A fojas 96/99 el tribunal rechaza tal solicitud. Dicha resolución se encuentra firme.

6. A fojas 109/115 la **Asesora Tutelar** se expide sobre el fondo del asunto. Sostiene la idoneidad de la vía elegida por los amparistas. A su vez, entiende que el concepto de familia que pondera el Reglamento de Afiliaciones no se condice con la normativa vigente dado que no reconoce los cambios sustanciales que se han introducido en la materia en este último tiempo los cuales superan el criterio restringido de dicho concepto.

En síntesis, afirma que se encuentra en juego el interés superior del niño y afectados sus derechos a la salud; a la igualdad familiar; a la no discriminación; a la prioridad de los niños, niñas y adolescentes en las políticas públicas y a disfrutar de un nivel de vida adecuado.

Por último, hace expresa reserva del caso federal, solicita se haga lugar a la demanda y en consecuencia se ordene a la ObSBA afiliar de manera definitiva a la niña.

7. A foja 118 el **Ministerio Público Fiscal** adhiere a lo dictaminado por la Asesora Tutelar.

8. A foja 119 pasan los autos a resolver.

Y

CONSIDERANDO:

I

Idoneidad de la vía elegida

Ante el desconocimiento de la demandada en torno a este punto, se pasa en forma liminar a despejar tal cuestionamiento.

De consuno con los artículos 43 de la CN y 14 de la CCABA, la vía procesal escogida requiere que la pretensión amparista acredite una lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente. La doctrina señala que dicha lesión debe ser “*real, efectiva, tangible, concreta e ineludible*”[1]. Asimismo, debe configurarse una **ilegalidad o arbitrariedad manifiesta**. Es decir, si se viola el derecho positivo o, aún de existir legalidad en sentido amplio, si el plexo normativo invocado en el supuesto de autos es írrito por apartarse de la voluntad del legislador o es irracional. La jurisprudencia del fuero tiene dicho que “*La idoneidad de la vía debe determinarse en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente violatorio de derechos o garantías constitucionales o legales y de la concreta necesidad de acudir a la garantía en examen para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos*” [2].

Vale decir que será el juez quien deba sopesar si la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ostente el acto o conducta impugnada necesita de un eficaz y pronto remedio judicial, obtenible a través de la eficacia de este proceso constitucional. En el *sub examine*, la naturaleza de los derechos debatidos referidos a la garantía de la igualdad de raigambre constitucional en íntima conexión con el derecho integral a la salud, a la vida, a la asistencia médica y a la seguridad social, consagrados en los artículos 20, 21 y 44 de la Constitución local, respectivamente, permite advertir que la utilización de la vía contenciosa prevista en el título VIII del CCAyT implicaría un

menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, la dilación en el tiempo de la presente acción importaría una negativa a una respuesta eficaz en el tiempo para el justiciable.

En virtud de lo expuesto **se valora la presente acción constitucional** -libre, en el decir de Morello, de vasallajes procesales- **como pertinentemente idónea para la resolución del entuerto de autos.**

II

Pretensión de los amparistas y defensa de la ObsBA

1. Los amparistas persiguen la afiliación de la niña Y.C.G., hija de **Carolina Alicia Banegas**. Cimientan su pedido en un alegado **exceso reglamentario efectuado en el Reglamento de Afiliaciones de la ObsBA** el cual fuera aprobado por Resolución n° 398/ObSBA/02 y modificado por la Disposición n° 72/ObSBA/03. Ello, por considerar que restringe el derecho a la salud de la niña Y.C.G. garantizado en la ley n° 472, en particular su artículo 19 por no permitir la afiliación de aquélla por no estar bajo la guarda del Sr. Olave.

A su vez, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 del citado Reglamento de Afiliaciones y la Disposición n° 459/UNAA/15.

2. Por su parte, la **ObsBA** repele la acción intentada con sustento en la razonabilidad de la reglamentación en crisis. Entiende que la delimitación del universo de afiliados allí efectuada tiende a garantizar su equilibrio financiero. Ello, en pos de mejorar la cantidad y calidad de los servicios que brinda.

3. Así las cosas, en el *sub lite* corresponderá seguidamente dilucidar si los **artículos 5 y 6 Reglamento de Afiliaciones y la Disposición n° 459/UNAA/15** plasman una reglamentación razonable al artículo 19 de la ley n° 472.

III

Subsunción de la situación fáctica en la norma en crisis

A fin de resolver el entuerto de autos, seguidamente se analizará la situación fáctica amparista a través de las **probanzas aportadas en autos y el marco normativo aplicable.**

1. **Sustento fáctico acreditado en el sub lite**

De tal compulsa surge que los amparistas se encuentran casados desde el 19/05/2011 (*vide* partida de matrimonio de foja 25) y que la Sra. Carolina Banegas es la madre de la niña Y.C.G. de diez años de edad (*vide* fojas 24 y 26). Además, que el Sr. Olave, la Sra. Banegas y el niño V.O.B. (hijo en común de los amparistas) están afiliados a la ObsBA bajo el registro de afiliación n° 318.756-00, 318.756-10 y 318.756-11, respectivamente, (*vide* fojas 22 y 28) y que el Sr. Olave -al iniciar esta acción- se encontraba recientemente jubilado (*vide* foja 44 vta). Cabe destacar que dichos extremos no han sido controvertidos por la demandada. Asimismo, se tiene por acreditado que el Sr. Olave solicitó el día 12/08/2015 la afiliación de Y.C.G. la hija de su cónyuge y que su petición fue denegada por no ajustarse a las exigencias dispuestas en el artículo 6, inc. e), del Reglamento de Afiliaciones vigente (*vide* fojas 28 y Disposición n° 459/UNAA/15 de foja 30).

2. **Encuadre normativo objeto de impugnación**

En este contexto, cabe memorar que el **artículo 5° del Reglamento de Afiliaciones de**

la ObSBA establece que el **grupo familiar primario** está integrado por “(...) *todas las personas que tengan un vínculo filial o relación conyugal con el afiliado titular*” . Por su parte, a los fines establecidos en el precepto anterior, su **artículo 6°** define quiénes tienen un vínculo filial con el titular y en su inc. e) incluye a “[l]os menores de 21 años que se encuentren bajo guarda o tutela del titular otorgada legalmente”.

De la literalidad de la norma en crisis surge que **el ámbito subjetivo del derecho a afiliarse queda acotado** a los menores de 21 años que se encuentren bajo guarda o tutela del titular otorgada legalmente.

3. Corolario de sendos apartados precedentes
Como derivación lógica surge sin mayor dificultad que la no afiliación a la ObSBA de la niña Y.C.G. **encuadra normativamente en el artículo 6 del Reglamento de Afiliaciones** a raíz de no encontrarse bajo la guarda o tutela legal allí prevista. De tal suerte que ello conduce a la privación del **derecho a la salud integral** por no contar con las prestaciones sanitarias que tornan posible su resguardo.

IV

Test de razonabilidad del Reglamento de Afiliaciones y de la Disposición n° 459/UNAA/15 aquí cuestionados.

1. Así las cosas, se impone indagar si el diferente tratamiento conferido por el artículo 6 inciso e) del Reglamento de afiliaciones y su consecuente Disposición n° 459/UNAA/15 -tachados de írritos- sortean con éxito el **test de razonabilidad** requerido para esclarecer el la cuestión *sub examine*, respecto de la niña de 10 años quien al día de hoy, no se encuentra bajo la guarda o tutela dispuesta en el mentado artículo. Recuérdesse que el principio de razonabilidad se erige en un estándar para establecer cuándo una restricción a un derecho resulta compatible con la carta constitucional, en tanto los derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 28[3] de la Constitución Nacional y 10[4] de Constitución local).

2. Ampliación de las constelaciones familiares en la sociedad contemporánea: el progenitor afín

En razón de la delimitación del grupo familiar primario trazado por la ObSBA, resulta necesario efectuar algunas precisiones en torno a las transformaciones de la institución familiar en el devenir de los lazos sociales en el siglo XXI. Estos cambios socio-jurídicos han alterado de forma directa los parámetros con los que otrora se concebía la vida familiar con afectación de la concepción de la estructura clásica ligada a la órbita conyugal.

Da cuenta de ello el surgimiento de la familia ensamblada, entendida ésta como una organización familiar originada en parejas estables, matrimoniales o en uniones convivenciales que cohabitan con hijos comunes y/o con los hijos de anteriores nupcias y/o uniones^[5]. En el seno de este modelo se gestó la figura del **progenitor afín** como consecuencia de la ampliación de los efectos propios de los vínculos familiares a relaciones que en épocas precedentes no resultaban alcanzados por ellas. Se puede describir este nuevo concepto de familia como un conjunto solidario formado por quienes jurídicamente deben contribuir al sostenimiento del grupo convivencial, ya sea en forma pecuniaria o en especie^[6] con una encarnación que trasvasa lo biológico para trascender en lo sociológico, cultural e ideológico y que brinda una nueva identidad a raíz del arraigo de vínculos y afectos. Nótese que esta evolución socio-cultural ha sido recogida por el nuevo Código Civil y

Comercial [7] el cual en su **artículo 672** define al progenitor afín como “...el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente” y en su **artículo 673** reza que “El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia...”. De ello se sigue que el progenitor o progenitora afín tiene ahora el deber legal de contribución y cooperación pecuniaria según sus posibilidades dentro de la economía del grupo familiar^[8]. El mismo se le impone por el hecho de compartir el hogar y se ve materializado en la carga de soportar con sus recursos aquellos gastos que genera el sostenimiento de la vivienda familiar y de sus miembros, tanto de los **hijos comunes como también de los afines.**

2.2. En este contexto surge evidente que la ley obliga al progenitor afín a cumplir con las responsabilidades en el cuidado, protección y asistencia integral del niño. El Estado, por su parte no puede deslindarse de la co-responsabilidad en torno a adoptar las medidas apropiadas para dar efectividad a los derechos y responsabilidades que al efecto se consagran en los artículos 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño^[9]. Ello impone confrontar la ley n° 23.660 de Obras Sociales con la que conforma a la ObSBA y su reglamento de afiliaciones, objeto de impugnación en el *sub judice*.

3. Bloque de legalidad del sub judice

3.1. El derecho a la salud, se integra con la **ley n° 472^[10] de creación de la ObSBA**, continuadora del Instituto Municipal de Obra Social. Erigida como un ente público no estatal^[11], con capacidad de derecho público y privado, su objeto es la prestación de servicios de salud que contenga acciones tendientes a la atención íntegra de los agentes que se desempeñen bajo relación de dependencia en la administración central, organismos descentralizados y autárquicos de la Ciudad, junto a su grupo familiar^[12]. En torno a la conformación de sus **recursos**, el **artículo 17** establece que éstos provienen -entre otras fuentes- de los **aportes** de los trabajadores para otorgar cobertura a los trabajadores, el **grupo familiar**, los jubilados, pensionados o retirados; y aportes a cargo de los jubilados, pensionados o retirados, detraídos del haber de pasividad. En uso de las facultades reglamentarias, a través de su artículo 10, el Directorio de la ObSBA emitió el **Reglamento de Afiliaciones**, que en su **artículo 5^[13]** establece quiénes conforman el grupo familiar primario. El **inciso e)** de su **artículo 6°** dispone que poseen vínculo filial con el afiliado titular “**los menores de 21 años que se encuentren bajo guarda o tutela del titular otorgada legalmente**”. Asimismo, el **inciso c) del artículo 19 de la ley n° 472** establece que serán afiliados titulares de la ObSBA “**los jubilados, pensionados y retirados que hubieren concluido su etapa activa en la Administración de esta Ciudad, junto a su grupo familiar**” **sin imponer condicionamiento alguno.**

3.2. Por su parte cabe señalar que **ley nacional n° 23.660** en sus artículos 8° y 9° enumera el universo de dichos beneficiarios. Así, el **artículo 8°** reza que entre aquéllos se encuentran –en lo que aquí interesa– “... **b) Los jubilados y pensionados nacionales y los de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires**”.

Asimismo, el **inciso a) del artículo 9°** agrega que quedan incluidos en su calidad de beneficiarios “**los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior**”. Asimismo, dicho inciso aclara que se entiende por **grupo familiar primario**

al integrado por los hijos del cónyuge. A su vez, el **inciso b) del citado artículo 9** dispone que también quedan incluidos en su calidad de beneficiarios “las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación” (el subrayado agregado).

3.3. En síntesis, el confronte normativo del artículo 6 inc. e) del Reglamento de Afiliaciones con la letra de los artículo 19 de la ley n° 472 y de los artículos 8 y 9 de la ley nacional n° 23.660 delatan su **irrazonabilidad**. Ello, en tanto **exige mayores recaudos a los previstos en normas de rango superior y excede groseramente la pauta de los artículos 28 de la CN y 10 de la CCABA** por establecer una limitación a través de un requisito no previsto en la normativa de jerarquía superior.

4. Razonamiento tautológico de la demandada

A esta altura del análisis, no es ocioso recordar que la obligación constitucional de dictar normas que gocen de legalidad y legitimidad recae sobre todos los órganos y entes públicos[14], mandato del que la ObSBA no está exento. Máxime cuando mediante la emisión de normas se afectan directamente los derechos y garantías de los afiliados. El responde de la demandada no sólo demuestra que no se encuentra fundado en derecho sino que se funda en un único argumento de índole presupuestario huérfano de contenido sustancial. No aporta explicaciones razonables y suficientes que permitan vislumbrar la finalidad de la normativa tachada de írrita y que el empleo de la distinción a la que alude el inciso e) del artículo 6 del Reglamento de Afiliaciones resulte estrictamente necesario para la dilucidación de este entuerto. Tampoco ensaya fundamento alguno para demostrar la razonabilidad de la disposición en crisis, que en el caso, afecta a una niña de diez años. Sólo afirma que la denegatoria resulta válida por ajustarse al reglamento de la obra social. Nótese que su defensa ya ha sido leído por las partes y por esta magistrada. O sea que tal argumentación es una *“acumulación reiterativa de un significado ya aportado desde el primer término de una enunciación”*, es decir, *“una repetición inútil y viciosa”* a tenor de lo que constituye una tautología de consuno con la definición de la RAE.

5. Conclusión en torno a la razonabilidad de la disposición en crisis

5.1. En definitiva, se impone la descalificación del precepto en crisis en virtud del acotamiento que el inciso e) del artículo del Reglamento de Afiliaciones introduce respecto a determinados miembros de la familia alcanzados dentro del universo conceptual de *“grupo de familia primario”* que él mismo utiliza. En tales condiciones, la restricción impuesta en el inciso de marras contraviene el **principio** que alojan los **artículos 28 de la Constitución Nacional y 10 de la carta local** y por ende conculca derechos adecuadamente reclamados y visiblemente amparados por el bloque constitucional nacional y local. Ello, a raíz del **campo de irradiación de los deberes familiares** del progenitor afín de la niña. Por último, el frontal choque con este derecho tiene su correlato en la afectación de otros mandatos constitucionales, tales como el deber de la Ciudad de velar por el pleno goce de los **derechos de los niños, niñas y adolescentes; de asegurar el núcleo familiar, de garantizar la salud integral** (artículos 39, 20 y 21 de la Constitución local) y a la **seguridad social** (artículo 14 bis de la Constitución Nacional y 44 de la Constitución local).

7.2. Así las cosas, cabe memorar que desde antaño ha sido reconocido el deber de los jueces de examinar las leyes en los casos concretos, confrontándolas con el texto constitucional y *“...abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con*

ella...”[15]. En razón de ello, **corresponderá declarar la inconstitucionalidad del inciso e) de artículo 6° del Reglamento de Afiliaciones de la ObSBA** y su consecuente **Disposición n° 459/UNAA/15** en tanto exige recaudos mayores a los establecidos por normas de jerarquías superiores para poder ser afiliado a dicha obra social.

V

Control

de

Convencionalidad

1. La prestación del servicio de justicia no debe soslayar la obligación en cabeza de los magistrados de ejercer el **control de convencionalidad**, mediante la evaluación del respeto al plexo internacional de derechos de las normas aplicadas en cada caso.

En este sentido, la jurisprudencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha reconocido que los jueces “...*deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana*”[16].

Conteste con ello, el **Alto Estrado recoge de modo expreso el control de convencionalidad interno** que enuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos como pieza central de la plena eficacia de los derechos humanos[17].

2. En miras a poner en marco la textualidad de los preceptos en el *sub lite*, corresponde tener presente el marco normativo de los derechos involucrados en el sub examine: **derecho a la protección integral de la salud; derecho a la seguridad social; derecho a la protección integral de niños, niñas y adolescentes y derecho a la protección de la familia.**

Esta cosmovisión debe marcar y enmarcar la télesis de hacia donde dirige su mirada la justicia en su función tuitiva de los más desfavorecidos, como clave de bóveda de las políticas sociales amparadas por la carta local y el bloque de convencionalidad.

2.1. Desde esa perspectiva, repárese el valor primordial del derecho a la salud integrativo del derecho a la vida y la asistencia médica que conlleva ínsito. En el *sub examine*, resultan de aplicación directa las **normas internacionales** que reconocen el **derecho a la salud integral** consagrado en el **artículo 25 inciso 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 10 inciso 1° y 12 incisos 1° y 2° puntos c) y d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 5° inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

En particular, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** a través de la **Observación General n° 14** [18] señala que el derecho a la salud no implica solamente un derecho a estar sano sino que acarrea además un conjunto de libertades y derechos, entre los que se incluye el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, en relación al “*derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”- dicha observación interpreta que el Pacto **rechaza** la adopción de **medidas regresivas** en la materia.

En ese sentido, refuerza la inconvencionalidad de la norma en crisis el **principio de no regresividad** al que el país y esta ciudad se hallan obligados a respetar en virtud del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales[19], incorporado a la Constitución Nacional y por el reconocimiento del artículo 10 de la constitución local a los tratados suscriptos. Desde luego, no resulta permisible la adopción de medidas regresivas que impacten negativamente en el pleno y efectivo goce de los derechos que consagra el plexo.

2.1.1. El contenido internacionalmente delineado respecto al derecho a la salud[20] forma parte de nuestro bloque **constitucional federal** en atención a la jerarquía constitucional dada a los tratados internacionales de derechos humanos en el inciso 22 del artículo 75 de la CN. Impronta que se manifiesta en el orden local en el capítulo segundo de la **Constitución de la Ciudad -artículos 20 a 22-**, en el cual se reafirma el reconocimiento al derecho a la salud de manera amplia, mediante la clara expresión de la extensión del contenido del derecho[21], la creación de obligaciones para los órganos locales[22] y la fijación de principios rectores para la materia.

2.1.2. A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, nuestro Máximo Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud entre otros y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas[23].

Este escenario compromete a los organismos que deben velar por la salud y la vida de sus afiliados -cual la demandada- por expresa exigencia constitucional y legal. Ello, en tanto alumbra el **derecho a la salud integral** consagrado en la **ley n° 153**[24], con apoyo en diversos principios tales como su concepción integral, el desarrollo de una cultura de la salud, el gasto público como una inversión social, la cobertura universal y la **solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema**[25]. Sólo así quedará satisfecho el pacto de socialidad que involucra la carta constitucional nacional, los tratados internacionales de igual jerarquía y su correlato local.

2.2. Por último, no debe soslayarse que el *sub examine* se encuentra conectado con **otros derechos** que gozan de idéntica tutela convencional.

2.2.1. En particular, la **Observación General n° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** [26] interpreta el **derecho a la seguridad social**, reconocido en el **artículo 9° del PIDESC**, como comprensivo del “*derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente y del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales*”. Ello, en consonancia con en el **artículo XVI** de la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** y el **artículo 22** de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**.

2.2.2. Por otro lado, no puede obviarse la **protección al derecho integral de los niños**. En relación con ellos, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, en su **artículo 24**, asegura que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios y a recibir asistencia médica y atención sanitaria necesaria [27] y en **artículo 27** se garantiza el desarrollo integral del niño[28]. Por su parte, el **artículo 6** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege el derecho a la vida[29].

2.2.3. En íntima conexión con los derechos reseñados *ut supra*, es importante recordar que la incorporación a la plataforma constitucional de los pactos internacionales por medio del **inc. 22 del artículo 75**, ha permitido precisar el modo en que opera la protección constitucional a la familia y, en consecuencia, receptar una protección ampliada.

Acorde con esa concepción la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que “...la *protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio...*” [30] Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su **artículo 16**, apoya el concepto de la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el **artículo 23** garantiza el derecho a la familia y precisa que la unidad familiar tiene el derecho a ser protegida por la sociedad y el Estado.

En ese mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece las obligaciones de los Estados, obligándolos a adoptar diversas medidas tendientes a que el

niño goce de los cuidados propios del entorno familiar[31]. En mérito de las consideraciones precedentes, es dable destacar que tanto los tratados internacionales como las observaciones o recomendaciones generales, los fallos judiciales u opiniones consultivas de los comités creados por los tratados a los fines de su cumplimiento, resultan de aplicación obligatoria, según lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en oportunidad de reconocer a los órganos de los tratados como únicos interpretes autorizados de éstos, por lo que los tribunales inferiores deben adecuarse a dicha interpretación[32]. Por lo tanto, toda disposición de inferior jerarquía a las normas legales y supralegales citadas precedentemente debe reconocer la responsabilidad asumida por el progenitor afín y coadyuvar a su ejercicio. No ha sido ésta la conducta observada por la demandada, que ha rechazado la afiliación de la niña con fundamento en requisitos no contemplados en el ordenamiento legal vigente.

VI

Conclusión

Final

1. En síntesis, desde la atalaya del bloque de legalidad supranacional reseñado, la pauta incorporada en el **inc. e) del artículo 6° del Reglamento de Afiliación de la ObSBA y la Disposición n° 459/UNNA/15** no se compadecen con aquél en miras a privar a la niña de su afiliación lo que conduce a la privación de su derecho a la salud. Por ende, de consuno con el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos[33] en su alusión a las restricciones permitidas al ejercicio de los derechos, se concluye en la definitiva **inconveniencia de la reglamentación en juego** y su **consecuente Disposición n° 459/UNAA/15** en tanto desnaturalizan el **derecho a la salud integral, a la protección de los niños, niñas y adolescentes y a la protección de la familia**, que encuentran protección en las normas supranacionales antedichas. En virtud de las consideraciones constitucionales y supranacionales *ut supra* apuntadas, la conducta denegatoria de la demandada frente a la solicitud de afiliación como adherente de la hija afín del afiliado titular -por exigir requisitos que el ordenamiento legal vigente no contempla- resulta manifiestamente ilegítima y violatoria del plexo de derechos y garantías constitucionales reseñados. Por todo lo cual corresponderá **declarar la inconstitucionalidad y la inconveniencia del artículo 6° inc. e) del Reglamento de Afiliación y de la Disposición n° 459/UNAA/15** en cuanto cercenan el derecho a la salud, a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y a la familia, en el sentido *ut supra* explicado.

Como corolario de la conclusión arribada *ut supra*, la ObSBA **deberá afiliar a la niña Y.C.G.** (DNI 47.747.415).

Por todas las consideraciones vertidas, **SE RESUELVE:**
1º) Hacer lugar a la acción de amparo incoada por **José Vladimír Olave Miranda** (DNI 18.712.582) y **Carolina Alicia Banegas** (DNI 32.381.239). Sin imposición de costas dado que la parte actora está representada por el Ministerio Público de la Defensa.
2º) Declarar la **inconstitucionalidad e inconveniencia del artículo 6 inc. e) del Reglamento de Afiliaciones y de su consecuente Disposición n° 459/UNNA/15**, en cuanto el derecho de afiliación de la niña **Y.C.G.** (DNI 47.747.415) que consagra el artículo 19 inciso c) de la ley n° 472, a tenor de lo decidido en los apartados IV, V y VI.
3º) En consecuencia, **se condena a la ObSBA a que proceda afiliar a la niña Y.C.G.** (DNI 47.747.415) en forma inmediata.
Regístrese, notifíquese a las partes, a la Asesoría Tutelar y al Ministerio Público

[1] LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 243 y siguientes.

[2] Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, “*Del Piero Fernando Gabriel c/ GCBA s/ ejecución de sentencias contra autoridad administrativa*”, expediente n° 979/01, resolución del 11/12/2001.

[3] **Artículo 28** “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

[4] **Artículo 10** “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. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”.

[5] CAZZANI, Graciela Elizabeth y SANCHÉZ, Lorena Alejandra. “*La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria*”. Cita Online: AR/DOC/1078/2015.

[6] CAZZANI, Graciela Elizabeth y SANCHÉZ, Lorena Alejandra. “*La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria*”. Cita Online: AR/DOC/1078/2015.

[7] Promulgado por la ley n° 26.994

[8] GARCIA RUBIO,, María Paz, “*Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*”, Civitas, Madrid, 1995, ps. 19 a 25; 68 y69. Cita extraída de: FANZOLATO, Eduardo I., “*Derecho de Familia*”, t. I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007, p. 55.

[9] **Artículo 18:**”1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la

vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, as como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

[10] Sancionada el 05/08/2000 y publicada el 12/09/2000 en el BOCBA n° 1.025. Texto consolidado de acuerdo al Digesto Jurídico de la Ciudad (ley n° 5.666, BOCABA n° 5.014).

[11] Sobre esta categoría jurídica, GORDILLO recuerda las palabras de SAYAGUÉS LASO al caracterizarlos como “...entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público...personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público”; en GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1° edición, Buenos Aires, FDA, tomo I, cap. XIV, página 5 y ss.

[12] Artículo 5: Integran el grupo familiar primario todas las personas que tengan un vínculo filial o relación conyugal con el afiliado titular.

[13] Nótese que el **artículo 19 de la ley n° 472** también reconoce como afiliados a los jubilados, pensionados y retirados que hubieran concluido su etapa activa en la administración de esta Ciudad, junto a su grupo familiar.

[14] Ante la literalidad del artículo 28 de la CN, Gelli se pregunta acerca de los destinatarios de aquella prohibición. Al respecto concluye que “...**todos los poderes del Estados y sus funcionarios** –no sólo el Congreso Federal- están ligados, obligados por el principio de limitación [...] todos se encuentran compelidos a no alterar las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución” (destacado añadido). En GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, tomo I, pp.422.

[15] CSJN, in re “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”, sentencia del 12/11/1886 (Fallos 33:162).

[16] “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, sentencia del 24 de noviembre de 2006.

[17] CSJN, in re “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/07/2007 (Fallos 330:3248). Repárese que la doctrina no se ha visto en nada alterada por el reciente pronunciamiento del Máximo Tribunal in re “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, expediente n° 368/1998(34-M)/CS1, sentencia del 14 de febrero de 2017.

[18] <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view>.

[19] **Artículo 2.1** “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

[20] En este sentido, el **artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** garantiza que “*toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”; mientras que la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su **artículo 25.1** expresa que “*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez [...]*”. Asimismo, el **artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** reconoce el derecho de toda persona al “*disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [...]*”.

[21] **Artículo 20** “*Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente [...]*”.

[22] **Artículo 21** “*La Legislatura deberá sancionar una ley básica de salud, conforme los siguientes lineamientos [...]*”

[23] CSJN, “*Monteserin Marcelino contra Estado Nacional*” del 16/10/01; “*Campodónico de Bevilacqua Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social*” del 24/12/00.

[24] Sancionada el 25/02/1999 y publicada el 28/05/1999 en el BOCBA. Texto consolidado de acuerdo al Digesto Jurídico de la Ciudad (ley n° 5.666, BOCABA n° 5.014).

[25] Contenidos en el artículo 3° de la ley n° 153.

[26] http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN19

[27] **Artículo 24.1.** “*Los Estados Partes reconocen 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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: ... b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud*”

[28] **Artículo 27 1.** “*Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*”.

[29] **Artículo 6: 1.** “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”.

[30] CSJN, Fallos 320:196 ; 316:2441, entre otros.

[31] **Artículo 10:** “**1.** De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. **2.** El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal

fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

Artículo 20: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

Artículo 22: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes. 2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los

padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención”.

[32] CSJN, Fallos: 327:3753; 327:3677; 328:4343; 332:709.

[33] **Artículo 30** *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.*

