

# Medidas Cautelares Requisitos Verosimilitud En El Derecho Peligro En La Demora Derecho A La Salud Tratamiento De Radioterapia

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

## JURISPRUDENCIA

Medidas cautelares. Requisitos. Verosimilitud en el derecho. Peligro en la demora. Derecho a la salud.

Tratamiento de radioterapia Se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y se ordenó a la empresa de medicina prepaga demandada otorgar el tratamiento de sesiones de radioterapia de intensidad modulada o IMRT en lodge de próstata. Para decidir de este modo, se dijo que la verosimilitud en el derecho se acreditaba con el certificado médico acompañado que demostró la imperiosa necesidad del tratamiento y, por otro lado, el peligro en la demora, se tuvo por acreditado atento a que el actor tiene 64 años y un antecedente de adenocarcinoma de próstata, que de no recibir el tratamiento requerido podría agravarse su estado de salud.

La Plata, 15 de Diciembre de 2016. Y VISTOS: este expte. N°FLP 47508/2016/CA1, caratulado: ?Paccaloni, Roberto Raul c/ Swiss Medical S.A s/ Amparo Ley 16.986?, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia n°2 de esta ciudad Y CONSIDERANDO: EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO: I. La parte actora inició acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional contra Swiss Medical S.A., a los efectos de que se ordene a la demandada cesar en su acto arbitrario, lesivo de los derechos a la salud y a la vida, situación en la que incurre al denegar la cobertura de la prestación médica solicitada, que consiste en sesiones de Radioterapia con Intensidad Modulada o IMRT prescripta por el médica especialista.

En el escrito de inicio se menciona que el Sr. Roberto Raul Paccaloni fue sometido a una operación de cáncer de próstata (prostatectomía radical) por padecer adenocarcinoma de próstata gleason 4+3=7 y que luego efectuó con periodicidad controles médicos. A raíz de estos estudios, en agosto del 2016 se detectó una recaída bioquímica con PSA 0,51, por lo cual el médico tratante indicó un tratamiento de radioterapia tridimensional 3D. Posteriormente, en el Vidt Centro Médico prestador especializándose profundizó el análisis y se informó que el cuadro requería un tratamiento de Radioterapia de Intensidad Modulada o IMRT. Por tal motivo, la parte actora requiere que se ordene a la accionada otorgar el tratamiento de sesiones radioterapia de intensidad modulada o IMRT en lodge de próstata. Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar que ordene a Swiss Medical SA proceder a otorgar la inmediata cobertura del tratamiento requerido, de forma ininterrumpida de acuerdo a la prescripción médica y hasta que se dicte sentencia sobre la pretensión de fondo. Por último, la parte actora funda su derecho en los artículos 33, 43, 75 inc. 19, 22 e inc. 23 de la Constitución Nacional, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pato Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las Leyes 16986, 20321, 23661, 26396, 26529, 26682 y en la jurisprudencia y doctrina aplicable al caso. II. Ahora bien, en virtud de lo solicitado, el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar requerida y ordenó a Swiss Medical S.A que preste a la parte actora la cobertura de las sesiones de Radioterapia de Intensidad Modulada en logde de próstata, de conformidad a lo indicado en la certificación por el médico tratante. Como consecuencia de lo resuelto, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación a fs. 56/65. Los agravios se circunscriben, en síntesis, a cuestionar la medida adoptada en virtud de que a su criterio la prestación solicitada no se encuentra incluida dentro del PO, por lo tanto su representada no está obligada a cubrir la mentada cobertura. Asimismo, sostiene que no surge constancia que contraindicara la radioterapia 3D. Por último, cuestiona la caución juratoria. III. Sentado lo expuesto y en primer lugar corresponde precisar que, para la procedencia de las medidas cautelares se requiere la verificación de los presupuestos de verosimilitud del derecho y d peligro en la demora, conforme lo determina el artículo 230 del CPCCN. En ese sentido, los recaudos para su procedencia previstos en dicho artículo se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad o inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar. Ahora bien, de las constancias de la causa han quedado acreditadas las siguientes circunstancias: que el Sr. Roberto Raul Paccaloni es afiliado N°800006 0563487 05 0102 a Swiss Medical S.A (cfr. fotocopia de carnet a fs. 26), como asimismo, que fue diagnosticado con adenocarcinoma de próstata (ver certificado médico realizado por el Dr. Scorticati). Mas aún, del informe médico realizado por el Dr. Carlos Humberto Scorticati, ha quedado demostrado la imperiosa necesidad de la radioterapia de intensidad modulada en lodge de próstata. En virtud de las consideraciones que anteceden, considero que se ha acreditado el presupuesto de la verosimilitud en el derecho. En segundo lugar, corresponde examinar si se encuentra presente el restante requisito previsto por el artículo 230 del CPCCN, es decir el peligro en la concreción de un daño irreparable. En ese sentido, resulta de suma importancia el informe realizado por el Dr. Carlos Humberto Scorticati médico cirujano especialista en urología y oncología urológica con fecha 25 de octubre de 2016, quien señala

que al Sr. Paccaloni se le realizó una prostatectomía radical el 27 de mayo de 2014. Asimismo, menciona que presentó una recaída bioquímica con PSA 0,51, por lo que indica radioterapia de intensidad modulada en lodge de prostatectomía, ya que el cuadro se interpreta como recidiva local, según censo nacional 2016 para tratamiento de cáncer de próstata. De más está decir que en el caso, se encuentra en juego la salud de un paciente de 64 años con antecedente de adenocarcinoma de próstata y que de no recibir el tratamiento requerido podría agravarse su estado de salud, por lo tanto, estimo que resulta estar cumplido el requisito que se examina. Resulta evidente que según lo dispuesto en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional el derecho a la preservación de la salud resulta una obligación impostergable, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir para su cumplimiento las obras sociales y la medicina prepaga (ver fallos: 323:3229). En este orden de ideas la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido amparando la cobertura de salud, más allá del Plan Médico Obligatorio tal como pueda observarse en *Reynoso c/INSSJP* (329:1638). Como conclusión de lo cual se desprende que no debe aceptarse una lectura estrecha, que prácticamente reduzca el derecho a la salud, desde una interpretación mezquina que concluya en una negación de su tutela ejecutiva. Los tratados internacionales que integran el llamado bloque de constitucionalidad federal a tenor del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (conf. arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 12 incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la propia derivación del art. 33 de la Constitución no tolera que no se protejan derechos fundamentales como el derecho a la salud. Entonces, cabe destacar que frente a una cuestión particularmente sensible que afecta a una persona en situación de vulnerabilidad a su salud por la patología que presenta, no basta con que la obra social se ampare en una negativa que, a todas luces, deviene contraria a los derechos del accionante. Luego de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, se concreta una supranacionalización de la protección de derechos y garantías. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25 ordena: *“Todo ser humano tiene derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar que incluyen la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad”*. Como vemos, casos como el que nos ocupa exigen de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. *Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo*?, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. *López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo*?, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. *Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo*?, fallo del 14/12/04, E.D. 240505 (supl.), nro. 248.; entre muchos otros). Como bien señala Bidart Campos *“el derecho a la salud, es un corolario del derecho a la vida”* y se halla reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantías innominados del art. 33 de la Constitución Nacional. Ello significa que toda violación al mismo queda descalificada como inconstitucional y merece defensa por aplicación del mecanismo de revisión judicial o control judicial de constitucionalidad... (ver Bidart Campos Germán J. *“Estudios nacionales sobre la constitución y el derecho a la salud”*, Argentina, en *“El derecho a la salud en las Américas Estudio Constitucional comparado”* Organización Panamericana de la Salud, Editores Hernán L. Fuezalida-Puelma y Susan Sccholle Connor, publicación científica núm. 509, año 1989, p. 30). En orden a las consideraciones que anteceden y teniendo en cuenta las particularidades del caso de autos, estimo que ninguna de las razones invocadas por la parte demandada resultan suficientes para revocar las medidas cautelares ordenadas. IV. Finalmente, considero que -atento las características de la causa y la naturaleza de la prestación solicitada, en el caso, resulta suficiente la fijación de una caución juratoria. V. En orden a las consideraciones que anteceden y los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la conforman, es que corresponde CONFIRMAR la resolución apelada, postergándose un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva. Así lo voto. LA JUEZA CALITRI Y EL JUEZ SCHIFFRIN DIJERON: Que adhieren al voto del Juez Alvarez. Por ello, SE RESUELVE: Confirmar la resolución apelada, postergándose un pronunciamiento sobre las costas hasta que se dicte la sentencia definitiva. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Olga Ángela Calitri - Leopoldo H. Schiffrin - Cesar Álvarez. Jueces de Cámara.- Correlaciones: R.J.O. c/Swiss Medical S.A. s/amparo de salud - incidente de apelación - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - SALA III - 07/04/2015 - Cita digital IUSJU003332E

017222E