

Poder Judicial de la Nación CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA II La Plata, 18 de marzo de 2021. AUTOS Y VISTOS: este incidente de apelación N° FLP 71867/2018/CA1, en autos caratulados: “M, N D c/ PAMI (INSSJP) Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes; Y CONSIDERANDO QUE: EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO: I. Llega este expediente a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por PAMI contra la resolución de primera instancia. La decisión apelada hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada, disponiendo que la demandada PAMI -INSSJP- proceda a la entrega y cobertura del 100%, en el plazo de 72 horas, de la prótesis para amputación sobre rodilla izquierda (cono de enchufe vesalius en acrílico y carbono interno siliconado, sujeción por vacío. Rodilla hidráulica monocéntrica ligera de peso dinámico para usuario activo con ajuste automático a la velocidad de la marcha. Módulos UL pie con doble quilla de fibra de carbono bifurcado terminación cosmética blanda desmontable) al Sr. N D M, de conformidad con la prescripción médica y debido a la patología que padece. Además, tuvo por presentada la caución juratoria como contracautela. II. La acción de amparo fue iniciada por N D M, por derecho propio, y con el patrocinio letrado de Roxana Gabriela Suarez, contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados PAMI), con el objeto de que se le ordene al PAMI la entrega inmediata de la prótesis ordenada por prescripción médica.

En dicha oportunidad relató que padece discapacidad, con amputación de miembro inferior izquierdo. Que, además, se encuentra imposibilitado, aquejado por fuertes dolores y molestias que le impiden su normal y habitual desplazamiento, lo que motivó que la doctora Patricia Casanova haya ordenado, el 21 de mayo de 2018, la entrega de una prótesis para amputación sobre rodilla izquierda, “cono de enchufe vesalius en acrílico y carbono interno siliconado, sujeción por vacío. Rodilla hidráulica monocéntrica ligera de peso dinámico para usuario activo con ajuste automático a la velocidad de la marcha. Módulos ul pie con doble quilla de fibra de carbono bifurcado terminación cosmética blanda desmontable”. Manifestó que es afiliado del PAMI, con el n° 150597605401, y que la obra social se niega a proveerle la prótesis o a dar información certera de cuándo podría entregársela. Expuso que es jubilado y que su situación económica le impide asumir el costo de las prótesis. Además, solicitó el dictado de una medida cautelar por la que se le ordene a PAMI la provisión de la prótesis requerida y, asimismo, ser atendido clínicamente, en lo sucesivo, en la Fundación Favalaro y/o en el Sanatorio Güemes. Finalmente, fundó su derecho, presentó prueba e hizo la reserva del caso federal. III. La decisión del juez a quo fue apelada por la apoderada del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. En su fundamentación de agravios, luego de detallar la naturaleza jurídica del INSSJP, la recurrente sostiene que no ha habido siquiera prudencia de acreditar que exista una negativa infundada de su parte y que su representada arbitró, desde un primer momento, los medios necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto por el juez de primera instancia. En ese sentido, señala que procedió a citar a la actora, a fin de que aporte la documentación pertinente para dar curso al trámite interno ya que se trata de un equipamiento a medida. En ese sentido, se agravia de que la actitud asumida por el a quo denota cierta parcialidad al momento del dictado de la cautelar, atento a que inaudita parte se le conmina a que cumpla un imperativo procesal sin brindarle la posibilidad de ser escuchado. Asimismo, sostiene que la medida cautelar coincide con el fondo de la cuestión debatida, lo que constituiría el cumplimiento de una sentencia definitiva. Por otro lado, refiere que el dictado del decreto precautorio, sin efectuar una valoración ajustada a derecho de la documentación obrante en los actuados, produce un gravamen irreparable al instituto.

Finalmente, se agravia por la violación a su derecho de defensa. Sobre este punto, refiere que se ha violado el principio de bilateralidad del proceso, ocasionando una efectiva privación de justicia.

IV. 1. Ahora bien, es preciso señalar que el derecho a la vida ha sido reconocido 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; 321:1684). Conforme lo tiene dicho el más Alto Tribunal, en autos “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, (Fallos 323:3229; C 823 XXXV; 24-10-2000) “...a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diferentes pronunciamientos 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 en 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 las llamada medicina prepaga...”. En este orden de ideas la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido amparando la cobertura de salud, más allá del Plan Médico Obligatorio tal como pueda observarse en “Reynoso c/INSSJP” (Fallos 329:1638). Como conclusión de lo cual se desprende que no debe aceptarse una lectura estrecha, que prácticamente reduzca el derecho a la salud, desde una interpretación mezquina que concluya en una negación de su tutela ejecutiva. Por otra parte, los Tratados Internacionales que integran el llamado bloque de constitucionalidad federal a tenor del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (conf. arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 12 incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la propia derivación del art. 33 de la Constitución no tolera que no se protejan derechos fundamentales como el derecho a la salud. Como vemos, casos como el que nos ocupa exigen 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 (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 muchos otros). En otro orden, cabe señalar que la ley 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...”. 2. En otro orden de ideas, cabe tener presente que en el caso de autos estamos en presencia de una persona mayor de 72 años, por lo que es de aplicación el art. 75, inc.

23, de nuestra Carta Magna que dispone el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En efecto, con la ley 27.360 se aprobó la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, cuyo objeto es “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”. Esta Convención dispone los deberes a los que quedan comprometidos los Estados Parte, siendo uno de ellos el de adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Cabe destacar también, que aborda de manera específica el derecho a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, con el compromiso de los firmantes de garantizar su goce efectivo, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población. Con este marco, expresamente dispone que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación, por lo cual, se deben diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, como también la rehabilitación y los cuidados paliativos a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

3. Por consiguiente, corresponde expedirse sobre la crítica referida a que la medida dictada se identifica con la pretensión principal de la parte actora. En cuanto a ello, cabe resaltar que estamos en presencia de una medida innovativa, la cual resulta ser la herramienta procesal útil y eficaz para este tipo de cuestiones, que permite dar respuesta oportuna, adecuada –y probablemente fecunda- ante la situación planteada, que la judicatura no puede desoír (v. Barbeiro, Sergio J. “Génesis y expansión de la medida innovativa –un apunte informativo–”, en Cuestiones Procesales Moderas, suplemente especial La Ley, director Jorge W. Peyrano, págs. 52-61). En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un juicio. La fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713). 4. Sentado lo expuesto, cabe destacar que, para la procedencia de las medidas cautelares se requiere la verificación de los presupuestos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora, conforme lo determina el artículo 230 del CPCCN. El dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. En ese sentido, los recaudos para su procedencia previstos en dicho artículo se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad o 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. Ahora bien, corresponde precisar que de las constancias probatorias agregadas digitalmente a la causa ha quedado acreditado prima facie que el señor N M es afiliado del PAMI, bajo el n° 150597605401; que posee un certificado de discapacidad motora emitido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, el que se encontraba vigente al momento de iniciar la acción de amparo; y que la médica geriátrica Patricia Casanova le prescribió al actor la

prótesis que se aquí se requiere (v. fs. 27/28 de este incidente de apelación). En cuanto a la negativa de parte de la obra social, cabe señalar que el amparista acompañó una carta documento, del 13 de julio de 2018, donde, ante una aludida negativa verbal, se intimó al PAMI a la entrega de la prótesis. Como respuesta se encuentra la carta documento emitida por la obra social, del 20 de julio de 2018, donde la accionada le respondió al actor que debía iniciar el trámite de solicitud de equipamiento con orden expedida por su médico tratante. Frente a ello, antes del dictado de la medida cautelar, el juez de primera instancia ordenó, el 13 de agosto de 2018, librar oficio al PAMI a fin de que informe cuál era el estado en que se encontraba la solicitud de prótesis para amputación sobre rodilla izquierda y que acompañe copia certificada de lo actuado por esa administración y/o la documentación a su respecto (fs. 33). Como respuesta, la demandada se presentó, el 23 de octubre de 2019, manifestando que, conforme el informe emitido por la Coordinación Médica de la Unidad de Gestión Local X Lanús, se había dado cumplimiento a lo solicitado en autos. En dicho informe se lee que “La prótesis fue adjudicada el 11/10/2018 para su confección a Ortopedia San Juan. La firma referida procedió durante la semana pasada a citar al paciente a efectos de efectuar la pertinente toma de molde muñón, ya que se trata de un elemento ortopédico de medida; no de stock, es decir confeccionado previamente”. No obstante, corrido el traslado pertinente, la parte actora denunció, el 1 de noviembre de 2018, que se presentó en la Ortopedia San Juan, a los efectos de la confección del molde de la prótesis, pero que le informaron que la ortopedia no había recibido ninguna orden de trabajo para la confección de parte de la obra social (fs. 53/54). En virtud de estos elementos y atento al tiempo transcurrido, es que el juez de primera instancia consideró que correspondía hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada. Por lo tanto, analizados los elementos traídos a examen, considero que se hallaba acreditado el requisito de la verosimilitud en el derecho para hacer lugar a la medida. Por otra parte, el peligro en la demora se encontraba justificado ampliamente a la luz de la avanzada edad del amparista y en los perjuicios que para su salud acarrearía no contar con la prótesis que, a los efectos de su discapacidad, necesitaba. Asimismo, debe rechazarse la queja referida a la violación del principio de defensa instaurado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, toda vez que la accionada tuvo la oportunidad ser escuchada, en la instancia anterior, antes del dictado de la medida cautelar y, en esta, mediante el recurso de apelación concedido.

Por ello, teniendo en cuenta las constancias de la causa, a la luz de las pautas indicadas, surge que ninguna de las razones invocadas por la demandada resulta suficientes para revocar la medida cautelar apelada. V. En consecuencia, por los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la conforman, es que propongo al acuerdo CONFIRMAR la resolución apelada, postergándose un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva. Así lo voto. EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJO: Que adhiere al voto que antecede.

Por ello, SE RESUELVE: Confirmar la resolución apelada, postergándose un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva. Regístrese, notifíquese, ofíciense electrónicamente al juzgado, y remítase a primera instancia a través del Sistema Lex100. Fdo. César Álvarez, Roberto Lemos Arias, Jueces de Cámara. Se deja constancia del estado de vacancia de las vocalías segunda y tercera de esta Sala. El juez Lemos Arias integra en razón de lo dispuesto por la Acordada n° 21/2020 de esta Cámara. Ignacio E. Sánchez, Secretario de Cámara.