

Salta,

de marzo de 2017

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "G [REDACTED] M [REDACTED] I [REDACTED] C [REDACTED] vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - Amparo"; Expte. N° 570.461/16 de esta Sala Tercera, en trámite por ante el señor Juez Marcelo Ramón Domínguez y, _____

RESULTANDO

_____ I) A fs. 28/33 la señora M [REDACTED] I [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] se presenta, por sus propios derechos, con el patrocinio letrado de la doctora Catalina Karcher, promoviendo acción de amparo en contra del Instituto Provincial de Salud de Salta, a fin de que se condene al mismo a dar cobertura del 100 % en tratamiento para celiaquía (consumo de productos sin TACC), por la suma estimada de \$ 5.000, con la correspondiente actualización mensual en base al índice de inflación como así, todo medicamento libre de TACC que sea prescripto por el médico tratante idóneo. _____

_____ Relata que en el mes de julio del año 2013 fue diagnosticada con la patología denominada celiaquía (Marsh 3 C) con A.C. (+) con tratamiento de dieta libre de gluten definitiva, conforme certificado médico extendido por la Dra. Graciela Parodi, médica gastroenteróloga. Agrega que la celiaquía o enteropatía es una afección inflamatoria que daña la mucosa del intestino delgado debido a la intolerancia al gluten, proteína que se encuentra en el trigo, avena, cebada y centeno (TACC), y productos derivados de estos cuatro cereales; se presenta en personas que tienen predisposición genética a padecerla y se sabe que aparece con más frecuencia entre miembros de la misma familia. Señala que esta intolerancia produce una lesión característica de la mucosa intestinal provocando atrofia en las vellosidades del intestino delgado, lo que altera o disminuye la absorción de los nutrientes de los alimentos como proteínas, grasas e hidratos de carbono, entre otros. La celiaquía es una condición autoinmune es decir que el sistema de defensa del que la padece, reconoce como extraño al organismo al gluten y produce anticuerpos en contra del mismo, lo que provoca la lesión del intestino con

destrucción o atrofia de la mucosa, siendo ello normalizado cuando se inicia la dieta sin TACC, ya que aún no existe terapia farmacológica para tratar la patología siendo el único tratamiento disponible hasta el momento una dieta libre de gluten._____

_____ Expresa que en atención a las costumbres alimenticias de nuestro país, el gluten de los cereales TACC, es el más empleado en la industria alimenticia, además de que existen algunos productos que pueden contenerlo en su composición en forma de aditivos, espesantes o conservantes, situación que restringe ampliamente al paciente celíaco al acceso a una alimentación idónea, debiendo consumir por prescripción médica sólo productos libres de TACC._____

_____ Refiere que en varias oportunidades solicitó mayor cobertura a la obra social accionada a través de expedientes, requiriendo el reintegro del 100 % de los montos que le demanda la obtención de los alimentos y preparados libres de TACC, pero lo único que se le ha reconocido es la suma de \$ 375 mensuales en aplicación de la Resolución N° 1365/2015 del Ministerio de Salud de la Nación de fecha 31 de agosto de 2015. Por ello y en atención a la situación económica que apremia a la amparista que no le permite sostener el tratamiento y el de su hijo quien también padece celiaquía, solicita con urgencia se acoja la acción. Funda su derecho y hace reserva del Caso Federal.

_____A fs. 73/77 presenta informe circunstanciado el apoderado del Instituto Provincial de Salud de Salta, doctor Federico Martín Bravo, quien ofrece como prueba documental la que se encuentra reservada en el expediente N° 570.458/16, solicitando la acumulación de estos autos ya que la actora ha realizado muchas notas planteando en un mismo escrito su situación y la de su hijo menor, por lo que no se entiende por qué en vez de realizar una única acción ha deducido dos demandas diferentes cuando el objeto del pedido y la causa es la misma. Cita jurisprudencia y hace reserva del Caso Federal._____

_____A fs. 130, emite dictamen el señor Fiscal de Cámara quien postula que no se dan en autos las condiciones de admisibilidad del amparo._____

_____A fs. 132, se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida._____

C O N S I D E R A N D O

_____ I) En el presente caso ambas partes coinciden en el reconocimiento de la patología de la actora, y en el monto vigente actualmente para la cobertura de la especial dieta alimentaria que requiere en razón de su celiacía. Difieren en cuanto la procedencia del reclamo, a la falta de agotamiento de la vía administrativa y a la concurrencia de los presupuestos que tornan viable la acción de amparo. _____

_____ II) *El agotamiento de la vía administrativa*: dado que se alude en el responde de la demandada a la falta de culminación de la vía administrativa, lo cual remite al tema de las vías previas o subsistentes a la acción de amparo, lo cierto es que también de manera reiterada vengo señalando (ver, entre otros tantos precedentes el caso *Sassarini, María Lidia vs. Instituto Provincial de Salud de Salta del 14/03/2011* registrado en el f° 198 del tomo 2011), que cuando la autoridad pública adopta un pronunciamiento, el ordenamiento habitualmente prevé 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: "... 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)". Pero 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)._____

_____ 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)._____

_____ 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. Asimismo, no puedo dejar de advertir que el amparo en el orden federal ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1994, que dice en su artículo 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idónea. _____

_____ Sentado ello, me anticipo a señalar que resulta inatendible el planteo del Instituto a este respecto, puesto que con su responde se tiene en claro cual ha de ser el resultado de la vía administrativa, toda vez que ha dejado sentado que el planteo de la actora resulta improcedente. _____

_____ III) *La acción de amparo*: 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 (artículo 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (artículo 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 (artículo 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)._____

_____ IV) *El derecho a la salud –Su resguardo constitucional–*: la Corte de Justicia de la Provincia, en Giménez Garbarino, José vs. Instituto Provincial de Salud de Salta, (CJS, fallos Año 2006, Tomo 108, f° 273/288, del 28 de agosto de 2006), decidió que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 25 inc. 2º, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello “el derecho a la preservación de la salud, es una 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” (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323:1339). _____

_____ Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que "...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 es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios 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). _____

_____ Rescato asimismo este párrafo del precedente Giménez Garbarino: La indemnidad del paciente (art. 1.198 del Código Civil, arts. 4 y 5 Ley de Defensa del Consumidor y art. 42, Constitución de la Nación), que se edifica a partir de la preservación de su integridad psicofísica, no puede ser vulnerada. El tratamiento médico debe ser el adecuado para la particular condición y necesidad del paciente, para posibilitar el mejoramiento de su salud, de su bienestar y calidad de vida. _____

_____ Este criterio fue ratificado por la Corte de Salta en Gutiérrez, Mario vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJSalta, año 2007, 30/10/2007, Registro, tomo 120, f° 363/374) en donde -en lo que el caso interesa- se dijo en el considerando 6° 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 de ellos se

haga la que debe ser justificada. _____

_____ Afirmando este rumbo, la Corte Federal ha sostenido que: “en orden a lo anterior que, si bien a propósito de un reclamo vinculado con prestaciones alimentarias a favor de un menor, V.E. interpretó que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los organismos a que se hizo referencia en el acápite anterior y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122, etc.); la suspensión de los cuales, como recuerdan con cita de preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los ministros López y Moliné O'Connor, no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia (Fallos: 324:975)” (Del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos "Martín, Sergio G. y otros c. Fuerza Aérea Argentina", sentencia del 08/06/2004, Fallos Corte: 327:2127, publicada en La Ley Online). _____

_____ En otro fallo, referido al supuesto de una persona con discapacidad, haciendo uso de medidas de acción positiva, se ha dicho que: “la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública, en tanto consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece -elevándolo al rango de principio- la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 3º, 24 y 24 de dicho pacto y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional-, siendo esta doctrina esclarecedora en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales...”. Y, continúa señalando que: “La aproximación al complejo proceso constitucional que es el

amparo -instrumento y, a la vez, garantía- tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional, pues, si bien este valioso mecanismo no está destinado a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, en tanto el objeto del amparo, más que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales” (del dictamen de la Procuradora Fiscal que el Alto Tribunal, por mayoría, hace suyo en sentencia dictada el 09/06/2009, Causa “Rivero, Gladys Elizabeth”, publicado en La Ley online, Fallos de la Corte Premium).

_____ Ha precisado la Corte Címera Nacional que no obstante que sus fallos no resultan obligatorios para situaciones análogas, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos, quienes sólo pueden apartarse si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, 4-7-85, “Cerámica San Lorenzo S.A.”, L.L. 1986-A-178, y E.D. 115-323; Id. 24-10-95, J.A. Rep. año 1999, pág. 1111, n° 80 y 87; Id., Fallos 212-51, y L.L. 53-307; Id., Fallos 212-160, y L.L. 53-39; Id. Fallos 307-1094; conf. Borda, Guillermo: Parte General, Bs. As., Edit. Perrot, 1970, I, pág. 81/82; Sagüés, Néstor P.: Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E.D. 93-892; Morello, Augusto M.: El Proceso Justo, Bs. As. – Abeledo-Perrot-, La Plata –Lib. Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C-808, ap. I; CApel. CC. Salta, Sala III, año 1990, f° 389; íd. íd. año 2002, f° 244, íd. íd. año 2005, f° 21), criterio que por otra parte no puedo dejar de sostener en la actualidad teniendo presente que el amparo en el orden federal ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1994, que dice en su art. 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, razón por la cual ha eludido de manera clara aludir a la vía administrativa como reparo de procedencia de la acción. Además, el derecho a la salud –máxime tratándose de menores- se

encuentra también receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, que por expreso mandato constitucional, en el pensamiento de los constituyentes de 1994, tienen igual jerarquía que la propia Constitución Nacional, con lo cual se ha ensanchado la base constitucional y enriquecido el espectro de derechos tutelados con rango supremo (art. 75 inc. 22)._____

_____ En asuntos similares al presente he sostenido 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. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (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 el 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)._____

_____ Por otra parte la Corte local, en los autos 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 en 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° 1.6919._____

_____ Y en la Doctrina Jurídica del mes de julio de 2008 (año XXII, n° 39), se transcribe el fallo L.C. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta en donde la Corte local, al tiempo de revocar la sentencia de amparo de primera instancia, condena al Instituto a cubrir en un 100% la cobertura de un stent liberador de medicamento; la práctica para su colocación (angioplastía); y los gastos y honorarios que ésta demande._____

_____ Lo que nunca debe perderse de vista es que en la tutela de un derecho constitucional básico: el derecho a la salud, 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, publicado 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 constituye 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-_____

_____ 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)._____

_____ Siguiendo en este punto las enseñanzas de Gustavo D. Caramelo Díaz (La Corte Suprema y el derecho a la salud de los niños discapacitados, SJA 29/6/2005; JA 2005-II-337; Lexis N° 0003/011360 ó 0003/011361), cabe recordar que nuestra Constitución Nacional contiene en el art. 75 inc. 23, un mandato de acción muy fuerte a favor de la realización de acciones positivas para facilitar el mayor nivel de integración social que puedan alcanzar conforme a su situación. _____

_____ IV) *La solución del caso*: Es oportuno poner énfasis en orden a la patología que aqueja a la actora que por Ley 26.588 del año 2009, se declaró de interés nacional la atención médica, la investigación clínica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad celíaca (artículo 1°), estableciéndose en su artículo 2° que la autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud de la Nación. Su artículo 9 -redacción conforme Ley 27.196- dispone que las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661 deben brindar cobertura asistencial a las personas con celiaquía, que comprende -entre otros- su tratamiento incluyendo las harinas, premezclas u otros alimentos industrializados que requieren ser certificados en su condición de libres de gluten cuya cobertura determinará la autoridad de aplicación, *actualizando su monto periódicamente conforme al índice de precios al consumidor* oficial del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos – INDEC.-_

_____ El Decreto N° 528/2011 (modificado por Decreto 754/2015) regulatorio de la mencionada ley, al reglamentar el artículo 9 dice que “las obras sociales y entidades que se encuentran mencionadas en el artículo 9 de la Ley N° 26.588 brindarán una cobertura a sus afiliados por la suma de *pesos doscientos setenta y cinco* (\$ 275) la que será actualizada periódicamente por la Autoridad de Aplicación, en concepto de harinas premezclas, sus derivados y/o productos elaborados con las mismas”._____

_____ A su vez la Resolución N° 1.365/2015, dictada el 31 de agosto de 2015, del Ministerio de Salud de la Nación determinó que las entidades alcanzadas por el artículo 9 de la Ley N° 26.588 deberán brindar a cada persona con celiaquía, cobertura en concepto de harinas y premezclas libres de

gluten por un monto mensual de pesos *trescientos veintiséis con 83/100* (\$ 326,83).

_____ De las normas citadas surge que media una manda legal que ordena la cobertura del tratamiento que requiere la enfermedad que padece la actora, y que ello no se limita a la compra de harinas sino que resulta ser más amplia en tanto no existe otro tratamiento que no sea la dieta especial y que conforme surge de las prescripciones médicas acompañadas (v. fs. 3) se concreta en una dieta libre de gluten definitiva, de acuerdo a la patología diagnosticada en el año 2013.

_____ A su vez, no puede dejar de valorarse que si bien aún no se cuenta con datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), en el año 2015, la inflación minorista se calculó fue en torno del 24% y en el 2016, las consultoras privadas y el llamado índice Congreso aluden a una suba anual del orden del 40,30% en los precios al consumidor, la que fuera considerada como la más alta de los últimos 14 años. En similar sentido la Dirección General de Estadísticas y Censos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, informa una variación interanual del 41 % en el índice de precios al consumidor.

_____ Estos datos -de público conocimiento- muestran que la decisión adoptada por la demandada, si bien puede considerarse acorde a las normas que reglamentan la prestación reclamada, no se condicen con la razonabilidad que debe primar ante la cobertura de la salud de la amparista, siendo evidente que la actualización prevista por el artículo 9 de la Ley 26.588, a la que adhiere nuestra Provincia por Ley 7.884, no se cumple.

_____ Así entonces, y encontrándose desactualizado el monto fijado por la Resolución I.P.S. N° 086-D/15, corresponde acoger parcialmente la acción de amparo intentada, por lo que se procede a reajustar el monto fijado por la mentada resolución conforme manda la Ley 26.588 en su artículo 9, el que se deja establecido en la suma de \$ 900 (pesos novecientos), desde la fecha de notificación de la demanda.

_____ La solución que se postula -por otra parte- fue la que la propia accionante reclamó al Instituto Provincial de Salud en la presentación que hizo

en fecha 27 de mayo de 2015 y que rola en copia a fs. 45/48, cuando señala que el costo de los alimentos que no contienen TACC resulta altamente lesivo a sus derechos, por lo que le solicita autorice un *sistema de subsidio o depósito de una suma de dinero*, que sea directamente transferido a su cuenta sueldo en forma mensual, sin necesidad de rendición de cuenta, ya que el certificado médico aportado acredita la imposibilidad de consumir alimentos comunes, por lo que la presentación de facturas resulta una carga periódica adicional innecesaria, entendiéndose que no se trata de un pedido especial, sino de una *prestación lógica y razonable*, acorde a la situación y circunstancias actuales, que de alguna manera equipara su situación con la de las personas no afectadas por la patología, garantizando el mandato constitucional de generar igualdad de oportunidades. Aclaro que el monto impetrado es superior al doble del que se adopta en el presente._____

_____V) *Las costas*: se imponen por el orden causado en razón del resultado al que se arriba._____

_____ Por ello,_____

F A L L O

_____ I) **HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE** a la acción de amparo interpuesta y, en su mérito, **REAJUSTANDO** el monto fijado por la Resolución I.P.S. N° 086-D/15, conforme manda la Ley 26.588 en su artículo 9°, el que se deja establecido en la suma de \$ 900 (pesos novecientos), desde la fecha de notificación de la demanda. **COSTAS POR SU ORDEN.**_____

_____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese._____