

Salta,

de Marzo de 2011

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “**SASSARINI, María Lidia vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA** – Acción de amparo, **Expte. N° 336.510/11 de la Sala Tercera** y, _____

_____ **R E S U L T A N D O** _____

_____ I) A fs. 18/23 la Sra. María Lidia Sassarini, con el patrocinio letrado de la Dra. Blanca Nora Benítez, interpone acción de amparo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta, a fin que se ordene la cobertura total de los gastos de cirugía, internación, honorarios médicos, insumos quirúrgicos y tratamientos necesarios para tratar la patología de obesidad mórbida severa que padece. Expresa que desde temprana edad sufre de obesidad, habiendo realizado múltiples tratamientos sin resultados duraderos. Que actualmente tiene diabetes tipo II, hipertensión arterial, esteatosis hepática, edemas en miembros inferiores que dificultan la movilidad con las consecuencias implican y que mejorarían o se revertirían con la técnica de cirugía de la obesidad. Que en diciembre de 2008 fue operada de cáncer de mama, habiendo sido tratada con radioterapia, continuando hasta la fecha medicada con “tamoxifeno 20 mg” que le provee mensualmente la obra social, y que le produce aumento de peso. Dice que se encuentra en tratamiento desde el mes de enero del año 2010, habiendo realizado todos los estudios médicos correspondientes, siguiendo el plan nutricional con una profesional y el correspondiente tratamiento psicológico, encontrándose apta para someterse a la cirugía. Pone de manifiesto que el médico que la operó de cáncer de mama le solicitó tratamiento de obesidad por cuanto se encontraba con aumento de peso corporal, lo que produce elevación del riesgo de recidiva de dicha enfermedad. Que en el mes de setiembre de 2010, luego de haber presentado toda la documentación que acredita lo expresado, la entrevistaron algunos miembros de la Junta Médica de la obra social, sin obtener respuesta de ninguna índole, por lo que se sintió obligada a retirar en fecha 21/10/2010,

todos los estudios presentados. Como consecuencia de ello, por nota, el Jefe de Auditoría Médica le solicitó presentar nuevamente los estudios para seguir el trámite de autorización, lo que efectuó el 26/10/10, iniciando el Expte. N° 31.143/10, esta vez otorgando un plazo de 72 horas, ya que su salud se encuentra en riesgo. Explica que en noviembre de 2010 la citaron nuevamente y, como consecuencia de ello, se dictaminó en el sentido de no justificar médicamente la práctica quirúrgica. Afirmo luego que en dicho dictamen se desconocieron los informes y certificados de los profesionales que la tratan desde aproximadamente un año atrás, efectuando deducciones que corren por cuenta de las dos personas que la entrevistaron y que no se ajustan a la realidad. Se queja de la falta de merituación del certificado del Dr. Castellani y de los efectos colaterales –aumento de peso- de la medicación que le provee el Instituto. Continúa narrando que en fecha 01/12/10 el Dr. Castellani solicitó “cirugía de obesidad dado que se encuentra en alto riesgo de recidiva de cáncer por exceso de estrógeno de origen periférico”, derivándola nuevamente al médico con el que viene realizando el tratamiento para evaluar la realización de una cirugía bariátrica con el objeto de disminuir dichos riesgos y mejorar o revertir las otras patologías asociadas a la obesidad. Afirmo que ambos profesionales coinciden en la necesidad de la cirugía solicitada atento el alto riesgo que presenta, y que se encuentra apta psicológicamente para la realización de la cirugía, no presentando patología psiquiátrica._____

_____ A fs. 30/31 la Dra. María Eugenia Morales, Coordinadora Ejecutiva de la Intervención - Relaciones Institucionales - en representación del Instituto Provincial de Salud de Salta, presenta el informe requerido mediante la providencia de fs. 26. Expresa que en fecha 09/11/10 la obra social realizó una entrevista a la amparista y que el 16/11/10 su Junta Médica dictaminó en el sentido de no justificar médicamente la práctica solicitada, entendiendo que la accionante debía continuar un tratamiento multidisciplinario hasta lograr el descenso de peso de al menos el 10% y, la adquisición de conducta saludable y adherencia al tratamiento nutricional. Que en fecha 18/01/11 Junta Médica

practicó un nuevo informe, ante el conocimiento de la presente acción, donde se evalúa puntualmente cada una de las afecciones que padece la amparista, y que expresamente señala que: a) no acreditó informe de la práctica bioquímica hemoglobina glicosada, la que permite evaluar el comportamiento de la diabetes en al menos los tres últimos meses; b) la actora tampoco se encuentra registrada en el Programa Diabetes Noa; c) el tratamiento con Tamoxifeno, terapia post cirugía de cáncer de mama, que entre otros efectos produce aumento y pérdida de peso, lo inició en el mes de enero de 2010 y debe realizarlo durante cinco años; d) la amparista no presentó pruebas de haber completado previamente el tratamiento no quirúrgico para la obesidad, conforme lo establece la Resolución 742/09 del Ministerio de Salud Pública de la Nación; e) la indicación de cirugía bariátrica de fecha 01/12/10 es hecha por el médico ginecológico y no por un especialista; f) la obra social no le denegó la cirugía solicitada, sino que la actora no se encuentra clínicamente en condiciones de afrontar dicha operación, ya que debe cumplir con prácticas pre-quirúrgicas solicitadas por protocolos internacionales que hasta la fecha no realizó y, que en caso contrario, podría sufrir graves complicaciones en el post operatorio mediano e inmediato. Que en virtud de ello, de autorizarse la práctica solicitada, esa Obra Social podría verse incurso en mala praxis._____

_____ A fs. 33/38 hace lo propio el Dr. Héctor Manuel Robles, apoderado de la demandada, presentándose con el patrocinio letrado de la Dra. Patricia I. Armonía Malamud, solicitando el rechazo de la presente acción. Expresa que no existe en el caso una vulneración de los derechos a la vida y a la salud; que fue esa Obra Social la que en resguardo de la salud de la accionante le denegó el pedido de la cirugía solicitada por no justificarse médicamente, por cuanto debe continuar el tratamiento multidisciplinario hasta lograr un descenso de peso de al menos un 10%; que el pedido fue hecho con estudios incompletos, ya que de acuerdo a las patologías de la accionante, debe efectuarse estudios más completos, a los fines de tener una mayor certeza del estado general de la paciente. Sostiene que su parte nunca negó u omitió brindar prestación alguna,

y que no se observan vencimientos en los plazos que otorga la Ley de Procedimientos Administrativos. Además, en el presente caso existen otras vías para obtener un pronunciamiento por parte de la accionada. En estos autos sólo se observa un cumplimiento estricto de la normativa aplicable al Instituto y a la práctica requerida por la Sra. Sassarini. Concluye afirmando que: a) la afiliada no recibió una respuesta negativa por parte de la obra social; b) no existen actos u omisiones que habiliten la vía del amparo; c) no hay temeridad ni malicia en el proceder de la demandada, d) la accionante no concretó planteos de preferente despacho o intimaciones a la obra social; e) no se ha probado la pertinencia y utilidad del tratamiento solicitado como única alternativa a su patología; f) lo solicitado no se justifica médicamente, g) la actora no ha demostrado su situación socio ambiental, la cual sirve de fundamento para mayor cobertura; h) una revisión judicial de las actuaciones administrativas del I.P.S.S. en el estado actual, implica una vulneración a los principios de legalidad, debido proceso y división de poderes._____

_____ A fs. 142/145 dictamina la Sra. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, Dra. Adriana María Figueroa, pronunciándose por la procedencia del amparo. Luego de analizar las posturas de las partes y la prueba producida en autos, expresa que la obra social incurrió en una conducta omisiva y dilatoria, ya que habiéndose acreditado la enfermedad de la paciente, las patologías conexas y el cumplimiento de los recaudos que exige la Resolución N° 742/09 del Ministerio de Salud, se le exigen nuevas justificaciones sin tener en cuenta la serie de enfermedades conexas, que pueden empeorar con la demora._____

_____ A fs. 90 se llama autos para sentencia, providencia firme por lo que la causa está en estado de ser resuelta._____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ I) Liminarmente, es necesario dejar establecido que la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o

ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (art. 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (art. 88) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (art. 89 de la Carta Magna local).

_____ En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125, 544 y doctrina de Fallos 294-152; 301-1061; 306-1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233).

_____ II) Ello sentado, es dable destacar que uno de los planteos defensivos de la demandada, consistente en la falta de culminación del expediente administrativo, remite al tema de las vías previas a la acción de amparo. Bien es verdad que en la materia, tengo sentado criterio, siguiéndolo a Sagüés (*Ley de Amparo*, Editorial Astrea, Bs. As. 1979, pág. 46), que cuando la autoridad pública adopta un pronunciamiento, el ordenamiento prevé -habitualmente- ciertos mecanismos a través de los cuales puede impugnarse esa decisión. Mientras no se agoten esos trámites, el acto cuestionado no está firme, no es definitivo, al decir de la doctrina mexicana. Consecuentemente, lo más apropiado y razonable, antes de interponer un amparo en sede judicial, es que se requiera a la propia administración la corrección de las medidas que ella adoptó. Se impone, por ende, transitar previamente las instancias ordinarias de

reparación como dice Germán Bidart Campos (*Régimen Legal del Amparo*, pág. 173). Tal es, en efecto, el principio general: si existen reconsideraciones, recursos jerárquicos de cualquier especie, petitorios o trámites que permitan a los organismos administrativos enmendar el acto lesivo de los derechos constitucionales, resulta obvio que el afectado debe recorrerlos. No se trata únicamente de otorgar al Estado la posibilidad de rectificar su actitud; sino que también hay evidentes razones de economía y practicidad para resolver el problema en el mismo ente que lo originó sin necesidad –por lo tanto- de plantear demandas en un poder distinto, como es el judicial. La vía administrativa funciona, pues, habitualmente, como previa al juicio de amparo y si bien se ha admitido excepcionalmente como vía paralela, concurrente o convergente al mismo (Lazzarini: *El juicio de amparo*, pág. 96), el postulado general es el que dispone el agotamiento de la vía administrativa. Después –si fuere procedente-, podría articularse la acción de amparo. De conformidad con lo expuesto, y considerando que el amparo no ha sido instituido para alterar el régimen de competencias establecido para el funcionamiento de los distintos órganos estatales, la Corte Federal resumió su posición al respecto recogiendo los antecedentes de esa tesitura in re *Hughes Tool Company S.A. c/Gobierno Nacional s/Amparo*, fallo del 07/03/85, publicado en L.L. 1985.C-140, al decir que: “Que esta Corte ha tenido oportunidad de señalar, en forma reiterada, que la existencia de vía legal para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo (Fallos 270:176), pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos 269:187;303:419). El principio que resulta de la doctrina ejemplificada con el pronunciamiento referido en el apartado anterior, tiene vigencia en la medida que los recursos o remedios utilizables resulten aptos para satisfacer el interés de protección del derecho afectado y no en caso contrario; sin embargo es el particular que se dice agraviado quien debe no sólo afirmar sino probar la insuficiencia de tales articulaciones (E.D. 110-114; L.L. 1986-B-411 y L.L. 1984-C-410). Bien es verdad que por regla general las vías ordinarias,

administrativas o judiciales, significan un insumo de tiempo mayor que el que corresponde a la utilización del amparo. Más, la jurisprudencia no se ha conmovido por este fenómeno y así tiene resuelto que no significa, por sí mismo, una excepción al principio ya señalado: los jueces no están facultados para evitar las posibles demoras de aquéllas, autorizando otras que consideren más convenientes y expeditivas, ya que la demanda de amparo no altera el régimen de las instituciones vigentes (E.D. 94-375 y L.L. 1985-C-660; CApel. CC.Salta, Sala III, año 1993, f° 233)._____

_____ Pero, por otro lado, también es cierto que la exclusión del amparo por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (CSJN, 8-7-97, *Mases de Díaz c/ Estado de la Provincia de Corrientes*)._____

_____ Sentado ello, me anticipo a señalar que resulta inatendible el planteo en cuestión, considerando que: _____

_____ a) La Sra. Sassarini solicitó ante la demandada la cobertura médica en cuestión en mérito de la prescripción de su médico tratante._____

_____ b) Mediante providencia de Subgerencia de Prestaciones Médicas de fecha 18/11/10 (fs. 38 del expediente administrativo que tengo a la vista), compartiéndose dictamen de Junta Médica de la Obra Social de fecha 16/11/10 que considera que no se justifica médicamente la intervención quirúrgica, se desestima tal pedido._____

_____ c) A pesar de ello, en su responde –tal como ha sido reseñado-, la demandada sostiene que aún no ha denegado en sede administrativa la solicitud de la amparista. Pero apoyándose en dictámenes de su Junta Médica, solicita el rechazo de la acción, considerando, entre otras razones, que no presentó la contraria pruebas de haber completado previamente el tratamiento no quirúrgico para la obesidad, conforme lo establece la Resolución 742/09 del Ministerio de Salud Pública; y que la misma no se encuentra clínicamente en condiciones de afrontar dicha técnica, ya que debe cumplir con prácticas

prequirúrgicas requeridas en protocolos internacionales, pues caso contrario podría sufrir graves complicaciones en el post operatorio mediato e inmediato.

_____ d) La indefinición de la cobertura médico-asistencial requerida por la amparista constituye, por sí misma, una lesión actual e inminente; _____

_____ e) La urgencia y el riesgo puestos de manifiesto por la misma, con base en la opinión de sus médicos tratantes, requiere la búsqueda de una respuesta oportuna y eficaz, ante la imposibilidad moral de exigirle a la paciente que siga tolerando sus graves dolencias hasta concluir el trámite administrativo. _____

_____ Sin perjuicio de lo sostenido en el punto “b”, en el sentido que la solicitud de la amparista ha sido clara y expresamente denegada en sede administrativa, se observa que la actitud procesal asumida por el Instituto no ha variado de la que tenía allí expresada. Por el contrario, como se verá más adelante, la denegatoria de la prestación ha sido reforzada con nuevos argumentos, razón por la cual, remitir el caso que nos ocupa a la conclusión del procedimiento iniciado ante la accionada, importaría una solución meramente ritual reñida con un adecuado servicio de justicia. Más aún, cuando la Obra Social ha tenido debida intervención, ejerciendo plenamente su derecho de defensa en juicio. _____

_____ En este orden, cabe decir que el instituto del reclamo administrativo previo constituye un privilegio otorgado al Estado, que tiene por objeto sustraer a los entes estatales de la instancia judicial en una medida compatible con la integridad de los derechos, evitando juicios innecesarios, y que por constituir una facultad que no afecta el orden público, puede ser renunciada, pudiéndose prescindir de ella cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento. La verdadera finalidad de la instancia administrativa previa es generar una etapa de enmienda anterior al pleito judicial, que otorgue a la administración la posibilidad de salvar un error, revisar el caso y promover el control de legitimidad de lo actuado (CJS., L 64: 695/702; ÍD. 96: 153/158). Esta excepción ha tenido amplia aplicación en los casos en los que la

Administración se ha negado sistemáticamente al progreso de acciones similares (CJS. L 99: 1069/1080), o cuando de la actuación previa de la demandada, puede deducirse una clara conducta del Estado que hace presumir la ineficacia cierta del trámite, transformando al reclamo en un ritualismo inútil (CApelCC Salta Sala III, año 2008, fº 1075/1077)._____

_____ Por último, resulta determinante la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Samuel Kot en el sentido que siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitir el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar la instancia del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende -en cada caso- de la situación concreta a examinar._____

_____ En consonancia con el criterio expuesto, la Corte Federal dijo en fallo reciente *que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física*, y frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual la misma no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole. Es que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado, su exclusión por la existencia de otros recursos, no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias; las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba 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 cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional y art. 87 de la Carta de Salta-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (ver doctrina sentada por mi parte en tal sentido en la causa María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial, 30/10/2007, Fallos 330, P. 4647).

_____ III) En asuntos similares al presente, sostuve que 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 (Edición n° 1.710—conf.www.diariojudicial.com;info@diariojudicial.com), se publicó un fallo de la Cámara Federal de La Plata en que los jueces Schiffrin, Compairet 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, que es precisamente la enfermedad de la actora en autos.

_____ Por otra parte la Corte local, en *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 la enfermedad como el tratamiento fueron acreditados con pruebas suficientes y el Instituto demandado 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 n° 1.691). _____

_____ IV) Se trata y está en juego la tutela de un derecho constitucional básico: *el derecho a la salud*, en el que 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 constituyen 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). La Reforma Constitucional de 1994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito provincial, la Carta Magna salteña establece en el art. 41: “*La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades*”. A su turno, el artículo siguiente (art. 42) dice que el Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las *prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos*, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 17), a la libertad personal (art. 19), a la protección de la familia (art. 32), a la tutela de la infancia (art. 33 –“*cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación*”, a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas. _____

_____ 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. _____

_____ Está claro entonces que, por mandato constitucional, el Gobierno de la Provincia debe reconocer y promover el derecho a la salud por medio de políticas adecuadas, interviniendo activamente en la prevención y el control de enfermedades, por lo que resultaría inconstitucional la omisión de cumplir con dicho deber - arts. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y 41 y 42 de la Constitución de Salta. En tal caso, no cabe exigir el agotamiento de la vía

administrativa para la viabilidad de la acción de amparo, dado la índole de los derechos en juego y la posibilidad cierta que los afectados sufran daños irreparables en su salud con el paso del tiempo. _____

_____ V) En la Revista *Debates de Actualidad* de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Año XXI – n° 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 si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar

el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos *Asociación Benghalensis*, *Campodónico* y otros). _____

_____ VI) El Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas públicas (art. 1° Ley N° 7.127, publicada en Boletín Oficial del 26/01/2001), siendo su objeto *la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma,... eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social* (art. 2°). _____

_____ De más está decir que la ley de creación del Instituto Provincial de Salud ha receptado la figura del seguro social, a los efectos de procurar para todos los afiliados y sin discriminación alguna, el pleno goce del derecho a la salud. Esta obra social, como ya se anticipara, tiene obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados (forzosos) titulares a los funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, del Ministerio Público, de los organismos descentralizados, entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, paraestatales y municipales de la Provincia (art. 5° apartado A – inciso a). _____

_____ Se trata, entonces, de la obra social de mayor potencial humano y financiero de la Provincia (con el consiguiente manejo de ingentes recursos) que, por mandato legal, debe otorgar prestaciones sanitarias y sociales integrales, integradas y equitativas, en procura de la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Siendo así, cualquier dilación que pretendiera introducir al cumplimiento efectivo de los derechos que asisten a la demandante, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna

Provincial. _____

_____ La Corte Federal, en esa línea ha dicho que: "...las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (cfr. causas S.730.XL. *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, sentencia del 20 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. *Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo*", sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. *Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo*, sentencia del 11 de julio de 2006, Fallos: 329:2552), (Considerando 8º de la sentencia dictada el 30/09/2008, causa I, C. F. c. *Provincia de Buenos Aires*, publicado en: La Ley 20/10/2008, 20/10/2008, 11; DJ 24/12/2008, 2439 - DJ 2008-II, 2439; Fallos Corte: 331:2135). _____

_____ VII) Cabe asimismo hacer referencia a que el 2 de setiembre de 2008 fue promulgada la *Ley 26.396 de Trastornos Alimenticios* (Adla, LXVIII-D, 3190), conocida como *Ley de Obesidad*, por la que se considera enfermedad a la obesidad y a otros trastornos alimenticios como la bulimia y la anorexia. En su artículo 15 establece que se incorpora el tratamiento de los trastornos alimentarios al Programa Médico Obligatorio (PMO), del modo que lo determine la autoridad de aplicación, que según el art. 4 es el Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo prescribe la norma que la cobertura que deberán brindar todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la Ley N° 23.660, beneficiarias del fondo de redistribución de la Ley N° 23.661, las demás obras sociales y organismos que

hagan sus veces creadas o regidas por leyes nacionales, y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, conforme a lo establecido en la Ley N° 24.754, incluirá los tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, *quirúrgicos* – el resaltado me pertenece-, farmacológicos y todas las prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades (art. 16)._____

_____ Según explica Mariela A. Sardegna, la obesidad ha sido declarada la peste del siglo XXI por parte de la Organización Mundial de la Salud y, especialistas en el tema sostienen que esta enfermedad crónica es una de las causas de muerte más importante de los últimos tiempos, sosteniendo que en este contexto su tratamiento debe ocupar un lugar prioritario dentro de las agendas de salud de todos los gobiernos (*“Ley de obesidad. Ley 26.396. Entre la mediatización de la figura y la figura saludable”*, artículo publicado en: ADLA 2008-E, 4745)._____

_____ En este orden de ideas, la Corte de Justicia Local, en un caso similar al presente ha sostenido que: *“en el caso bajo examen se encuentra gravemente comprometido el derecho de la accionante a la protección integral de la salud y a una adecuada calidad de vida. En efecto, la Organización Mundial de la Salud indica que la obesidad y el sobrepeso se definen como una acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud. El índice de masa corporal (IMC) —el peso en kilogramos dividido por el cuadrado de la talla en metros (kg/m²)— es una indicación simple de la relación entre el peso y la talla que se utiliza frecuentemente para identificar el sobrepeso y la obesidad en los adultos, tanto a nivel individual como poblacional. El IMC constituye la medida poblacional más útil del sobrepeso y la obesidad, pues la forma de calcularlo no varía en función del sexo ni de la edad en la población adulta. El sobrepeso como un IMC igual o superior a 25, y la obesidad como un IMC igual o superior a 30. La obesidad implica un serio riesgo para la salud por las enfermedades asociadas que presenta: enfermedades hepáticas, cardiológicas (infarto, hipertensión), osteoarticulares,*

metabólicas (diabetes), colesterol alto, etc... (del Centro de Prensa de la O.M.S., nota n° 311 en _____)” (CJS, Tomo 141: 105/125, considerando 5° del voto de la mayoría en sentencia dictada el 09/02/2010, publicado en La Ley Online; Cita Online: AR/JUR /1348/2010)._____

_____VIII) En el sub lite, las graves dolencias de la Sra. María Lidia Sassarini no han sido controvertidas por la demandada. La postura procesal asumida en cuanto al objeto de la demanda, consiste básicamente en denegar la práctica quirúrgica solicitada por considerar que la misma no se justifica médicamente por no haber completado el tratamiento no quirúrgico que exige la Resolución 742/09 del Ministerio de Salud Pública de la Nación; y que esto pondría en riesgo la vida de la paciente._____

_____ De las constancias del expediente administrativo N° 74-31143/2010 surge que a fs. 1, mediante nota fechada el 25/10/10, la Sra. Sassarini solicita se le brinde el 100% de cobertura para *cirugía bariátrica*, expresando que padece la patología de *obesidad mórbida severa* por la cual ha recibido tratamientos siguiendo los protocolos médicos para tales casos, agotando todas las posibilidades a su alcance sin resultados exitosos. Menciona que ha sufrido de cáncer de mama del que fue operada en diciembre de 2008, acompañando certificado médico donde consta tal situación y la solicitud del tratamiento de obesidad para evitar el riesgo de recidiva de la enfermedad. Que además padece de diabetes e hipertensión arterial, patologías asociadas a la obesidad. Entre las pruebas que ofrece, en el punto “c” incluye partes del expediente que se encuentra en despacho de Junta Médica desde tiempo considerable. Requiere que se le conceda lo solicitado en el plazo de 72 horas, ya que una espera mayor genera mayores riesgos para su salud, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales que correspondieran._____

_____ A fs. 2 luce copia de prescripción de tratamiento para obesidad, emitido el 09/04/10 por el Dr. Alejandro Castellani, de especialidad en Toco ginecología – Patología Mamaria según sello profesional, en el que consta que

la paciente fue operada de cáncer de mama en diciembre de 2008, Estadio I, con anastrozol como hormonoterapia y radioterapia, en ese momento con aumento de peso corporal lo que –sigue- produce un aumento del riesgo de recidiva de la enfermedad._____

_____ A fs. 18/19 se agrega Historia Clínica de fecha 07/04/10 expedida por el Dr. Adrián Cornejo Costas, Coordinador del Centro de Estudio y Tratamiento de la Obesidad Slife, en el que consta que la paciente padece de obesidad mórbida, con peso a esa fecha de 150 Kg, Talla 1,58 mts, IMC 60,2 con porcentaje graso del 49,7; que presenta como antecedentes varios tratamientos en diferentes centros para poder dar una solución a su obesidad sin resultados duraderos, menciona las comorbilidades ya referidas y, bajo el acápite “Diagnósticos y Conclusiones”, deja constancia que concurre a ese Centro en el mes de enero de 2010 y que el equipo considera que debe realizar tratamiento multidisciplinario por el término de 6 meses para considerar y evaluar la cirugía bariátrica como solución a su problema de obesidad._____

_____A fs. 20/21 obra informe psicodiagnóstico de fecha 22/04/10, elaborado por la Licenciada en Psicología Ana Gabriela del Milagro Torres, según el cual la paciente presenta problemas de sobrepeso desde temprana edad, el aumento fue progresivo y el peso alcanzado data de siete u ocho años atrás aproximadamente; realizó diferentes tratamientos nutricionales sin obtener los resultados esperados, razón por la cual considera a la cirugía como su única opción; que entre los síntomas físicos que presenta describe agitación, dolor en rodillas, piernas, columna; la decisión de iniciar este tratamiento surgió personalmente. Por otra parte, afirma que al momento de la evaluación psicológica, se encuentra consciente de los requerimientos y de los riesgos posibles que implican la cirugía bariátrica y su tratamiento, concluyendo que *la paciente está apta psicológicamente para someterse a la práctica en cuestión*; que no presenta signos de patología psiquiátrica; muestra adherencia al tratamiento y al equipo multidisciplinario. Asimismo que la cirugía es un medio que le permitirá no sólo el descenso de peso, sino revertir

su calidad de vida y fortalecer su autoestima, sugiriendo acompañamiento terapéutico para la reeducación de los hábitos de alimentación._____

_____ A fs. 22 consta informe de valoración nutricional y seguimiento, confeccionado el 26/08/10 por la Licenciada Cecilia María Abeleira, del que surge *que la Sra. Sassarini se encuentra en tratamiento multidisciplinario desde el mes de enero de 2010; que cuenta con antecedentes de haber realizado múltiples tratamientos con profesionales para el descenso de peso; que concurre a controles periódicos, muestra adherencia al tratamiento y cambios positivos en sus hábitos alimentarios.*_____

_____ A fs. 31 se agrega informe de seguimiento nutricional de fecha 20/11/10 de la Lic. Abeleira, según el cual la paciente concurre periódicamente a controles en el área de su competencia, mostrando adherencia al tratamiento y resultados positivos; que a la fecha presenta un peso de 139,5 Kg, *llegando de esa forma a un descenso de más del 10% de su peso inicial, requisito solicitado por la obra social para acceder a cirugía bariátrica.*_____

_____ A fs. 37 dictamina Junta Médica de la demandada, en el sentido que no se justifica médicamente la práctica quirúrgica solicitada, ya que debe continuar en tratamiento multidisciplinario hasta lograr el descenso de peso de al menos el 10% y la adquisición de conducta saludable y adherencia al tratamiento nutricional y psicológico requerido por la obra social. Para llegar a esa conclusión tuvo en consideración que durante el período de tratamiento (enero – noviembre de 2010) se evidenció un descenso de peso de 8,4 Kg, que corresponde al 5,6% del peso inicial y, que por interrogatorio se deduce que la afiliada presenta plan alimentario no planificado, selección inadecuada de alimentos, no realiza actividad física regular y que a la fecha de dictaminar no estaba en tratamiento psicológico con ayuda profesional de grupo desde hacía 2 meses._____

_____ A fs. 38 la Dra. Sandra S. Salim, Subgerente Operativo del I.P.S.S., compartiendo el dictamen reseñado en el párrafo anterior, dispone la citación

de la afiliada para que tome conocimiento de lo allí dispuesto. _____

_____ De las constancias acompañadas por la actora, cabe reseñar las que no obran en el expediente administrativo acompañado por la demandada, y que son las siguientes: _____

_____ a) Solicitud de cirugía para obesidad suscripto por el Dr. Alejandro Castellani el 01/12/10, justificando el galeno su pedido en el alto riesgo de recidiva de cáncer en que se encuentra la paciente, por exceso de estrógeno de origen periférico; asimismo deja constancia que se encuentra bajo tratamiento con tamoxifeno 20 por día por 5 años: _____

_____ b) Prospecto de Tamoxifeno Gador 20, en el que consta que entre sus reacciones adversas generales frecuentes puede provocar aumento y pérdida de peso; _____

_____ c) Informe de seguimiento terapéutico de fecha 03/12/10 de la Licenciada Ana Gabriela del Milagro Torres, en el que deja constancia que la amparista inició el proceso psicodiagnóstico en marzo de 2010 y que desde mayo a agosto continuó con psicoterapia individual, con una frecuencia de 15 días. Que se observa en la paciente capacidad de comprensión respecto al tratamiento elegido y las implicancias de la cirugía bariátrica, como así también un nivel de motivación adecuado que le permitió sostener el proceso de cambio de hábitos en su alimentación; que ha logrado un descenso de sus niveles de ansiedad y la regulación de su autoestima; que en el mes de noviembre se realiza reevaluación de los cambios logrados hasta el momento, observando que los mismos se sostienen; que el tiempo y la demora en la concreción de la cirugía podrían generar un retroceso en la adherencia de la paciente, afectando su nivel de motivación y compromiso frente al tratamiento. Destaca que la Sra. Sassarini recurre a la cirugía para lograr un descenso de peso urgente, como modo de prevención de patologías secundarias, ya que presenta antecedentes de cáncer de mama, situación que genera en ella alarma y angustia. Concluye que la paciente se encuentra apta psicológicamente para la realización de la cirugía bariátrica; que no presenta

patología psiquiátrica y muestra un nivel de adherencia óptimo al tratamiento como al equipo de profesionales._____

_____ d) Informe de seguimiento suscripto por el Dr. Adrián Cornejo Costas de fecha 20/12/10, en el que deja constancia que la actora realizó múltiples tratamientos con profesionales para el descenso de peso, sin resultados a largo plazo, por lo que es derivada por su médico ginecólogo para evaluar la realización de una cirugía bariátrica a fin de disminuir los riesgos de una recidiva de su cáncer de mama. Que presenta asociada a su obesidad patologías de alto riesgo para su salud, como diabetes tipo II, hipertensión arterial, esteatosis hepática que mejorarán o revertirán con la técnica quirúrgica, y edemas en miembros inferiores que impiden la deambulaci3n y alteran su calidad de vida. Que a la fecha tiene un descenso de peso satisfactorio y adhesi3n al tratamiento preoperatorio, participando de las reuniones de grupo y de las consultas pautadas para educaci3n alimentaria. Continúa con régimen hipocalórico fraccionado y controles pautados. Termina manifestando que el equipo considera necesaria la autorizaci3n de la cirugía, ya que clínicamente la paciente se encuentra en franco deterioro de su salud, evaluándose la indicaci3n médica de cirugía bariátrica como urgente, ante el alto riesgo que presenta la amparista._____

_____ La postura de la demandada es avalada con las testimoniales ofrecidas por la misma, de la Dra. Elba Marina Larrea (fs. 61) y del Dr. Carlos Marcelo Molina (fs. 62/63). Cabe considerar especialmente la declaraci3n del Dr. Molina, quien manifiesta que el principal requisito para ingresar al programa de cirugía bariátrica es cumplir con un tratamiento no quirúrgico previamente. Que el Instituto demandado y la Sociedad Argentina de la Obesidad lo exigen por un plazo de seis meses; que la Sociedad Española de la Obesidad pide 24 meses de dicho tratamiento; que otro requisito es haber bajado de peso al menos un 10% de su peso inicial; además que el área de psicología del equipo multidisciplinario tiene que emitir un dictamen respecto de si el paciente está en condiciones psicológicas de someterse a dicha cirugía porque la misma no

es tan simple como parece, que tiene sus cosas que hay que saber entender y si el dictamen es rápidamente expedido, es decir antes de los seis meses, no tiene ningún valor para determinar si la paciente tiene condiciones psicológicas para ser operada (2º pregunta de la demandada). También contestó que la paciente no justificó médicamente el primer requisito (tiempo de tratamiento no quirúrgico), ni la disminución de un 10% del peso inicial; que además había deficiencias en el informe nutricional (4º pregunta de la demandada). Consideró asimismo que la paciente no estaba en condiciones de ingresar al programa de cirugía bariátrica; que es muy importante la parte psicológica; el paciente que no está en condiciones de ser sometido a esta cirugía no tiene la disciplina necesaria para no volver a engordar y pueden aparecer complicaciones que obligan a una reoperación y su imposibilidad de reintentar una nueva cirugía bariátrica (5º pregunta de la demandada). Por otra parte afirmó que la relación que existe entre el cáncer de mama post menopáusico y la obesidad es controvertido, citando cuatro publicaciones, de las cuales dos afirman que las pruebas actuales no alcanzan para reafirmar la relación y las otras dos que si (2º pregunta de la actora)._____

_____De las testimoniales requeridas por la Sra. Fiscal de Cámara, cabe destacar que a fs. 78/79 el Dr. Adrián Carlos Cornejo Costas, Coordinador del Instituto Slife y médico que prescribió la intervención quirúrgica en cuestión, en respuesta a la séptima pregunta del pliego de fs. 76 afirmó que las contraindicaciones absolutas en una cirugía bariátrica son tres: embarazo, adicción activa al alcohol o drogas y trastornos psiquiátricos psicopáticos; que la paciente no sólo cumplimenta con los requisitos de la reglamentación, sino que presenta antecedentes de cáncer de mama que es la única patología contemplada en la reglamentación como indicación de cirugía bariátrica por el alto riesgo de recidiva de cáncer de mama en los pacientes que presentan obesidad. A la octava contestó que la paciente no presenta riesgo de realizarse la operación sin bajar un 10% de su peso corporal, porque ya bajó ese porcentaje; que si presenta riesgo de vida actual de no realizarse la cirugía y

de incapacidad por las enfermedades comórbidas asociadas. A preguntas de la actora respondió que si existe relación entre el cáncer de mama, la obesidad y la posibilidad de recidiva del primero; que el soporte científico de esto se basa en que el exceso de tejido adiposo en el organismo acumula estrógeno y como el tumor de cáncer de mama es estrógeno dependiente, al aumentar la cantidad de éste, se incrementa la posibilidad de recidiva._____

_____ IX) En este punto, cabe puntualizar que no surge ni expresa ni implícitamente del expediente administrativo que la demandada haya exigido o informado a la amparista de la necesidad de cumplir con los requisitos previstos en la Resolución 742/09, una de las bases de su defensa en este proceso. Por el contrario, de la testimonial del Dr. Macedo aflora que el Instituto requiere un tratamiento no quirúrgico de seis meses, previo a la evaluación de la procedencia de autorizar la práctica de cirugía y una disminución del peso inicial de un 10%. Y del dictamen de Junta Médica del 16/11/10, que las exigencias no cumplidas por la Sra. Sassarini serían tal descenso de peso y la adquisición de conducta saludable y adherencia al tratamiento nutricional y psicológico requerido por la obra social._____

_____ Sin perjuicio de la incongruencia apuntada, estimo que la exigencia del tratamiento no quirúrgico previo, ya sea de seis meses según práctica de la demandada, o de 24 meses como lo prescribe la Resolución 742/09 del Ministerio de Salud de la Nación, tiene como fin primordial la obtención de una situación del paciente que, aumente las probabilidades de éxito a largo plazo del tratamiento quirúrgico. Pero tales requisitos no impiden contemplar casos particulares en los que la indicación quirúrgica proceda de manera excepcional sin el cumplimiento de los mismos. Es decir, que los casos que se encuentren fuera de los criterios de inclusión o de selección de la cirugía bariátrica en pacientes con obesidad mórbida, expresados en cualquier reglamentación, requieren una consideración particular por parte del equipo responsable y, de las autoridades de la obra social._____

_____ En este sentido se ha dicho que del análisis conjunto de los doce (12)

criterios de inclusión en tal práctica que contiene el anexo de la resolución referida es dable colegir que su propósito apunta a obtener la mayor cantidad de elementos indicadores de la situación general del paciente; lo que a la postre funciona como un reaseguro del éxito de la intervención y del cambio positivo y estable en la calidad de vida que a través de ella se procura (Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 10/06/2010, L.L. 2010-D, 216, con nota de Paola Alejandra Urbina; DFyP 2010 (octubre), 288; La Ley Online: AR/JUR/23596/2010). En la sentencia citada se estableció además que la falta de cumplimiento al término legal de 24 meses de tratamiento no quirúrgico que establece la reglamentación atañe no sólo al control de observancia de las leyes por quien exige de otro una determinada prestación, sino también a la preservación de la salud de la propia solicitante en orden a evitar las contra indicaciones de la metodología invasiva de la operación de manga gástrica; si ésta puede ser reemplazada, en el curso del tratamiento en cuestión, por otros métodos que permitan arribar a idéntico objetivo y, teniendo en consideración que en el caso no se había demostrado la real concurrencia de una situación de urgencia extrema al punto de justificar una excepción al régimen legal, se denegó la acción de amparo._____

_____Al respecto se puede traer a colación lo expresado en el “*Documento de consenso sobre cirugía bariátrica*” de la Sociedad para el Estudio de la obesidad (SEEDO) y la Sociedad Española de Cirugía de la Obesidad (SECO), en el sentido que los criterios iniciales para establecer una indicación quirúrgica del tratamiento de la obesidad fueron tradicionalmente establecidos cuando el peso excedía 45 kg o el 100% del peso ideal. Que a partir de 1991, un comité de expertos del Instituto Nacional de Salud Americano (NIH) consideró que un paciente con obesidad debería ser candidato a cirugía bariátrica cuando el IMC fuese ≥ 40 kg/m² o ≥ 35 kg/m², que coexistieran con problemas médicos serios. Y, que además de estas condiciones mínimas, en el consenso consideran, al igual que han establecido otras sociedades científicas, que los pacientes deben reunir una serie de requisitos adicionales que

garanticen el éxito a largo plazo de la cirugía._____

_____Tales criterios de selección de la cirugía bariátrica en pacientes con obesidad mórbida, son los siguientes:• Edad: 18-55 años. • IMC: ≥ 40 kg/m² o ≥ 35 kg/m² con comorbilidades mayores asociadas, susceptibles de mejorar tras la pérdida ponderal. • Que la obesidad mórbida esté establecida al menos 5 años. • Fracasos continuados a tratamientos conservadores debidamente supervisados. • Ausencia de trastornos endocrinos que sean causa de la obesidad mórbida. • Estabilidad psicológica: - Ausencia de abuso de alcohol o drogas. - Ausencia de alteraciones psiquiátricas mayores (esquizofrenia, psicosis), retraso mental, trastornos del comportamiento alimentario (bulimia nerviosa). • Capacidad para comprender los mecanismos por los que se pierde peso con la cirugía y entender que no siempre se alcanzan buenos resultados. • Comprender que el objetivo de la cirugía no es alcanzar el peso ideal. • Compromiso de adhesión a las normas de seguimiento tras la cirugía. • Consentimiento informado después de haber recibido toda la información necesaria (oral y escrita). • Las mujeres en edad fértil deberían evitar la gestación al menos durante el primer año poscirugía._____

_____ Asimismo se expresa en el documento en cita, que existen situaciones que en razón de su beneficio-riesgo se deben plantear individualmente en el contexto del equipo multidisciplinario, como sería por ejemplo el tratamiento de la obesidad mórbida en adolescentes o aquellos otros casos que superen el límite máximo de edad. El documento ha sido publicado en la Revista Española de la Obesidad N° 4 del año 2004 y puede verse en http://www.seedo.es/portals/seedo/consenso/Cirugia_bariatrica.pdf._____

_____ X) Con base en lo expresado, considero que la respuesta dada por la obra social es evidentemente arbitraria, toda vez que omite toda consideración a la justificación médica dada por los médicos tratantes de la amparista, que se ordena a prevenir la recidiva de cáncer de mama y tiene en consideración la concreta situación de salud y estado psicológico de la Sra. Sassari, que los lleva a afirmar la motivación y adhesión de la misma al tratamiento pre y post

quirúrgico._____

_____ Más allá de la controversia científica que pueda existir en cuanto a la relación entre cáncer de mama y obesidad, lo cierto es que la verosimilitud de la misma puesta de manifiesto en el expediente debió ser tomada en cuenta por la Obra Social para adoptar una conducta de prevención respecto de la salud de su afiliada, autorizando la práctica quirúrgica solicitada con los informes del equipo multidisciplinario que la atiende y que afirma que se encuentra en condiciones físicas y psicológicas para ser sometida a la cirugía y cumplir con las pautas post quirúrgicas que favorezcan las probabilidades de éxito a largo plazo del tratamiento._____

_____No se puede justificar de ninguna manera que, denunciándose una situación de urgencia, la contestación de la accionada, sin atender a la misma, se refiera simplemente a la falta de cumplimiento de cierta normativa cuando se está dejando constancia que los fines de ésta se encuentran cumplidos._____

_____En consecuencia, dando crédito a la prescripción de los médicos de la Sra. Sassarini y la urgencia denunciada por los mismos, quienes son los principales responsables del tratamiento de la paciente y, respetando la voluntad de la amparista de someterse a la cirugía bariátrica con sustento en su autonomía y valoración de los concretos riesgos y beneficios que puede conllevar la práctica, así como atendiendo al principio de prevención respecto de la posibilidad de recidiva de cáncer de mama, me inclino por el acogimiento de la presente acción en mérito asimismo de lo dispuesto por el art. 87, párrafo 8º de la Constitución Provincial, y la jurisprudencia uniforme en tal sentido, tanto de la Corte Federal, como la de la Corte de la Provincia, que es de conocimiento de la demandada ante las múltiples demandas de esa índole que ha debido afrontar._____

_____ En este orden, la Corte de Justicia Provincial ha dicho que: “Cabe recordar que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que se haga de los mismos la que debe

ser justificada, lo que no se verifica en estos autos” (CJS, Tomo 91:603; 109:189; 114:603). Asimismo, que: “...ninguna reglamentación ni normativa de una obra social puede lesionar derechos garantizados por la Constitución Nacional y contemplados en tratados internacionales que revisten igual jerarquía...”; efectuando la siguiente cita: “... el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias sean susceptibles de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección –de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la letra del texto no lo tenga escrito...” (Bidart Campos, Germán, *Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales*”, La Ley, 2002 – C, 628)” (CJS 114:721)._____

_____ Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la presente acción, ordenando a la demandada la cobertura en forma integral (100%) de la práctica quirúrgica solicitada, debiendo aportar en el plazo de 7 días hábiles de notificada de la presente, los medios necesarios para su realización, con más el costo que demande (gastos de internación, honorarios médicos, insumos quirúrgicos y tratamientos necesarios para tratar la patología de la paciente)._____

_____ XI) Las costas del presente se imponen a la Obra Social, en virtud del principio general de la derrota (arts. 67 y 68 del C.P.C.C.)._____

_____ Por lo expuesto, _____

_____ **F A L L O** _____

_____ I) **HACIENDO LUGAR** a la acción de amparo de fs. 18/23 y, en consecuencia, **ORDENANDO** al Instituto Provincial de la Salud de Salta que

provea, la cobertura en forma integral (100%) de la práctica quirúrgica de cirugía bariátrica solicitada, debiendo aportar en el plazo de 7 días hábiles de notificada de la presente, los medios necesarios para su realización, con más el costo que demande (gastos de internación, honorarios médicos, insumos quirúrgicos y tratamientos necesarios para tratar la patología de la paciente). **CON COSTAS** a cargo del Instituto Provincial de Salud de Salta (art. 67 del Código Procesal)._____

_____ II) **REGULANDO** los honorarios profesionales de la Dra. Blanca Nora Benítez, en la cantidad de \$ 2.250 (Pesos dos mil doscientos cincuenta), por la labor cumplida en esta instancia y como letrada patrocinante de la actora._____

_____ III) **COPIESE**, regístrese y notifíquese._____