

AMPARO. CAUTELAR. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA. RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO Y EN TRATADOS INTERNACIONALES DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. FALLOS CSJN.

PROVISIÓN DE MEDICAMENTO. OBRA SOCIAL. SISTEMA NACIONAL DE SEGURO DE SALUD. DEBER DEL ESTADO.

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

//Plata, 26 de marzo de 2.009. R. S. 2 T.181 f* 13/14

AUTOS Y VISTOS: este expte. n° 15667/09 caratulado: “Orlando, José (en representación de Elba Sassone) c/ PAMI y otro s/ Acción de Amparo” proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín.

Y CONSIDERANDO:

EL DOCTOR FLEICHER DIJO:

I- Llegan estos autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional (...) contra la resolución de primera instancia (...) que concedió la medida cautelar solicitada.

II- Cabe señalar que el actor, O., en nombre y representación de su madre (...), promovió acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicio Social para Jubilados y Pensionados (PAMI) y el Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social a fin de que se le haga entrega a su progenitora, con carácter urgente, la provisión del medicamento oncológico Tarceva 150 mg por 30 comprimidos.

En consecuencia, manifestó que sus gestiones para conseguir los medicamentos habían sido infructuosas, y que la obra social estaba desatendiendo una de sus funciones básicas, cual era el atender a la salud de sus afiliados. Indicó, finalmente, que los avances en las dos primeras etapas del tratamiento de la enfermedad de su madre se estaban perdiendo con motivo de las demoras del PAMI en la entrega de la medicación requerida.

III- Entre sus agravios, la recurrente manifiesta su falta de legitimación pasiva y el incumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento del aseguramiento precautorio.

IV- Sentado ello, es menester verificar si en el *sub lite* se encuentran reunidos los extremos legales requeridos a los fines de la concesión del aseguramiento precautorio: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* (ex art. 230, Código Procesal Civil y Procesal de la Nación).

Cabe recordar que, como lo tiene declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un juicio. La fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713).

El primero de los requisitos señalados surge en cuanto se verifica que la Sra. (...) padece cáncer de páncreas (...).

El peligro en la demora se encuentra configurado ya que, de no ser admitida la tutela, la enferma vería vulnerado su derecho a la salud y a su integridad física.

En este contexto, cabe tener presente que la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que los requisitos antes analizados se encuentran de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro de daño y -viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor del “fumus” se puede atenuar. (Conf. CNCAFed., Sala II, in re “Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A.” del 14-10-83, in re “Toma, Roberto Jorge c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ medida cautelar (autónoma)”, del 21-12-00; Sala III, in re “Gibaut Hermanos”, del 18-8-82; “Herrera de Noble y otros c/Comfer”, del 8-9-83, entre muchos otros; Sala IV, in re “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Fondo Nacional de las Artes”, del 16-4-98).

En el caso, se trata de resguardar el derecho a la salud y el derecho a la vida, que se encuentran receptados en nuestro derecho interno, en diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional. (artículo 12 inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 4 y 5 del Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica).

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 323:1339, 329:1638 y en la causa “Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c. Estado Nacional”, fallo del 11.07.06, publicado en DJ 25/10/2006, 565 ha señalado que: “...el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)”. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo). “...el Tribunal 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”. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo). Y prosigue: “El Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud, se extienden a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario”. “Las obligaciones sanitarias de las autoridades locales no implican desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional —mediante el Ministerio de Salud—, quien debe acudir en forma subsidiaria para no frustrar el derecho a la salud, ya que de otro modo las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

Esta Sala II se ha manifestado en forma coincidente in re: “A. B. c/ INSSPJ-PAMI s/ amparo” **(1)**, expte n° 13852/07, fallo del 10/07/2007; “Rivas, G. A. (en representación de su padre...) c/ IOSE y otros s/ Acción de Amparo”, **(2)** expte n° 14367/07, fallo del 15/11/2007, entre otros, a los que cabe remitir breviter causas.

Por ello, y por los fundamentos expuestos, propongo al Acuerdo: rechazar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución apelada, la que se confirma con el

Poder Judicial de la Nación

alcance que precede. Se posterga el pronunciamiento sobre costas hasta la oportunidad de sentenciar.

Así lo voto.

EL DR. SCHIFFRIN DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

EL DR. COMPAIRED DIJO:

La cuestión planteada por la recurrente debe descartarse, toda vez que este agravio ignora el deber del estado de respetar los derechos de la persona en forma efectiva, entre los que se encuentran el derecho a la seguridad social que ampara el artículo 14 bis, párrafo 3ro. de la Constitución Nacional, como así también lo normado en el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículos 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ostentan jerarquía constitucional “...y *deben entenderse complementarios de los derechos y garantías...*” reconocidos por la Carta Magna, conforme la manda del artículo 75, inc. 22, integrando de tal modo lo que el maestro Bidart Campos ha calificado como bloque de constitucionalidad federal .

Esto es así por cuanto el hecho de que la amparada fuera afiliada a PAMI y esta tenga la obligación directa de cubrir los gastos de tratamiento no es óbice para que de así resultar, el estado tenga el deber de afrontar el desembolso en cuestión, sin perjuicio de que posteriormente ejercite sus derechos contra esa obra social, en su carácter de obligada principal de la prestación, máxime cuando la requirente de protección en autos necesita una cobertura amplia y continua para su afección, la que aparece recortada ante la posición asumida por la coaccionada PAMI.

Por otra parte, PAMI se encuentra comprendida entre los agentes que integran el Sistema Nacional de Seguro de Salud de la Nación y, en consecuencia, su actividad se halla fiscalizada por la Superintendencia de Servicio de Salud de la Nación que depende de la apelante; organismo que a tenor de las normas legales vigentes, está obligado a disponer medidas concretas para garantizar las prestaciones a cargo de las obras sociales como autoridad de aplicación.

Dicho esto, adhiero en un todo al voto del colega preopinante.-

Así lo voto.

Por ello, y en mérito de lo que resulta del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** rechazar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución apelada, la que se confirma con el alcance que precede. Se posterga el pronunciamiento sobre costas hasta la oportunidad de sentenciar.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado. jueces Sala II Dres. Gregorio Julio Fleicher. Leopoldo Héctor Schiffrin. Carlos Riomán Compaired.

NOTAS: (1) : publicado en el rubro FALLOS DESTACADOS- carpeta temática CIVIL (FD. 312) del sitio www.pjn.gov.ar. Clicar:1)Fueros federales;2) Justicia Federal La Plata y Fallos destacados-carpeta temática: **(2)** idem FD.399.

