

## Accion De Amparo Cobertura Integral Obra Social Prótesis Importada Derecho A La Salud Organizacion Mundial De La Salud

### JURISPRUDENCIA

### Acción de amparo. Cobertura integral. Obra social. Prótesis

importada. Derecho a la salud. Organización Mundial de la Salud Se acoge el amparo incoado contra el Instituto Provincial de Salud, y se lo ordena a que cubra a la amparista la prótesis total de rodilla importada si ello importa la maximización del derecho a la salud. Salta, 9 de Septiembre de 2015 AUTOS Y VISTOS: Esta Causa AFP - 125868/15, Caratulada: ..., ...- AMPAROS CONSTITUCIONALES, y VISTO: I) Que a fs. 01, se presenta la Sra. ... , con el patrocinio del Dr. Federico Muñoz Caro, e interpone Acción de Amparo prevista por el artículo 87 de la Constitución Provincial de Salta, en contra del Instituto Provincial de Salud de Salta (IPSS), con el objeto de obtener la cobertura 100% de una Prótesis total de rodilla estabilizadota posterior anatómica con movilidad de tamaño físico normal de polietileno crosslinked de ultra densidad, marca Stryker, de origen USA, incluyendo con ello asimismo la cobertura total por parte de la obra social de los costos de la intervención quirúrgica, las prestaciones medicas farmacológicas y rehabilitación que sean necesarios para el tratamiento de la patología que sufre la Sra. ... , logrando así que se haga cesar la conducta que mantiene la Obra Social, conducta que atenta contra los derechos de la salud y consecuentemente afectando el derecho de vida (art. 10, 17 y 41 Constitución Provincial). Expresa que la Sra. ... sufre de la enfermedad denominada Artritis Rumatoidea, enfermedad que afecta sus articulaciones, generando una reducción de la movilidad de todo su cuerpo y que en año 2012, se le realizó una intervención quirúrgica compleja en su rodilla derecha, la cual obtuvo exitosos resultados, pudiendo caminar nuevamente por sus propios medios. Que en dicha oportunidad luego de reiterados pedidos por los especialistas tratantes la obra social (IPSS) terminó cubriendo el costo de la prótesis importada, haciéndose notar que en esa oportunidad, la obra social quería darle una prótesis nacional, la cual no era recetada por los profesionales idóneos y que consiguió la prótesis importada ya que la Sra. ... , se vio forzada a realizar varias notas y a recurrir a mecanismos de coerción, amenazando con dar intervención a los medios de comunicación, obteniendo la cobertura de la prótesis recetada y que está documentado en el Expediente N° 7416923- 2012. Que en la actualidad es necesaria la intervención quirúrgica sobre la rodilla izquierda de la amparista, intervención urgente puesto que se pone en riesgo la posibilidad de movilizarse por sus propios medios. Indica que presentó en su momento diversas notas por ante la prestataria de salud, a fin de que resuelva otorgar la prótesis importada que se cubrió en la anterior intervención y que, sin embargo, obtuvo como respuesta, según Dictamen de Auditoria Traumatológica la siguiente ?conforme al procedimiento administrativo de Contratación de la Provincia de Salta, Decreto 1448 y 1658, no se autoriza Marcas Comerciales, sino características técnicas requeridas por el reclamante a fs. 3, el IPSS cumple con dicha normativa y preadjudica conforme a la Ley, otorgándosele a la afiliada el elemento quirúrgico solicitado por el medico tratante a través del oferente... el rechazante solicita que se le provea la prótesis de iguales características técnicas otorgadas por el IPSS, pero de un costo el doble de lo preadjudicado. Esta auditoria no posee facultad para dicho procedimiento requerido por el citado profesional?. Sigue manifestando que la ilegalidad y arbitrariedad del Instituto Provincial de Salud surge de la falta de respuesta a los requerimientos realizados para que se otorgue la cobertura de una ?prótesis total de rodilla estabilizadota posterior anatómica con movilidad de tamaño fisiológico normal de polietileno crosslinked de ultra densidad, marca Stryker, de origen USA?, siendo que dicha obra social autorizó la cobertura de una prótesis de origen nacional. El foco de la ilegalidad y arbitrariedad está dado por la situación fáctica en la que ya se realizó una intervención quirúrgica de la otra pierna, habiendo cubierto la Obra Social en cuestión la prótesis que ahora se solicita, obteniendo excelentes resultados. Destaca que la solicitud que se pregona, no es producto de un capricho sino que el sometimiento a la intervención quirúrgica que se presenta en este caso, es de alta complejidad y se extiende 12 horas aproximadamente, por lo que se puede concluir el alto grado de estrés, trauma, invasión y riesgo que implica. Indica que la colocación de la prótesis nacional es funcional durante un plazo de 3 años aproximadamente teniendo posteriormente que sustituirse dicha prótesis por otra, con todo lo que ello implica, poniendo en riesgo la salud u consecuentemente la vida, debido a la complejidad de la intervención, la enfermedad padecida y avanzada edad. Por lo contrario, la prótesis solicitada por el Dr. Macias, puede extender la funcionalidad durante la totalidad del tiempo que despierta las expectativas de vida de la Sra. ... , evitando así tener que pasar nuevamente por el quirófano, con todos lo aspectos negativos que representa el estar ante esa situación. II) Que a fs. 09 se le dio intervención al Instituto Provincial de Salud de Salta, y que a fs. 24/28, se presenta la Dra. Patricia I. Armonía Malamud en carácter de letrada apoderada del IPSS, quien en su contestación manifiesta el total rechazo a la acción de amparo interpuesta por la Sra. ... En esa línea niega que la situación de la reclamante se encuentre en el marco legal de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución Provincial. Ya que como consta en el expediente administrativo N° 74-16112/2015-0 a nombre de la

amparista, ante el pedido de la actora, el médico tratante a fs.02 no solicitó marca alguna. Que la Coordinación Ejecutiva de Prestaciones, autoriza la provisión de la prótesis solicitada el 08/06/2015, tal y como consta a fs. 30, pero la misma es rechazada por la afiliada a fs. 33/34. Afirma que dicho rechazo se realiza únicamente por formulario, sin acompañar estudios que justifiquen médicamente el pedido de la prótesis importada. Es por ello, al decir de la demandada, que el médico auditor del IPS efectúa informe y expresa que "conforme al procedimiento administrativo de Contratación de la Provincia de Salta decreto 1448 y 1658, no se autoriza marcas comerciales, sino características técnicas requeridas por el reclamante a fs. 3, el IPSS cumple con dicha normativa y preadjudica conforme a la Ley otorgándosele a la afiliada el elemento quirúrgico solicitado por el médico tratante a través de oferente Benjamín J. Briones, oferta N° 41992 que consta a fs. 17", dicho informe lo firma el Dr. Francisco Russo Limberti -Especialista en Traumatología, ortopedia y medicina del trabajo- (tal como consta a fs. 36 del expediente administrativo). Pero además de ello, continúa, a fs. 42/44 se encuentra agregado nuevo informe del Médico Auditor Dr. Russo a través del cual informa que: "es opinión de esta Auditoría Traumatológica autorizar el material solicitado por el médico tratante conforme al diagnóstico prequirúrgico y que consta a fs. 3, con la descripción de Genuropatía de Rodilla Reumática, para lo cual el médico tratante no adjunta ni acompaña otra descripción de la evolución clínica de la paciente afiliada del IPS como así tampoco otras intervenciones quirúrgicas realizadas por él ... La prótesis adjudicada cumple con todas las características técnicas solicitadas por el Médico tratante". Destaca, asimismo, que para interponer el amparo no basta con haber tramitado la vía administrativa previa, sino que es necesario agotar en su totalidad y en forma que corresponda. Observando que en el amparo no es procedente cuando la vía administrativa está todavía inconclusa, es decir en trámite. Tal es un postulado constante de la Corte Suprema; y otras veces, se ha puntualizado que el amparo no puede funcionar como un accesorio de la demanda contencioso administrativa, iniciada o a deducir, ni deben ser admitido si se encuentra pendiente de sustanciación definitiva un recurso jerárquico interpuesto por el interesado o si hay remedio y peticiones administrativas en trámite (circunstancias que autoriza por sí sola a rechazar el amparo). Concluye señalando que resultando la acción de amparo interpuesta formalmente improcedente corresponde su rechazo, sin más trámite. Por último destaca que el Instituto Provincial de Salud de Salta, es una entidad autárquica creada por la Ley 7.127/01, que goza de personalidad Jurídica propia e individual administrativa, económica y financiera, y que no se confunde con el Estado Provincial, como así también expresa que en la demanda menciona como aplicable la Ley n° 24.901 pero la Provincia de Salta, no se encuentra adherida a la misma, sino que en virtud de las facultades conferidas por la constitución sancionó la ley 7.600 que crea el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para personas con discapacidad, siendo la normativa actual en materia de Discapacidad en la Provincia, ya que la discapacidad está regida por dicha Ley, la Ley Provincial de Discapacidad determina los sujetos alcanzados por la misma y además es la génesis del Nomenclador para Personas con Discapacidad (resolución 1-78/10) y determina obligaciones y derechos los cuales fueron estrictamente cumplidos por el IPSS. III) Asimismo, se dio debida intervención al Sr. Fiscal que por turno corresponde, a los fines de su examen y vista, siendo debidamente notificado de la demanda de amparo interpuesta. IV) En el entendimiento de que era necesario contar con la presencia de los profesionales médicos por ante estos estrados a los fines de recabar con mayor amplitud y evacuar consultas específicas a su ciencia en referencia al paciente y su patología, se cita al tribunal a los Dres. Lomberti y Dr. Macías, auditor médico del IPSS y médico tratante de la Sra. ... . Actuaciones labradas en acta con la presencia de todas las partes. A ellas oportunamente me referiré aportando circunstancias especial de ponderación a los fines del fallo que sostengo.- CONSIDERANDO Al momento de analizar la procedencia del presente amparo debemos tener en cuenta la naturaleza del proceso constitucional intentado. En este sentido tenemos que por normativa constitucional (art. 87 de la C.P. y 43 de la C.N.) y jurisprudencialmente el amparo se ha erigido como el proceso que garantiza en forma inmediata y expedita los derechos constitucionales y legales que se vulneran por particulares o autoridades mediante acciones u omisiones arbitrarias o ilegítimas. Asimismo debe reseñarse que la visión restrictiva de la procedencia del amparo, como "remedio heroico", "vía excepcional", y otras caracterizaciones que la presentan como una vía restringida, ha quedado superada merced al entendimiento de que cuando están en juego derechos de raigambre constitucional o convencional deben prevalecer los principios pro-homine y pro-accione y entender al amparo lisa y llanamente como el derecho irrenunciable de acceso a la tutela judicial efectiva. En ese sentido el art. 25 de la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) establece el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales. Ello por lo demás va en consonancia con una correcta interpretación de su procedencia siempre que no exista una vía jurídica "más idónea", es decir, más ágil, rápida, expedita y más protectora de los derechos en juego. Esta interpretación amplia del amparo como vía de acceso a la jurisdicción se refuerza cuando nos encontramos con derechos como el que estamos valorando en el presente caso; derechos que por su naturaleza de principios jurídicos operan exigiendo a las autoridades estatales actuar incluso positivamente para asegurar su desarrollo en la mayor medida posible (Alexy). A su vez esta solución interpretativa también se impone cuando se suma al objeto tutelado un sujeto vulnerable, esto es y en este caso, personas con desventajas o con discapacidades que requieren por manda constitucional inmediatas

acciones positivas por parte de las autoridades públicas (art. 75 inc. 23 de la C.N.). Así se ha dicho, en cuestiones en donde se ventilaban temas de salud, que ¿el amparo es la vía idónea para reclamar el cese de un acto u omisión de las autoridades públicas o privadas que afecten o restrinjan el derecho a la salud? (CSJN Fallos: 326:4931; 329:2552; 331:563). Y ¿si es posible inferir que se ocasionará un daño grave e irreparable remitiendo el examen de la cuestión a otros procedimientos, corresponde a los jueces abrir la vía del amparo? (CSJN Fallos 323:1200, Dictamen Procuración General). También que ¿Su procedencia formal debe ser interpretada con amplitud para no tornar utópica la protección judicial, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración del derecho? (CSJN Fallos 327:2413 y 5210; 330:4647) -Cf. Petre, Carlos y Uriarte, Fernando, ¿Derecho a la salud y acción judicial?, en *Tratados de los Derechos Constitucionales*, Rivera, Elías, Grosman, Legarre (dir.), Abeledo Perrot, 2014, p. 1078). Con relación a las acciones judiciales impetradas por personas con discapacidades se ha señalado que ¿en la solución de los conflictos judiciales que involucran a las personas con discapacidad no se debe soslayar que gozan de un reconocimiento diferenciado de derechos? (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3, causas 934/11 del 25/08/2011 y 1353/12 del 26/6/2012). Asimismo que ¿atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia de dichos conflictos y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional? (CSJN Fallos 327:2127, 2413, 5210; 329:4018; 331:453). También que la vía judicial debe buscar ¿neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca, mediante una estructura de protección consistente, global e inmediata que exige reconocer las diferencias de signo negativo, para adoptar acciones que propendan a balancearlas; es decir, tiene por finalidad la equiparación, a través de prerrogativas especiales y excepcionales, de quienes están sustancialmente disminuidos en sus posibilidades? (CSJN Fallos 327:2413; 331:1449 y 2135; 332:1346 y 1394; 334:1869). Con ello se tiene que en la presente causa no corresponde admitir la excepción, que fuera prevista a nivel nacional por el decreto-ley 16.986, del agotamiento previo de la vía administrativa, en el inconstitucional art. 2 de dicha ley de facto que buscaba restringir la procedencia de los amparos; siendo que estamos ante el derecho del acceso a la vía jurisdiccional de personas pertenecientes a grupos vulnerables. En este marco, entonces, es que debe considerarse, en primer lugar, cuál es el bien jurídico que se encuentra en juego en el caso bajo examen y cuál es su alcance y naturaleza jurídica. Ello porque para poder resolver la pretensión debe tenerse en cuenta el delicado derecho que se encuentra tutelado. Así se advierte que el amparista busca la protección integral de su ¿derecho a la salud?, derecho considerado fundamental y protegido con la máxima intensidad por el ordenamiento constitucional (provincial y nacional) y convencional. Se ha destacado con acierto que el ¿derecho a la salud es esencial a la persona humana. No solo por su directa relación con el derecho a la vida, sino también porque de su realización efectiva depende la de otros derechos reconocidos en la C.N.? (Petre, Carlos y Uriarte, Fernando, cit., p. 1073). Asimismo que ¿el derecho a la salud también involucra a la dignidad de la persona humana. La falta de la adecuada atención de una enfermedad o discapacidad menoscaba un bien que el individuo considera esencial para una vida plena? (CSJN, Fallos 330:3753, del voto del juez Lorenzetti, considerando 4º). Jurisprudencialmente, y a partir de la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en diversos pronunciamientos a la salud como un derecho social protegido por la Constitución y por los tratados internacionales, que obliga ineludiblemente a realizar acciones positivas, es decir, el Estado -el Poder Judicial, claro, también-, no debe limitarse a controlar y evitar conductas violatorias sino que debe actuar positivamente para proveer de manera eficaz e igualitaria el desarrollo en concreto el derecho a la salud (CSJN, Fallos 323:1339, entre otros). En ¿Asociación Benghalensis? (CSJN Fallos 323:1339) la Corte precisó que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de este derecho, sino que además debe realizar prestaciones positivas para que no se torne ilusorio?. También en Fallos 323:3229, en donde ponderó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, recordando la obligación del Estado de garantizarlo, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir los demás sujetos que integran el sistema de salud (caso ¿Campodónico de Beviacqua?, año 2000). En precedentes similares y a nivel de la jurisprudencia provincial se ha dicho que ¿quizá con un criterio más amplio, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) ha definido la salud como un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, que no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica (Convención del 22 de julio de 1946). Y merced a todas las medicinas de orden preventivo, sanitario, social o asistencial, la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social. De tal forma, el término ¿derecho humano a la salud? expresa hoy un concepto extenso: el derecho a una mejor calidad de vida. Siempre, el ser humano tiene derecho a la salud y a su integridad física, psíquica y espiritual, desde que no constituyen solamente un bien jurídicamente tutelado sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público. Así, se ha sostenido que el derecho a la salud pertenece al grupo de los derechos de ¿segunda generación? pues, a la luz de la concepción social del moderno constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social (Walter Carnota, *Proyecciones del derecho humano a la salud*, E.D. t. 128, pág. 880). Este mismo autor (ob. cit. pág. 879) sostiene que el derecho a la salud es de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva

por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso -in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud?. -Citado por el Juez Dr. Marcelo Domínguez, en autos: "PÉREZ, Silvia Carolina en representación de su hijo menor; PÉREZ, Mauro Antonio vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - Amparo", Expte. N° CAM 494.618/14 de la Sala Tercera-. En esa misma línea la OMS establece, y esto es fundamental para resolver el presente caso, que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria. Todo ello, como dijimos, debe ser asegurado y garantizado por el Estado y todos los sujetos obligados que integran el sistema de salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos. En cuanto a la protección especial que la normativa dirige hacia las personas con discapacidad cabe señalar, además de las disposiciones constitucionales ya referidas, la Ley Nacional 24.901 que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de personas con discapacidad, y que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción, protección, educación y rehabilitación, con el objeto de brindarles una cobertura total a sus necesidades. A tal fin enumera -al solo efecto enunciativo- una serie de servicios específicos en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar. A su vez en 2008 el Congreso aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que contempla el derecho a la vida, a la integridad física y mental y a la salud. En el año 2014, por su lado, el Congreso Nacional otorgó jerarquía constitucional a la mencionada convención. A su vez, si bien Salta no ha adherido a la mencionado normativa nacional (que debe ser entendida como de presupuestos mínimos -vid. Art. 41 C.N.-), ha dictado la Ley 7.600, que crea el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para personas con discapacidad, que implementan idénticos principios a los establecidos por la disposición nacional. Yendo a nuestro ordenamiento constitucional provincial, debemos señalar que nuestra norma superior local, pese a que data de 1986, ha sido pionera en esta concepción amplia del derecho a la salud disponiendo en su art. 41 que: "La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades?. Pero nuestra norma suprema local va mucho más allá y señala en el art. 42 la obligación del Estado de elaborar un Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 17), a la libertad personal (art. 19), a la protección de la familia (art. 32), a la tutela de la infancia (art. 33 - "cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación", a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas) (Cf. "RAMOS OSSORIO, Ramiro Hernán vs. IPS -Acción de Amparo?-Expte. n° CAM - 328578/10, Sala Tercera, Juez Marcelo R. Domínguez). Por todo lo dicho, ante la existencia de un derecho social como es el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Carta Magna, en los tratados internacionales de jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22 de la Constitución- y en el art. 41 de la Constitución de Salta, a la vez que una persona protegida especialmente por nuestro ordenamiento por pertenecer a un grupo vulnerable; podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el art. 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y nunca restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002 - E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en L.L., 2002 - E, 374; Fallos, 324:3074). Es decir siempre debe estarse ante la interpretación más extensiva y protectoria de los derechos que asisten a una persona en la búsqueda de la mejora de su calidad de vida. Como último punto del marco normativo general corresponde ahora que nos adentremos a analizar la situación del Instituto demandado. Seguiremos, para ello, el muy adecuado análisis efectuado por el Dr. Domínguez en diversos pronunciamientos vertidos en amparos provinciales en donde se destacó la naturaleza jurídica del Instituto ("Ramos Ossorio", "Pérez Silvia Carolina" entre otros). Así tenemos que el Instituto Provincial de la Salud se trata de una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y con capacidad como sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas públicas (art. 1° Ley N° 7.127, publicada en Boletín Oficial del 26/01/2001), siendo su objeto la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma,... eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social (art. 2°). La Ley de creación del Instituto Provincial de Salud ha receptado la figura del seguro social, a los efectos de procurar para todos los afiliados y sin discriminación alguna, el pleno goce del derecho a la salud. Esta obra social, tiene incluidos en calidad de afiliados forzosos titulares a los funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, del Ministerio Público, de los organismos descentralizados, entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, paraestatales y

municipales de la Provincia (art. 5° apartado A - inciso a). Se trata, por consiguiente, de la obra social de mayor potencial humano y financiero de la Provincia (con el consiguiente manejo de ingentes recursos) que, por mandato legal, debe otorgar prestaciones sanitarias y sociales integrales, integradas y equitativas, en procura de la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Siendo así, cualquier dilación que pretendiera introducir al cumplimiento efectivo de los derechos que asisten a la demandante, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna Provincial. Por otra parte la Corte local, en los autos ?Llapura c/I.P.S. - Amparo?, entre otros tantos, repara, que ninguna reglamentación ni normativa de una obra social puede lesionar derechos garantizados por la Constitución y contemplados en tratados internacionales (conf. Diario Judicial del miércoles 28 de junio de 2006, Edición n° 1.691). En este orden, la Corte de Justicia Provincial ha dicho que cabe recordar que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que se haga de los mismos la que debe ser justificada, lo que no se ha hecho en autos? (CJS, Tomo 91:603; 109:189; 114:603). Es importante también hacer referencia al antecedente Pipino, por su paralelismo con la presente causa, en donde la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial -Sala III (CApel.CC. Salta, Sala III, año 2007, f° 771/778) ordenara al Instituto la provisión sin costo ni coste una prótesis de rodilla importada, con platillo base metálica, de tercera generación, marca Jhonson & Jhonson. En idéntico sentido encontramos diversos pronunciamientos de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, la que determinó que, aun cuando el PMO limite la cobertura integral a las prótesis nacionales y autoriza la provisión de importadas solo cuando no exista una similar argentina; debe ordenarse la cobertura de las prótesis importadas cuando por indicaciones médicas o dictámenes profesionales se entiende que éstas son más adecuadas para la dolencia del paciente (C. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala 1, causas 7112/09 del 3/8/2010; 10/018/05 del 14/2/2006; id., sala 3, causas 9352/09 del 30/06/2011, 33/08 del 6/5/2008). Corresponde ahora, luego de haber enmarcado jurídicamente la cuestión a resolver, pasar a analizar las constancias obrantes en el caso bajo examen para establecer si el amparo es procedente o no. En este sentido debe remarcarse que lo que debe determinarse es si resulta más adecuado (maximización del derecho de salud e interpretación pro-homine) la provisión de una prótesis importada como la reclamada por la amparista o si con la prótesis nacional ofrecida por el I.P.S.S. se alcanzan mejores o, al menos, los mismos objetivos y una efectiva tutela del bien jurídico en juego. La resolución, dentro del marco que se ha determinado previamente, debe basarse en la maximización del derecho a la salud de la demandante, teniendo en cuenta todos los aspectos del mismo tal y como lo hemos desarrollado ut supra. A estos fines debemos concentrarnos en los dichos de los profesionales -tanto del médico tratante como del auditor médico del IPSS-, puesto que por la experticia son quiénes pueden dictaminar fundadamente en el caso. Entiendo que en ese sentido la posición del médico tratante es de máxima relevancia teniendo en cuenta que es quien conoce con detalle el historial clínico y las particularidades médicas de la afiliada. Así, el médico auditor Dr. Francisco Russo Limberti señaló en la audiencia celebrada que no caben dudas de que existe la necesidad de brindar una prótesis con las características técnicas requeridas. Resalta, en esa línea, que la prótesis de origen nacional que propone el Instituto cumple con todos los requisitos necesarios, tanto técnicos como de calidad de los materiales para el uso de la afiliada. Señala que, por otro lado, la prótesis nacional se encuentra aprobada por el ANMAT que es la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica y la cual certifica objetivamente su calidad. A preguntas formuladas informa que las prótesis importadas son de muy buena calidad y que su provisión puede ser alternativamente aprobada; pero aclara que no se otorgó una prótesis extranjera por cuanto el médico tratante no acreditó las razones específicas y médicas que justificaran su necesidad. También señala que conforme normativa vigente, los dictámenes no pueden aprobar marcas específicas sino solo verificar la concurrencia de las exigencias técnicas (las que en este caso se han cumplido). El médico tratante, Dr. Mario Macías, a su turno (ver fs. 115) declaró y sostuvo, también en la audiencia celebrada en el marco de este proceso, que ha recomendado la marca ?Stryker? porque ha tenido especial consideración a las particularidades y patología de la paciente entendiendo que en ese contexto dicha prótesis resulta ser la más adecuada. Aclaró allí que no se trata de que la prótesis nacional sea de menor calidad técnica, sino que es preferible y aconsejable una prótesis importada de la marca indicada o similar por sus condiciones anatómicas y de conformación, las que mejoran considerablemente la movilidad de la rodilla y en consecuencia impactan positivamente en la calidad de vida de la afiliada. En esa línea informa que dicha prótesis es requerida por su mayor movilidad, mejor mecánica, menor desgaste y mejor conformación. Destaca que ha realizado en el otro miembro inferior un implante de idénticas características y que la misma ha sido soportada en su integralidad por el Instituto de Salud, desconociendo los motivos fundados de su rechazo. Entiendo que se aspira a que con dicho implante se cumplan las expectativas de mejorar la calidad de vida de la paciente, por lo cual mantiene su opinión y consejo profesional. Como se observa, dentro de las actuaciones y documental que se incorporan, el estado de salud y patología descriptas por la amparista se encuentran ciertamente acreditadas, tanto en su modalidad, patología y en la necesidad urgente de colocación de una prótesis de rodilla. El Instituto Provincial de Salud, en sus legajos administrativos y contestación formal, reconoce la necesidad de la intervención médica, pero a dichos fines propone una

prótesis de origen nacional aprobada por el ANMAT. No obstante ello, advierto que existen elementos objetivos que, siempre sobre la base del eje de la maximización del derecho a la salud, otorgan razón a la amparista. Así se tiene que la Sra. ... se ha sometido anteriormente a una operación de la otra rodilla y se le ha colocado, en dicha ocasión, una prótesis de idénticas características y marca a las requeridas en este proceso; todo ello con excelentes resultados, según manifiesta la afiliada y el médico tratante. En este sentido la experiencia ya vivida demuestra que la mencionada prótesis ha sido adecuadamente receptada por el organismo de la Sra. ... y ha cumplido con creces con las funcionalidades que se esperaban de ella, mejorando, dentro de la complicada y crónica patología que padece, su calidad de vida. Ante ello en el rechazo del Instituto Provincial se puede avizorar, en esta línea, una conducta infundada en el sentido de que no atiende a la preferencia de la paciente ni a las recomendaciones del médico tratante. Asimismo tenemos que el médico tratante ha fundamentado debidamente -en la audiencia- las razones por las cuáles es preferible, teniendo en cuenta las características de la paciente, una prótesis importada. Como ya lo he mencionado, el derecho a la salud es un derecho esencial y fundamental del ser humano, que debe siempre ser interpretado de manera maximizadora, y si se tiene, por los motivos que fuera, que una determinada intervención quirúrgica, con un específico material médico, puede ser más beneficioso para la persona afectada, el juzgador no debe dudar y resolver conforme al principio por-homine -de consagración constitucional y convencional-. En este caso, según la opinión fundada del médico tratante, quien es quien conoce particularmente a la paciente amparista, las expectativas y la calidad de vida se verán mejor resguardadas con la prótesis importada. No es menor y también debe ser ponderado al momento de resolver, que la amparista confía en los consejos y opiniones del profesional y en la prótesis que ya se ha implantado con éxito en su otra rodilla. Ello enmarca el caso también en una cuestión de protección a la ?integridad psicológica? que integra indudablemente el derecho a la salud. Entiendo en este sentido que la visión profesional del médico de la Sra. ... es fundamental para dilucidar la cuestión, y ello se enmarca en el espíritu de la normativa aplicable al caso. La misma parte del principio de que para equiparar los derechos de las personas con discapacidad es necesario tener en cuenta, en concreto, la patología y su grado de avance, la edad y la situación familiar, entre otras cuestiones que identifican necesidades únicas e irreproducibles que cada persona en estado de vulnerabilidad padece (ver Ley Nacional 24.901, Dec. Nac. 119/1998 y Ley Provincial 7.600). Por ello el médico ha referido a la adecuación de la prótesis requerida para la patología de la Sra. ... , teniendo en cuenta, además, su edad, sus antecedentes y sus actividades. Por lo expuesto considero que le asiste razón a la amparista, que busca ejercer su innegable derecho a obtener, sobre la base de la opinión profesional y su experiencia quirúrgica anterior, y aunque más no sea en expectativa (ya que como bien refiere los resultados no pueden ser garantizados) las mejores condiciones de vida en un contexto de carácter ?paliativo? ante una enfermedad crónica e incurable. No puedo dejar de resaltar, por otro lado, la actitud leal y congruente de los funcionarios pertenecientes al Instituto de Salud, que de ningún modo omitieron el cumplimiento de sus diligencias y gestión en pos de garantizar la debida atención de su afiliado, empero discrepo a la luz de estas consideraciones con la solución que ha propuesto a lo requerido, que entiendo, lesiona el derecho a la salud integral (física y moral) de la demandante. En este sentido, la arbitrariedad con la que se lesiona el derecho surge, no del accionar particular de los funcionarios, sino de una cuestión de índole estructural e institucional, afincada en la engorrosa burocracia reglamentaria que se dispone para el funcionamiento del Instituto y la provisión de prestaciones, la que no puede, claro está, revisar las particularidades de cada caso concreto. En ese sentido tenemos que en el precedente de la Corte de Salta: ?L.C. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta?, el Instituto Provincial de Salud de Salta alegó que las prestaciones o medicamentos requeridos por el amparista no estaban contemplados en el vademécum o en los nomencladores legales. La Corte entendió que no puede aceptarse la tesitura adoptada por el demandado en autos que se inspira en el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económica de la Obra Social, lo cual se evidencia como un criterio subalterno a los derechos a la vida y a la salud en juego. En dicha oportunidad el máximo tribunal salterio condenó al Instituto a cubrir en un 100% la cobertura de un stent liberador de medicamento; la práctica para su colocación (angioplastia); y los gastos y honorarios que ésta demande. Considero que este criterio puede ser extendido, mutatis mutandis, al presente caso, en el entendimiento que una prótesis más adecuada para la paciente no puede ser rechazada argumentando que la misma no se encuentra comprendida entre las prestaciones aprobadas o por no cumplir con las pautas burocráticas establecidas por reglamentos internos. Por todo lo expresado, en mérito de la normativa reseñada que se compadece con la jurisprudencia reseñada tanto de la Corte Federal como de la Corte de Justicia de la Provincia, teniendo singularmente en cuenta asimismo lo dispuesto por el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley n° 5.640), corresponde hacer lugar a la presente acción, ordenando al Instituto Provincial de la Salud la cobertura total de una PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA ESTABILIZADA POSTERIOR ANATOMICA CON MOVILIDAD DE TAMAÑO FISIOLÓGICO NORMAL DE POLIETILENO ?CROSSLINKED? DE ULTRA DENSIDAD, marca Stryker, de origen USA, incluyendo la cobertura, los costos de la intervención quirúrgica, las prestaciones medicas, farmacológicas y rehabilitación que sean necesarios para el tratamiento de la patología que se encuentran suficientemente acreditados con constancias de legajo (74) 16112/2015-0 del Instituto Provincial de Salud de Salta a fs 18 por el valor de \$... (pesos ...) o su equivalente actualizado a la fecha de su efectiva

operatividad; y ello en plazo perentorio de 10 días hábiles a partir de su legal notificación. Las costas del presente se imponen a la demandada, en virtud del principio general de la derrota (arts. 67 y 68 del Código Procesal). Por lo expuesto, FALLO I) HACIENDO LUGAR a la acción de amparo de fs. 1/7 en los términos y con los alcances expresados en el considerando, ORDENANDO al Instituto Provincial de la Salud la cobertura total de una PRÓTESIS TOTAL DE RODILLA ESTABILIZADA POSTERIOR ANATOMICA CON MOVILIDAD DE TAMAÑO FISIOLÓGICO NORMAL DE POLIETILENO ?CROSSLINKED? DE ULTRA DENSIDAD, marca Stryker, de origen USA; incluyendo la cobertura, los costos de la intervención quirúrgica, las prestaciones médicas, farmacológicas y rehabilitación que sean necesarios para el tratamiento de la patología que se encuentran suficientemente acreditados con constancias de legajo (74) 16112/2015-0 del Instituto Provincial de Salud de Salta a fs 18 por el valor de \$... (pesos ...) o su equivalente actualizado a la fecha de su efectiva operatividad; y ello en plazo perentorio de 10 días hábiles a partir de su legal notificación. III) Costas a cargo de la demandada. IV) REGULANDO los honorarios profesionales del Dr. FEDERICO MUÑOZ CARO, en la suma de \$ ... (pesos ...) por la labor cumplida como letrado de la actora. V) COPIESE, regístrese y notifíquese. Correlaciones: Ley 24.901 - BO: 05/12/1997 R., B. R. c/PAMI s/amparo - Cám. Fed. Mar del Plata - 27/05/2010 Nota: (\*) Nota de la redacción: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 003862E