



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

En la ciudad de Mar del Plata, a los 11 días del mes de marzo de dos mil dieciséis, avocados los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: “**O, R A c/ OBRA SOCIAL DEL SOMU s/AMPARO LEY 16.986**”. Expediente MP 383/2015, proveniente del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 de esta ciudad. El orden de votación es el siguiente: Dr. Jorge Ferro, Dr. Alejandro O. Tazza, Dr. Eduardo P. Jiménez.

El Dr. Ferro dijo:

Que arriban a esta Alzada, estos autos con motivo del recurso de apelación que a fs. 68/9 y vta., interpone la Dra. Alicia R. Tirasso, en nombre y representación de la Obra Social demandada, contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 68/9 y vta.

Refiere que al momento, el actor obtuvo su jubilación en el mes de enero de 2015 habiendo sido dado de alta en el PAMI el 10 de enero de 2015, aclarando que la acción de amparo fue promovida el 3 de febrero del mismo año.

Señala que el Sr. Juez soslaya que para arribar a su conclusión que los pagos recibidos de la ART a la obra social corresponden a períodos atrasados, llevándolo a consignar una fecha de baja que no se compadece con la verdad material, sino que deriva de un problema administrativo de atraso en los pagos de la ART ajenos a su representada.

Agrega que su mandante obró conforme a derecho, pues el Sr. Oliva tuvo cobertura hasta el mes de noviembre de 2014 de acuerdo al plazo previsto por el art. 10 de la ley 23.660, razón por la cual su conducta no puede ser considerada arbitraria y por tanto pide que se haga lugar al recurso interpuesto.

Corrido que fuera el traslado pertinente a fs. 70 y elevadas que fueran las presentes actuaciones a fs. 71, se dicta a fs. 73 el llamado de autos para





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

sentencia de modo que se encuentran estos actuados en condiciones de ser resueltos.

Habiendo examinado los presentes obrados, adelanto mi opinión en confirmar la sentencia recurrida en base a las consideraciones que seguidamente paso a exponer.

De acuerdo a la documental aportada por el amparista al iniciar su pretensión puedo evidenciar que el mismo ha padecido un accidente cerebro vascular en julio de 2014, superado el cual necesita de forma urgente se le practique una craneoplastía, cobertura que le es negada por la obra social en base a una serie de confusas argumentaciones que expone al contestar el informe circunstanciado obrante a fs. 52/5 y que han colocado al actor en una situación de peligro e incertidumbre.

La actitud de la demandada que surge del intercambio epistolar, indica que ha actuado con descuido, arbitrariedad y negligencia para con el amparista pues todas las circunstancias fácticas que describe resultan inconstantes y desprovistas de medios de prueba fehacientes que la justifiquen conforme lo requiere el art. 377 del CPCCN.

Si sostiene que el amparista obtuvo su beneficio jubilatorio el 22 de enero de 2015, no se entiende cómo a la fecha de la cirugía –programada para el 6 de enero de 2015- ya el accionante era afiliado al PAMI.

Tampoco resulta siquiera verosímil la interpretación que hace del art. 10 de la ley 23.660 dado que el carácter de beneficiario en el caso que se examina no corresponde encuadrarlo en el inc. a) como intenta persuadir su parte, sino en el inc. b) que fija concretamente que “En caso de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable, el trabajador mantendrá su calidad de beneficiario durante el plazo de conservación del empleo sin percepción de remuneración, sin obligación de efectuar aportes.”





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Resulta de igual modo incongruente lo referido por la obra social en el punto 2) de su expresión de agravios cuando manifiesta que "...tal como surge del mismo Padrón de beneficiarios de los Agentes Nacionales del Seguro de Salud consultado por el a-quo la fecha de alta del Sr. O en el Pami es el 10 de enero de 2015...".

Tal supuesto no se encuentra probado en autos; todo lo contrario de la presentación efectuada por la propia demandada a fs. 42 y 43 no surge nada de ello.

Cuándo el amparista habría pasado a ser afiliado al PAMI resulta un hecho francamente incierto a tenor de la documental obrante en autos y no advierto en estos actuados que exista notificación fehaciente alguna al Sr. Oliva de tal circunstancia, en abierta desconsideración a sus derechos subjetivos y en discordancia con lo que disponen los arts. 1, 2, 9, 11, 15 y concs. del Código Civil.

Sin perjuicio del erróneo posicionamiento asumido por la obra social en el caso en estudio he de agregar –de conformidad con lo que vengo sosteniendo en los temas de salud- que sus dichos al respecto constituyen meras apreciaciones carentes de justificación y tan sólo expuestas para argumentar y justificar su incumplimiento para con su afiliado.

Igualmente no puede dejar de ponderarse que existen normas superiores a las reglamentaciones de los entes de salud y de las propias leyes 23.660 y 23.661 que no pueden desconsiderarse.

El caso, corresponde sea analizado tales dentro de un continente jurídico muchísimo más amplio de lo que pretende la Obra Social y que tienda a una cierta y acabada protección del derecho a la salud del amparista.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Esta aclaración viene a propósito de no violentar el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y respetar debidamente lo decidido sobre el particular por la Corte Suprema.¹

En efecto, "...es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar la leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si encuentran en oposición a ellas; constituyendo esta atribución uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución".²

Al decir de María Angélica Gelli "El art. 31 contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho."

"Desde esta perspectiva, la constitución de un Estado lo constituye, es decir, lo estructura y organiza. Al mismo tiempo, dota de justificación política y legitimación formal a todas las otras normas jurídicas."

"El art. 31 declara, pues, la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. Éste debe subordinarse a aquélla y no debe modificarla si no es por el procedimiento establecido en el art. 30 de la Ley Suprema."³

Así pues y valorando los agravios de la Obra Social, no corresponde que sea su parte la que determine si el amparista tiene otra obra social. Ello debe surgir de manera ostensible de la prueba que aporte quien lo niegue.

¹ Cfr. Fallos 198:112; 16:118; 182:355; 302:192; 293:26 entre otros.

² Carlos S. Fayt en nuevas fronteras del derecho constitucional – la dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación. p.8.

³ María Angélica Gelly en Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. T I, p. 466, 467.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Aprecio, de manera particular, la elemental premisa mediante la cual el ordenamiento jurídico encuentra su razón de ser en la persona humana dado que es ella la que confiere base a todos los demás derechos.

La vida humana es el eje central de la protección jurídica, de modo que la vinculación entre la salud, la vida y el ordenamiento jurídico es inescindible.

El derecho a la vida —no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica— asume 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 más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.⁴

El Alto Tribunal ha sostenido, inveteradamente, que el derecho a la vida constituye un primer derecho natural de la persona, preexistente a toda legislación positiva (Fallos 302:1484 consid.8; 312:1953; 323:1339; 324:754; 326:4931; 329:1226; S.C.S. N° 1091, L. XLI del 22/05/2007, dictamen de la Procuración Gral.). Es un bien esencial en sí mismo, garantizado tanto por la Constitución Nacional, como por diversos tratados de derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 12.1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos –arts. 4.1 y 5.1-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 6.1-; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –art. 1-; Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 3-; art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna; Fallos 329:1226 y 2552; 326:4931; 325:292; 323:1339 ap. X del dictamen al que remitió la Corte Suprema; 302:1284; SCM nro. 2648, L.XLI del 30/10/2007).⁵

⁴ CFAMDP, "L A I. c/ Osecac s/ amparo" reg.5646, de fecha 14/7/00.

⁵ Dictamen de la Sra. Procuradora Marta A. Beiro de Gonçalves, del 16/04/2008 in re: "Nuñez de Zanetti Mónica c/ FAMYL SALUD s/amparo", S.C. N. N1 289; L. XLIII.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, de la Constitución Nacional), ha reafirmado en reiterados pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida—, destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986" del 1° de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del Sr. Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten).

En consecuencia, el derecho a una adecuada atención médica asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos y tal aseveración tiene especial amparo en la misma Constitución Nacional, no sólo en los fines, principios y valores contenidos en su Preámbulo sino también a lo largo de toda su axiología normativa (arts. 14 bis, 16, 28, 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 y 23).

No puede perderse nunca de vista que “La supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución.”⁶

En virtud de la valoración constitucional precedente, no resulta estimable que la obra social busque desatender el fundamental derecho a la salud, pues de ser así conseguiríamos un reduccionismo jurídico que vendría a respaldar la inexistencia del ser humano. Ello no sólo es un despropósito jurídico sino además la eliminación del sujeto y objeto primordial del derecho.

⁶ German J. Bidart Campos en Manual de la Constitución Reformada, T. 1, p. 334.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Lo sensato es que toda obra social facilite en forma clara, precisa y sin dilaciones burocráticas la cobertura de los tratamientos prescritos a sus afiliados para no eludir disposiciones constitucionales.

Tal premisa se encuentra aceptada por la propia Corte Suprema de Justicia en el caso “Chamorro” del cual surge que todo afiliado tiene la legítima expectativa que la mutual cubrirá las prestaciones que le sean necesarias para su salud.

Precisamente, conforme el Derecho Judicial de la Corte, “...a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, se ha reafirmado el derecho de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga.”⁷

Así pues, los jueces no podemos prescindir de la aplicación de las normas constitucionales en relación a este tema tan sensible, especialmente en lo referente a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 de la C.N., so pena de originar responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Es por eso que se acepta, sin mayores disputas, que la responsabilidad en las cuestiones de salud es objetiva y tácita en beneficio estricto de quien solicita asistencia médica, tutelada por una cláusula implícita de garantía en favor del paciente.

Por lo que vengo sosteniendo, la leyes 23.660 y 23.661 otorgan primacía a la protección de los pacientes y los derechos y garantías que ellas amparan son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e

⁷ De mi propio voto in re López, Rosa c/ I.N.S.S.J. y P. y otros. CFed. de Mar del Plata, 22/04/2010, citado en Tratado del Derecho a la Salud, T. III, p. 701 – Carlos A. Ghersini y Celia Weingarten.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

intransigibles a los fines de lograr la máxima e integral protección del derecho a la salud.

Enfatizo que “...también resulta relevante la determinación del alcance de las obligaciones generales establecidas por los instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, obviamente aplicables en materia de derecho a la salud. El establecimiento de criterios y estándares propios de interpretación referidos a los derechos sociales se ha desarrollado particularmente en sede internacional en los últimos quince años, y se ha plasmado en Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en dos instrumentos interpretativos –instrumentos internacionales que corresponden al denominado soft law–, los Principios de Limburgo sobre Obligaciones en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” y que, “...los principios de interpretación comunes a los tratados internacionales sobre derechos humanos prescriben la interpretación integradora y pro homine, es decir, la interpretación más favorable a la persona humana.”

“Semejante ejercicio en materia de derecho a la salud impondría al intérprete considerar la extensión de ese derecho en los ya mencionados artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 h), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), y 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 e. iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y 14 bis y 42 de la Constitución nacional. Considerada la extensión de estos textos, el intérprete debería integrar los aspectos más





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

favorables a la persona humana, teniendo además en consideración las especificaciones realizadas por los instrumentos internacionales y por la Constitución en función de la situación de la persona...".⁸

En este tópico, he de vigorizar los conceptos precedentes en cuanto a que definir el contenido del derecho a la salud es un reto formidable que no puede quedar circunscripto a escuetas aseveraciones fundadas sobre la base del derecho sustancial privado o en cuestiones de neto corte administrativista, económico y/o burocrático.⁹

Es que la salud no es un privilegio, sino un derecho que se encuentra en constante evolución en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, de modo que no puede ser acotado con interpretaciones que compriman derechos constitucionales.¹⁰

Así pues "...el status jurídico de la persona humana arraiga en el derecho constitucional propio del Estado al que ella pertenece, también en el supuesto de que ese status añada (internamente) el refuerzo protector del derecho internacional."¹¹

Más aun, la misma OMS propone el reconocimiento de los más altos estándares en lo relativo al servicio de salud, por ser uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.¹²

Por tal razón es que su contenido se expande, no sólo desde el derecho consuetudinario sino también a través de normas expresas que los estados han

⁸ Conf. Christian Curtis. La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos.

⁹ Conf. Copyright (c) 2007 California Law Review, Inc., a California Nonprofit Corporation. California Law Review. August, 2007 95 Calif. L. Rev. 1151.

¹⁰ Conf. Copyright (c) 2001 The Trustee of Indiana University Indiana Law Review 2001. 34 Ind. L. Rev. 1457.

¹¹ Germán J. Bidart Campos en Teoría General de los Derechos Humanos. p 419.

¹² Conf. "the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being."





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

ido incorporando a su derecho positivo, algunas de la cuales tienen incluso reconocimiento constitucional.^{13 14 15}

Por todo lo antes expuesto, propongo al Acuerdo confirmar la resolución apelada con costas a la obra social recurrente de conformidad con el principio general en la materia contenido en el art. 68 del CPCCN.

Tal es mi voto.

El Dr. Tazza dijo:

Adhiero a la solución del caso que propone el Dr. Ferro, por compartir los fundamentos expresados en su voto.

¹³ Ejemplos claros lo constituyen los Estados de Alaska, Hawái, la Constitución de Montana, Carolina del Sur en los EEUU y países como Francia, España, Omán, Austria, Japón, Alemania, El Reino Unido, Suiza, Canadá, Sud África entre tantos otros.

¹⁴ Le droit à la protection de la santé figure à l'article 11 du préambule à la Constitution de 1946. Le système français a été reconnu comme l'un des meilleurs systèmes de soins au monde par l'OMS en 2000. A travers son offre de soins et ses plans de prévention, la politique de santé en France, conduite sous la responsabilité de l'Etat, a pour objectif de préserver et d'améliorer la santé des citoyens (Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique).

¹⁵ Secondo la Costituzione Italiana la salute è un diritto primario di ogni persona e coincide con l'interesse della collettività, senza alcuna discriminazione.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

El Dr. Jiménez dijo:

Que adhiero a la solución del caso propuesta por el Dr. Ferro en su voto, aunque conforme los fundamentos referidos a la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos, ya vertidos en mi voto habido, entre otros, en los obrados "A, JF c/OSPRERA s/Amparo Ley 16.986" Exp. N° FMP 12546/2014, de trámite por ante esta Alzada.-





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Fecha de firma: 11/03/2016
Firmado por: JORGE FERRO ,
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA ,
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,



#24614271#148400832#20160314082539908



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, 11 de marzo de 2016.

VISTOS:

Estos autos caratulados: “**O RA c/ OBRA SOCIAL DEL SOMU s/AMPARO LEY 16.986**”. Expediente FMP 383/2015, proveniente del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 de esta ciudad y lo que surge del Acuerdo que antecede

SE RESUELVE:

Confirmar la resolución apelada con costas a la obra social recurrente de conformidad con el principio general en la materia contenido en el art. 68 del CPCCN.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

