

Salta,

de Mayo de 2008

Y VISTOS: Estos autos caratulados " **MURUAGA, Fanny del Valle vs. OSPAT (Obra Social de Personal del Turf) – Amparo**", Expte. n° CAM 221.119/08 de la Sala III, y _____

CONSIDERANDO

_____ I) A fs. 8/11, la Sra. Fanny del Valle Muruaga, con el patrocinio letrado de la Dra. Andrea Astudillo Rizzi, interpone acción de amparo contra la Obra Social de Personal del Turf (O.S.P.A.T.). Expresa que en el mes de noviembre de 2007 se le detectó cáncer de mama, por lo que fue sometida a una cirugía por medio de la cual se procedió a la extracción del tumor maligno y vaciamiento axilar. Que luego se le practicó un tratamiento de quimioterapia en seis ciclos; que a partir de la última sesión, corresponde se le realice un tratamiento Radiante Tridimensional (3D) en un plazo máximo de cuarenta días, con el fin de aniquilar las células cancerígenas que aún se encuentran en su organismo, ya que de lo contrario, se produciría una metástasis en el mismo. Manifiesta que al concurrir a O.S.P.A.T. en búsqueda de la autorización para el tratamiento prescripto por la Dra. Zentilli (*Terapia radiante en el volumen mamario izquierdo con refuerzo (BOOST) en el lecho tumoral*), la práctica le fue denegada, autorizándose en su lugar tratamiento de rayos convencional (Radioterapia Convencional Tangencial). Que dado su desconocimiento, concurrió al Instituto de Radiaciones Salta para realizarse la práctica autorizada; que, sin embargo, el Dr. Kortsatz le explicó que en su caso no es posible este tratamiento porque la radiación convencional tiene alto nivel de cardiotoxicidad por la localización (mama izquierda). Que se ha comprobado que las pacientes así tratadas tienen mayor riesgo de daño coronario tardío asociado con la terapia radiante. Que el tratamiento con las técnicas modernas de irradiación (3D ó IMRT) reduce el riesgo. Acompaña como prueba revista de Divulgación Científica.

_____ Relata que ante ello, reiteró el pedido de radiación 3-D ante la Obra Social acompañado de un presupuesto, pero que la misma le denegó la prestación con sustento en que ésta se encuentra excluida del P.M.O.E. (Programa Médico Obligatorio de Emergencia), tal como consta en el reverso de la solicitud que adjunta como prueba. Dice que concurrió en varias oportunidades a OSPAT con la ilusión de conseguir la autorización, pero que ésta le fue siempre negada en forma verbal y por escrito; que el Auditor Dr. Hugo D. Saavedra entiende que no debe autorizar la práctica si ella no está comprendida en el menú del PMOE. Entiende que lo expuesto la coloca en la inadmisibles disyuntiva de hacerse el tratamiento que autoriza la Obra Social y morir dentro de diez años del corazón, o bien morir ya de cáncer.

_____ Expresa que conforme surge de la Resolución 939/00 del Ministerio de Salud, modificada por Resolución 201/02, el Programa Médico Obligatorio ha sido concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, para cuya implementación se señaló que si bien la idea es la de establecer límites a la cobertura, no resulta aceptable la implantación de un menú que reduzca las prestaciones habituales; y que independientemente de la cobertura prevista en el Programa, no existen patologías excluidas. Que conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia (Fallos 323:1339) esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un "piso prestacional", por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas, de jerarquía constitucional.

_____ Señala que el Anexo I de la Ley 23.360, en su artículo 1.1.3, en orden al Programa de Prevención de Cánceres Femeninos, en especial el de mama y cuello uterino, dispone *el diagnóstico y tratamiento de todas las afecciones malignas*. Que, en consecuencia, las obras sociales deben tratar las afecciones malignas de cáncer siguiendo todos los pasos que el tratamiento requiera, comprendido éste desde su detección hasta llevar al enfermo al pleno restablecimiento de su salud o, de no ser ello posible, mejorar su calidad de vida. Enfatiza que, en su caso, el único tratamiento posible es el de radiación 3-D; que no se trata de un capricho, ni de confort, sino de la vida o la muerte.

_____ Agrega que a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, se ha reconocido el derecho a la salud (art. 75, inc. 22 de la CN) y se asignó jerarquía constitucional a los Tratados que enumera, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Que de ninguna manera un menú de prestaciones aprobadas periódicamente en virtud del dinamismo de la ciencia médica, puede anteponerse a

la Carta Magna y a los Tratados Internacionales.

_____ Sostiene que tiene cuatro hijos, la menor de diez años; que su esposo es el sostén del hogar y que percibe un sueldo de \$ 1.750; que no puede hacer frente a los gastos del tratamiento; que la presente acción la entabla por su salud y por el equilibrio de su familia.

_____ Por último, invocando la urgencia del caso, solicita se disponga *medida cautelar innovativa*, ordenándose la inmediata práctica adecuada para cumplir con el tratamiento primario contra el cáncer de mama que padece, esto es Tratamiento de Radioterapia Conformacional Tridimensional (3-D), conforme a lo prescripto por sus médicos Dres. Zentilli y Kortszt, a un costo a cargo de ella de diez pesos (de acuerdo al listado de precios de prestaciones de alta complejidad). Expresa que el costo del tratamiento asciende a \$ 13.250, y que de no contar con dicha práctica o si la misma no se realiza dentro del plazo de cinco días, se produciría un daño grave e irreparable para su salud, ya que podrían reproducirse las células cancerígenas que siguen vivas y propagarse por todo el cuerpo. Que a los fines de la medida peticionada deja prestada caución juratoria; y de considerarse necesario se ofrece la caución de la Dra. Andrea Astudillo Rizzi.

_____ Acompaña y ofrece pruebas y pide se haga lugar a la medida cautelar y a la presente acción; y, eventualmente, se tache de inconstitucional el Anexo de la Ley 23.660 que establece el P.M.O.E. Con costas.

_____ A fs. 16 y vta., en virtud de la vista que le fuera conferida a fs. 14, dictamina la Sra. Fiscal de Cámara, Dra. Adriana Figueroa respecto de la competencia del Suscripto para entender en la presente acción. Sostiene que encontrándose acreditado que la demandada en autos reviste calidad de obra social comprendida dentro del art. 1º de la Ley 23.660 y que por ello resulta ser agente natural del Seguro Nacional de Salud (ANSSAL), conforme lo determina el art. 38 de la Ley 23.661, se encuentra sometida exclusivamente a la jurisdicción federal "ratione personae". Entiende que, sin perjuicio de ello, dada la perentoriedad de la prestación que requiere la amparista, puede esta jurisdicción expedirse sobre la medida cautelar innovativa, sin que ello implique la prórroga de la competencia.

_____ A fs. 17 se ponen los autos a Despacho.

_____ II) Sobre la competencia de la justicia provincial, recordaba hace poco tiempo (CApel.CC. Salta, Sala III, año 2007, fº 651/654) que en un precedente análogo, ante una acción de amparo dirigida por un afiliado en contra de la Obra Social Bancaria, la Corte local (sentencia del 30 de agosto de 2006, dictada en autos: "Carreras, Mirta Noemí por su hijo menor vs. Obra Social Bancaria Argentina s/Amparo – Recurso de Apelación", Expte. CJS 28.516/06, registrada al t. 108, fº 329/344) reparó en la jurisprudencia de la Corte Federal, que siguiendo el dictamen del Procurador Fiscal, dijera: *La ley 23661, relativa al Sistema Nacional del Seguro de Salud, en su art. 38, establece que la ANSSAL y los agentes de seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actoras*. Atento a la naturaleza de orden público que reviste el citado cuerpo normativo y la asignación de competencia allí prevista, al ser la demandada una obra social, como así también encontrándose en juego cuestiones relativas a la prestación de sus servicios, entre los cuáles se encuentra la cobertura obligatoria de medicamentos (tema regulado por el art. 28 de la Ley 23.661) y por lo tanto el modo y medio en que ella se efectuara, resulta inadmisibles la alteración de la competencia "rationi materiae" por vía de convenio entre partes.

_____ El criterio expuesto ha sido reiterado en fallo más reciente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recaído en la causa "Kogan, Jonathan c/ Swiss Medical S.A." -citado también por la Corte de Justicia de la Provincia en la sentencia referida ut supra- en el que haciendo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, dijo que *es competente la justicia civil y comercial federal para entender en la acción de amparo en la cual se demanda a un prestador de servicios médicos procurando el cumplimiento de las prestaciones totales a su cargo...con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional, en las leyes 23660 y 23661, decretos y resoluciones complementarias del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, lo cual remite al estudio de dichos preceptos con influencia decisiva respecto a cuestiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional que involucra a las obras sociales y a los prestadores privados*.

_____ En el pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Provincia al que se viene haciendo referencia, se ha expresado también que, *si bien se ha sostenido de manera uniforme, que el amparo tiene por fin una efectiva protección de derechos constitucionales antes que una ordenación o resguardo de la competencia, y que conforme al art. 87 de la Constitución Provincial, todo juez letrado es competente para entender en la acción, que ésta nace de dicha norma fundamental y que su acogimiento no queda sujeto a las leyes que regulan la competencias de los jueces, también es cierto que la articulación de la incompetencia por las partes, específicamente por la accionada, se ve refrendada por las garantías constitucionales de defensa en juicio (art. 18 C.N.) que provoca el llamado principio de bilateralidad, de controversia o contradictorio, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria, y del principio de igualdad, que impide que a algún litigante se le otorguen ventajas injustificadas.* Precisamente, la paridad procesal de quien demanda protección judicial por vía de amparo, y de aquél a quien se le atribuye un acto lesivo, exige, dentro de la tesis de la competencia restringida por razón de la materia, grado y turno, la posibilidad de plantear la pretensión ante el juzgado que se estime competente –por el actor- y de cuestionar esa competencia –por el demandado (Néstor P. Sagües, *Acción de Amparo*, pág. 328, Astrea, 1995)._____

_____ No obstante lo expuesto, ante al tema central que motivara el planteo de la amparista, en atención al severo daño a la salud que puede derivar de una decisión ritualista que no contemple el gravísimo riesgo para la vida en caso de interrumpir el tratamiento de que se trata, la Corte Local resolvió conciliar una solución transitoria a fin de no alterar los derechos fundamentales a la vida y a la salud, y con tal objetivo, mantuvo, con el carácter de medida cautelar, la decisión en grado que admitiera parcialmente la demanda y condenara a la Obra Social a hacerse cargo del 70 % del costo del medicamento requerido para el tratamiento de la enfermedad crónica que padecía el peticionante, por un lapso de 60 días hábiles, tiempo éste que consideró suficiente para que aquél canalice la petición por ante el fuero correspondiente._____

_____ No se trata, tal como lo advirtiera el Máximo Tribunal, *de arrogarse competencia en supuestos en el que se admite lo contrario, sino, simplemente, de actuar la justicia para atender el caso específico sin desmedro de derechos de raigambre constitucional de mayor envergadura como son el derecho a la vida y el derecho a la salud.* Es que la justicia actúa en cada uno de los casos que a diario reclaman nuestra atención y los jueces no pueden prescindir, en la interpretación y aplicación de las leyes, de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros de verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en el que está engarzada la norma._____

_____ III) Más allá de que, según lo establece el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n° 5.642, la interpretación que la Corte haga de los textos de la Constitución y de las leyes será obligatoria para todos los tribunales, lo cual traduce que sus fallos generan un precedente que deben observar los órganos judiciales provinciales inferiores (Corte de Justicia de Salta, libro 68, f° 727; íd. libro 69, f° 539 entre muchos otros), pues si bien las sentencias de la Corte se emiten para la resolución de casos concretos, producen un deber, en tribunales inferiores, de conformar sus decisiones a aquéllas, lo que no constituye el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste (C.S.J., doctrina de Fallos, 25:368; 307:1094; 312:2007, entre otros) y que la mencionada doctrina genera la obligatoriedad, para los tribunales inferiores, de ajustar sus decisiones a la interpretación que la Corte de Justicia efectúe en cuestiones de naturaleza constitucional directamente relacionadas con el plexo de garantías reconocidas por las Cartas Fundamentales de la Nación y la Provincia, de las cuales es su intérprete final en el ámbito provincial, conforme al art. 153, ap. I “in fine” de esta última (C.J.S. tomo 60:727; 75:203 in re: “Decoteve S.A.; Cable Express vs. Cablevisión S.A. y/o Cablevisión Federal S.A. y/o Santa Clara de Asís S.A. y/o Enlace S.A. –Amparo – Recurso de Apelación”, Expte. C.J.S. n° 23.241/01 del 07/01/02; lo que ha sido reiteradamente destacado por la Sala que integro en esta Cámara - CApel.CC. Salta, Sala III, año 2002, f° 85/87), lo cierto es que no puedo dejar de lado que está en juego el derecho a la salud y que la prestación reclamada debe ser de inmediato aplicada a la amparista por las graves consecuencias que podrían derivar de su tardía atención. _____ Queda claro, entonces, que no cabe apartamiento a lo resuelto por el máximo tribunal local en cuanto a que es de competencia de la justicia federal la acción de amparo sub examen. Ahora bien,

mediando en la especie circunstancias de hecho y derecho en cierta manera análogas a las del precedente que se expuso, y teniendo particularmente en cuenta la documental acompañada en la demanda; el serio riesgo que para la salud y la vida de la peticionante podría implicar la interrupción del tratamiento reclamado ante la imposibilidad de afrontar con fondos propios la terapia sugerida, todo lo cual demanda de mi parte, por haber prevenido, la adopción de medidas tendientes a preservar tales derechos fundamentales, evitando en lo posible la producción de daños irreparables.

____ IV) En el día de ayer, en la causa Montalbetti vs. I.P.S.S. (CApel.CC. Salta, Sala III, año 2008, f° 320/330) recordaba que la Corte Federal, en un reciente pronunciamiento (Causa: María, Flavia Judith vs. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial, de fecha 30 de octubre de 2007, publicado en la Revista La Ley del 15/11/07 y en Circular n° 48/2007 de la Biblioteca del Poder Judicial de Salta), lo que significa que es el criterio de la actual composición del Cuerpo, y en la materia que nos ocupa, sostuvo que *no corresponde rechazar la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona discapacitada, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues, hallándose comprometidos el derecho a la salud y a la vida, no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas –entre las que se incluye el juicio de amparo-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional.*

____ Traigo a colación al precedente, pues razonando del modo como lo hace la Corte Federal puedo preguntarme si, ante la urgencia del reclamo enderezado por la amparista dispusiera sin más la incompetencia de la jurisdicción provincial, no estaría priorizando una regla de competencia -que no dejo de evaluar es pilar de nuestra organización federal de gobierno-, por sobre un derecho constitucional básico, que tiene tutela no sólo en las constituciones de la Nación y de la Provincia sino también en tratados internacionales expresamente incorporados al texto normativo fundamental del Estado por mérito de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de nuestra Carta Magna.

____ Entonces, a los fines del reclamo que nos ocupa, ha de tenerse prioritariamente en cuenta que está en juego el derecho a la salud. En el Diario Judicial del día martes 25 de Julio de 2006 se publica un fallo de la Cámara Federal de La Plata (Edición n° 1710– conf. www.diariojudicial.com; info@diariojudicial.com), en que los jueces Schiffrin, Compairé y Frondizi, en los autos “Rodríguez vs. I.N.S.S.J.P. (P.A.M.I.) s/Amparo”, ratificaron 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. Para ello citó la Cámara lo expuesto por Luigi Ferrajoli en *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 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). En este antecedente, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al P.A.M.I. a practicarle al actor, *sin costo alguno*, el tratamiento correspondiente para revertir la obesidad mórbida que padece.

____ Por otra parte la Corte local, en los autos “Llapura c/I.P.S. – Amparo”, ratificó la sentencia que ordenó la intervención quirúrgica de implante coclear a una menor que padece de una distorsión oto-acústica y a *la cobertura total de los gastos*, recordando lo señalado en el art. 87 de la Constitución y que la viabilidad de la acción de amparo requiere la invocación de un derecho indiscutible, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse por medio de otras vías. Cita el criterio de la Corte Federal en cuanto que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona y que en el caso particular se encuentra comprometido el derecho de la menor a la protección integral de la

salud y a una adecuada calidad de vida. Tanto en la enfermedad como el tratamiento fueron acreditados con pruebas suficientes y el Instituto evidenció imprecisión, autorizando con limitaciones la práctica quirúrgica. Repara, seguidamente, que ninguna reglamentación ni normativa de una obra social puede lesionar derechos garantizados por la Constitución y contemplados en tratados internacionales (conf. Diario Judicial del miércoles 28 de junio de 2006, Edición nº 1.691).

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...* 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).

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.

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 de jerarquía constitucional - art. 75, inc. 22 de la Constitución- y en el art. 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el art. 87 de esta última, y según la Corte Federal, *cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia*, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002-E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en L.L., 2002-E, 374).

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 –arts. 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.

En la Revista *Debates de Actualidad* de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Año XXI – nº 196), puede leerse el artículo del Dr. Luis Emilio Ayuso titulado *Las Acciones Positivas en la Constitución Nacional*, donde dice que el texto constitucional argentino, luego de la Reforma de 1994, adquiere un neto tinte social y democrático, que se advierte con la incorporación de numerosos institutos y mecanismos tendientes a lograr la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales. La voluntad del constituyente de 1994 fue establecer un

sistema integral de protección de los derechos humanos que obliga al Estado a garantizar que todos accedan al ejercicio y goce de ellos. En esta pretensión, las acciones positivas son imprescindibles para transformar la retórica del derecho internacional de los derechos humanos en normas que garanticen su cabal cumplimiento.

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 1853 consagró la igualdad jurídica o formal (art. 16). En 1957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1994 la consagra en los arts. 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 lo que sostengo ha sido postulado por la Corte Federal en el antecedente *María, Flavia Judith vs. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial* del 30 de octubre de 2007, al que ya me refiriera, pues el Tribunal precisó que el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. Siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios –*o declarando la incompetencia sin adoptar medidas de resguardo, agrego de mi parte, para su adecuación con el sub lite*–, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Es asimilable a definitiva, a los fines del recurso extraordinario federal, la sentencia que rechazó el amparo, toda vez que la urgencia en la satisfacción de las prestaciones solicitadas *y el hecho de que el instituto de obra social demandado no hubiera admitido el reclamo de la actora –tendiente a obtener la cobertura integral para el tratamiento de su discapacidad–* ponen de manifiesto que la decisión irroga a la interesada agravios de imposible reparación ulterior.

La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, máxime cuando, como en el caso, de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso (del voto del Dr. Zaffaroni en dicha causa).

V) Si bien puede razonablemente entenderse que el reclamo de la actora puede enderezar dentro lo que la moderna doctrina procesal denomina como *medidas autosatisfactivas*, con lo cual el cuadro de evaluación de la competencia del Suscripto se complica aún más, lo cierto es que la prueba documental aportada convence que es menester la adopción de una decisión urgente en la especie. En efecto, la médica tratante Dra. Andrea Alejandra Zentilli, en fecha 21 de abril de 2008, luego de aludir al diagnóstico de la actora: carcinoma ductal infiltrante de mama, sugiere la realización de tratamiento de radioterapia conformacional con planificación virtual tridimensionado. A su turno, el Dr. Álvaro Kortsarz, del Instituto de Radiaciones Salta S.A., refiere que la paciente recibió cirugía conservadora y quimioterapia adyuvante y que debe recibir terapia radiante en volumen mamario. Se indica radioterapia tridimensional comparada (3D), *por localización para evitar la cardiotoxicidad en paciente joven y de buen diagnóstico*. Ante ello, el médico auditor de la Obra Social demandada, Dr. Hugo Dante Saavedra, dictamina que la práctica sugerida se encuentra fuera del Programa Médico Obligatorio de Emergencia de la Superintendencia de Seguros (P.M.O.E.).

El trabajo de investigación aportado por la actora, de marzo de 2008, concluye que las pacientes tratadas con irradiación del lado izquierdo, como parte de su terapia con conservación mamaria, tienen mayor riesgo de presentar daño coronario tardío, asociado con la terapia radiante. *El tratamiento con las técnicas modernas de irradiación reduce el riesgo de injuria cardíaca*.

El tratamiento en cuestión fue objeto de evaluación y análisis por el Suscripto en la

causa "Rodríguez, María Antonia vs. Instituto Provincial de Salud de Salta" (CApel.CC.Salta, Sala III, año 2007, f° 1166), en donde se planteara una situación similar a la presente. Esto es, el profesional del Instituto de Radiaciones Salta solicitaba tratamiento radiante tridimensional conformado sobre parrilla costal izquierda y región axilosupraclavicular, fundamentando el pedido en la bilateralidad del tumor y por haberse realizado quimioterapia cardiotóxica, apuntando que se procura evitar el aumento del 25% en la mortalidad cardiovascular, que está asociado a la técnica ZD (convencional) y que está en desuso debido a esa circunstancia. La Obra Social demandada dictamina que la práctica, por convenio vigente, posee una cobertura del 50% con coseguro a cargo de la afiliada, y que de acuerdo a la normativa interna, tiene a su alcance la posibilidad del tratamiento convencional con 100% de cobertura por parte del I.P.S.S.

_____ Frente a la problemática suscitada, corresponde tener en cuenta que la Dra. Zentilli es la médica tratante de la amparista, de manera que conoce de un modo inmediato y personalizada la patología y el tratamiento adecuado para la preservación de su salud y atenuar secuelas emergentes del tratamiento tradicional del tumor. Esto es, se trata de una profesional que ha internalizado la naturaleza, etiología e historial de la enfermedad, gozando su certificación de suficiente prueba probatoria. Vale decir, se han suministrado razones técnicas y científicas fundadas, argumentos serios y objetivos para formar la convicción del sentenciante.

_____ Se impone remarcar que lo prioritario y esencial es que la amparista debe ser sometida a la práctica dentro del plazo de cinco días desde que promoviera la demanda, y que entonces, el próximo lunes 19 de mayo sería el último para que pueda comenzar el tratamiento con efectividad. En ese marco, carece de asidero lógico que la médica tratante comprometa su responsabilidad profesional, certificando que necesita una práctica innecesaria o superflua o de una cotización superior a la que realmente requiere.

_____ Por otra parte, de la página web de la Obra Social demandada que se aportara, se tiene que su misión es la de prestar servicios médicos de salud solidaria, siendo su política la innovación tecnológica permanente para mantener la calidad en el servicio. Mas aún, precisa que trabajan ayudando a la prevención de los problemas coronarios, a través de un programa nacional, para promover la protección y mejorar la calidad de vida de los afiliados.

_____ 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 y 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, esto es que los avances tecnológicos de la medicina importan mayores erogaciones para las obras sociales que no son inmediatamente brindados o cubiertos a sus asociados, pero qué sentido tiene que sólo los sectores altos de la población o los planes premium de las obras sociales sólo los pueda brindar, 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.

_____ Así las cosas, cabe acoger la impetración de la actora, consistente en la cobertura total del tratamiento de radioterapia conformacional con planificación virtual tridimensionada.

_____ A los fines de la ejecutoriedad de la medida, deberá concretarse la prestación de la caución personal de la Dra. Andrea Astudillo Rizzi para cubrir los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse al demandado, si resultase que el requerimiento constituyó un abuso o un exceso en el derecho que la ley reconoce.

_____ Por lo expuesto, y dictamen coincidente de la Sra. Fiscal de Cámara, _

RESUELVO

_____ I) **HACER LUGAR** a la solicitud formulada a fs. 8/11, por la Sra. Fanny del Valle Muruaga. En su mérito **ORDENAR** a la Obra Social de Personal del Turf (O.S.P.A.T.). la cobertura total de la prestación médica reclamada, consistente en el tratamiento de radioterapia conformacional con planificación virtual tridimensionada. Por oficio a su autoridad responsable local. Ello, bajo legal apercibimiento y **PREVIA** efectivización de la caución personal de la Dra. Andrea Astudillo Rizzi. _____

_____ II) **DECLARAR** la competencia de la Justicia Federal para intervenir en

Lo que hay dentro de ti es lo que cuenta – [¿Qué tipo de atleta eres](#)