



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

La Plata, de julio de 2019.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 27890/2019/CA1, caratulado: “M.N.A. c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (INSSJP-PAMI) s/LEYES ESPECIALES (diabetes, cáncer, fertilidad)”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora.-

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Encontrándose reunidos los requisitos previstos en el artículo 153 del C.P.C.C.N. y en los artículos 4 y 7 del RJN, frente a lo peticionado por la Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de esta ciudad, quien se presenta y asume su intervención en representación de N.A.M. (v. fs. 62/66, Pto. IV), corresponde habilitar la feria.

II. Sentado ello, cabe destacar que las presentes actuaciones llegaron a esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, contra la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia le ordenó que dentro del plazo de 48 horas de notificado, asegure y provea a N.A.M. (D.N.I. N° 5.914.745), con el 100% de cobertura de la medicación: KADCYLA (Trastuzumab + Emtasina) 160 mg vía x 1 y KADCYLA (Trastuzumab + Emtasina) 100 mg vía x 1 mientras sea indicada por su médico tratante y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal (v. fojas 48/50 y 31/32, respectivamente).

III. La recurrente se agravia de lo resuelto por el *a quo*, por referir a un rechazo injustificado en el que considera que no ha incurrido.

Manifiesta que la observación que realizó fue teniendo en cuenta el diagnóstico de la paciente que ha tenido una recaída y no ha informado cuáles han sido los motivos. Señala que su principal deber es la protección de la salud de sus beneficiarios, y que en el caso, el derecho a la salud de la actora se lesiona con la medida cautelar dictada.

Indica la amparista los casos para los cuales está recomendado el tratamiento con la medicación peticionada, destacando que no han



acompañado estudios que justifiquen su cobertura a la amparista, y que además con la recaída sufrida sería peligroso.

En cuanto a la procedencia de la vía utilizada, refiere que el amparo requiere la existencia de un acto lesivo, cuya ilegalidad debe aparecer de modo claro y manifiesta, lo que no estaría configurado según su criterio.

IV. Sobre la vía procesal utilizada, las particulares circunstancias que rodean el caso, por encontrarse comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas- entre las cuales se encuentra, lógicamente, el juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179). Sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (conf. Fallos: 330:4647).

El amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Constitución Nacional; tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (conf. Fallos: 329:255; 326:4931).

Por el contrario, en atención a la naturaleza de los daños invocados, que involucran la violación del derecho a la salud, sólo podrían alcanzar una protección ilusoria por las vías ordinarias (Fallos: 330: 520; 329:4741).

El máximo Tribunal ha interpretado que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones. Para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

que cuentan con la tutela de orden constitucional, lo cual produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso.

V. El *sub examine* exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud del accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. De Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros).

VI. Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. “Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 30/09/03).



En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

VII. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos.

En tal sentido, el derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - “R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo”). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

VIII. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

Por su parte, la Ley N° 19.032 creó el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados – PAMI- y en su artículo segundo dicha norma dispone que “...*El Instituto tendrá como objeto otorgar -por sí o por terceros- a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, atendiendo a las particularidades e idiosincrasia propias de las diversas jurisdicciones provinciales y de las regiones del país. Las prestaciones así establecidas se considerarán servicios de interés público...*”.

IX. En el caso, resulta acreditado por la documentación acompañada que la amparista, de 69 años de edad, es afiliada al INNSJP - PAMI, beneficio N° 150671517409 (v. fs. 16 y 17).

Ha sido diagnosticada de cáncer de mama razón por la cual su médica de confianza, Dra. María Gramuglia, especialista en oncología, le ha prescripto el tratamiento objeto de la presente.

Cabe señalar que previo a la interposición de la acción de la amparo, la amparista inició el trámite correspondiente ante la obra social demandada con fecha de solicitud 26 de febrero del corriente (v. fs. 24/25).



Sin embargo, la solicitud fue rechazada, requiriéndosele un estudio imagenológico (v. fs. 26), y ante esa situación la actora interpuso la presente acción.

La respuesta que brinda el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, no encuadra con la que la profesional a cargo ha determinado como la opción viable para salvaguardar la salud de la amparista.

Al respecto, es menester poner especial atención a la relación médico-paciente entablada, ya que los médicos tratantes poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que habrá de utilizarse para afrontar la enfermedad, y tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado de la paciente, por lo que el control administrativo que realiza la obra social demandada no la autoriza, ni la habilita a imponerle prescripción alguna en contraposición a la elegida por el profesional responsable de aquél.

X. Por lo expuesto, teniendo en cuenta los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales que la conforman, corresponde rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez *a quo*.

Por ello, en orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal RESUELVE:

- 1) Habilitar la feria judicial (conf. arts. 4 y 7 del R.J.N.)
- 2) RECHAZAR el recurso interpuesto, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

