

## Accion De Amparo Medida Cautelar Innovativa Prótesis Verosimilitud En El Derecho Peligro En La Demora

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Medida cautelar innovativa. Prótesis. Verosimilitud en el derecho. Peligro en la demora

Se hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por el amparista y se ordenó al PAMI que proceda a la cobertura total y la provisión de una prótesis total de cadera no cementada para la intervención quirúrgica de la actora. Se destacó la no necesidad de agotar la vía administrativa cuando se encuentran en juego derechos constitucionales como la vida y la salud. Asimismo, se acreditó la verosimilitud en el derecho de la petición, como también el peligro de la demora producto de la patología de la actora.

La Plata, 9 de agosto de 2016.- Y VISTOS: Este expediente N° FLP 23663/2016/CA1, caratulado: ?A.G. c/ INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI) s/AMPARO LEY 16.986?, proveniente del Juzgado Federal N° 3 de Lomas de Zamora. Y CONSIDERANDO QUE: I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la demandada, contra la resolución del juez de primera instancia que, hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenó a la Obra Social-PAMI- que en forma inmediata arbitre los medios necesarios para proceder a la cobertura total y provisión de una prótesis total de cadera no cementada conforme las especificaciones que surgen del certificado médico acompañado, al Sr. F.O.A. dentro del plazo de 48 horas de notificado y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo. (v fs. 69/71 y fs. 49/50 vta., respectivamente). II. La recurrente se agravia en cuanto que la prótesis que solicita el actor es importada, y que su mandante nunca ha negado la provisión de prótesis requerida sino que no se ajusta a la normativa vigente, es decir por insumo nacional. Sostiene que no se agotó la vía administrativa pues el médico del amparista no ha solicitado a través de los sistemas de provisión de prótesis traumatológica del Instituto, el insumo establecido por el nomenclador nacional, que brindaría la misma respuesta traumatológica. III. 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). IV. No obsta a lo resuelto la circunstancia de que la amparista no haya completado el trámite administrativo previo, pues debe garantizarse mínimamente el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos frente a actos arbitrarios o inconstitucionales que puedan afectar gravemente sus derechos constitucionales, otorgándoseles un proceso judicial suficiente que satisfaga sus intereses y su derecho de defensa (conf. Art. 43 de la CN). La aplicación irrestricta de la exigencia procesal del reclamo administrativo previo y el agotamiento de la vía administrativa, podría implicar poner trabas y dificultades al acceso a la justicia, lo que no se condice con la preservación de la garantía de la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, principios apuntalados como derechos humanos en las Convenciones Internacionales que tienen jerarquía constitucional (conf. esta Sala in re ?Rodríguez, Laura Mercedes y otra c/ Universidad Nacional de Lomas de Zamora s/ ordinario? (expte. N° 5990/03), fallo del 20-12-05 y ?Distribuidora Berisso SRL c/ AFIP - DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad? (expte. N° 5852/03), fallo del 08-03-06). Las pautas hermenéuticas prevalecientes conducen a sostener la posibilidad de acceder a la instancia en función del principio pro actione (Fallos: 312:1017, 1306; 312:83); el que adquiere especial relevancia a la luz del artículo 75, inciso 22, párrafo 2°, de la Constitución Nacional y las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2, aps. 3 y 14) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, aps. 1, 25 y 29), que establecen la necesidad de posibilitar la prerrogativa política de obtener un rápido acceso a un Tribunal de Justicia imparcial, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentran comprometidos derechos constitucionales tales como el derecho a la Salud y a la integridad física. 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).

V. 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).

VI. 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 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). En particular, la Ley N° 19.032 (Creación del INSSJP - PAMI) 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...?".

VII. En el caso, resulta comprobado que el actor es afiliado al INSSJP - PAMI, así como la necesidad de la prótesis requerida, como asimismo la negativa de la demandada a otorgar dicha indicación. (v. fs. 36, 37, 38 y 41/42). Asimismo, en atención a la gravedad de la patología descripta y las repercusiones negativas en su salud psico-física que provoca la situación descripta, justifica la necesidad de adoptar una solución urgente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso. Por ello, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y 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.

VIII. Por ello, en orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal RESUELVE: RECHAZAR el recurso interpuesto, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución apelada. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fecha de firma: 09/08/2016 Firmado por: JULIO VICTOR REBOREDO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: CARLOS ROMAN COMPAIRED, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA

Correlaciones: C., D. N. -en representación de su madre M., M.- c/PAMI s/amparo -

Cám. Fed. Salta - 09/06/2016. 011464E