

Derecho A La Salud Implantes Mamarios Cirugia Reconstructiva Cobertura Medica Obras Sociales

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Implantes mamarios. Cirugía reconstructiva.

Cobertura médica. Obras sociales Se mantiene el fallo que ordenó a la obra social demandada autorizar la intervención quirúrgica para el recambio de implantes mamarios, en todo su costo, por no tratarse de una cirugía estética, sino reconstructiva como consecuencia del cáncer padecido.

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 04 días del mes de agosto de 2017, reunidos los señores jueces y la actuario de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones provincial con asiento en esta ciudad, para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos N° 20335 provenientes del Juzgado Civil y Comercial N° 1, distrito judicial Sur, en los autos caratulados: "ALTAMIRANO ALTAMIRANO JUANA ROSA C/ OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/ AMPARO S/INCIDENTE DE APELACIÓN" en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 8365/17 se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art. 47.2 del CPCC):

1.- La jueza Josefa Haydé MARTÍN dijo: I.- A fs. 23/36vta., la señora Juana Rosa ALTAMIRANO, promovió acción de amparo contra la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, por considerar que su actuación constituye una violación arbitraria frente a los derechos y garantías consagrados por las leyes y la Constitución Nacional y Provincial. Solicitó que se ordene a la demandada, que autorice la intervención quirúrgica para el recambio de implantes mamarios, en todo su costo, por no tratarse de una cirugía estética, sino por el contrario, consecuencia del cáncer padecido.

Desarrollado el proceso en el que las partes expusieron sus razones y ejercieron sus derechos, el primer sentenciante arribó a la solución que en lo substancial resuelve: "1.- HACER LUGAR a la acción de amparo interpuesta por la amparista Sra. Juan Rosa ALTAMIRANO, por los argumentos esgrimidos en los considerandos (art. 43 Constitución Nacional, art. 43 Constitución Provincial) y, en su mérito, ORDENAR a la OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO que en el plazo de quince (15) días autorice la cobertura integral de la práctica quirúrgica petitionada por la amparista, conforme a los términos de la Resolución N° 201/2002 del Ministerio de Salud, Anexo I, punto 8.3.3, bajo apercibimiento de imponer apercibimientos por cada día de demora. 2.- IMPONER las costas de la presente causa por su orden de conformidad con lo descripto en el considerando N° 6 (art. 16 Ley provincial N° 1068)...Fdo. ALEJANDRO FERNÁNDEZ -Juez" (fs. 65).

II.- En disconformidad con lo resuelto, a fs. 66/70, el doctor Pedro Rodolfo SOSA UNZAGA, en el carácter de apoderado de la OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, con el patrocinio letrado del doctor Sebastián Eduardo RODRÍGUEZ, interpone recurso de apelación. Se agravia en cuanto el magistrado de la instancia anterior, efectúa una integración parcial del marco normativo aplicable y en consecuencia admite la acción de amparo. Señala que el aquo pierde de vista que la demandada funda su negativa, en el hecho de que la prestación requerida, se halla expresamente excluida del P.M.O., por resultar una cirugía plástica estética. Manifiesta que esa interpretación sesgada de la normativa, hizo que la sentencia se torne arbitraria. No se discute si corresponde o no cubrir la prótesis, lo que existe es una negativa por parte de la obra social a brindar tal prestación, bajo el argumento de que se trata de una cirugía estética y no reparadora. Tal situación no fue abordada por el magistrado. Así también se agravia por la deficiente valoración de la prueba. En tal sentido, referencia el dictamen de los Auditores Médicos de la Obra Social, el que en resumidas cuentas consideró que por el tiempo que pasó entre la cirugía reconstructiva a la fecha, la deformación producto de la contractura capsular, ya no se habla de una cirugía reconstructiva sino estética. Finalmente se agravia, en cuanto el sentenciante incorpora -a su entender-, una opinión técnica de la Licenciada en Psicología, que no sólo no ha sido ofrecida por las partes sino que además no guarda correspondencia con la causa bajo análisis. Luego de reeditar el fragmento del dictamen, concluye que se extiende al caso una opinión profesional vertida en otro supuesto, cuyas particularidades se desconocen, y por lo tanto, su asimilación resulta manifiestamente improcedente, volviendo arbitraria la sentencia. Como corolario de su exposición, solicita se haga lugar al recurso de apelación impetrado, revocándose el pronunciamiento en crisis.

III.- Por su parte, a fs. 70/74, la señora Juana Rosa ALTAMIRANO ALTAMIRANO, por derecho propio y con el patrocinio letrado del doctor Rodrigo GUIDI, interpuso recurso de apelación. En prieta síntesis, se agravia de la distribución de las costas, las que por imperio del artículo 16 de la ley 1068, se impusieron por el orden causado. Concluye su extensa presentación, solicitando la revocación del punto 2 del resolutorio de la sentencia en crisis.

IV.- Dispuesto el traslado de los agravios de ambos recursos -fs. 76-, a fs. 77/79, la actora rebate los argumentos de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego. La demandada por su parte, guardó silencio.

V.- Antes de pasar a resolver la cuestión controvertida, corresponde recordar que la cuestión a que se circunscribe la competencia de esta Sala, es la de decidir si los agravios esgrimidos logran derrumbar los argumentos que motivan el dictado de la sentencia de fs. 54/65.

VI.-

A fs. 23/36vta., la señora Juan Rosa ALTAMIRANO ALTAMIRANO, con el patrocinio letrado del doctor Rodrigo GUIDI, interpuso formal acción de amparo contra la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, solicitando al juez grado, admita la acción entablada y en su mérito se ordene a la demandada para que arbitre los medios necesarios a fin de autorizar la intervención quirúrgica para el recambio de implantes mamarios, por tratarse de una cirugía reparadora y no estética, consecuencia del cáncer padecido por la amparista. A.- Relata la señora Altamirano, que hace 19 años fue diagnosticada con cáncer en ambas mamas, motivo por el que fue sometida a una mastectomía bilateral y en consecuencia se le extirparon ambos senos. Dos años después, se le realizó una cirugía de reconstrucción mamaria. Desde hace un tiempo, la accionante comenzó con dolencias en sus pechos. Efectuados los estudios pertinentes, se le sugirió realizar un recambio protésico porque existía un encapsulamiento. Así las cosas, inició su trayectoria ante la obra social demandada, para que ésta procediera a la cobertura de la cirugía. Lo cierto es que el día 06/03/2017, la accionada informó a la requirente que la pretensión se trata de una prestación no convenida por la obra social, al considerar que el tratamiento solicitado no se relaciona con la patología oncológica, sino con el acto de reconstrucción, por lo que no estaría obligada la obra social a cubrir el tratamiento. Como corolario de ello, ante la negativa mencionada, no tuvo otro camino que acudir a la jurisdicción, en la búsqueda de una composición de sus derechos vulnerados. B.- Por su parte, a fs. 47/51vta., el doctor Pedro Rodolfo SOSA UNZAGA, en el carácter de apoderado de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, con el patrocinio letrado del doctor Sebastián Eduardo RODRÍGUEZ, presenta informe en los términos del art. 8 de la ley 16986. Plantea la improcedencia de la vía elegida. En segundo término, plantea la caducidad de la acción de amparo, con fundamento en el artículo 2 de la ley 16986. Todo ello, con fundamento en que la respuesta de la obra social demandada, data del día 06/03/2017 y la demanda fue interpuesta el día 26/04/2017. Por otra parte, funda la denegación de la cobertura en Nota N° 38/17 donde el Servicio Jurídico Permanente de la demandada, requiere con motivo de la acción entablada, dictamen a la Dirección General Médica a fin de que brinde un informe pormenorizado en relación a la solicitud de la amparista. En tal sentido, a modo de síntesis, concluye que la intervención quirúrgica requerida es de carácter estético y no reconstructivo, dado el tiempo transcurrido. Así las cosas, no existe nexo de causalidad entre la patología oncológica y la práctica quirúrgica hoy solicitada que obligue a la Obra Social en los términos pretendidos por la amparista. Además, consideran los expertos médicos que el antecedente de Artritis Reumatoidea observado en la afiliada, desaconseja el uso de inclusiones mamarias, teniendo el conocimiento de que la misma reacción a un cuerpo extraño tiene una alta incidencia a desencadenar enfermedades autoinmunes, debido a la respuesta inflamatoria constante. Finalmente, en cuanto a las costas de la acción, solicita la distribución por el orden causado, en mérito a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 1068. VII.- En uso de las facultades conferidas por la ley, como diligencia para mejor proveer (art. 429 del CPCCLRyM), este Tribunal de Alzada requirió al Cuerpo Médico Forense del Distrito Judicial Norte, expida su opinión en orden al informe brindado por la directora general médica de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, doctora Cristina Martínez, a fs. 43/46 del presente incidente de apelación, y de otro dato de interés médico que pudiese aportar. En cumplimiento de la manda judicial, a fs. 89/90, obra Dictamen Pericial N° 268/15 de fecha 5 de junio de 2017, informe que fue debidamente trasladado a las partes. Ambas partes decidieron guardar silencio ante la experticia. VIII.- RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDADA. "El objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental"(1). "Se trata de un procedimiento utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales; razón por la que su apertura exige circunstancias particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la urgente y expeditiva vía del amparo"(2). La vía que examinamos, resulta más que idónea en un caso como el que nos ocupa esto es: el derecho a la salud. "El concepto de salud ha sido definido como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades, conforme lo establece el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud. En la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud de 1986 se suscribió un nuevo y más alto concepto, al considerar como condiciones y recursos fundamentales para la salud a la paz, el cobijo, la educación, el alimento, los ingresos económicos, un ecosistema sustentable, recursos sostenibles y justicia social. En nuestra Constitución Nacional, el derecho a la salud se incluyó expresamente en el año 1994, y se consagró en los artículos 41 al 43 el derecho a la protección de la salud y la acción de amparo para hacerlo valer legalmente. Asimismo, en el artículo 75, inciso 22 de la CNA, se incluyeron tratados internacionales que resguardan este derecho, de los cuales resulta más abarcador el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Art. N° 12 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"(3). Tengamos presente que: "...desde sus inicios la Corte Suprema entendió que el Estado nacional está obligado a proteger la salud pública?(1), pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, que es el primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes?(2). Por su parte, y en relación con el Preámbulo de la CN,

juzgó que en él ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud?(4) (CSJN, 14/5/1887, ?Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios?, Fallos, 31:273. La referencia que se realiza en el texto corresponde al consid. 4°. Se pronunciaron de modo conteste los jueces GOROSTIAGA, DOMÍNGUEZ, FRÍAS e IBARGUREN. 2 Cfr., por ejemplo, CSJN, 6/11/80, ?Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización?, Fallos, 302:1284 La cita corresponde a los respectivos consid. 8o de la moción que encabeza el fallo, perteneciente a los ministros GABRIELLI y Rossi, y del voto concurrente conjunto firmado por los jueces FRÍAS y GUASTAVINO.3 CSJN, 21/12/70, ?American Cyanamid Company c/SA Unifa Química e Industrial?, Fallos, 278:313. La alusión que se realiza en el texto corresponde al consid. 15. Votaron coincidentemente los ministros ORTIZ BASUALDO, CHUTE, RISOLÍA, CABRAL y ARGÚA). Como punto de partida de nuestro análisis tengamos en cuenta que: "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad" (art. 51 CCyCN). IX.- Para fundar su disconformidad con el pronunciamiento recaído, la Obra Social demandada, consideró que se ha efectuado un análisis sesgado de la normativa y una errónea valoración de la prueba.

Veamos: La demandada entendió que por tratarse de una cirugía estética y no reparadora, la intervención solicitada no cabe al amparo de la normativa que prevé su cobertura. Para llegar a esa conclusión, consideró el dictamen de la doctora Cristina Martínez - Directora General Médica de O.S.P.T.F.-, quien a fs. 42/45, sucintamente se expidió en los siguientes términos: "RESUMIENDO: 1- La afiliada ya fue sometida a cirugía reconstructiva a los dos años de realizada la mastectomía bilateral. 2- En caso de una reoperación, no sería ya reconstructiva, ya que han pasado 19 años de la práctica quirúrgica oncológica. 3- El doctor Fernández habla de contractura grado 3-4 con deformación y dolor en ambas mamas con retracción y adherencia en base mama izquierda. Por el tiempo transcurrido entre la cirugía reconstructiva a la fecha, la deformación producto de la contractura capsular, ya no estamos hablando de una cirugía reconstructiva sino ESTÉTICA. 4- Una cirugía no se reedita: la contractura capsular es una reacción de cuerpo extraño las prótesis mamarias, que son reconocidas por el organismo como ajeno al mismo, por lo que, en caso de un recambio protésico, la incidencia de la recidiva a la contractura capsular, es mucho más alta que en una primera instancia. 5- También se observa en la HC, que la afiliada realiza consulta en SSJ, septiembre de 2000, donde refiere antecedentes de Artritis Reumatoidea. Teniendo el conocimiento de que la misma reacción a un cuerpo extraño, tiene una alta incidencia a desencadenar enfermedades autoinmunes, debido a la respuesta inflamatoria constante, es mi obligación como profesional, contraindicar el uso de las inclusiones mamarias, por los antecedentes de AR de la paciente. A esto me refiero debido a que la paciente habla de la definición de salud de la OMS, que puede ser de carácter preventivo, tendiente a evitar el futuro agravamiento del estado de salud de la paciente (Juz. Criminal y Correccional N° 3, Mar del Plata...citado por la paciente). La opinión es la no colocación de prótesis. 6- Nuevamente, me refiero a que en esta situación, la cirugía de capsulectomía con recolocación de nuevas prótesis, es meramente estética" (fs. 42/43). En primer lugar, es indudable que la mastectomía bilateral, impacta directamente en la autoimagen corporal de la mujer, de maneras distintas, según la personalidad de quien se ve afectada por una dolencia de esta naturaleza. Este impacto suele traducirse en retraimiento, tristeza, dificultades de relación y en muchos casos, incluso depresión, situaciones que en menor o mayor medida provocan un desequilibrio interno. Recordando la previsión del artículo 51 del CCyCN (protección de la dignidad humana), es importante remarcar que: "...no puede dejar de aludirse a que esa noción de dignidad de la persona tiene un fuerte sustrato bioético relacionado con las conductas autorreferentes (el propio Código, en este mismo capítulo, tiene aplicaciones de ellas en cuestiones vinculadas a actos de disposición sobre el propio cuerpo, consentimiento informado para actos médicos y directivas anticipadas), las cuales ya preexistían en las leyes regulatorias de los trasplantes de órganos, de salud mental y de derechos de los pacientes, entre otros"(5). Sentado lo anterior, el reemplazo de las prótesis mamarias de ninguna manera puede ser considerada como una cuestión meramente estética, desde el mismo momento en que el cambio sólo tendrá la función de reestablecer el estado de la reconstrucción antes de encapsulamiento. X.- Por otra parte, contrastada la opinión de la médica Cristina MARTÍNEZ, con el dictamen N° 268 del Cuerpo Médico Forense que luce a fs. 89/90, (experticia debidamente trasladada a las partes), la demandada guardó silencio respecto de las conclusiones a las que arribaron los galenos INÉS APARICI y JAVIER ALBERTO FERNÁNDEZ, pertenecientes al Cuerpo Médico del Poder Judicial. En este sentido consideramos relevantes las siguientes cuestiones: "- La contractura capsular (CC) es la complicación más común en mujeres que se han sometido a cirugía de aumento mamario con fines estéticos y/o en cirugía reconstructiva. - De la lectura del informe, de la bibliografía citada y de estado del arte en este tema, no surgen opiniones científicas que permitan afirmar que una segunda cirugía no sería reconstructiva en virtud del tiempo transcurrido. - [...] Asimismo un procedimiento reconstructivo no excluye uno eventualmente estético y/o viceversa, sino por el contrario son complementarios uno del otro (puntos 3 y 6, fs. 44). - En relación con la incidencia de recidivas, es decir la posibilidad de que pueda repetirse esta complicación, se estima que dicha circunstancia debiera, en cualquier caso discutirse con la paciente (Derechos del Paciente, ley 26529). No existe contraindicación

para intentar reparar una condición de salud, a menos que sea el propio paciente quien se niegue a tal posibilidad. A través del consentimiento informado (op.cit. Art. 5), se plantea a los pacientes el espectro de complicaciones y dentro de ese marco normativo se procede. - Las enfermedades autoinmunes son desórdenes genéticos, es decir originadas en los genes, y caracterizados por la pérdida de tolerancia inmunológica hacia lo propio, es decir los anticuerpos y glóbulos blancos destruyen los tejidos de quienes sufren estas condiciones. De la biliografía citada por la profesional y que fue íntegramente evaluada por los suscriptos, y de la consulta bibliográfica efectuada a fin de responder esta pericia, no surgen fundamentos que permitan sostener la afirmación que se transcribe: "teniendo el conocimiento de que la misma reacción a un cuerpo extraño, tiene una alta incidencia a desencadenar enfermedades autoinmunes" (sic) (punto 5 fs. 44). En consecuencia, no puede afirmarse que sea o haya sido la prótesis una causa o detonante de artritis reumatoidea (enfermedad autoinmune), tal como se afirma. Tampoco puede afirmarse que sea su recambio, causa de una nueva crisis de dicha enfermedad u otra de la misma naturaleza". Lo transcripto, constituye para nosotros un elemento fundamental de convicción, que ha sido útil para disipar las dudas que se generan cuando se tratan las cuestiones médicas.

Así las cosas, entendemos que cabe razón a la amparista, por ello coincidimos con el pronunciamiento del juez de grado. XI.- En relación al tercer agravio, en cuanto la recurrente entiende que se asignó relevancia en materia probatoria a una opinión técnica de una licenciada en psicología, que citó el aquo (como parte integrante de una jurisprudencia que circunstancia al pie de página) y que no fue solicitada por las partes, entendemos que existe una confusión al respecto. En efecto, la referencia que hace el señor magistrado de la instancia anterior, es simplemente ilustrativa (y no concluyente), en cuanto a la necesidad de efectuar la reconstrucción que solicita la amparista, por los efectos que su denegación produciría a nivel psicológico. Reiteramos, la autoimagen corporal de quien padeció un cáncer de mamas y fue sometida a una mastectomía bilateral, indefectiblemente se ve afectada y se traduce en distintos padecimientos psíquicos. Es por ello, que el agravio será desestimado. XII.- RECURSO DE APELACIÓN DE LA ACTORA Es motivo de queja por parte de la amparista, la distribución de las costas, que el señor juez de grado, impuso por el orden causado, en orden a la previsión contenida en el artículo 16 de la ley 1068. Si bien es cierto que: "las costas como regla general deben imponerse al vencido, porque quien hace necesaria la intervención del Tribunal por su conducta, su acción u omisión, debe soportar el pago de los gastos que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho. Tienden a reparar el patrimonio de quien ha tenido que iniciar una acción judicial para obtener el reconocimiento de un derecho. Por consiguiente, la condena en costas debe hacerse objetivamente; atendiendo principalmente al derecho que tiene el vencedor del pleito para ser resarcido en sus gastos judiciales", no es posible soslayar la vigencia de la ley 1068 que declara la Emergencia del Sistema de la Seguridad Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur por el lapso de dos (2) años, los que se computarán desde la fecha de la sanción de misma? (11-01-2016). En tal sentido, considerando que la norma establece que: "En cualquier proceso judicial en los que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte, durante el plazo de la emergencia, se impondrán en todos los casos las costas por su orden?", no cabe otra solución que distribuir las mismas, puesto que apartarse de tal imperio, implicaría una arbitrariedad. Como conclusión de todo lo expuesto, el recurso de apelación será desestimado. XIII.- En el desarrollo del análisis nos hemos abocado al tratamiento de las quejas, resaltando que sólo nos detuvimos en los argumentos y pruebas que estimamos conducentes para resolver el presente conflicto (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación 258:304; 278:271; 291:390; 308:584, entre otros).

XIV.- Para cerrar nuestro análisis, luego de haber abordado las críticas expuestas por los recurrentes, proponemos al acuerdo: - RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego. - RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la señora Juana Rosa ALTAMIRANO ALTAMIRANO. En virtud de la previsión contenida en el artículo 16 de la ley 1068, las costas se impondrán por el orden causado. 2º.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo: I.- Adhiero a la solución propuesta por la vocal ponente, pero considero necesario efectuar ciertas aclaraciones en lo que concierne al recurso de apelación articulado por la amparista. A los fines de fundar mi voto, me remito a los antecedentes de hecho y de derecho que sirven de causa a los presentes obrados y detallados en el voto ponente. II.1- Como dije con anterioridad, mi aclaración radica únicamente en lo que respecta al artículo 16 de la ley 1068 en cuanto establece que en todos los casos en que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte en un pleito, las costas serán distribuidas por su orden. Ello, claro está, sea cual fuere el resultado obtenido o bien la arbitrariedad acometida por el organismo público. A mi entender tal extremo, a todas luces, resulta inconstitucional por los motivos que expondré.

Sin embargo, antes de adentrarme en tal extremo, no pierdo de vista que nuestro cimero Tribunal ya se expresó sobre la materia en autos ?Muñoz Low, Ramón Amado c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora?, declarando la constitucionalidad del referido artículo. Si bien los argumentos del STJ fueron plasmados en un litigio previsional, actuando en carácter de competencia originaria, también es cierto que la ley 1068 en su artículo 1 declara la Emergencia del Sistema de la Seguridad Social de la Provincia de Tierra del Fuego, entendiéndose tanto los organismos de previsión como así también de obra social. Por lo tanto, entiendo que los argumentos esbozados por el cimero tribunal como los que también se puedan esbozar al respecto, sirven de igual manera para los casos en que

actúe el organismo previsional o bien la obra social. Dicho lo anterior, es preciso pronunciarme sobre la obligatoriedad de los tribunales inferiores de aplicar la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia conforme lo establece el artículo 37 de la ley 110. Si bien lo dispuesto por la norma significa que los jueces inferiores deben conformar sus decisiones acorde a lo resuelto por el más alto Tribunal en casos análogos, ello no exime que esta vocalía pueda dejar sentada su postura al respecto, respetando lógicamente la decisión adoptada por el máximo órgano judicial local. Así las cosas, del precedente referenciado que emitiera el cívico Tribunal provincial se advierte que los argumentos allí plasmados hacen hincapié en la situación de emergencia que ostenta el sistema previsional social lo que motiva la distribución de las costas del proceso en los casos en que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte en el litigio. También hace referencia a que el principio objetivo que dimana del artículo 58 del CCA no es absoluto. Sin embargo, este último argumento no encuentra analogía con los presentes actuados por tratarse éste de un proceso de amparo que tramitara por el fuero civil. Si bien no pierdo de vista que el STJ local, en el fallo referido, hizo referencia a los distintos fallos emitidos por la CSJN sobre la materia, también es dable subrayar que el último criterio que impera en la CSJN es el pronunciamiento del 15 de octubre de 2015, en la causa ?Granello, Elena Ángela c/ ANSeS s/ reajuste de haberes?. Allí con invocación del art. 280 del CPCN, la Corte Federal -con la firma de los señores Ministros doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco- dejó firme un pronunciamiento de la Cámara Federal de La Plata, que por mayoría, y con remisión al precedente ?Patiño? había declarado la inconstitucionalidad del art. 21 de la ley 24.463. II.2.- A mi entender el artículo 16 de la ley 1068 resulta inconstitucional al violentar el principio de igualdad -art. 16 de la CN- al poner en condiciones inequitativas y cuanto menos discriminatoria al excluir a quienes litiguen en contra de la Obra Social provincial de la aplicación del principio general contenido en el art. 78.1 CPCC -en caso de resultar vencedores- y además, inequitativa en relación al resto de los litigantes en causas judiciales que sean gananciosos, por cuanto es principio general que la parte vencida en el juicio es quien debe cargar con los riesgos del resultado del juicio y gastos de la contraria aun cuando no se hubiese solicitado. En este sentido, entiendo, que una situación de emergencia del sistema social, no puede vulnerar el derecho a la propiedad, acceso a la justicia y derecho a la salud del amparista que se vio gravemente afectado en la salud al no cubrirse su prestación médica. Para enderezar tal derecho vulnerado tuvo que acudir a la justicia y, ahora, para más, debe solventar los gastos de su defensa y ello es lo que determina la afección de su derecho a la propiedad. Asimismo esta diferencia de trato en las costas a favor del Estado según el artículo 16 de la ley 1068, en síntesis, lesiona el acceso a la justicia como garantía para los ciudadanos, porque uno tendrá riesgos y otro no por el resultado del pleito. Ello significa otorgar al organismo de gestión un privilegio inaceptable y cometer una inequidad más en contra del beneficiario de la obra social, en flagrante violación de los artículos 1, 14bis, 16, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, como así también lo dispuesto mediante el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 24, hoy integrante de nuestra Carta Magna. Al respecto, en los autos caratulados: ?Patiño Raúl Osvaldo c/ Gobierno Pcia. de San Juan (Unidad de Control Prev.) s/ Amparo por mora de la administración? la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que resultaba discriminatorio la exclusión de los jubilados de la aplicación del criterio general en materia de costas, con sustento en el artículo 21 de la Ley de Solidaridad Previsional Nº 24.463, donde se ordena la distribución de las mismas en el orden causado. Así, textualmente expresó: ?Ya se ha visto que no puede aceptarse la solución legal sin lesionar los derechos de igualdad y de propiedad; empero, como también la recurrente ha invocado el principio de solidaridad social para sustentar el criterio legal, debe señalarse que tal principio no puede mantenerse si se acepta que media lesión de los derechos superiores mencionados...La distribución de las costas por su orden en todos los casos originados en demandas previsionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 24.463 de Solidaridad Previsional, no se compadece con los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en materia previsional? -el subrayado me pertenece-. II.3.- El argumento de la emergencia y, consecuente solidaridad social, no resulta suficiente para vulnerar los derechos constitucionales referenciados en virtud de que, precisamente, la propia Constitución ha nacido para ponerle un valladar a aquellas políticas de gobiernos que pretendan avasallar los derechos reconocidos a los ciudadanos. A excepción de la declaración del estado de sitio -artículo 23 de la CN y artículo 17 en cuanto a expropiación- no existe normativa constitucional que prevea anular los derechos y/o garantías constitucionales reconocidos a los ciudadanos. Ya la CSJN en el renombrado precedente ?Ávico c De la Pesa? exponía: ?La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional...Pero, ni aún el poder de guerra deroga (o remueve) las limitaciones constitucionales que protegen las libertades esenciales?. Adviértase que esta vocalía no se opone a la declaración de emergencia en procura del interés general de la población, pero, sin embargo, considero que esa declaración excepcional requiere un estudio minucioso, detallado y pormenorizado de las afectaciones constitucionales que pueden generarse a

raíz de una declaración excepcional sin un análisis profundo de tal excepcionalidad. Ese análisis minucioso requiere razonabilidad y proporcionalidad. En el fallo antes precitado se traía a colación la Constitución de los Estados Unidos y entonces se exponía: 'La 5ª enmienda en la esfera de la actividad federal, y la 14ª con relación a la acción gubernativa para promover el bienestar general (175 U.S. 211; 113 U. S. 27; 200 U. S. 561). Ellas solamente condicionan el ejercicio del poder reconocido, asegurando que la finalidad será cumplida por medios compatibles con el debido proceso legal. Y la garantía del debido proceso legal, como a menudo se ha sostenido, sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar?'(6). En sí, la ratificación de la declaración de la emergencia resulta una creación pretoriana de los tribunales judiciales que reposa en el preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto tiende a procurar 'el bienestar general de la población'. En el precedente 'Massa', la CSJN expuso: 'Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el preámbulo de la Constitución Nacional'. Entonces, se advierte que los casos en que se convalidó por parte de la CSJN tal situación de emergencia que afectó derechos constitucionales, tuvo incidencia con graves crisis económicas que azotaban a todo el país -véase fallo 'Peralta'. En tal precedente se ha dicho: 'Que a lo que al caso interesa, se cumple con el requisito relacionado con el carácter de emergencia de la legislación en cuestión. Se tratan las impugnadas normas destinadas a poner fin a la grave situación de orden económico que afectó al sistema financiero argentino. En tal sentido, no puede dejar de señalarse el perverso mecanismo que, formado por múltiples impulsos, generó la desmesurada y creciente deuda interna argentina,, que el decreto en cuestión buscó remediar'. Así también en el fallo 'Massa' antes citado el máximo Tribunal federal expuso: 'Que a partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis -de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país- que no sólo afectó a las relaciones económico financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser conocida, y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de la crisis'. Si bien en lo que al caso respecta la ley 1068 buscaba sanear el sistema de la seguridad social, ello no significa introducir disposiciones que atenten contra el acceso a la justicia, el derecho a la salud y el derecho a la propiedad. El artículo 16 de la ley 1068, respecto a las costas en el proceso donde el IPAUSS o el organismo que lo reemplace intervenga, resulta innecesario, pues de llevar a cabo las funciones conforme la norma legal establecida al respecto, el índice de litigiosidad se verá disminuido sobremanera y las costas que pudiera generar algún proceso sería minúsculo dentro del presupuesto previsto para ello. Si el índice de litigiosidad crece en lo concerniente a un organismo público, ello se debe a que, indefectiblemente, las políticas públicas llevadas a cabo no se ajustan a la legalidad establecida. II.4.- En idéntico sentido, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en autos: 'Gutiérrez, Benito c/ Anses' sostuvo que: '... al momento de decidir quién debe soportar las costas del litigio, debe primar no solo el resarcimiento de los gastos que el demandante debió afrontar, sino también tener en cuenta que la conducta recurrente del Estado de incumplir con sus obligaciones ha otorgado carácter normal a una situación notoriamente irregular. Ello así, resulta a todas luces evidente que de continuar avalando la aplicación del artículo 21 de la Ley 24.463 el Estado de antemano conoce que, cualquiera sea su morosidad o arbitrariedad en el manejo de los fondos de la Seguridad Social en su relación con los beneficiarios, nunca deberá asumir costo alguno, o éste será -en todo caso-, mínimo y poco ejemplificador para una superación de la gestión...'. II.5.- Finalmente, como se adelantara, el artículo 16 de la ley 1068 avasalla el principio republicano de gobierno -artículo 1 de la CN- al ser la legislatura quien interfiere en las facultades que tiene el poder judicial a los efectos de establecer la imposición de costas en un proceso. Es este órgano de Poder quien, conforme artículos 78 y ss del código de rito local, como así, en lo que al caso respecta, artículos 14 y 17 de la ley 16.986, debe sopesar las circunstancias de cada caso con el fin de imponer o eximir de costas a los litigantes. En este sentido nuestra CSJN, expuso: 'Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, 'ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las le han sido acordadas' (Fallos 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar la 'existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes' (Fallos: 210; 1095) y 'la excedencia de las atribuciones en la que éstos puedan incurrir' (7). También la CSJN expuso: 'el principio de la llamada 'división de poderes', [...] se vincula con el proceso de constitucionalismo de los estados y el desarrollo de la forma representativa de gobierno. Es una categoría histórica; fue un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política. Se presenta como un sistema de restricciones a la actividad del poder para garantía de la libertad individual. Por él se reparten las atribuciones de la autoridad y se regula su acción con función de la preservación de la libertad, atribuyendo a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la ejecutividad de las funciones que les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su

natural interrelación funcional. Es un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad, que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una necesaria coordinación. [...] Que nuestra Constitución establece un reparto de competencias y establece medios de control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades, librado a su plena discreción. [...]. Los jueces deben aplicar las leyes que el legislador establece, pero es función esencial suya el control de su constitucionalidad [...](8). Por los motivos expuestos entiendo que resulta inconstitucional el artículo 16 de la ley 1068. No obstante, debido a la obligatoriedad prevista en el artículo 37 de la ley 110, debo acatar la resolución ya emitida por el cintero Tribunal al respecto en el fallo referido. Por lo tanto, adhiero a la solución propuesta por la distinguida colega preopinante con los alcances aquí establecidos. Así voto. 3°.- El juez Francisco Justo de la TORRE dijo: Que adhiere al voto ponente con las aclaraciones efectuadas por el juez LÖFFLER, en los puntos I, II.2, II.4 y II.5.- En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría SENTENCIA 1°.- RECHAZANDO el recurso de apelación interpuesto por la OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, a fs. 65/70. En su mérito, confirmando la sentencia de fs. 54/65, en cuanto fuera materia de agravio. 2°.- RECHAZANDO el recurso de apelación interpuesto por la amparista a fs. 70/74. 3°.- IMPONIENDO las costas en esta instancia por el orden causado (art. 16 ley 1068) 4.- DIFIRIENDO la regulación de honorarios profesionales. 5°.- MANDANDO copiar, registrar, notificar y remitir las actuaciones al juzgado de origen. Fdo. jueces de Cámara: Josefa Haydé MARTIN, Francisco Justo de la TORRE y Ernesto Adrián LÖFFLER. Ante mi: Marcela Cianferoni - secretaria de Cámara. Reg. T° V del libro de Sentencias Definitivas, F° 862/872, año 2017. Notas: (1) Art. 43 de la Constitución Nacional y doctrina de Fallos: 259:196; 263: 296; 267:165 y 324:3602. (2) CSJN, Fallos 306:1453; 308:2632; 310:576; entre otros. (3) "Resulta efectiva para la persona con discapacidad y su familia la judicialización de los reclamos por prestaciones de salud?" Autor: Crisci, Anabella. Publicación: Revista Académica Discapacidad y Derecho - Número 2 - Noviembre 2016 Fecha:03-11-2016 Cita:IJ-CCXIX-62. (4) BAZÁN, Víctor "DERECHO A LA SALUD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL - Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema" - Editorial Astrea - 1° Edición - Año 2013 - pág. 90. (5) RICARDO LUIS LORENZETTI, "Código Civil y Comercial de la Nación" - T° I - art. 1 a 256 - Editorial Rubinzal Culzoni - pág. 278. (6) CSJN Fallo ?Ávico c De la Pesa? (7) CSJN: ?Fayt, Carlos Santiago c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento?. 19/08/1999. (8) Véase CSJN Fallo ?Peralta?. 022477E