



NEUQUEN, 23 de Agosto del año 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**T. E. L. C/I.S.S.N S/INCIDENTE DE ELEVACION**" (**JNQFA4 INC 1531/2023**) 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. La magistrada rechaza la medida cautelar solicitada.

Para así hacerlo, consigna:

"Solicita la Sra. E. L. T. como medida cautelar innovativa se ordene a la obra social demandada que autorice una cirugía de reemplazo valvular aórtico transcater (TAVI), que incluya: a) Servicios profesionales b) Prótesis Valvular Aórtica para implante transfemoral (TAVI) tipo MYVAL (expandible por balón) o Evolut Pro (auto expandible). c) Balón para valvuloplastia aórtica Núm. 20x45 mm. d) Cuerda Safari extra small/maier. e) Introdutor Arterial Nro. 18.

Examinando la cuestión planteada, se advierte que la medida cautelar requerida posee directa vinculación con el objeto del litigio, y que ella excede los límites impuestos por el art. 30 de la ley 1981.

Sobre este aspecto se ha dicho que el análisis de la verosimilitud del derecho en los términos planteados por la actora implica avanzar sobre un presupuesto sustancial de la pretensión de fondo, lo que no puede realizarse por vía cautelar sin comprometer expresas garantías constitucionales, como el derecho de defensa en juicio y el de igualdad de las partes en el proceso Expediente FMP 5172/2021, Cámara Federal de Mar del Plata, marzo 11 de 2022..."

La amparista apela.

Sostiene que la resolución se aparta de la historia clínica acompañada y que la magistrada no pondera la gravedad del cuadro.



Dice que la operación es solicitada con urgencia, en tanto su corazón sólo funciona en un 20%, estando en severo riesgo su vida.

Expone que, conforme lo han señalado sus cardiólogos tratantes, la operación no puede dilatarse y que el método indicado (TAVI) encuentra base en los riesgos que encierra la cirugía tradicional para la vida de la paciente.

Indica que dada la delicada situación de salud, la sentencia definitiva podría llegar tarde.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 66 y ss.

El instituto requiere que el recurso sea rechazado. Argumenta que la magistrada ha tenido en cuenta los riesgos que encierra la cirugía y el informe de la CONETEC de donde surge el respaldo para la decisión tomada por el ISSN.

2. Así planteada la cuestión, en primer lugar debo señalar, tal como lo hemos hecho en reiteradas ocasiones, que la circunstancia de que el objeto de la medida coincida con el objeto del proceso, no es óbice para su abordaje anticipatorio.

En efecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina:

"...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa– existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar –mediante esa vía– un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional 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 perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

"12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros").

Vemos, entonces, que la anticipación de la tutela es posible, sólo que se encuentra reservada a supuestos excepcionales y graves, en los cuales ella se presente como impostergable: no se trata de apegarse a las reglas tradicionales sino de efectuar un concreto juicio de atendibilidad.

Este juicio, en términos de Peyrano, "...presupone principalmente, un control axiológico que hasta llega a exigir alguna suerte de clearing o balanceo de los valores jurídicos en danza... El juicio de atendibilidad posee algunas otras características que lo identifican: a) por tender a legitimar una situación excepcional, sólo debe emitirse un juicio positivo cuando inequívocamente deba preferirse determinado valor (el que sustenta una solución excepcional) por sobre el otro valor (el preservado por la solución canónica); b) por estar en juego una situación excepcional que procura legitimar la no aplicación de una solución dogmática recibida y de índole habitualmente amplia, la solución de excepción debe ser cuidadosamente acotada a las circunstancias del caso para, de tal modo, impedir confusiones y equívocos a la hora

de citar precedentes..." (cfr. PEYRANO, Jorge W., "Nuevamente sobre usos "no conformes" de la prohibición de innovar y de la medida innovativa", en Revista JA Fascículo 8, 2005-III, del 24/08/2005, citado por Bacarat, Edgar José, en "¿La prohibición de innovar a fin de que no se inicie juicio ejecutivo?", Publicado en: Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 44-DJ 2005-3, 1061).

3. En este caso concreto, no se encuentra controvertido que la actora posee una grave patología cardíaca que requiere cirugía urgente, ni tampoco, su carácter de afiliada a la obra social demandada.

Lo que se encuentra en discusión, es el tipo de cirugía a llevarse a cabo.

Como ya señalé, esta circunstancia no obsta a la posibilidad de anticipar la tutela.

En esta dirección, cabe recordar que los jueces no debemos desatender las situaciones de hecho existentes al momento de decidir y, en el caso de autos, en cada requerimiento efectuado se ha señalado la gravedad del cuadro de salud y la urgencia en llevar adelante la cirugía.

Es cierto que, conforme indica el ISSN la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de la Salud, recomienda la TAVI para pacientes con riesgo alto, estando en controversia que la paciente reúna tales características según los scores STS y Euroscore.

Pero lo cierto es que los médicos tratantes indican que habiendo sido evaluada en forma conjunta con el médico de cabecera se trata de una "paciente frágil" *"decidiendo que por riesgo quirúrgico intermedio-alto, fragilidad y siendo una paciente de 85 años, se indica el reemplazo valvular por vía transfemoral para el implante de válvula protésica (TAVI)..."* (cfr. hoja 1 vta.).

Conforme surge de la documental obrante en hojas 17 vta. (y anteriores) la Sra. Todero es **"Pte. Frágil, sarcopénica con alto riesgo biológico sin trastornos cognitivos. Sobrevida mayor a 1 año. Se indica reemplazo valvular tansfemoral"**. En hoja 19 vta. se

consigna: "Actualmente cursando internación por insuficiencia cardíaca descompensada por progresión de patología de base, estado de anasarca y requerimiento de oxigenoterapia. Se instaura tratamiento médico logrando compensación clínica, se externa en la fecha.

Se solicita a Obra Social con URGENCIA provisión de materiales para realizar reemplazo valvular aórtico transcater (TAVI) por ser el procedimiento indicado para tratamiento definitivo de patología de base.

Procedimiento Convencional de reemplazo valvular aórtico **descartado por grado de fragilidad, bicitopenia con plaquetopenia alto riesgo de sangrado.** Motivo por el cual se indica, nuevamente, TAVI..." (Internación del mes de junio de este año).

Luego, surge que nuevamente es internada en el mes de julio, reiterándose en similares términos la indicación de TAVI.

Estos extremos, la gravedad de la enfermedad, el estado de salud de la amparista, la fragilidad y su edad, determinan que el transcurso del tiempo no sea inocuo.

En este cuadro de situación, no surge que los motivos particulares indicados como riesgosos para la cirugía convencional hayan sido analizados, limitándose el ISSN a remitirse a los indicadores generales establecidos por la CONETEC.

Y en este sentido hemos señalado:

"Debo además destacar que el informe efectuado por el Comité Técnico cuenta como único fundamento la remisión a un ensayo clínico, pero nada se agrega frente a la justificación efectuada por el médico tratante en respuesta a tal informe, que he transcripto precedentemente... Por consiguiente, entiendo que la gravedad de la enfermedad por la que atraviesa la amparista, quien cuenta con 72 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.gov.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%2029%20Edici%C3%B3n%20Especial%20Personas%20Adultas%20Mayores.pdf)..." (cfr. "LUNA NELIA MABEL C/I.S.S.N S/INCIDENTE DE APELACION E/A 100706/22", JNQC15 INC 54120/2022).

Como se advierte, y más allá de las normativas aplicables, las consideraciones anteriores son trasladables a este caso, en el cual, dados los riesgos que se contraponen de adoptar una u otra solución y, fundamentalmente la urgencia y la gravedad e irreparabilidad del daño que podría suponer la postergación de la operación, determinan que me incline por propiciar la revocación de la decisión de grado, haciendo lugar a la medida cautelar -de corte anticipatorio- solicitada.

En punto a las costas, considerando las particulares circunstancias del caso y la complejidad de la cuestión abordada,



entiendo que deben ser impuestas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC). **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. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la amparista y, en consecuencia, revocar la decisión de grado y hacer lugar a la medida cautelar -de corte anticipatorio-solicitada.

2. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCC) y regular los honorarios profesionales del letrado ..., en carácter de patrocinante de la actora, en la suma de \$ 22.730 (arts. 6, 9, 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA- Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dra. Estefanía MARTIARENA SECRETARIA