



NEUQUEN, 7 de Septiembre del año 2022

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**I.S.S.N. C/ MUÑOZ NILDA NELIDA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 100712/2022**" (JNQJE1 INC 1613/2022) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Contra la resolución que hace lugar a la medida anticipatoria, apela el Instituto demandado.

Dice que debe tenerse en cuenta que la resolución recurrida no se ajusta a lo prescripto por el C.P.C. y C. en su artículo 386, tornándose arbitraria e irrazonable.

Alega que la verosimilitud del derecho invocada es inexistente, debido a que si bien la patología se encuentra reconocida por el ISSN, la actora es beneficiaria de la obra social y se encuentra adjuntada la documental que aduce, eso no refleja el deber de su parte a otorgar la cobertura requerida.

Agrega que no se encuentra acreditado que deba cubrir una medicación que no se encuentra en protocolos de esa obra social, por no contar con evidencia médica suficiente de un real beneficio en esta patología, conforme el cuadro clínico de la actora.

En este punto, se remite al informe realizado por el Comité Técnico del ISSN.

Indica que la actora no ha adjuntado documentación médico científica que respalde las mejorías mencionadas contra los tratamientos que ha sugerido el Instituto.

Agrega que tampoco se cuenta con consentimiento informado.

Dice que la medida cautelar carece de requisitos mínimos y, además, resulta peligrosa para misma actora, atento que no se encuentra en los protocolos de la obra social para indicación en la patología que padece la actora, resultando gravemente arbitrario y abusivo, dado que además se extiende en demasía el proceso de amparo, el cual tiene la principal característica de ser acotado.

Sustanciados los agravios, son contestados por la contraria (presentación 1013668).

2. Tal como he sostenido en otras oportunidades, la cuestión que llega a resolución, claramente es delicada, puesto que involucra el derecho a la salud y a la vida, en particular, a la preservación de su calidad.

He dicho también que cuando determinados aspectos médicos se encuentran controvertidos, es necesario contar con elementos suficientes para decidir.

Así he indicado que *"...que el derecho de salud tenga jerarquía constitucional y que, como tal, su protección deba primar, no es suficiente por sí solo para admitir que el sistema de salud esté obligado a suministrar a los pacientes todos y cada uno de los tratamientos o medicamentos prescriptos por los profesionales tratantes.*

Así también corresponde señalar que la circunstancia de que la prestación farmacéutica del Programa Médico Obligatorio sea un piso prestacional, ello no determina que no haya un límite razonable al suministro.

La razonabilidad, justamente, se encuentra dada por los motivos justificantes de la denegación o, puesto en términos inversos, no podría denegarse la prestación farmacéutica si ella estuviera justificada médicamente, no existiera otra posibilidad de tratamiento y la denegación de la cobertura (vrg. Por los costos de acceso) importara en la práctica una vulneración efectiva al derecho a la salud.

En este sentido, corresponde señalar que, conforme la CSJN "únicamente la demostración de la eficiencia del medicamento, constituye una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado un tratamiento médico ya escogido..." (cfr. PALACIO DE CAIERO, Silvia B., "Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley 2011, pág. 235)..."

3. Es claro sin embargo, que las decisiones judiciales deben ceñirse a las circunstancias de cada caso. Y las líneas generales de

interpretación deben ajustarse a sus particularidades, pudiendo presentar excepciones con base en éstas.

Justamente, eso es lo que acontece en este caso. Explicaré porque sostengo esto.

3.1. En primer lugar, no se encuentra desconocida la existencia de la enfermedad, su gravedad, la edad de la amparista, todo lo que determina que el transcurso del tiempo no sea inocuo.

Debo además destacar que, el informe efectuado por el Comité Técnico, cuenta como único fundamento, la remisión a un ensayo clínico. Y nada dice el recurrente en punto a la aprobación del uso por la ANMAT, ni de la valoración que el magistrado efectúa a partir del informe complementario que se presenta al contestar la demanda.

Destaco también que es el propio ISSN quien indica que el medicamento se encuentra aprobado por la ANMAT; no se ha alegado que en el caso nos encontremos frente a una droga no aprobada o de uso experimental. A todo evento, reitero, la remisión al informe del Comité del Instituto es insuficiente, a poco que se advierta que no se refiere concretamente a los usos autorizados por la ANMAT, limitándose a consignar que no se encuentra en los protocolos de la obra social.

En este cuadro de situación, entiendo que la circunstancia de que el medicamento no se encuentre contemplado en el vademécum de la obra social es insuficiente, máxime cuando el PMO (Programa médico Obligatorio) aprobado por Res. Min, n° 201/202 del Ministerio de Salud en su punto 7.3 del Anexo I pone a cargo de los agentes de seguro de salud la "...cobertura al 100%:... Medicamentos oncológicos según protocolos nacionales aprobados por la autoridad de aplicación...".

Por consiguiente, entiendo que la gravedad de la enfermedad por la que atraviesa la amparista, quien cuenta con 76 años de edad, circunstancia además que la coloca como sujeto vulnerable y de especial protección, determinan que, en este caso y en orden a sus particularidades, la medida cautelar anticipatoria sea procedente.



Es que, insisto, "En materia de amparo, más que en ninguna otra, debe destacarse la importancia del caso concreto, de modo que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución. Así, la protección constitucional y convencional del derecho a la salud asume notable preeminencia cuando su titularidad es ejercida por una persona que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, como ocurre cuando se discute la tutela estatal que corresponde reconocer a una persona con discapacidad... Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial y, como tal, tiene derecho a recibir un trato particular con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Es obligación de la sociedad y -principalmente- de los poderes del Estado brindarles protección contra los factores que afectan su bienestar físico, psíquico y social. En dicha línea, el art. 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba dispone el derecho a la protección integral de las personas con discapacidad por parte del Estado; tutela que se encuentra reforzada por lo dispuesto en su art. 28 que impone al Estado la obligación de procurar la protección de los ancianos y su integración social y cultural, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de realización personal y de servicio a la sociedad. A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reafirmado la importancia de un enfoque integrado de la salud que combine elementos de prevención, curación y rehabilitación destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de los adultos mayores, y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos, a los fines de ahorrarles dolores evitables (Observación General n.º 14)...".

Agregándose:

"... Bajo una concepción evolutiva del Derecho y situada en el enfoque protectorio de los derechos humanos, se reconoce al derecho a la tutela cautelar como un derecho fundamental, de igual jerarquía y sustantividad al derecho de acceso a la jurisdicción. Las medidas provisionales tienen en la actualidad un carácter no sólo "cautelar",



en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente "tutelar", por cuanto protegen derechos subjetivos, en tanto que buscan evitar daños irreparables a las personas, más cuando esos daños tienen aptitud para impactar desfavorablemente sobre derechos humanos tutelados por los Tratados Internacionales en que la Nación es parte y cuando esos mismos tratados dan preferente tutela como sector vulnerable a las personas mayores.

Con respecto a su carácter tutelar, las medidas provisionales buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos, mientras que en relación al carácter cautelar, tales medidas tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por el tribunal. La función cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la causa, es decir, asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final... Al tratarse el amparista de una persona mayor de casi 81 años, con disminución de su capacidad por una enfermedad como la Diabetes Mellitus respecto de la cual, la Ley n.º 23753 asegura el acceso a una terapia adecuada, el enfoque propio de los derechos humanos y de la interseccionalidad de múltiples factores conduce a reconocer categóricamente al justiciable como perteneciente a un grupo vulnerable de nuestra sociedad, de preferente tutela constitucional.

En virtud de ello, sin anticipar juicio en orden al debate de la cuestión sustancial, a los fines de la procedencia de la tutela cautelar, se puede tener por acreditado, el grado de verosimilitud y la urgencia a la que está condicionado el otorgamiento de la medida provisional solicitada en el proceso de amparo iniciado contra su obra social. Ello así, pues la existencia vital y el proyecto de vida de las Personas Mayores, exige la salvaguarda de la garantía constitucional del derecho a la salud, que es el hilo vector sobre el que debe analizarse el peligro en la demora, en cada caso sometido a revisión judicial. Por su parte, la verosimilitud del derecho para

hacer lugar a la medida cautelar, está dada adicionalmente por la vigencia de los principios constitucionales de desarrollo progresivo y no regresividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de fuente directamente constitucional (art. 75 incs. 22 y 23, art. 26 Convención ADH y art. 9 inc. 1) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador")...". (cfr. sentencias del Superior Tribunal de Córdoba, "M., V. c/ Administración Provincial de Seguro de la Salud (APROSS) - Amparo (Ley 4915) - Recurso de apelación" y de la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación, Autos: "O. R., G. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) - Amparo - (Ley 4915)", citadas en la Edición Especial: "Personas Adultas Mayores" BJ n.º 29 / SEPTIEMBRE de 2021, Protección de los derechos humanos de las personas mayores. www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%2029%20Edici%C3%B3n%20Especial%20Personas%20Adultas%20Mayores.pdf).

Como se advierte y más allá de las normativas aplicables, las consideraciones anteriores son trasladables a este caso y refuerzan la conclusión a la cual se arriba.

A todo evento, y en punto al consentimiento informado, debo señalar lo siguiente: podría exigirse el cumplimiento de tal recaudo pero, una vez prestado, no habría razones para denegar la prestación farmacéutica, conforme las razones que se han expuesto.

Por estas consideraciones, en este caso y más allá de la decisión que en definitiva se adopte, luego de la tramitación completa de la causa, entiendo que el recurso de apelación debe ser desestimado. Costas al recurrente vencido. **MI VOTO.**

Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:



1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la resolución de hojas 74/77vta.

2.- Imponer las costas de esta instancia al recurrente en su condición de vencido (art. 68, CPCC) y regular los honorarios del letrado de la parte actora en el 30% de lo que corresponda en la instancia de grado (art. 15, LA).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA