

Cobertura Por Enfermedad Terminal

JURISPRUDENCIA

Cobertura por enfermedad terminal

Se hace lugar al amparo

en el cual el instituto provincial de la salud debe cubrir al actor el 100% de los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad oncológica en virtud de la ley provincial 7783.

Salta, 21 de octubre de 2015 Y VISTOS: Estos autos

caratulados "M. de M., G. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD de SALTA - Amparo?; Expte. N° 521.011/15 de esta Sala Tercera, en trámite por ante el Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dr. Marcelo Ramón Domínguez y, RESULTANDO I) A fs. 15/20 se presenta la abogada G. M. de M. por derecho propio, promoviendo acción de amparo en contra del Instituto Provincial de Salud de Salta, a fin de que se le proporcione la cobertura del 100% de los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece -cáncer de seno-, más el reintegro de los fármacos ya adquiridos o su valor, que fueron facilitados en préstamo por un laboratorio desde el día 12 de junio del corriente año. Expone que es afiliada forzosa de la obra social demandada desde hace varios años, por desempeñarse en la administración pública como asesora del Ministerio de Justicia, siendo su carné N° Cuenta que en el año 2012 le diagnosticaron cáncer de mama con metástasis ósea, comenzando en el mes de julio de 2013 el tratamiento con el medicamento Tamoxifeno, que se emplea para neutralizar el avance de dicha enfermedad, pero en los estudios realizados, en particular en la tomografía axial computarizada (TAC), y el centellograma óseo, se detectó que la enfermedad había avanzado, deduciendo que las células cancerígenas se han vuelto resistentes a la mencionada medicación, es por ello que su médico tratante, el Dr. Facundo Argañaraz Olivero, al hacerle otros estudio detectó nuevas lesiones óseas y hepáticas, decidiendo que, de manera urgente, comience a tomar una nueva medicación para neutralizar los avances del cáncer, por lo que se le recetan dos drogas que se expenden en comprimidos: Afinator ?Everolimus? de 5mgs. por día y Aromasin ?Exemestano?, de 25 mgs., por día, lo que fue solicitado a la demandada en fecha 26 de mayo de 2015 y denegado en fecha 9 de junio del corriente año con el argumento que no existe ningún biomarcador que identifique a los pacientes que se puedan beneficiar con este esquema, cuando en realidad considera que dicha respuesta se debió a que la obra social pone su interés económico por encima del derecho de salud. Relata que dada la situación y la imposibilidad económica que afrontaba, se vio obligada a conseguir por intermedio de una farmacéutica amiga llamada Soledad Alba de Uriburu, que un laboratorio le adelantara las drogas requeridas para no perder más tiempo, comenzando con el tratamiento en fecha 12 de junio de 2015 y en poco más de diez días los resultados fueron óptimos ya que se le disminuyeron los dolores sin tener efectos secundarios. Es por ello que solicita la provisión de dicho medicamentos a fin de continuar con el tratamiento, más el reintegro de los consumidos a partir de dicha fecha para su devolución al laboratorio que se le proporcionó, siendo: Una caja de Afinator Everolimus con 30 comprimidos en 5 mgs., y una caja de Aromasin Exemestano con 30 comprimidos de 25 mgs. En su defecto, pide se reintegre su valor en dinero. Ofrece pruebas, hace reserva al Caso Federal y solicita se haga lugar a la presente acción, con costas. II) Requerido el informe circunstanciado que prevé el artículo 87 de la Constitución de la Provincia, se apersona la Dra. Patricia I. Armonía Malamud, en el carácter de letrada apoderada del Instituto Provincial de Salud a fs. 140/144 negando, en general y particularmente, los presupuestos fácticos y jurídicos de viabilidad del reclamo. Dice que la obra social se encuentra al tanto de la situación de la afiliada G. M. de M. y que le viene reconociendo varias prácticas tal como se prueba con las constancias del expediente administrativo N° 74-30793/2012-0, renovándose en fecha 03/02/14 la cobertura total por el medicamento Denosumab 70 mgs. por el término de seis meses, por lo que considera que su mandante viene cumpliendo con los pedidos médicos concretados por la actora. Que por ley Provincial N° 7783 se debe brindar cobertura total en el tratamiento y entrega de medicamentos, debidamente autorizados por ANMAT a los afiliados que padezcan enfermedades oncológicas, y que, en virtud del cambio de medicación efectuado por la amparista, se le contestó a la misma que en ese momento no existe ningún biomarcador que identifique a los pacientes que se puedan beneficiar con el nuevo esquema, lo que fue notificado a la hija de la peticionante en fecha 10/06/15, no habiendo efectuado la misma ninguna presentación con posterioridad. Sin embargo, inicia la presente acción en fecha 26/06/15, siendo que su mandante antes de ser notificada de la medida cautelar viene otorgando cobertura de la medicación solicitada por su médico tratante, tal como consta en el expediente administrativo. Relata que desde el mes de junio del corriente año se le otorga a la señora Moisés, la cobertura del Everolimus 5mgs. (comprimidos por 30 unidades -afinitor-) y Exemestano 25 mgs., (comprimidos por 30 unidades -aromasin-), como asimismo los ciclos de quimioterapia, que a la fecha del responde ya sumaron tres, aclarando que la actora no presentó nuevos pedidos y que jamás la demandada negó ni rechazó los pedidos efectuados, siendo admitida la medicación al 100% a cargo del Instituto, ascendiendo su costo a la suma de \$ 419.186,50, por el período 01/06/15 al 08/09/15, tal como consta a fs. 2 del informe de Planes Especiales que se acompaña. Dicho reconocimiento fue realizado sin necesidad de haber tramitado la amparista vía de excepción, lo que está establecido por Decreto

Reglamentario N° 3.402, el cual reglamenta la ley de creación del Instituto N° 7.127/01. Es por ello -concluye- que no obstante la normativa que la rige, no negó el reconocimiento y otorgó cobertura en la medicación y tratamiento a la actora, conforme la Ley 7783/13, sin necesidad de tramitar por vía de excepción. Cita jurisprudencia, hace reserva del Caso Federal y solicita el rechazo de la presente acción, con costas. A fs. 150/151 obra dictamen del señor Fiscal de Cámara, llamándose luego autos para sentencia.

CONSIDERANDO I) La acción de amparo - Su caracterización: la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (artículo 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas Corpus (artículo 88) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (artículo 89 de la Carta Magna local). En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125 - 544 y doctrina de Fallos 294 - 152; 301 - 1061, 306 - 1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233).

II) El derecho a la salud - Su resguardo constitucional: la Corte de Justicia de la Provincia, en Giménez Garbarino, José vs. Instituto Provincial de Salud de Salta, (CJS, fallos Año 2006, Tomo 108, f° 273/288, del 28 de agosto de 2.006), decidió que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los artículos 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus artículos 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el artículo 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, artículos 3 y 25 inc. 2°, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 10 inc. 3° y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello "el derecho a la preservación de la salud, es una 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" (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323:1339). Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que "...el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección -de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la "letra" del texto no lo tenga escrito..." (Bidart Campos, Germán, Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, La Ley, 2002-C-628). Rescato asimismo este párrafo del precedente Giménez Garbarino: La indemnidad del paciente (artículo 1.198 del Código Civil, arts. 4 y 5 Ley de Defensa del Consumidor y artículo 42, Constitución de la Nación), que se edifica a partir de la preservación de su integridad psicofísica, no puede ser vulnerada. El tratamiento médico debe ser el adecuado para la particular condición y necesidad del paciente, para posibilitar el mejoramiento de su salud, de su bienestar y calidad de vida. Este criterio fue ratificado por la Corte de Salta en Gutiérrez, Mario vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJSalta, año 2007, 30/10/2007, Registro, tomo 120, f° 363/374) en donde -en lo que el caso interesa- se dijo en el considerando 6° 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 de ellos se haga la que debe ser justificada. III) El amparo - La vía procesal más idónea: En asuntos similares al presente he sostenido que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Ed. Trotta; Madrid): la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución (cita extraída del trabajo de Celia Weingarten, Los nuevos temas en salud. Obesidad y desafíos jurídicos, Rev. La Ley, Actualidad, del 23/02/2006). ¿La aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo -instrumento y, a la vez, garantía- tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional, pues, si bien este valioso mecanismo no está destinado a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, en tanto el objeto del amparo, más que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales? (del dictamen de la Procuradora Fiscal que el Alto Tribunal, por mayoría, hace suyo en sentencia dictada el 09/06/2009, Causa ¿Rivero, Gladys Elizabeth?, publicado en La Ley online, Fallos de la Corte Premium). Ha precisado la Corte Címera Nacional que no obstante que sus fallos no resultan obligatorios para situaciones análogas, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos, quienes sólo pueden apartarse si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, 4-7-85, ¿Cerámica San Lorenzo S.A.?, L.L. 1986-A-178, y E.D. 115-323; Id. 24-10-95, J.A. Rep. año 1999, pág. 1111, n° 80 y 87; Id., Fallos 212-51, y L.L. 53-307; Id., Fallos 212-160, y L.L. 53-39; Id. Fallos 307-1094; conf. Borda, Guillermo: Parte General, Bs. As., Edit. Perrot, 1970, I, pág. 81/82; Sagüés, Néstor P.: Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E.D. 93-892; Morello, Augusto M.: El Proceso Justo, Bs. As. - Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C- 8 808, ap. I; CApelCCSalta, Sala III, año 1990, f° 389; id. id. año 2002, f° 244, id. id. año 2005, f° 21), criterio que por otra parte no puedo dejar de sostener en la actualidad teniendo presente que el amparo en el orden federal ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1994, que dice en su artículo 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, razón por la cual ha eludido de manera clara aludir a la vía administrativa como reparo de procedencia de la acción. Además, el derecho a la salud, se encuentra también receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, que por expreso mandato constitucional, en el pensamiento de los constituyentes de 1994, tienen igual jerarquía que la propia Constitución Nacional, con lo cual se ha ensanchado la base constitucional y enriquecido el espectro de derechos tutelados con rango supremo (artículo 75 inc. 22). Lo que nunca debe perderse de vista es que en la tutela de un derecho constitucional básico: el derecho a la salud, están en juego los valores eminentes de la vida, la dignidad y la libertad humana, según lo destaca con sumo acierto Eduardo L. Tinant en Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, publicado en J.A. 1999 - III - 363, quien afirma que el término ¿salud? comprende las aptitudes físicas, psíquicas y morales que permiten al hombre desarrollarse como tal. 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, y 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 o sanitario o 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 más 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 constituye 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 en E.D. t.128, pág. 880). La Reforma Constitucional de 1.994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito provincial, la Carta Magna salteña establece en el artículo 41: ¿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. A su turno, el artículo siguiente (artículo 42) dice que el Estado elabora el 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 (artículo 10), a la intimidad personal y

familiar (artículo 17), a la libertad personal (artículo 19), a la protección de la familia (artículo 32), a la tutela de la infancia (artículo 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. Retomando el concepto de derecho a la salud, Carnota (ob. cit. pág. 879) sostiene que el término aludido sintetiza un derecho 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. 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. IV) Las acciones positivas: Y hallándose en juego la subsistencia 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 en la materia de jerarquía constitucional -artículo 75, inc. 22 de la Constitución- y en el artículo 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el artículo 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tomar 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). Es que el Estado, en la moderna concepción garantista, no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de su responsabilidad -artículos 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las acciones positivas son el mecanismo constitucional válido para lograr el cometido del constituyente, así como las consecuencias de su falta de implementación. En orden a ese propósito, es necesario distinguir entre igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades. Es en este último concepto donde entran en juego las acciones positivas. La Constitución de 1.853 consagró la igualdad jurídica o formal (art. 16). En 1.957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1.994 la consagra en los artículos 37, 43 y 75 -incisos 2, 17, 19 y 23. Apela el autor en cita a ciertas razones que inducen a rechazar diferencias fundadas en situaciones familiares, de herencia, riqueza o poder y dice que la obligación del Estado no es abstenerse sino actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden la igualdad de posibilidades. Requieren una conducta de dar o de hacer por parte del Estado. Y si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos Asociación Benghalensis, Campodónico y otros). La Corte Federal se ha pronunciado; refiriéndose a sí misma ha dicho que: ?el Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito? (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (cfr. causas S.730.XL. "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo?", sentencia del 20 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo?", sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo", sentencia del 11 de julio de 2006, Fallos: 329:2552)? (Considerando 8° de la sentencia dictada el 30/09/2008, causa I., C. F. c. Provincia de Buenos Aires, publicado en: La Ley 20/10/2008, 20/10/2008, 11; DJ 24/12/2008, 2439 - DJ 2008-II, 2439; Fallos Corte: 331:2135). V) El Seguro Social. Su cobertura por el Instituto Provincial de Salud de Salta: El Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho (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°). De más está decir que 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 obligatoriamente 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

(artículo 5° apartado A - inciso a). Se trata, entonces, 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 los demandantes, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna Provincial. Sin perjuicio de la referida doctrina de la Corte Federal, en cuanto a que las obligaciones estatales se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en el ámbito de la salud pública (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708; 331:2135), se considera de especial relevancia el hecho de que la demandada, como ente descentralizado del estado salteño, forma parte de la estructura estatal y, a través del mismo la Provincia ha institucionalizado la forma de prestación de la cobertura de la atención a la salud de los agentes públicos que imperativamente afilia. Entonces, la creación de un ente autárquico como el Instituto Provincial de Salud de Salta, no puede servir de excusa para que incumpla sus obligaciones constitucionales y legales en el ámbito de la salud. Tampoco puede tener como consecuencia, que quienes aportan al sostenimiento de la obra social provincial tengan que deambular por dependencias públicas para obtener la asistencia adecuada, debiendo el ente descentralizado arbitrar todos los medios razonablemente a su alcance, incluida la obtención de auxilio financiero en el caso de ser necesario, para que la política provincial en el ámbito de salud y sus beneficios, lleguen a sus afiliados. Además, el sistema de Obras Sociales, como parte de la Seguridad Social, comparte los fines de la misma, por lo que su implementación no debe concebirse en forma restrictiva sino procurando brindar prestaciones integrales (conf. Artículo 14 bis de la Carta Magna y art. 2 de la Ley 23.661). En otro precedente del Suscripto, publicado en la Revista Jurídica Nacional elDial.com - AA484C del 29/05/2008 dije que es en situaciones como la presente que se tiene que pasar de las palabras a los hechos y cumplir en este caso la demandada con la misión de liderar el programa de prevención, protección y promoción de la salud, con el compromiso de superar la calidad de los servicios que presta. Tengo muy en cuenta que en definitiva de lo que se trata es una cuestión de costos, cuando la igualdad que la Constitución postula no es una igualdad formal, sino una igualdad sustancial, lo cual traduce que los jueces tienen no sólo el derecho sino la obligación de eliminar discriminaciones arbitrarias. La igualdad ante la ley busca potenciar a los hombres en su desigualdad a los efectos de que ésta no sea la base para fundar la supremacía de unos sobre la inferioridad de los otros, como sabiamente enseñara nuestro maestro Germán Bidart Campos, quien reparaba que si la libertad es el prius del derecho, la igualdad informa sus sentidos. Al igual que la libertad, no son datos o cualidades que integren la realidad humana, sino aspiraciones que operan como principios básicos, razón por la cual el Estado debe remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan de hecho la igualdad de todos los hombres Expte. N° CAM 221.119/08 " M.F.V. c/ OSPAT (Obra Social de Personal del Turf) s/ amparo" fallo del 16/05/2008. VI) Las prestaciones reclamadas: Ello sentado, cabe destacar que en el presente caso, la pretensión de la actora consiste en lograr la cobertura del 100% de los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece (cáncer de mama) y la devolución de los medicamentos que, por su no provisión por la demandada, consiguió en préstamo del laboratorio a través de una profesional de su conocimiento, desde fecha 12/06/15 o, en su defecto, el pago de su valor. En primer lugar, de las constancias de autos surge que la señora G. R. M. -cuya afiliación con la demandada se encuentra acreditada con el carné de afiliación N° ... de fs. 13- padece una patología oncológica crónica que pone en evidencia su delicado estado de salud conforme constancias médicas obrantes a fs. 2/14 de autos, la que es de presumir, se vería agravada si no se le suministra la medicación recetada por su médico tratante (afinador Everolimus comprimido de 5 mgs. diarios, y aromasín Exemestano, un comprimido de 0,25 mgs. por día), con la continuidad establecida por el profesional. Y si bien el Instituto alega que se le viene cubriendo en su integralidad el tratamiento, denunciando inclusive que lo hace a un 100%, lo cierto es que reconoce que el cambio de medicación no fue admitido al tiempo de serle recetada. Dice el médico auditor -fs. 134- que la decisión para hacer este tratamiento debe tener en cuenta las toxicidades por la asociación de drogas que se suministran y debe evaluarse cada paciente en particular, concluyendo que a la fecha de su dictamen no existe ningún biomarcador que identifique a los pacientes que se puedan beneficiar con este esquema. Es oportuno recordar que mediante Resolución General Nro 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación se aprobó el Programa Médico Obligatorio, entendiéndose por tal el régimen de asistencia obligatoria para todas las Obras Sociales del sistema de la Ley N° 23.660 y 23.661, es decir que todos los Agentes del Seguro involucrados en las mencionadas leyes (y todas las Obras Sociales que adhieren al mismo), deben asegurar a sus beneficiarios que mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, se garantizan las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico, los que incluyen: los programas de prevención de los cánceres femeninos, mama y cuello uterino. Diagnóstico y tratamiento de todas las afecciones malignas sin cargo alguno para el beneficiario, de acuerdo a los medios de diagnóstico y terapéuticas reconocidas en ambulatorio e internación, con la sola exclusión de las denominadas terapias alternativas. Corolario de ello, es que la obra social demandada está obligada a brindar la cobertura de las prestaciones médicas requeridas por la

amparista según la indicación de su médico tratante, toda vez que pesa sobre la accionada la obligación de dar cobertura total por padecer una enfermedad oncológica. VII) Los reintegros: En cuanto a los reintegros pretendidos, si bien en principio no correspondería sea tratado por la vía de amparo, debe tenerse presente que el Instituto no negó ni la enfermedad, ni el diagnóstico autorizando la cobertura de otros remedios. La Corte de Justicia de Salta dijo que está claro que en este caso el reintegro de gastos solicitado tiene carácter accesorio, pues el principal objeto de la acción deducida no fue una cuestión patrimonial, sino la protección integral del derecho a la salud del amparista. Consecuentemente, la vía del amparo se utilizó para protegerlo y no para discutir y resolver cuestiones patrimoniales y la urgencia que hizo procedente la demanda no consistió en la falta de cobro de una suma de dinero (CJS tomo 181, f° 635), criterio similar al sentado por la Cámara Federal de Salta en la causa ?F.A.I. en representación de su hija E.J. vs. IOSE - Amparo - medida cautelar del 07/04/2.011. En este punto, cabe traer a colación que el artículo 16 de la Constitución de la Provincia establece que todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por ésta de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio. Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna (1° párrafo); y, que tales derechos tienen operatividad plena, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación (último párrafo). En mérito de todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la presente acción de amparo, ordenando a la demandada la cobertura del 100% de los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la señora G. M. de M. (cáncer de mama) y la devolución de los medicamentos que, por negativa de la demandada, consiguió en préstamo del laboratorio, desde fecha 12/06/15 o el pago del valor de los mismos. Y todo, sin perjuicio del contralor de parte de la Auditoria Médica de la obra social. Entonces, y por el dictamen coincidente del señor Fiscal de Cámara, quien se pronuncia por la admisión del amparo, poniendo de resalto que la medicación fue negada en un primer momento por la demandada, siendo recién proveída en cumplimiento de la orden cautelar dispuesta en la causa, concluyo por la pertinencia de la acción judicial intentada. Por ello, FALLO I) HACIENDO LUGAR a la demanda de amparo deducida a fs. 15/ 20, por la abogada G. M. de M., por sus derechos. En su mérito, ORDENANDO al Instituto Provincial de Salud de Salta: a) LA COBERTURA del 100% de los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece (cáncer de mama), según prescripción de su médico tratante; b) EL REINTEGRO de los medicamentos que consiguió en préstamo del laboratorio, el 12/06/15 o pagar el valor de los mismos, a cuyo efecto se deberá intimar su entrega o el pago del valor en el plazo máximo de cinco días de la notificación de esta sentencia o de presentar el comprobante de compra. Y todo, sin perjuicio del contralor de parte de la Auditoria Médica de la obra social. II) CÓPIESE, regístrese y notifíquese.

Correlaciones: Ley 7783 - BO: 18/09/2013
s/amparo Ley 16986 - Cám. Fed. Paraná - 22/06/2015

Fernandez, Evangelina Dionisia c/INSSJP - PAMI
004227E