



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, 25 de octubre de 2016.-

**VISTOS:**

Estos autos caratulados: "L... , R... H... c/ OSTELES/ Amparo contra Actos de Particulares". Expediente Nº 13440/2016, provenientes del Juzgado Federal Nº 2, Secretaría Nº 2 de la ciudad de Azul.-

**Y CONSIDERANDO:**

**El Dr. Tazza y del Jiménez dijeron:**

I.- Que arriban estos autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación incoado por el Sr. Defensor Público Oficial, Dr. Patricio Varela, en representación del actor, en contra de la resolución del Sr. Juez de Grado, obrante a fs. 21/22, por la cual rechaza "in limine" la acción de amparo promovida.-

Se agravia la recurrente por entender que del decisorio atacado no se logra advertir si el a-quo considera al trámite administrativo previo como un requisito insoslayable de procedencia de la acción de amparo, si no lo es, o si no es un requisito insoslayable pero igual decide utilizarlo como obstáculo en el presente.-

Sostiene que sí queda claro que una de las razones del rechazo in limine tiene fundamento en la existencia de un trámite administrativo que, según el magistrado de grado, no ha sido utilizado, pero que la existencia de una vía administrativa no es un fundamento válido para sustentar el rechazo de una acción de amparo.-

Afirma que el a-quo ha dispuesto que cuando un acto u omisión proviene de un particular se debe aplicar el proceso sumarísimo previsto en el art. 321 del C.P.C.C.N., olvidando que luego de las aperturas previstas en el art. 43 de la Constitución Nacional, a posteriori de la reforma del año 1994, se ha contemplado expresamente a la acción de amparo en contra de actos de particulares, pues la finalidad de la acción de amparo es otorgar tutela inmediata ante las violaciones de derechos constitucionales, existiendo un proceso

Fecha de firma: 25/10/2016

Firmado por: JORGE FERRO,

Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,

Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#28522821#163129600#20161031122112061

establecido por la C.N. más idóneo para solucionar el conflicto de marras, no debiendo ser desplazado por el proceso sumarísimo.-

Aduna que se encuentra acreditada en autos la discapacidad del Sr. L con el respectivo certificado, y la necesidad de la mochila de oxígeno con el resultado de la auditoria médica, encontrándose el derecho especialmente tutelado por los arts. 15 y 34 de la ley 24.091, que prevén la obligación total de las obras sociales de dar cumplimiento a los requerimientos de los discapacitados para su rehabilitación y mejor adaptación a la sociedad. De ello que, toda negativa a otorgar las prestaciones que requiere una persona con discapacidad para minorar su padecimiento, constituye una arbitrariedad manifiesta.-

Finalmente, funda en jurisprudencia y doctrina que su parte entiende aplicable al caso de autos, y solicita se revoque la resolución recurrida por haberse incurrido en un excesivo rigor formal.-

Resumidos los agravios, encontrándose estos autos en estado de resolver a fs. 37, corresponde que nos adentremos al tratamiento del recurso interpuesto.-

II.- De la detenida lectura de las actuaciones estamos en condiciones de adelantar nuestro criterio en el sentido de revocar lo decidido por el Sr. Juez de Grado, ello en base a los fundamentos que a continuación exponemos.-

En primer lugar, cabe señalar, que atento la naturaleza de la presente acción, los derechos constitucionales que se intentan proteger y que estas actuaciones han sido rechazadas "in limine" por el a-quo, es que se da a las mismas un trato preferente en el orden de causas a resolver por esta Alzada (art. 94 del R.J.N.).-

Comenzaremos por recordar el actual texto del art. 43 de nuestra Constitución Nacional, que reza: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución...".-

Previamente, diremos que el amparo es un noble proceso constitucional antes que un negocio para los litigantes, y detrás de él está, fundamentalmente, la custodia de la supremacía de la Constitución.-

Recordemos que esta acción es de excepción, su utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pudiera afectar derechos constitucionales, máxime que su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura que el daño concreto y grave ocasionado puede eventualmente ser reparado acudiendo a la acción urgente y expeditiva del amparo.-

Es dable destacar que este remedio no tiene como finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos o judiciales, legal o reglamentariamente previstos para el logro del resultado que con él se procura, ni es apto para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida, alterando la normal acción de las instituciones vigentes.-

Retomando nuestra idea, entendemos que no basta pues que haya una vía procesal, de cualquier índole, para desestimar un pedido de amparo; hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría harto fácil rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.-

Por otra parte, y a fin de arribar a una solución justa, debemos merituar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos,

---

Fecha de firma: 25/10/2016  
Firmado por: JORGE FERRO,  
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,  
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#28522821#163129600#20161031122112061

surgiendo así el derecho a la vida, a la salud y a una asistencia médica adecuada.-

Las referidas prerrogativas constituyen postulados básicos que corresponden a todo individuo por su mera condición de ser humano.-

La doctrina ha llamado a las mencionadas facultades "derechos humanos", recogidos por nuestra Constitución Nacional, que son intrínsecamente universales y les corresponden a todos sin discriminación; esto último como corolario del principio de igualdad.-

Y resulta importante destacar que la protección y promoción de estos derechos concierne tanto al ámbito nacional como provincial.-

El derecho a la vida, mejor dicho no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica, tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene por objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas, existencialmente autónomas.-

En consecuencia, la contracara de este derecho consiste en una obligación activamente universal: "activamente" porque no consiste en una abstención y omisión, sino en dar o en hacer algo positivo (habilitar las prestaciones a favor de la salud, por ejemplo) y "universal" porque la misma obligación activa existe ante o frente a toda la sociedad y no frente a uno, a cada uno, o a varios de sus miembros individuales: existe frente al conjunto plural de todos, para disponibilidad y acceso de cualquiera que demande su cumplimiento.-

Por ello, y siguiendo al maestro Bidart Campos ("Casos de Derechos Humanos", Ediar, pág. 311) entendemos que no se puede caer en la abstracción de teorizar el derecho a la vida, a la salud, y a la atención médica sin asignarle





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

en cada situación el contenido de la prestación posible que es debida al paciente enfermo.-

La valoración, sin duda, no está ausente en este itinerario que, sobre todo a cargo de los jueces, exige recorrer la Carta Magna para que cada caso reciba, con su aplicación, la cobertura más justa posible. Y no debemos soslayar el especial padecer que sufre el accionante, de allí que no corresponde agravar más aún sus condiciones con el amparo de decisiones que no se adecuan con las delicadas circunstancias de la realidad.-

De la compulsión de las actuaciones, colegimos que, lo que en definitiva ha valorado el Juzgador de Primer orden han sido los requisitos de admisibilidad del amparo, estimando en su criterio, que no se presentan en el supuesto una conducta arbitraria e ilegítima por parte de la demandada.-

No obstante las razones expuestas por el a-quo, coincidimos en que "prima facie" la conducta emanada de la demandada se encontraría ajustada a derecho, pues la obra social demandada habría cumplido con la cobertura solicitada, pero de manera deficiente, por lo cual el accionar de la demandada queda sometido al análisis constitucional profundo que el Juez debe realizar de la normativa aplicable, lo que habilitaría –al menos en esta instancia- la apertura de la acción judicial aquí promovida.-

De tal manera, habiéndose adjuntado el resumen de historia clínica de fs. 6/7, con los cuales se acredita la patología que padece el amparista; el responde positivo efectuado por la demandada en la instancia extrajudicial (ver fs. 8/9), el carácter de afiliado a la obra social demandada (ver fs. 2), conjuntamente con el certificado de discapacidad obrante a fs. 3, resultan elementos de juicio suficientes para abrir esta instancia judicial de amparo al encontrarse cuestionada la modalidad de cumplimiento de la prestación requerida, lo que genera "prima facie" una suerte de arbitrariedad en los términos constitucionales del art. 43 de nuestra Carta fundamental, que autorizan la viabilidad de la

Fecha de firma: 25/10/2016  
Firmado por: JORGE FERRO,  
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,  
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#28522821#163129600#20161031122112061

presente acción, toda vez que podrían encontrarse violentados derechos de raigambre constitucional.-

Y así, a juicio de este Tribunal, la admisibilidad primaria del amparo estaría avalada frente a lo que podría considerarse en un primer análisis liminar como una "arbitrariedad manifiesta" en el sentido jurídico que le otorga el texto constitucional en juego.-

Por lo tanto, existiendo "prima facie" una eventual arbitrariedad en la actitud emanada de la OSTEL demandada, la presente acción de amparo merece ser considerada como admisible a los fines de su tratamiento y prosecución, sin perjuicio claro está, de lo que pueda resolverse en definitiva en el momento procesal oportuno, más aún si advertimos que las otras vías disponibles no resultan aptas "prima facie" para resguardar los derechos constitucionales que se ven afectados por la decisión adoptada por la demandada, generando una situación de peligro y de difícil o imposible reparación ulterior.-

Por todo ello, proponemos al Acuerdo: I.- por las razones esbozadas dar tratamiento preferente a las presentes actuaciones en el orden de causas a resolver por esta Alzada (art. 94 del R.J.N.); II.- revocar la resolución del Sr. Juez de Grado, obrante a fs. 21/22, en cuanto rechaza "in limine" la acción promovida, declarando habilitada la instancia judicial promovida para que el a-quo entienda en la sustanciación de la acción de amparo impetrada (art. 43 de la C.N. y art. 1 y 15 de la ley 16.986).-

Tal es nuestro voto.-

**El Dr. Ferro dijo:**

---

*Fecha de firma: 25/10/2016*  
*Firmado por: JORGE FERRO,*  
*Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,*  
*Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,*



#28522821#163129600#20161031122112061



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Que teniendo en cuenta los exiguos tiempos que impone este proceso en razón de su naturaleza me permito añadir unas breves consideraciones a fin de compartir la solución propuesta por los colegas que me preceden en orden de votación.

Primeramente, cabe recordar que esta Cámara ha significado en autos: "Licursi, Ricardo c/COMFER S/amparo"<sup>1</sup> y "Miani Ricardo O. c/ I.N.S.S.J.yP. s/amparo"<sup>2</sup>, que la acción de amparo fue elaborada e instituida para hacer efectivas las garantías constitucionales, no obstante que mantiene su carácter excepcional, conforme el artículo 43 de la C.N., ha de ser aceptada con un criterio tal que las garantías o derechos protegidos por la Carta Magna encuentren un adecuado y eficaz sustento, compatible con la intención de los constituyentes y con la esencia de esta acción.

En sintonía con esta noción, el amparo es un noble proceso constitucional antes que un negocio para los litigantes, y detrás de él está, fundamentalmente, la custodia de la supremacía de la Constitución.

En efecto, el art. 43 encomienda al magistrado interviniente a realizar un cuidadoso análisis y averiguar, como requisito para admitir este remedio, si los procedimientos regulares, posibles de emplear el justiciable, resultan idóneos, suficientes o aptos para atender al problema planteado.

Pero, tampoco basta que haya una vía procesal de cualquier índole, para desestimar el pedido de amparo; hay que valorar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo.

O sea, para admitir el rechazo *in limine* de un amparo, la situación planteada debe ser básicamente indiscutible y surgir con absoluta claridad la improcedencia de lo pretendido por el actor; por lo tanto, la desestimación de ese modo de un amparo, más teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión incoada, debe ser decidido con criterio restrictivo y suma cautela pues se podría asimilar a una denegación de justicia.

<sup>1</sup> CFAMDP, registrado al T. VI - F. 1225/94.

<sup>2</sup> CFAMDP, expediente nro. 3247/97.

Fecha de firma: 25/10/2016

Firmado por: JORGE FERRO,

Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,

Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#28522821#163129600#20161031122112061

En análogo sentido la Cámara Nacional Civil -sala A- sostuvo que "...el criterio restrictivo que rige la facultad de proveer el rechazo *in limine* de la demanda aconseja acotar el ejercicio a los casos en los que es harto evidente la inadmisibilidad de la demanda, o existe una notoria falta de fundamentos, o se halla vedada cualquier decisión judicial de mérito. Este temperamento se explica, en tanto el rechazo de oficio cercena el derecho de acción vinculado con el derecho constitucional de petición"<sup>3</sup>.

Pues bien, sentado lo anterior, es preciso tener presente que el remedio excepcional en estudio está dispuesto para los actos u omisiones que tengan "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta"; o en otras palabras, para que prospere un amparo, el acto cuestionado debe ser manifiestamente ilegal o manifiestamente arbitrario. Es decir, basta una de estas razones para la viabilidad de la acción puesto que la norma emplea la conjunción disyuntiva "o", es decir, no es necesario que la conducta impugnada sea, simultáneamente, ilegal y arbitraria. Es suficiente, entonces, la existencia de uno sólo de estos motivos.

De la compulsión de las actuaciones, colijo que lo que en definitiva ha valorado el Sr. Juez *a quo* es que el actor no ha demostrado la existencia de un reclamo administrativo "sólo manifiesta haber realizado insistentes llamados; lo cual hace suponer que el amparista no ha hecho uso de todos los medios que la ley pone a su disposición, previo al inicio de esta acción" (ver sentencia de fs. 21vuelta, *in fine*).

En este sentido, advierto que la rigidez que caracterizó a la resolución apelada, impidió al sentenciante examinar detenidamente que el planteo del actor encontraba fundamento en **su derecho a la salud**, que encuentra amparo en nuestra constitución nacional, que garantiza los derechos fundamentales de los ancianos (art. 75 inc. 23), los que también se hallan reconocidos en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en particular, arts. 3, 22, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 9, 11 y 12 del

---

<sup>3</sup> CNCiv., Sala A, 18 de septiembre 2001, expediente. nro. 44.799/01. ED 195-2002, pág. 359.







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 5.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estas normas deben ser integradas con los derechos y garantías contenidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos fundamentales de libertad, igualdad y propiedad, arts. 14; 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 33, los derechos sociales del art. 14 bis, el derecho a la seguridad social: a la jubilación, pensión, acceso a una vivienda digna. Vinculados todos con los "nuevos derechos y garantías" que a través de los arts. 41, 42 y 43 han consagrado de manera expresa el **derecho a la vida, a la salud y a residir en un medio ambiente adecuado.**

Nuestro derecho interno, a través del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha manifestado una "orientación neoconstitucionalista y de compromiso internacional con los derechos humanos. El Código Civil y Comercial posee gran impacto en la vida humana, está tendiendo a girar en menor grado en lo patrimonial y en mayor en lo personal y familiar. Se entiende que al fin la vida no ha de someterse a la propiedad y la nueva obra codificadora da espacios para que así suceda"<sup>4</sup>.

En el caso de autos, R. H. L., de 77 años, jubilado, discapacitado, afiliado al INSSJyP, a causa de la fibrosis pulmonar idiopática con compromiso de grado moderado que presenta requiere ingresar a un **programa de rehabilitación respiratoria de forma urgente**. En efecto, el médico que lo atiende le ha prescripto oxígeno líquido en reservorio y mochila para traslado, pedido que formuló ante el Agente del Seguro de Salud a principios del mes de febrero de este año.

Si bien, explica, en el mes abril se procedió a la entrega de la mochila, se encontraba rota y pese a que esto fue denunciado, no fue reemplazada, ni se

<sup>4</sup> Ver título preliminar, cuando remite a la Constitución y a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, Miguel Ciuro Caldani, Neoconstitucionalismo. Finalidades, principios, valores y trialismo. La Ley 12 de febrero de 2016, p. 1/5.

Fecha de firma: 25/10/2016  
Firmado por: JORGE FERRO.  
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,  
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO.



#28522821#163129600#20161031122112061

realizó la recarga que correspondía. A fines de mayo, repusieron la mochila pero no cambiaron el tanque averiado motivo por el cual sólo le duró para dos cargas.

Tal como surge de fs. 5, el actor cursó a través del Ministerio Público de la Defensa nota a la Delegación Tandil de OSTEL.

Ante los hechos descriptos verifico que los fundamentos de la resolución apelada han consagrado una solución incompatible con el “objeto” de las demandas de amparo, esto es, “la tutela inmediata de los derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional” (cfr. CSJN “Outon”, Fallos 267:215; 221 y 222).

Pues en el marco del derecho a la integridad personal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup> resaltó que analizó algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la **falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud (...)** Por tanto, **los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud.**

Al respecto, resulta oportuno recordar que la calidad de la atención del servicio de la salud es un concepto que abarca muchas dimensiones. Incluye tanto juicios de valor, como creencias y perspectivas sobre lo que constituye una buena o mala calidad de atención. Es una cualidad objetable y mensurable y no depende de un grupo de personas sino que involucra a toda la organización.<sup>6</sup>

Entonces, siendo un deber del Agente del Seguro de Salud dar las respuestas que los afiliados requieren; y, por otra parte, un derecho de los afiliados que se les brinde la atención que se merecen, y sería carente de todo sentido de humanidad y contrario a los atributos que debe tener la calidad de la atención —especialmente en los servicios de salud— exigirle al afiliado que padece una grave afección respiratoria y no contaba con la mochila de oxígeno

<sup>5</sup> CIDH, caso “Artavia Murillo”, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

<sup>6</sup> Elena, María Florencia “Recursos Humanos: papel de auditoría en la gestión de la calidad administrativa”, Curso de Auditoría Médica, Hospital Alemán, noviembre 2012.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

necesaria para desplazarse que acredite que hizo un reclamo formal en esa sede.

En efecto, en mi opinión, esta vía de amparo es la única idónea con que cuenta el actor para obtener la tutela adecuada de los derechos a la vida, a la salud e integridad personal que reclama e invoca con la urgencia que la naturaleza de lo pedido exige, razón por la cual, a mi juicio, la decisión de la instancia anterior, promueve una situación de peligro y de difícil o imposible reparación ulterior, para el actor, motivo por el cual debe revocarse.

Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Público Oficial y revocar la resolución de fecha 15 de junio de 2016, dictada por el Sr. Juez de grado, por cuanto rechazó *in limine* la presente acción de amparo. En consecuencia, hacer saber al Sr. Juez *a quo* que deberá, dar curso a esta acción tramitándola y resolviendo la medida cautelar innovativa solicitada **con la urgencia que el caso amerita.**

Tal es mi voto.

Por todo lo expuesto, este Tribunal

**RESUELVE:**

Fecha de firma: 25/10/2016

Firmado por: JORGE FERRO,

Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,

Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#28522821#163129600#20161031122112061

I.- Por las razones esbozadas dar tratamiento preferente a las presentes actuaciones en el orden de causas a resolver por esta Alzada (art. 94 del R.J.N.).-

II.- Revocar la resolución del Sr. Juez de Grado, obrante a fs. 21/22, en cuanto rechaza "in limine" la acción promovida, declarando habilitada la instancia judicial promovida para que el a-quo entienda en la sustanciación de la acción de amparo impetrada (art. 43 de la C.N. y art. 1 y 15 de la ley 16.986).-

**REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**

---

*Fecha de firma: 25/10/2016*

*Firmado por: JORGE FERRO,*

*Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA,*

*Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,*



#28522821#163129600#20161031122112061