

## *Poder Judicial de la Nación*

AUTOS : “F. A. c/ OSPE – AMPARO”

//doba, 11 de octubre de 2012.

### Y VISTOS :

Estos autos caratulados: “F. A. c/ OSPE – AMPARO”, venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora en contra el proveído de fs. 46 emitido por el Sr. Juez Federal titular del Juzgado Federal n° 2, de esta ciudad, Dr. Alejandro Sánchez Freytes, que denegó la medida cautelar solicitada.

### Y CONSIDERANDO :

I. A fs. 3/17 obra la demanda de amparo interpuesta por la actora en contra de la Obra Social de Petroleros (OSPE) dado su carácter de afiliada a dicha Obra Social (conforme surge de fs. 19 ) solicitando se le otorgue **cobertura económica al cien por ciento (100%) para la realización de la prestación denominada “MÓDULO NEUROCIRUGÍA BAJO REMAIN (NEUROCIRUGIA CON RESONANCIA MAGNETICA INTRAOPERATORIA)”**, atento padecer **“UN TUMOR CEREBRAL DE LOCALIZACIÓN FRONTAL DERECHA (ASTROCITOMA DIFUSO FIBRILAR (GRADO II – WHO)”**, prescripta por el médico especialista interviniente Dr. Roberto R. Herrera quien atiende en la Clínica Adventista Belgrano sita en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Afirma que en el mes de junio del 2011 comenzó a padecer mareos, temblores y situaciones de inestabilidad acompañada de convulsiones leves, lo que le llevó al Hospital Privado a fin de realizar una consulta con la médica clínica, Dra. Ruth Lía Kaplan, quien luego de una serie de análisis le fue descubierto un tumor cerebral siendo derivada de urgencia con el neurocirujano, Dr. Gerardo Campos, quien ordenó la realización de una Resonancia Magnética de Cerebro (IRM). Dicho estudio arrojó el siguiente diagnóstico: ***“Presencia de una extensa lesión expansiva de aspecto tumoral hipointensa y heterogénea en T1 e hipertensa y heterogénea en T2 y FLAIR, que refuerza de manera discreta e irregular luego de la inyección de Gadolinio Ev. Con alguna áreas de bordes irregulares y límites pobremente definidos, polilobulada, que compresote la región frontal parameridiana con extensión hacia el cuerpo del cuerpo calloso el cual se encuentra comprimido y desplazado en sentido inferior...*”**, ante lo que el Dr. Campos decide intervenir quirúrgicamente a la accionante a través de una **neurocirugía convencional**, lo que aconteció el 04/8/2011, siéndole extraída una **“mínima porción del tumor”**. Posteriormente y como resultado de una biopsia realizada del material extraído se determinó la presencia de un **ASTROCITOMA DIFUSO FIBRILAR (GRADO II – WHO)** (ver fs. 22) el que es un tipo de *glioma* (así denominada por surgir de células gliales) que se caracteriza por infiltrar las estructuras encefálicas vecinas, crecer lentamente -principalmente en los hemisferios cerebrales- y que suele malignizarse cada vez más con el paso del tiempo. Con fecha 07/11/2011 se le realizó una nueva Resonancia Magnética de Cerebro (IMR) la que reveló la presencia de una **“extensa**

*lesión expansiva de aspecto tumoral, hipointensa y heterogénea en T1 e hiperintensa en T2 y FLAIR, de bordes irregulares y límites pobremente definidos que no se modifica sustancialmente luego de una inyección de Gadolinio EV, córtico-subcortical frontal para mediana derecha con extensión hacia la unión calloso septal y rodilla del cuerpo calloso...*". El 09/5/2012 se le realizó nueva Resonancia Magnética de Cerebro en el que se evidenciaron nuevos hallazgos que sugieren la posibilidad de una recidiva, reaparición o crecimiento de la lesión tumoral, tras lo cual el Dr. Campos plantea la posibilidad de realizar **QUIMIOTERAPIA** a los efectos de reducir el tumor y eventualmente efectuar una nueva **cirugía convencional**. Ante esta situación, con fecha 14 de junio del 2012 viajó la actora a Buenos Aires a fin de ser atendida en la Clínica Adventista Belgrano por el Dr. Roberto Herrera, Jefe del Servicio de Neurología y Neurocirugía, indicándole la urgente necesidad de extirpar el tumor cerebral utilizando una guía de Resonancia Magnética Intraoperatoria, atento que al no tener el tumor márgenes bien delimitados resulta difícil su extirpación con una cirugía convencional, ya que por sus características no se distingue del cerebro normal. Ante dicha situación, se solicitó a la Obra Social demandada (OSPe) la cobertura de dicha intervención quirúrgica, solicitud que estuvo acompañada por un resumen de historia clínica expedido por el Dr. Herrera quien manifiesta: *“La paciente padece de un tumor cerebral de localización frontal derecha. Fue intervenida quirúrgicamente en forma neuroquirúrgica convencional y sólo se logró extirpar una mínima porción del tumor. La paciente tiene... edad y se encuentra clínicamente en buen estado con puntuación de Glasgow 15/15. Se indica re operación para extirpación radical del tumor con guía de resonancia magnética intraoperatoria. Esta lesión por corresponder a un tumor primario del encéfalo y no tener márgenes bien delimitados resulta muy difícil de extirpar con cirugía convencional porque no se distingue del cerebro normal. Es por eso que resulta muy importante contar con resonancia magnética intraoperatoria. Se solicita autorización para ser intervenida en la Clínica Adventista Belgrano lo antes posible”* (ver fs. 27). Sostiene la accionante, que con la utilización de este avance tecnológico (solamente brindado por la Clínica Adventista Belgrano) se logran neurocirugías más precisas y seguras, atento que se permite localizar de forma exacta la lesión cerebral antes y durante la operación sin dañar tejido sano y puede extirpar todo el tumor. Asevera que por los altos costos del tratamiento, que le impiden afrontarlas atento ser empleada de comercio, y el riesgo en su vida, solicitó mediante Carta Documento a la OSPE (ver fs. 32) la cobertura del 100% de la prestación Módulo Neurocirugía Bajo Remain. Dicha Obra Social rechazó la solicitud de cobertura mediante Carta Documento n° 276894325 (ver fs. 33) por considerar que el método requerido no es el único idóneo y por estar prevista la realización de otros tratamientos en el Hospital Privado con su médico tratante y demás prestadores de OSPE.

Como medida cautelar solicitó se ordene la cobertura 100% de la prestación médica denominada **“Módulo Neurocirugía bajo Remain (Neurocirugía con Resonancia Magnética intraoperativa)”**.

## *Poder Judicial de la Nación*

AUTOS : “F. A. c/ OSPE – AMPARO”

A fs. 35 A fs. 35 obra el proveído dictado por el Sr. Juez de Primera Instancia el 28 de agosto de 2012 en cuya parte pertinente determina que **dadas las particulares características del caso en análisis, corresponde diferir el tratamiento de la medida cautelar para el momento en que se encuentre agregado el informe del art. 8 de la Ley de Amparopra; debiendo en dicha oportunidad la demandada informar a partir del certificado obrante a fs. 27 si tiene prestador con cobertura que practique la cirugía solicitada en el presente amparo.**

A fs. 42/45vta obra el informe circunstanciado presentado por la demandada OSPE. En el mismo afirma la accionada que el tratamiento correspondiente al diagnóstico realizado ha sido cubierto por la prestadora Hospital Privado en donde ya se realizó una intervención quirúrgica y se ofreció un tratamiento integral a la dolencia sufrida por la accionante. Considera que el tratamiento requerido por la actora implica una inobservancia del marco reglado de actuación, teniendo vedado la obra social dar trámite a todo pedido direccionado de provisión de una prestación o prestador determinado, máxime cuanto el tratamiento dado por el Hospital Privado ha sido el correcto ya que la extirpación subtotal de este tipo de tumores está dentro de las previsiones, conforme la complejidad de la afección, sin que se pueda aseverar que el método requerido por la actora sea superador. Remarca el hecho de que tanto el médico tratante como la clínica cuya cobertura se solicita, no son prestadores de OSPE, es decir, no tienen convenio con dicha Obra Social, por lo que mal puede acusarse a ésta última de exclusión de cobertura, máxime si se tiene en cuenta que se le ha brindado la cobertura necesaria en un establecimiento de primera línea como el Hospital Privado. Considera que en el presente amparo no se configuran los requisitos exigidos por el art. 230 del CPCN.

A fs. 46 el Inferior dicta proveído que, en su parte pertinente, dispone: **“Córdoba, 13 de septiembre de 2012...Con relación a la medida cautelar solicitada, no surge de las constancias de autos que se encuentren reunidos los requisitos del art. 230 del Cpr. en especial la verosimilitud del derecho, por lo que se rechaza la medida solicitada. Ello pues la discusión se centra en el tipo de intervención quirúrgica a practicar a la amparista, lo cual, importa un tecnicismo que requiere la producción de la prueba ofrecida a los fines de que el Tribunal pueda pronunciarse, máxime teniendo en cuenta que la prestación solicitada por la amparista ha de realizarse con profesional no prestador de la obra social y en ciudad distinta a su lugar de residencia..”**

A fs. 47 obra el recurso de apelación deducido por la accionante. Se queja porque el Inferior ha considerado que no se configuran los requisitos previstos en el art. 230 del CPCN, lo que –entiende- implica una violación al derecho a acceder al servicio de salud y a no ser discriminado. Sostiene que la ley 23.661 asegura prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas como así también prestaciones del mejor nivel de calidad disponible para aquellos que se ven imposibilitados de acceder a ellas. Remarca el peligro

en la demora que puede ocasionar un daño irreparable en la salud del accionante la falta de un tratamiento adecuado, resaltando que la demandada no ha manifestado conforme le fuera requerido, si un prestador de dicha obra social otorga la cobertura requerida, esto es, la Resonancia Magnética Intraoperatoria. En definitiva, solicita se haga lugar a la medida cautelar requerida.

A fs. 53 el Inferior provee el recurso de apelación deducido, concediéndolo con ambos efectos ante este Tribunal, formando cuerpo de copias a los fines de la tramitación del fondo del asunto en primera instancia.

A fs. 55/56vta. obra la contestación de agravios presentada por la Obra Social demandada, en el que plantea la extemporaneidad del recurso de apelación deducido y reitera los argumentos vertidos en el Informe circunstanciado del art. 8, obrante a fs. 42/45vta.

Llegados los presentes obrados a este Tribunal con fecha 01/10/12 y corrido el traslado de ley al Sr. Fiscal General, éste evacua vista el 03/10/12 (fs. 62).

A fs. 63 el Tribunal -mediante proveído de fecha 03/10/2012- dispone convocar a audiencia de conciliación, la que tuvo lugar el 05 de octubre pasado. Concurrieron la actora junto con su letrada patrocinante, Dra. Gisela Trobbiani; por la demandada, su apoderado Dr. Germán Bertiche, estando presente además el médico auditor de dicha Obra Social, Dr. Roberto Sánchez y el Médico Forense de estos Tribunales Federales, Dr. Eduardo Gasparrini; todo ello según da cuenta el acta respectiva librada a tal efecto (fs. 87).

En dicha oportunidad ambas partes adjuntaron nuevas pruebas documentales entre ellas un certificado médico acompañada por la actora que da cuenta de su actual estado de salud. Finalizada dicha audiencia, quedó la causa en condiciones de ser resuelta.

II. Según se desprende de la reseña que antecede, la cuestión a resolver se circunscribe a establecer la procedencia de la medida cautelar innovativa solicitada por la actora consistente en la cobertura 100% de la prestación médica denominada “Módulo Neurocirugía bajo Remain (Neurocirugía con Resonancia Magnética Intraoperatoria)” que fuere denegada por el Inferior. Para así resolver el juez Aquo tuvo en cuenta que la misma por su tecnicidad requiere de la producción de prueba específica, oportunamente ofrecida.

Ingresando al estudio de la causa, en forma previa corresponde puntualizar que el recurso de apelación bajo análisis se encuentra presentado en tiempo propio, ya que la notificación del proveído de fecha 13 de setiembre de 2012 no fue realizada personalmente o por cédula sino que obra una constancia de notificación automática del día 14 de setiembre, en contradicción con lo previsto por el art. 135 inc. 6° del CPCN, resultando por ende inoficiosa. No obstante ello, aún computando el plazo previsto en el art. 15 de la ley de amparo a partir de dicha fecha, el recurso presentado el día 18 de setiembre resulta en término.

Dicho esto, debe remarcarse que estamos en presencia de una persona joven de... años que padece de un tumor cerebral en crecimiento, que puede mutar a maligno, y que le provoca diversos padecimientos en su salud, como mareos, convulsiones y paralización de

## *Poder Judicial de la Nación*

AUTOS : “F. A. c/ OSPE – AMPARO”

parte del cuerpo. Se encuentra acreditado en autos que la cirugía convencional practicada en el Hospital Privado (ver foja quirúrgica a fs. 85/86), determinó el diagnóstico definitivo explicando la actora que se extrajo solo una porción de dicho tumor dada su ubicación.

Frente a la continuación de sus padecimientos, la actora hizo una consulta en la Clínica Adventista Belgrano, donde el Dr. Roberto Herrera le indicó la necesidad de realizar una *“re operación para extirpación radical del tumor con guía de resonancia magnética intraoperatoria*, destacándose que la aparatología con la que cuenta dicha Clínica es única en el país y que la técnica recomendada consiste en la realización de resonancias magnéticas intraoperatorias que permite guiar al cirujano en la extracción del tumor, a fin de preservar células sanas del cerebro y de este modo poder extirpar el tumor en su totalidad.

El conflicto se suscita porque la Obra Social OSPE se ha negado a cubrir dicha práctica por no tratarse de un prestador de esa Obra Social, proponiendo en su lugar iniciar tratamiento de rayos y quimioterapia y eventualmente una nueva cirugía convencional, conforme ha sido indicado por los médicos del Hospital Privado.

Frente a la naturaleza de la cuestión y urgencia del caso, el Tribunal convocó a una audiencia de conciliación donde se esclarecieron aspectos de utilidad a la hora de resolver el conflicto. Se hizo constar en el acta labrada en su oportunidad (fs. 87), que la “...Obra Social deja debidamente aclarado que la decisión de no otorgar la cobertura peticionada en este amparo, no tiene como fundamento una cuestión económica sino que por el contrario entienden que la solución propuesta por esa parte a través del Hospital Privado de Córdoba es la que más se adecua al cuadro de salud de A. F. ...”

Asimismo, “... Preguntado por el Tribunal acerca de la opinión a nivel estadístico que le merece a la Obra Social de la técnica utilizada por la Clínica Adventista Belgrano se indica que el método convencional que ofrece la demandada no es menos exitoso y que según bibliografía consultada no ha tenido mayor porcentaje de éxito. Este aspecto a continuación es refutado por la actora quien entiende que en Buenos Aires ha habido numerosas intervenciones con éxito en casos similares al suyo. Finalmente se deja constancia que la actora no ha realizado tratamiento de radioterapia ni de quimioterapia a pesar de haber sido indicado por los médicos prestadores de la Obra Social. A su respecto expone la actora que se encuentra en buen estado de salud momentáneamente y que no está dispuesta a someterse a técnicas que implique la baja de las defensas del organismo...”-

De lo expuesto se desprende que en definitiva no existe acuerdo entre las partes acerca de cual es el tratamiento más conveniente para la actora y que la demandada no hace reparo de tipo económico por el mayor costo que podría insumir el tratamiento ha realizarse en Buenos Aires frente al propuesto por la Obra Social en el Hospital Privado de Córdoba.

III.- Que respecto al derecho a la salud, se ha indicado que “...el derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer

derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional – el que debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga.” (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618)

En tal sentido, esta Sala tiene dicho (autos: “B. M. I. c/ OSPE- Amparo”, de fecha 16-5-11, Prot. 170, F° 50/52) que numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del art. 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del art. 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (Observación Gral. N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Civiles).

Asimismo se ha sostenido que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284).

## *Poder Judicial de la Nación*

AUTOS : “F. A. c/ OSPE – AMPARO”

IV. Que asimismo la tutela anticipada ha sido definida por la doctrina como “la que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencia disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito” (CARBONE, Carlos, Los despachos interinos de fondo, en “Sentencias anticipadas”, AA.VV. (obra dirigida por Peyrano, Jorge W.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, p. 89).

Este tipo de tutela ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Camacho Acosta , Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros” (Fallos: 320:1633), oportunidad en que sostuvo “... en ciertas ocasiones –como ocurre en las medidas de 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 ... 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 se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.”

Más recientemente, el más Alto Tribunal ha expresado “...una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”, y que “...corresponde recordar que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual -aspectos ambos que resultan patentes en la causa- a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los

demandantes formulado en el proceso principal” (P. 24.XLVI.P.37.XLVI Recurso de Hecho. “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Dí Césare, Luis Alberto y otro s/ Artículo 250 del C.P.C.”), de fecha 6/12/12.

V. Que tratándose lo peticionado por la actora de una medida cautelar innovativa exige para su procedencia la acreditación de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora (conf. art. 230 del CPCN). Ahora bien, atento a su excepcionalidad, para su dictado esos presupuestos deben darse con un grado superior o más exigente al necesario para una medida cautelar común.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y que dentro de aquellas la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (CSJN, “Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina”, Fallos: 316:1833).

Desde esta óptica, el Alto Tribunal ha recordado –de manera uniforme respecto de la finalidad que caracteriza a las medidas cautelares innovativas – que “es de la esencia de estos 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 situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (Fallos 325:2367; 326:3210, entre otros).

Estas medidas cautelares sólo deben admitirse cuando existen fundamentos de hecho y derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie, según el grado de verosimilitud presente en cada caso, los diferentes intereses en juego.

VI. En cuanto a la viabilidad en sí de la precautoria objeto del recurso, respecto a la *verosimilitud del derecho* se exige –como se ha dicho- una fuerte probabilidad acerca de la certeza del derecho del accionante. Por ende, cabe en primer lugar determinar cual es el derecho que se pretende tutelar. Del examen de lo actuado se desprende que la actora, afiliada a la obra social OSPE, sufre un **“UN TUMOR CEREBRAL DE LOCALIZACIÓN FRONTAL DERECHA (ASTROCITOMA DIFUSO FIBRILAR (GRADO II – WHO)”**. Esta afección atenta a su integridad física y a su vida misma, circunstancia que ha quedado debidamente corroborada con la documental acompañada y que obra glosada en los presentes, circunstancia ésta que ha sido además reconocida expresamente por las partes.

Ante el cuadro de situación descripto, las constancias arrojadas por las partes y atendiendo a los primigenios derechos que se encuentran en juego como es el de la vida y la



## *Poder Judicial de la Nación*

AUTOS : “F. A. c/ OSPE – AMPARO”

salud que han obtenido diversa protección internacional y en nuestra Constitución Nacional como ha sido precedentemente reseñado, es que se encuentra configurado el requisito de la verosimilitud del derecho con el grado de probabilidad que exige este tipo de medidas innovativas.

Respecto al requisito del *peligro en la demora* exigido por el art. 230 del CPCN, debe existir un temor grave y fundado en el sentido que el derecho que se reclama se pierda, deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso, tornando ilusoria e ineficaz la sentencia que en definitiva se dicte. En la especie el mismo resulta ostensible por cuanto resulta inminente y grave el riesgo que se expone a la actora, no sólo en su salud sino en su propia vida. El Tribunal entiende que hallándose en juego la subsistencia de un **derecho elemental, como lo es el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica –ambas tuteladas por el art. 5º, inc. 1º de la Convención Americana de los Derechos Humanos** debe privilegiarse la tutela judicial urgente que no admite demora, circunstancia que queda corroborada con el certificado médico de fecha 4 de octubre expedido por la Dra. Ruth L. Kaplan, acompañado por la accionante en la audiencia del 05 de octubre (fs. 67) que da cuenta que en los últimos estudios y controles , “...se constata progresión y crecimiento de la lesión con incipiente compromiso del hemicuerpo izquierdo...”; como así también en atención al estado procesal en el que se encuentra el fondo del asunto que, según se desprende de dicha audiencia, recién se encuentra en la etapa probatoria, debiendo aún realizarse pericia médica y testimonial en la ciudad de Buenos Aires, todo lo cual demandaría un período de dos o tres meses.

Ante este cuadro de situación el Tribunal se encuentra en un verdadero dilema ya que si bien discernir cuál tipo de tratamiento es más adecuado para la accionante, es de resorte técnico-médico, e insumiría un plazo prolongado por lo antes referido, la urgencia de su estado de salud nos inclina por privilegiar la decisión del paciente de carácter personalísimo a elegir el tratamiento médico en que deposite su confianza, aún a riesgo de las consecuencias que dicho tratamiento pudiera acarrearle y que le fueron suficientemente explicados en la audiencia practicada en los presentes obrados. La decisión de la actora se enmarca entonces en el ámbito de su autonomía individual, expresada a lo largo de este amparo en forma clara y contundente, con discernimiento, intención y libertad.

Recordemos que nuestro más Alto Tribunal tiene dicho que *"el art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el*

*art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional" (Fallos: 316:479 "Bahamondez" voto de los Dres. Fayt y Barra).*

Asimismo, ha expresado que “... la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada...” “...Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa" art 2 inc. e)...”. “... Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso...” (CSJN, Autos: “Albarracín Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, de fecha 1 de junio de 2012)

VII.- Por lo expuesto, corresponde revocar la providencia apelada y en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la actora, ordenando que la demandada OSPe (Obra social de Petroleros) le otorgue en forma urgente **cobertura económica al cien por ciento (100%) para la realización de la prestación denominada “MÓDULO NEUROCIRUGÍA BAJO REMAIN (NEUROCIRUGIA CON RESONANCIA MAGNETICA INTRAOPERATORIA)”, atento padecer “UN TUMOR CEREBRAL DE LOCALIZACIÓN FRONTAL DERECHA (ASTROCITOMA DIFUSO FIBRILAR (GRADO II – WHO)”,** prescripta por el médico especialista interviniente Dr. Roberto R. Herrera, a realizarse en la Clínica Adventista Belgrano sita en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Se fija como contracautela (art. 199 del CPCN) la fianza personal de tres (3) letrados de la matrícula, la que deberá ser prestada ante el Juez de primera Instancia. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68 del CPCN), atento la naturaleza de la cuestión y a que la demandada pudo creerse con derecho a litigar. Se difieren las regulaciones de honorarios que correspondan para su oportunidad.

Por ello,

SE RESUELVE:

I. Revocar la providencia apelada y en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la actora, ordenando que la demandada OSPe (Obra social de Petroleros) le otorgue en forma urgente **cobertura económica al cien por ciento (100%) para la realización de la prestación denominada “MÓDULO**

*Poder Judicial de la Nación*

AUTOS : “F. A. c/ OSPE – AMPARO”

**NEUROCIRUGÍA BAJO REMAIN (NEUROCIRUGIA CON RESONANCIA MAGNETICA INTRAOPERATORIA)”, atento padecer “UN TUMOR CEREBRAL DE LOCALIZACIÓN FRONTAL DERECHA (ASTROCITOMA DIFUSO FIBRILAR (GRADO II – WHO)”, prescripta por el médico especialista interviniente Dr. Roberto R. Herrera, a realizarse en la Clínica Adventista Belgrano sita en la ciudad autónoma de Buenos Aires.**

II. Fijar como contracautela (art. 199 del CPCN) la fianza personal de tres (3) letrados de la matrícula, la que deberá ser prestada ante el Juez de primera Instancia.

III. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPCN), atento la naturaleza de la cuestión y a que la demandada pudo creerse con derecho a litigar. Se difieren las regulaciones de honorarios que correspondan para su oportunidad.

IV. Protocolícese, hágase saber y bajen.

**USO OFICIAL**

FDO: LUIS ROBERTO RUEDA-ABEL G. SANCHEZ TORRES- JOSE MARIA PEREZ VILLALOBO. EDUARDO AVALOS SECRETARIO DE CAMARA.

PROT. 183B-Fº 161/166- SENT. N° 561/2012