

**Se promueve Acción de Amparo**

**JUZGADO LETRADO DE FAMILIA DE TURNO**

Nestor Fabián GONZÁLEZ GÓMEZ, titular de la cédula de identidad 3.175.406-6 y Marianela de JESÚS TORRES, titular de la cédula de identidad 3.727.307-0, en representación de nuestro menor hijo **Bruno Agustín GONZÁLEZ GÓMEZ**, titular de la cédula de identidad 5.171.671-7, todos con domicilio real en Calle Sauce esq. 26 de Mayo (Canelones), constituyendo domicilio procesal físico en Av. 18 de Julio 1824 (Consultorio Jurídico UDELAR, grupo Dr. Ceretta) y procesal electrónico en **CJUDELAR14@notificaciones.poderjudicial.gub.uy**, al Juzgado nos presentamos y decimos:

Que venimos a promover acción de amparo contra el **Fondo Nacional de Recursos (F.N.R.) sito en 18 de Julio 985. (Galería Cristal 4º Piso)**; en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

**I) – HECHOS**

1. Bruno tiene 17 años y es portador de **hipoacusia sensorial severa** tal como surge del informe realizado por su otorrino tratante Dr. Matías López quien lo asiste en el Hospital Militar.-
2. Según el propio informe, la hipoacusia se ha profundizado en los últimos años, sin obtener resultados con el uso de audífonos.-
3. Esto provocó que actualmente cuente con una pésima discriminación (del 10 al 20% con audífonos).-
4. Frente a la ineficacia de los audífonos, la única posibilidad de tratamiento que le permita recuperar el sentido de la audición es la colocación de un implante coclear en su oído derecho.-
5. Debido a la pérdida de audición Bruno se ha encontrado con limitantes, no solo a nivel social, sino también a nivel educativo. Según informe de la Psic. Lic. Eva Domenech: *“...se presenta como un adolescente inhibido, se comunica solo a requerimiento. Presenta importantes dificultades para comunicarse debido a su discapacidad auditiva. Aspecto que interfirió en la aplicación de la técnica de nivel al igual que su dificultad para comprender las consignas...”*.-

6. El informe en cuestión concluye además, que Bruno no adquirió la lecto-escritura, lo que lo aísla cada vez más de su entorno.-

7. Las mencionadas dificultades han conspirado contra su normal desarrollo e inclusión social, incluyendo el mundo educativo y laboral. En la actualidad Bruno percibe una pensión por discapacidad del BPS, que a la fecha asciende a la suma de \$6.930 (seis mil novecientos treinta pesos) mensuales.-

8. Tanto el dispositivo que necesita como la cirugía para su implantación no han sido puestos a cargo de los prestadores de salud en el Plan Integral de Asistencia en Salud (PIAS), razón por la cual no podemos exigirselo al prestador de salud.-

9. En nuestro país el dispositivo es cubierto por el Fondo Nacional de Recursos exclusivamente a los niños que tengan entre 0 y 7 años, en virtud de un protocolo obsoleto elaborado en el año 2000, donde solo se pensó en los niños que nacían sin poder oír. Desde hace muchos años esa situación cambió desde el momento en que el implante coclear ha demostrado beneficios, aún mayores en los postlocutivos que han perdido la audición en momentos de su vida en que ya habían adquirido el lenguaje, en situación que coincide con la de Bruno.-

10. Sin ninguna razón científica que lo avale el Protocolo de cobertura del FNR se mantiene con aquellos criterios esgrimidos hace más de 18 años, en una conducta que se advierte a todas luces como manifiestamente ilegítima por la desprotección que provoca en los derechos fundamentales.-

11. Asimismo, el BPS lo financia exclusivamente a los afiliados activos de la Caja de Industria y Comercio, lo que nos impide también obtenerlo por dicha vía.-

12. Por otro lado, la cirugía de implantación ha sido puesta con carácter general a cargo del FNR en el artículo 20.96 del PIAS, cuando establece que *“la implantación o sustitución de prótesis coclear (implante coclear) implantación de receptor (en el cráneo) e inserción de electrodo en la cóclea, estarán a cargo del FNR”*, como surge del documento que se acompaña.-

13. El referido catálogo de prestaciones fue aprobado por el Decreto 465/2008, ampliado luego por la reciente ordenanza 289/2018 del 16 de abril de

2018.-

14. El día 06 de Junio presentamos una petición de financiación del dispositivo de Implante Coclear ante el F.N.R.

15. El día 17 de Junio se nos notificó la resolución negativa por parte del F.N.R., fundándose en que la cobertura de Implante Coclear no está comprendido en la resolución de la CHA.-

16. Por lo expuesto, y con el fin de mejorar la calidad de vida de nuestro menor hijo, es que corresponde a su interés, iniciar la presente acción intentandola protección de sus derechos a través de la tutela jurisdiccional.-

## **II) – LA ENFERMEDAD Y EL TRATAMIENTO**

17. La hipoacusia, sordera o deficiencia auditiva, es un trastorno sensorial que consiste en la incapacidad para escuchar sonidos, y que dificulta el desarrollo del habla, el lenguaje y la comunicación.-

18. El Implante Coclear es un transductor que transforma las señales acústicas en señales eléctricas que estimulan el nervio auditivo. Estas señales eléctricas son procesadas a través de las diferentes partes de que consta el Implante Coclear, las cuales se dividen en Externas e Internas.-

19. En cuanto a las externas, consiste en un Micrófono que recoge los sonidos, que pasan al Procesador; éste último, selecciona y codifica los sonidos más útiles para la comprensión del Lenguaje; por último, el transmisor, envía los sonidos codificados al Receptor.-

20. En lo referido a las internas, consta de un Receptor-Estimulador, que se implanta en el hueso mastoides, detrás del pabellón auricular, y envía las señales eléctricas a los electrodos. Éstos últimos, se introducen en el interior de la cóclea (oído interno) y estimulan las células nerviosas que aún funcionan. Estos estímulos pasan a través del nervio auditivo al cerebro, que los reconoce como sonidos, permitiendo obtener la sensación de oír.-

21. Ambas partes (externa e interna) se ponen en contacto por un cable y un imán.-

22. En nuestro país, existen más de 300 personas implantadas entre adultos y niños en los que se observa un altísimo porcentaje de éxito, particularmente en adultos con características similares a las que me encuentro,

que han podido recuperar un sentido perdido, con repercusiones favorables en su desempeño laboral y de vida de relación.-La hipoacusia, sordera o deficiencia auditiva, es un trastorno sensorial que consiste en la incapacidad para escuchar sonidos, y que dificulta el desarrollo del habla, el lenguaje y la comunicación.

### **III) – COSTO DEL IMPLANTE COCLEAR**

23. Como se prueba con información que se solicitó a “AUDIPRO Soluciones Auditivas”, el presupuesto del implante coclear es de U\$S 30.350,00 (treinta mil trescientos cincuenta dólares americanos).-

24. Asimismo, para su colocación es necesaria una cirugía con todos los gastos que esto implica, debiendo realizarse en los centros hospitalarios que cuentan con infraestructura y personal entrenado para ello. En el caso de mi médico tratante recomienda el Hospital Británico, cuyo se encuentra en el entorno de los \$250.000.-

### **IV) – AUSENCIA DE MEDIOS ECONÓMICOS SUFICIENTES**

25. Bruno vive con sus padres. Su madre Marianela se encuentra actualmente desempleada y su padre Néstor trabaja como Soldado de Primera en el Ejército Nacional, percibiendo un sueldo líquido de \$12.884 (doce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos) a la fecha, tal como surge del documento que se acompaña.-

26. Como fácilmente se comprenderá nuestra familia no se encuentra en situación de poder acceder por sus propios medios a la alternativa terapéutica que Bruno necesita.-

27. Respecto a este punto es menester destacar lo expresado en el artículo 2 de la Ley 18.335: “... *Los pacientes y usuarios tienen derecho a recibir tratamiento igualitario y no podrán ser discriminados por ninguna razón ya sea de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidades, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica.*”.-

28. En dicho sentido es necesario citar la sentencia 6/2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno en la cual se establece: “...*La Constitución nacional no exige un estado de “indigencia” sino sólo carencia de recursos económicos para afrontar el gasto de que se trate, extremo que, mediante la prueba aportada por la parte actora, se ha acreditado en forma suficiente...*”.-

29. A dicho respecto, la jurisprudencia al comentar el art. 44 de la Constitución, es conteste en afirmar que “(...) a efectos de establecer si una persona encuadra dentro de la categoría de carentes de recursos suficientes, no solo se debe considerar los ingresos y bienes de la persona sino, si los mismos son suficientes para costear los medicamentos o tratamiento respectivo teniendo en cuenta el interés superior que se trata de proteger y la urgencia en encontrar una solución acorde a la situación planteada, no parece razonable extremar el rigorismo en la exigencia indefectible de un prueba negativa (no poder pagar el costo del medicamento que se solicita), lo que es obviamente de muy difícil producción (...) como lo ha señalado el Tribunal debe subrayarse que la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la accesibilidad económica en el sentido de que todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de salud, independientemente de sus ingresos” (Sentencia 0005-00009/2018 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno).-

#### **V) – EL F.N.R. Y LA FINANCIACIÓN DEL IMPLANTE COCLEAR.**

30. El Fondo Nacional de Recursos se hace cargo del costo del dispositivo cuando los implantes se hacen en niños menores de 7 años, antes del ingreso escolar.-

31. Asimismo el F.N.R. cubre la primera calibración del mismo, las pilas necesarias para su funcionamiento y la administración de la vacuna antineumococcica. Para esto se destina un monto mensual a cada niño con adhesión al tratamiento a través de ADAIC (Asociación de Apoyo al Implantado Coclear).-

32. De la misma manera se ha cubierto la reparación de procesadores externos que se encuentran fuera de garantía y donde se constata un buen uso del aparato y un adecuado proceso de rehabilitación.-

33. Luego, los pacientes ingresan en un programa de seguimiento coordinado por una licenciada en trabajo social del F.N.R. Periódicamente se realizan jornadas de capacitación dirigidos a fonoaudiólogas responsables del seguimiento de pacientes.-

34. Sin embargo, los que padecemos hipoacusia progresiva, y hemos

venido perdiendo la audición, pero no nacimos con hipoacusia, no somos considerados por el FNR, como consecuencia de un protocolo que va a cumplir 20 años sin actualizarse.-

35. Esto ha motivado constantes condenas judiciales al FNR tanto para adolescentes como para pacientes adultos, como por ejemplo la dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno en Sentencia N° 8/2018 del 27/02/2018, cuando expresa: *“...se observa que según surge del Catálogo de prestaciones del Plan Integrado de Asistencia en Salud (decreto 568/2008) obrante a fs. 136, surge que tanto el dispositivo como su intervención quirúrgica se encuentran a cargo del FNR, en la medida que en el capítulo de OPERACIONES EN EL OÍDO, se colocó a cargo del FNR sin ningún tipo de restricción, la IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE PRÓTESIS COCLEAR (IMPLANTE COCLEAR) y como observan los accionantes, la circunstancia de que en otras oportunidades los pacientes por algún motivo hubieran asumido el costo de la intervención, no exonera al FNR de la obligación se puso a su cargo”*. (Subrayados nuestros).-

36. Del mismo modo ocurre con los Tribunales de alzada, véase Sentencia N° 65/2018 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno: *“...La Sala comparte la interpretación que hizo el a quo del P.I.A.S en el numeral 9.c de su fallo (fs.200). A fs.136 obra el catálogo del P.I.A.S y precisamente en la fojas 140 es encuentra dentro del capítulo de OPERACIONES EN EL OÍDO el implante coclear, no existiendo restricción alguna, dice "IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE PRÓTESIS COCLEAR". Es un absurdo que en casos de menores de 7 años solo se dé el dispositivo y no se cubran los gastos, cuando es sabido que tal prestación no fue puesta de cargo de las Instituciones particulares.”*(Subrayados nuestros).-

37. En Sentencia N° 48/2018 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno: *“Ha de tenerse presente que el Decreto 465/008 en el Anexo II. CAPITULO 4) -PROCEDIMIENTOS TERAPÉUTICOS Y DE REHABILITACIÓN punto 4.a.4 relativo a las Operaciones al Oído, en el punto 20.96 establece expresamente: Implantación o sustitución de prótesis coclear (implante coclear) (FNR) (destacado propio). Por tanto la negativa del FNR es ilegítima, ya que el*

decreto mencionado, que es el que aprueba los Programas Integrales de Salud y el Catálogo de Prestaciones definidos por el Ministerio de Salud Pública, que deberán brindar a sus usuarios los prestadores que integren el Sistema Nacional Integrado de Salud, dispone que la cobertura de las operaciones de implantación o sustitución del implante coclear, esté a cargo del FNR. Consecuentemente entonces, no solo debe proporcionar el implante sino también cubrir los costos de la operación requerida a dichos efectos, porque expresamente la norma establece que así sea. (...) y de la normativa no surge que sean las instituciones de salud las que deban cubrir los costos de la cirugía...” (Subrayados nuestros).-

#### **VI) – PRECEDENTES**

38. A la fecha, son de nuestro conocimiento numerosas situaciones similares amparadas por sentencias de primera y segunda instancia. Ejemplo de ello, pero no las únicas, son los expedientes 2-3536/2015 tramitados en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de 4º Turno; sentencia que condena al F.N.R. y fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno. El Tribunal basa su sentencia entre otras cosas en el fundamento de que: “*En lo que resulta relevante a este grado, la Sentencia basó la condena al FNR en la existencia de un obrar manifiestamente ilegítimo. - Entendió el a-quo que, pese a que el MSP en cumplimiento de la Constitución, incluyó el dispositivo en el PIAS para que fuera financiado por el FNR para todos los usuarios del SNIS, éste último se negó a proporcionárselo al actor en base a un protocolo establecido por el propio organismo, según el cual solo se financia para niños menores de siete años y no para adultos.- Resulta de obrados que el actor requiere el dispositivo por ser el único mecanismo que le permitiría aliviar su enfermedad y reinsertarse a la vida en sociedad. El FNR no ha acreditado en autos cual es la evidencia científica que posee y que sería contraria a lo expuesto en autos por el médico tratante. Se ha violado el Principio de igualdad previsto en el art.8 de la Constitución, en tanto no acreditó en forma fundada la evidencia científica que dispone el organismo, para negar el implante a mayores de siete años de edad. La resolución en que se apoya el FNR data de quince años atrás”.* (Subrayados nuestros).-

39. Por su parte, la Sentencia 67/2015 del Tribunal de Apelaciones en

lo Civil de sexto Turno, que al resolver un caso análogo sostuvo: “...La ilegitimidad manifiesta del FNR se ubica en el hecho de fundar su negativa en informes y resoluciones obsoletas, que datan del año 2000, lo que colide con principios fundamentales de la actividad médica, cuál es el proceder de acuerdo con los dominios adquiridos o actuales en la tutela de la salud, principio inserto en todos los códigos deontológicos (...) El FNR se limitó a denegar la prestación basándose en un informe de quince años atrás, aún cuando del mismo surge que la técnica es la única opción para sorderas bilaterales. (...) En su denegatoria se limitó a expresar que la cobertura comprende a niños menores de siete años, sin agregar motivación alguna que demostrara haber considerado los argumentos técnicos de la peticionante. (Subrayados nuestros). Tal actuar basado en un informe obsoleto sin haber analizado las circunstancias particulares de la peticionante, ingresa en el concepto de ilegitimidad manifiesta y violatoria del principio de igualdad, en tanto no acreditó en forma fundada la evidencia científica para negar los costos de intervención en razón de la edad de la peticionante.”-

40. En la misma línea de pensamiento y ante un caso idéntico, la Sra. Juez letrado en lo Civil de 11º turno dictó la sentencia N.º 56/2017 condenando al F.N.R. a cubrir el dispositivo y su correspondiente cirugía, entendiendo que el F.N.R.: “... Al negar la cobertura financiera de implante coclear, se ha pronunciado en forma ilegítima, en tanto no ha fundamentado en modo alguno su decisión y menos aún ha tomado en consideración los argumentos expuestos por el médico de la paciente. Se trata de argumentos de neto corte burocrático, sin respaldo científico alguno. Adicionalmente, el criterio esgrimido resulta totalmente arbitrario y carente de lógica y por ende manifiestamente ilegítimo, en tanto lesiona, restringe, alerta y amenaza el derecho de la actora a cuidar en debida forma de su salud y en definitiva el derecho al goce de una vida digna, consagrado en los arts, 7 y 72 de la Constitución de la República.”-

41. Hasta la fecha, el amparo judicial ha sido la única vía que han podido seguir los pacientes, como Bruno, para obtener un implante coclear.-

## **VII) – FUNDAMENTOS DEL AMPARO**

42. **Elementos Subjetivos – Competencia Judicial:** respecto a la

competencia del Poder Judicial en casos como el de autos, es oportuno citar al *Dr. Leslie Van Rompaey*, al comentar un fallo del TAC 5º Turno, desestimatorio de una acción de amparo: *“A mi entender, los principios y argumentos invocados por el Tribunal en defensa de la solución desestimatoria del amparo, que radican básicamente en la aplicación estricta de un decreto reglamentario, en una desmedida sujeción al self restraint, en la medida que la decisión judicial estimatoria del amparo podrá interferir en la política de atención sanitaria, decisiones de orden técnico médico y de gobierno de la salud, y en la eventual afectación de otros intereses comunitarios a los cuales no hace referencia concreta, no resultan convincentes. No se trata de una invasión indebida en áreas de política de salud, ni se advierten consecuencias perjudiciales para el interés general de la tutela del derecho a la vida de los pacientes (por lo menos, lo que sí está probado, a una sobrevida en condiciones compatibles con la dignidad de la persona humana), ni mucho menos puede sostenerse razonablemente que la conclusión desestimatoria contemple la solución de justicia del caso concreto...”* (Subrayados nuestros). *“...Por el contrario, entiendo impecable la fundamentación constitucional de las discordias que priorizan la tutela del derecho a la vida por sobre razones –en algún caso meramente especulativas– de orden económico-financiero o la eventual invasión en la esfera de actuación de otros poderes del Estado. Precisamente, tal es la operatividad y directriz teleológica del recurso de amparo. A mi entender, en la resolución de este conflicto de derechos, lamentablemente los órganos jurisdiccionales actuantes perdieron una invaluable oportunidad de hacer justicia.”* *Revista Uruguay de Derecho Público – F.C.U. T. 34 AÑO 2008 “El rol del juez en la sociedad moderna” – Leslie Van Rompaey, pág. 31).*-

43. **Legitimación Activa:** tratándose de un paciente menor de edad, se estará a lo dispuesto por el art. 195 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que regula la acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, remitiendo a lo dispuesto por la ley 16.011.-

44. Resulta del art. 1º de la Ley 16.011, que se otorga legitimación activa a cualquier persona física o jurídica, pública o privada que se vea lesionada en cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos en la

Constitución Nacional, con las excepciones expresamente mencionadas por la norma.-

45. En el presente caso, se conculca el derecho a la protección de la vida, la salud, y la dignidad humana, protegidos por los artículos 7º, 8º, 44 y 72 de la Constitución Nacional.-

46. Lamentablemente, Bruno padece una enfermedad que requiere, en orden de mejorar su calidad de vida, el procedimiento con un dispositivo de alto costo, esto es: un implante coclear.-

47. Dicho dispositivo es el indicado por el médico tratante Dr. Matías López, es el recomendado por la literatura médica nacional e internacional y viene siendo utilizado con éxito en el tratamiento de los pacientes que padecen hipoacusia neurosensorial, como es el caso.-

48. Ante este requerimiento, en virtud de que el dispositivo se encuentra dentro de la Normativa de Cobertura del F.N.R., que se adopta mediante un decreto del Poder Ejecutivo, solicitamos la autorización del mismo al Fondo Nacional de Recursos, quien ha contestado en forma negativa, denegándole a Bruno el acceso al implante, y como ya se dijo, basándose únicamente en un reglamento interno carente de sustento científico actual y vulnerador de principios amparados constitucionalmente.-

49. Lo expuesto determina nuestra evidente legitimación activa en el presente proceso.-

50. **Legitimación Pasiva:** la acción de amparo procede ante cualquier persona pública o privada, física o jurídica a quien se le impute el acto, hecho u omisión violatorio de los derechos o libertades constitucionalmente protegidos.-

51. En la especie nos encontramos frente al demandado, persona pública no estatal, como es el caso del Fondo Nacional de Recursos.-

52. Esta institución es la responsable de dar respuesta a la problemática planteada por las técnicas de costo elevado como la de autos, y resulta legitimada pasivamente cuando su omisión o negativa afecta o conculca el derecho constitucional a ser protegidos en el goce de la salud y a la vida.-

53. La Administración por sí misma o el sistema por ella creado deben brindar una respuesta frente al riesgo concreto de lesión que se produce por la

imposibilidad de acceder a una técnica de alto costo por falta de recursos económicos.-

54. Surge de la propia normativa que la filosofía que inspira el sistema apunta a la universalización y la equidad.-

55. **Elementos Objetivos – lesión a un derecho constitucionalmente protegido:** nuestra legislación da procedencia al amparo cuando estamos ante la lesión de un derecho constitucionalmente protegido, exceptuando la libertad ambulatoria, que se encuentra garantizada por el Recurso de Habeas Corpus, regulado el art. 17 de la Carta Magna.-

56. Cuando hablamos de “derechos constitucionalmente protegidos” no nos referimos únicamente a aquellos que se encuentran implícita o explícitamente reconocidos en la Constitución Nacional, sino también a aquellos recogidos en los instrumentos internacionales de DDHH que ingresan al mencionado cuerpo por la vía del Art. 72.-

57. En la especie se entienden lesionados o amenazados la protección del acceso a la salud, al no suministrarle a Bruno el implante necesario para tratar la patología que adolece y al que por su alto costo nos resulta imposible acceder.-

58. En cuanto al derecho a la salud, el mismo encuentra consagración constitucional en el artículo 44 de nuestra Carta Magna, el cual indica que *“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país”*.-

59. Debe entenderse que inexorablemente las normas de rango inferior, como leyes y decretos, deben tender a la efectivización de los derechos, los cuales únicamente pueden ser limitados solo si surgen razones de interés general.-

60. Haciendo referencia al caso particular de hipoacusia severa, donde el médico tratante planteó como indicación adecuada para la situación clínica puntual y a los efectos de lograr el mejor resultado terapéutico, la implantación del dispositivo “implante coclear”, la cuestión es si nuestro hijo tiene o no un derecho de origen constitucional a ser protegido en el goce de la vida y la salud,

mediante el financiamiento del mismo, a través del Fondo Nacional de Recursos.-

61. NUESTRA ÚLTIMA OPORTUNIDAD DE SOLICITARLO ES ANTE EL PODER JUDICIAL Y MEDIANTE LA HERRAMIENTA DEL AMPARO.-

62. **Ilegitimidad manifiesta:** en cuanto a la ilegitimidad manifiesta en el accionar de los órganos públicos se constata cuando los actos, hechos u omisiones sean contrarios a una regla de derecho o se incurra en desviación de poder. En este sentido, el TAC 1º Turno en Sentencia N° 63 de 21/5/1990 sostuvo *“el elemento de ilegitimidad manifiesta no debe interpretarse con un criterio extremadamente restrictivo. Tal afirmación no colide con la exigencia doctrinaria y jurisprudencial que requiere que la ilegitimidad sea ostensible, clara y surja sin más necesidad que una prueba mínima, que pueda efectuarse sin deterioro de la sumariedad y celeridad del procedimiento”*. (Resaltado nuestro).-

63. En el caso planteado, la ilegitimidad debe analizarse teniendo en cuenta el apartamiento de la norma constitucional.-

64. En efecto, si bien el demandado ha sostenido en anteriores oportunidades que actúa amparándose en normativa legal y reglamentaria al esgrimir las razones de la negativa a suministrar el implante coclear, dicha negativa importa un menoscabo al derecho a ser protegido en el goce de la salud y de la vida previsto por la norma constitucional.-

65. Incurre en ilegitimidad al no afrontar el costo del dispositivo, siendo que dicha prestación se encuentra a su cargo, negándolo sin ningún sustento científico y VIOLANDO ASÍ EL DERECHO A LA SALUD Y A UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA DE BRUNO.-

66. En este sentido, resulta esclarecedor mencionar la sentencia N.º 53/2017 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3º Turno al expresar: *“...Al respecto, de la lectura y análisis del informe del Dr. Álvaro Haretche en su carácter de Director Técnico Médico del FNR de fecha 2/8/2000 (fs. 60/61), el que ameritó la Resolución de la CHA contenida en el Acta N.º 27/00, apartado II.1.1 de 10/8/2000 (...) no surge un elemento claro y determinante para negar la cobertura en situaciones como la de obrados, ni tampoco cual es el criterio rector, científico y determinante para únicamente proporcionar el dispositivo en los casos que expresamente se establecen pero*

*no su efectiva implantación cuando no exista posibilidad material de hacerlo para quienes se encuentran inmersos en esta problemática”.-*

67. **Derecho a la vida:** El derecho a la vida es punto de partida de todos los derechos esenciales del ser humano, su presupuesto y condición necesaria.-

68. Conforme ha señalado el Dr. Jiménez de Aréchaga se trata de un derecho a obtener del Estado el establecimiento de las condiciones mínimas que hagan de la vida un bien apreciable, como realizador del Derecho, el propender al establecimiento de ciertas condiciones generales que favorezcan una vida sana y prolongada (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino “Teoría del Gobierno” Tomo II, Editorial Medina, Uruguay, 1947, Pág. 26).-

69. Los principales instrumentos internacionales del sistema universal consagran el derecho a la vida y a la vida digna, e ingresan por vía del artículo 72 adquiriendo rango constitucional. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 6) y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (art. 11), la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (art. 10).-

70. Por su parte, a nivel regional, el derecho a la vida y a la vida digna se encuentran tutelados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 1) y en la Convención sobre Derecho Humanos (art. 4).-

71. A este amplio elenco normativo universal y regional, se adicionan las normas constitucionales nacionales que expresa o implícitamente reconocen el derecho a una vida digna, tomando el artículo 7 como punto de partida para ello.-

72. En la especie, es evidente que la omisión del FNR significa negarle negarle a nuestro hijo la posibilidad de vivir dignamente.-

73. **Derecho a la salud:** El derecho a la salud como inherente a la personalidad humana también se encuentra consagrado en su protección por diversas normas internacionales y regionales, así como en la Constitución de forma expresa o implícita. “Es el derecho al nivel más alto de posible salud física y mental y su carácter inclusivo comprende los factores determinantes básicos

de la salud (...) incluye otros derechos como el derecho a un sistema de protección de salud que brinde igualdad de oportunidades a la población; derecho a la prevención y tratamiento de enfermedades; derecho a los medicamentos (...)" (BLENGIO VALDÉS, Mariana "DOCTRINA: Salud, acceso a medicamentos y bioética" en Revista de derecho público, año 24, número 48, Diciembre 2015, pg. 15). -

74. A nivel internacional se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24), la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25) y a nivel regional en la Declaración Americana de Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 11).

75. La Constitución nacional establece en el artículo 44.1 que el Estado debe procurar el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes a través de la legislación, lo que supone el reconocimiento del derecho humano a la salud. El derecho a la salud determina la existencia de un sujeto titular de la obligación correlativa, que es el Estado.-

76. El artículo 44.2 determina la obligación de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia a indigentes y carentes de recursos suficientes. Esta norma a diferencia de otras de carácter programático, establece una obligación concreta del Estado lo cual implica a su vez que exista un derecho subjetivo perfecto para el titular, lo cual se traduce en un derecho ejecutable. Tal como señala CASSINELLI MUÑOZ interpretando dicha disposición "La Constitución uruguaya consagra expresamente el derecho a ser protegido en el goce de la vida (...), conformando un haz de protecciones jurídicas de la salud que debe ser desarrollado en la legislación y aplicado por las autoridades administrativas y jurisdiccionales aun en ausencia de ley reglamentaria" (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio "Derecho constitucional y administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi", p. 867). Y más adelante agrega: "El derecho a ser protegido en el goce de la salud puede hacerse valer contra personas públicas o privadas, ante la Administración o ante la justicia, como cualquier otro derecho inherente a la personalidad humana" (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, ob. cit., p. 873). –

77. La lesión a su derecho a la salud y el incumplimiento del Estado de la obligación que el artículo 44.2 de la Constitución establece es flagrante. Como ha quedado dicho a lo largo de este escrito carecemos de recursos suficientes para acceder al tratamiento dispuesto por los médicos para Gabriel. Su situación se encuentra dentro de la previsión del artículo 44.2 de la Constitución lo que lo hace titular de un derecho subjetivo perfecto ejecutable a que su enfermedad sea tratada de forma gratuita, lo que debe asegurar el Estado en cumplimiento de su deber de rango constitucional.-

78. **Principio de igualdad:** Existe un menoscabo al principio de igualdad previsto en el artículo 8 de la Constitución si debemos entender que sólo quienes poseen recursos económicos suficientes pueden ser tutelados en su derecho a la vida digna y salud.-

79. Tal como sostiene nuestra jurisprudencia “El principio de igualdad se considera vulnerado, porque hay personas que pueden acceder al medicamento y otras que no, por razones puramente económicas, desconociéndose los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud, cuyo objetivo es garantizar la asistencia integral de todos los habitantes.” (Sentencia Definitiva 0006-000069/2015. TAC 6°T).-

80. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2.1 expresa “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.-

81. Es incomprensible que se sostenga que tratar en forma desigual a pacientes con una misma enfermedad y que requieren el mismo tratamiento no implica violentar el principio de igualdad. Esto no solo contraviene el propio objetivo atribuido al SNIS, sino que colide de forma flagrante con las normas de máxima jerarquía de nuestro ordenamiento que velan por la tutela de los derechos humanos más fundamentales.-

82. **Derecho a la integridad:** La doble naturaleza de la tortura, en

física y psicológica, es expresamente reconocida por el Comité de DDHH, órgano creado para asegurar el cumplimiento del PIDESC, concluyendo en una interpretación oficial del mismo, que las aflicciones espirituales angustiantes dan lugar a un hecho que viola el artículo 7 del pacto que prohíbe los tratos crueles e inhumanos (Asunto Elena Quinteros Almeida vs. Uruguay. Comunicación nº 107/1981, opinión del Comité de Derechos Humanos de 21 de julio de 1983” (citado por OCHS en “Una encrucijada jurídica y bioética por un encomiable fallo de amparo sanitario”, en Estudios Jurídicos, Universidad Católica del Uruguay, nota 14 pág. 293)).-

83. En los textos internacionales se considera a la tortura como la figura agravada de la violación del derecho a la integridad, siendo el sujeto activo calificado el Estado, y la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que el contenido de la finalidad de la conducta desarrollada no es determinante, lo que guarda relación con la Convención Interamericana que admite cualquier finalidad para calificar un acto de tortura. El desarrollo progresivo de la protección al derecho de la integridad personal lleva al desenvolvimiento de un paradigma de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes practicados en oposición a la norma (convencional) que consiste en que ni el Estado ni los particulares tienen derecho a infligir dolor más allá de lo que la humanidad permite (GALDÁMEZ, Liliana “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” REVISTA CEJIL, DEBATES DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA INTERAMERICANO, 89, AÑO 1, Número 2, setiembre 2006).-

84. El accionar del FNR configura indudablemente un trato con estas características, cruel e inhumano, al no brindarse la medicación necesaria para que Gabriel conserve su vida.-

85. Todos los derechos mencionados y las obligaciones correlativas del Estado de garantizarlos son afirmados también por la jurisprudencia constante. A modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia nº 1/2018 el Tribunal de Apelaciones Familia 2º Turno: “... los artículos 7 y 44 de la Constitución Nacional consagran, respectivamente, el derecho de todo habitante de la República a ser protegido en el goce de su vida y la obligación del Estado de legislar en todas

las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país, así como de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes. Este derecho también está contenido en el art. 72 de la Carta, tratándose de un derecho inherente a la persona humana. El mismo fue reconocido en el ámbito internacional en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el numeral 1 reconoce 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 asistencia médica..." En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley 13751, en su art. 12 se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; imponiendo a los Estados fijar las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N°16137, en su art. 24 núm. 1 reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Se consigna asimismo que los Estados se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. El art. 10 del Protocolo de San Salvador, ratificado por Ley N° 16519 dispone que toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, comprometiéndose los Estados a adoptar medidas para garantizar ese derecho."

### **El papel de los jueces en la protección de los derechos de los niños**

86. Para la efectivización de los derechos mencionados, cabe profundizar en el papel de los jueces en la protección de los derechos de los niños. En el análisis que realiza Oscar Sarlo de los derechos de los niños y su efectividad, se destaca el papel fundamental que desempeñan. Ante la interrogante "¿Cuál es el papel de los jueces en el perfeccionamiento de los derechos?" sostiene SARLO que está claro que ante una demanda de amparo es tarea de los jueces identificar al destinatario u obligado (Oscar SARLO, "Los derechos de los niños y su efectividad" en el IV Congreso Estado de Derecho e

Infancia, A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño, pp. 209 y ss.). En este caso, el rol que debe jugar el Juez es claro, a efectos de efectivizar el derecho a la salud de Gabriel: debe identificarse al obligado de brindar la medicación que Gabriel necesita para vivir dignamente.-

87. SARLO enfatiza el rol de los jueces en esta efectivización de los derechos mencionando que “Surge claro que el constituyente no confió únicamente al legislador el desarrollo de los derechos, deberes y garantías fundamentales. Si el legislador o el administrador no satisfacen las expectativas que genera esa disposición (el artículo 72), entonces los únicos que pueden identificar, desarrollar y efectivizar esos derechos , deberes y garantías implícitos son los jueces, no existe otra posibilidad” (Oscar SARLO, ob. cit.). La acción de amparo promovida es la única posibilidad de nuestro hijo para salvaguardar sus derechos.-

#### **Presunción de ineficacia de otros medios de protección - art. 195 del CNA**

88. Cabe recordar que la acción de amparo regulada por el CNA presume la ineficacia de todo otro medio alternativo de protección al establecer que *“Procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces”*.-

89. Sin perjuicio de que se desprenda claramente de los hechos la ineficacia de la vía administrativa intentada ante la urgencia de la situación, la ley es clara en que la acción de amparo para la protección de niños y adolescentes procede de regla y no residualmente.-

#### **Caducidad**

90. En la situación de autos, no ha operado caducidad ya que el accionar ilegítimo del FNR de no brindar tratamiento configura una omisión, que como tal, tiene naturaleza continuada. De esta forma, el plazo de caducidad comienza a contar cada día en que se produce la omisión.-

91. En este sentido, la Sentencia 30/2017 del Juzgado Letrado en Primera Instancia en lo Civil de 19° Turno expresa *“...En el caso, corresponde descartar la caducidad por cuanto el comportamiento que el actor considera manifiestamente ilegítimo (negativa del Fondo Nacional de Recursos de cubrir*

*los costos (...)) persiste en la actualidad. Esto es, el acto u omisión lesivo tiene continuidad y actualidad". Se señala, asimismo, compartiendo la posición del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno en una acción de amparo por medicamentos que "... la caducidad no se mide desde la negativa al suministro del medicamento requerido (...). La posición de la institución condenada en primera instancia en denegar la medicación recomendada por el Médico tratante al paciente no nos deja de plantear una realidad actual, por su permanencia y continuidad, en que la situación de calidad de vida o de salud se conserva en permanente entredicho o compromiso; por ende estamos hablando de una **situación continuamente inficionada que presupone una conducta persistente y que no ha cesado en su comportamiento**. Así no puede advertirse, a los efectos del art. 4º inc. 2º de la Ley No. 16.011, que el derecho a accionar por Amparo haya caducado".-*

92. Sin embargo, aún no compartiéndose la interpretación expresada, nos encontramos en plazo para interponer la presente acción, puesto que a la fecha no han ocurrido siquiera el plazo establecido en la ley.-

### **PRUEBA**

A efectos de acreditar los hechos alegados en el cuerpo del presente escrito, ofrecemos los siguientes medios probatorios:

**Documental:** se agreguen los siguientes documentos:

- A)** Informe del médico tratante.
- B)** Historia Clínica.
- C)** Petición F.N.R.
- D)** Negativa F.N.R.
- E)** Información Científica.
- F)** PIAS 2008.
- G)** PIAS 2018.
- H)** Presupuesto de costos del implante.
- I)** Presupuesto de costos de la cirugía.
- J)** Testimonio de partida de nacimiento de Bruno.
- K)** Recibo de sueldo de Néstor González.
- L)** Recibo de pensión de Bruno González.

**Testimonial:** se cite y se reciba la declaración del **Dr. Matías López**, en su domicilio laboral Hospital Central de las Fuerzas Armadas, Servicio de Otorrinolaringología, **Avda. 8 de Octubre 3060** a quien se interrogará sobre:

- a) La situación clínica de Bruno.
- b) La pertinencia del procedimiento con Implante Coclear.
- c) La existencia de objeciones médicas al tratamiento.

### **DERECHO**

Fundamos nuestro derecho y el de Bruno en los artículos 7, 8, 72 y 332 de la Constitución Nacional, arts. 4 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 1, 3, 7 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 del Protocolo de San Salvador, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 15.181, Ley 16.343 arts. 4, 5 y 10, Ley 17.930 arts. 264 y 265, Ley 18.211 arts. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 34 y 38, Ley 18.335 arts. 2, 6, 7 y 10, Ley 16.011 y art. 11 del C.G.P y demás normas citadas en el cuerpo de este escrito, así como en toda otra concordante y complementaria.

### **PETITORIO**

Por lo expuesto al Juzgado pedimos:

1.- Se nos tenga por presentados, con copias y recaudos que se agregan, por denunciado el domicilio real, por constituido el procesal y el electrónico, y por deducida la presente acción.

2.- Se notifique personalmente al FNR sito en 18 de Julio 985. (Galería Cristal 4º Piso).-

3.- Se convoque a la audiencia de precepto, recibándose la prueba ofrecida.-

3.- En definitiva, se acoja la presente demanda, condenando al Fondo Nacional de Recursos a cubrir el **costo del DISPOSITIVO IMPLANTE COCLEAR y LA CIRUGÍA DE IMPLANTACIÓN y todo material que fuere necesario, activación y calibración de acuerdo a las indicaciones que formule el equipo médico tratante**, y en caso de incumplimiento se apliquen las sanciones económicas previstas en el artículo 9 lit. C de la ley 16.011.

**1° Otrosí decimos:** a los efectos de los artículos 85, 90, 105 a 107 autorizo a los Doctores Juan Ceretta, Juan Machado, Analia Linares, Facundo Briz, Andrea García, y a los Procuradores Josefina Rochón, Emiliano de los Santos y Nicolás de Soza, indistintamente.

**2° Otrosí decimos:** declaramos que nuestro domicilio real es el que luce en la comparecencia, y que, habiendo sido informados sobre el alcance del mismo, investimos al letrado firmante como nuestro representante legal con las atribuciones que le otorga el Art. 44 C.G.P.

**3° Otrosí decimos:** nos encontramos patrocinados por el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y por lo tanto exonerados de la tributación que correspondiere, así como respecto a los profesionales actuantes.