

Logo

**Voces:** DERECHO A LA SALUD - AMPARO - COBERTURA MÉDICA - OBRAS SOCIALES - MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA - VEROSIMILITUD DEL DERECHO - PELIGRO EN LA DEMORA - INTERNACIÓN - CONSENTIMIENTO INFORMADO - GASTOS DE INTERNACIÓN - PRESCRIPCIÓN - INTERNACION DOMICILIARIA

**Partes:** M. O. A. c/ Instituto Nacional para Jubilados y Pensionados (Pami) | amparo ley 16.986

**Tribunal:** Cámara Federal de Apelaciones de La Plata

**Sala/Juzgado:** I

**Fecha:** 1-sep-2020

**Cita:** MJ-JU-M-127522-AR | MJJ127522

**Producto:** MJ,SYD

Illegitimidad de la suspensión del servicio de internación domiciliaria que gozaba el amparista por haber superado el tiempo prestacional establecido en las resoluciones en que se ampara la demandada.

**Sumario:**

1.-Corresponde confirmar la sentencia que ordenó cautelarmente a la obra social demandada que reimplante el servicio de internación domiciliaria que gozaba el amparista, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia previsto y reprimido por el art. 239(ref:LEG1311.239) del CPen. de la Nación, pues el peligro en la demora puede apreciarse en el perjuicio que podría causarle al amparista la imposibilidad de llevar adelante su tratamiento, circunstancia que exige una respuesta rápida y oportuna, que evite consentir alegaciones dilatorias que pueden conducir al riesgo de la producción de un daño irreparable en su salud.

2.-Por su experticia, los médicos que tratan las dolencias del actor poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o tratamiento que habrá de utilizarse para afrontar su estado de salud, y tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente, por lo que el control administrativo que realiza la obra social demandada no la autoriza, ni la habilita a imponerle prescripción alguna en contraposición a la elegida por los profesionales responsables de él.

3.-No obsta a la procedencia formal de la acción que el amparista no haya iniciado 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.

---

La Plata, 01 de septiembre de 2020.

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 58909/2019/CA1, caratulado: "M. O. A. c/ INSTITUTO NACIONAL PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI) s/AMPARO LEY 16.986", proveniente del Juzgado Federal de Junín.- Y CONSIDERANDO QUE:

EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la resolución de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, consecuentemente, ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) que reimplante el servicio de internación domiciliaria que gozaba O. A. M., consistente en la visita de un médico clínico cada 15 días, enfermera 2 veces por día y cuidador diario por ocho (8) horas, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia previsto y reprimido por el art. 239 del Código Penal de la Nación y de imponer sanciones conminatorias a razón de pesos un mil (\$1.000) por cada día de retardo (arts. 804 del Código Civil y Comercial; 37 del CPCCN).

II. Se agravia la recurrente de lo decidido, con respecto a que no se tenga en cuenta los procedimientos de rigor, las opiniones medicocientíficas o las opciones que ofrece el instituto, toda vez que el Departamento de Atención Domiciliaria de la Gerencia de Prestaciones Médicas resolvió que el paciente recibió las prestaciones superando el tiempo prestacional establecido en la normativa institucional, debiendo derivarlo a Kinesiología ambulatoria y que, con respecto al cuidador, se debe solicitar el subsidio social para cubrirlo, considerando el alta del afiliado. Agrega que en ningún momento se negó la cobertura, sino que se indica como continuar asistiéndolo.

Por otro lado, se agravia en cuanto se otorgó la medida cautelar con la sola manifestación de la parte actora, como así también contra la procedencia de la acción de amparo. Manifiesta que la parte actora siempre tuvo a su disposición el remedio administrativo.

Además, expresa que no se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

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).

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).

IV. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos.

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).

Por ello, frente a la naturaleza de los derechos comprometidos y la urgencia invocada, resulta razonable y lógica la identidad entre el objeto de la demanda y la medida precautoria, lo que no resulta un obstáculo para su concesión en este caso.

V. 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).

Por su parte, la Ley N° 19.032 creó el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados - PAMI y en su artículo segundo dicha norma 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."

VI. En el caso, resulta acreditado por la documentación acompañada que el Señor O. A. M., de 81 años de edad, es afiliado al INNSJP - PAMI, beneficio N° 150867366602-00.

Relata la parte actora que en el año 2008 sufrió fractura de cadera y en el 2018 fractura de fémur, hechos que lo postraron y generaron escaras en su cuerpo. Del certificado suscripto por la Dra. María Laura Orciani surge que, debido a los antecedentes mencionados y a otras patologías que padece, el amparista se encuentra con imposibilidad de deambular y se moviliza en silla de ruedas.

Manifiesta que recibía las prestaciones por parte de la obra social, pero que fueron suspendidas por haber superado el tiempo prestacional establecido en las resoluciones en que se ampara la demandada. Agrega que la falta del servicio de internación domiciliaria pone en grave riesgo su salud y su vida, por no contar con los recursos necesarios para acceder a ellos de manera privada, siendo que recibe una jubilación mínima.

Expresa que realizó los reclamos pertinentes, pero que no obtuvo respuestas favorables, viéndose obligado a iniciar la presente acción de amparo.

VII. Sentado lo expuesto, cabe destacar que, por su experticia, los médicos que tratan las dolencias del actor poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o tratamiento que habrá de utilizarse para afrontar su estado de salud, y tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente, por lo que el control administrativo que realiza la obra social demandada no la autoriza, ni la habilita a imponerle prescripción alguna en contraposición a la elegida por los profesionales responsables de él.

VIII. Por otro lado, no obsta a la procedencia formal de la acción que el amparista no haya iniciado 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).

IX. Todo ello permite concluir que a la luz del marco legislativo antes desarrollado y con un análisis preliminar que demanda el anticipo cautelar, la verosimilitud del derecho se encuentra suficientemente acreditada.

En otro orden de cosas, el peligro en la demora puede apreciarse en el perjuicio que podría causarle al amparista la imposibilidad de llevar adelante su tratamiento, circunstancia que exige una respuesta rápida y oportuna, que evite consentir alegaciones dilatorias que pueden conducir al riesgo de la producción de un daño irreparable en su salud.

En virtud de lo ello, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de esta instancia, los elementos arrojados al promover la acción -analizados al solo efecto cautelar y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto- satisfacen los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez a quo.

Así lo voto.

EL JUEZ VALLEFIN DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

Por ello, en orden al Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese, devuélvanse las actuaciones de manera electrónica y comuníquese por DEO al juzgado interviniente.

EMILIO SANTIAGO FAGGI

SECRETARIO DE CAMARA

CARLOS ALBERTO VALLEFIN

JUEZ DE CAMARA

ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS

JUEZ DE CAMARA